

Sentencia C-249/04

INTERNACIONALIZACION DE LA VIDA DEL PAIS-Especial preferencia

INTERNACIONALIZACION DE LAS RELACIONES POLITICAS, ECONOMICAS, SOCIALES Y ECOLOGICAS

RELACIONES INTERNACIONALES

PRINCIPIO DE NO INJERENCIA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL SOBRE LA SOBERANIA DE CADA ESTADO-Importancia

PRINCIPIO DE LA SOBERANIA NACIONAL-Alcance

El proceso evolutivo del principio de soberanía de las naciones en el concierto internacional debe entenderse ligado a la inalienable y permanente autonomía de los pueblos para darse su propio ordenamiento jurídico interno, para disponer y resolver sobre sus propios asuntos y, en general, para actuar libremente en todo aquello que no altere o lesione los legítimos derechos e intereses de otros Estados.

TRATADO INTERNACIONAL-Valor vinculante

Los tratados internacionales debidamente celebrados y ratificados tienen fuerza vinculante entre los Estados miembros, de suerte que cada uno de ellos debe someterse a la preceptiva inserta en sus cláusulas, sin perjuicio de las salvedades que los mismos establezcan validamente.

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY-Alcance

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY EN MATERIA DE CONTRATACION-Carácter

CONTRATO MERCANTIL-Régimen aplicable en ejecución de contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país

ESTATUTO DE CONTRATACION PUBLICA-Edificación

CONTRATOS CELEBRADOS POR ENTIDADES DEL ESTADO-Orden de precedencia normativo

para celebración

Conforme al primer inciso del artículo acusado le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso. Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.

CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR POR REPRESENTANTES DEL ESTADO-Régimen aplicable en su ejecución

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY EN ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Criterios del lugar de celebración y de ejecución de los contratos

CONTRATOS CELEBRADOS EN COLOMBIA Y DE EJECUCION EN EL EXTRANJERO-Régimen aplicable

CONTRATOS CELEBRADOS EN COLOMBIA-Sujeción por principio a la normatividad nacional

CONTRATOS CELEBRADOS EN COLOMBIA Y DE EJECUCION EN EL EXTRANJERO-Celebración como parte de la ejecución que se haga en el territorio nacional se sujeta a la ley nacional

CONTRATO ESTATAL-Normatividad aplicable/CONTRATACION ESTATAL-Recursos vinculados/ENTES U ORGANISMOS INTERNACIONALES-Ingresos percibidos por el tesoro público/CONTRATOS RELATIVOS A RECURSOS DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION O TERRITORIAL/CONTRATOS DE ADMINISTRACION DE RECURSOS DEL ESTADO/CONTRATOS RELATIVOS A RECURSOS DE ENTES U ORGANISMOS INTERNACIONALES

CONTRATOS FINANCIEROS CON FONDOS DE ORGANISMOS MULTILATERALES DE CREDITO-

Discrecionalidad válida en relación con contratos de recursos percibidos de entes u organismos internacionales/CONTRATOS CELEBRADOS CON PERSONAS EXTRANJERAS DE DERECHO PUBLICO U ORGANISMOS DE COOPERACION, ASISTENCIA O AYUDA INTERNACIONAL-Discrecionalidad válida en relación con contratos de recursos percibidos de entes u organismos internacionales

Al decir la norma que los respectivos contratos, “(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”. Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado.

ESTATUTO DE CONTRATACION PUBLICA EN CONTRATOS RELATIVOS A FONDOS DE ORGANISMOS MULTILATERALES DE CREDITO O CELEBRADOS CON ORGANISMOS DE COOPERACION, ASISTENCIA O AYUDA INTERNACIONAL-Inaplicación

Referencia: expediente D-4869

Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 13 de la ley 80 de 1993.

Demandante: Humberto A. Sierra Porto

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano HUMBERTO A SIERRA PORTO presentó demanda contra los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 13 de la ley 80 de 1993.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

I. LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a la edición oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

LEY 80 DE 1993

(Octubre 28)

Por la cual se expide

el Estatuto General de Contratación

de la Administración Pública

ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

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

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

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

I. LA DEMANDA

Considera el demandante que los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 13 de la ley 80 de 1993 vulneran los artículos 2, 4, 13, 25, 100, 150 y 226 de la Constitución. Sus argumentos se resumen así:

- Con apoyo en el artículo 150 constitucional el Legislador quedó facultado para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, potestad que debe ejercer dentro del marco de referencia que la misma Constitución le señala. En este sentido, para que una materia relativa a nacionales colombianos o a extranjeros residentes en el país, tenga un régimen diferente al nuestro, es necesario que una norma constitucional así lo consigne a efectos de configurarse como una excepción a la regla general del derecho local. Baste citar al respecto la incorporación a la Carta Política de lo concerniente a la Corte Penal Internacional.
- De acuerdo con el inciso segundo del artículo 13 de la ley 80 de 1993, el Estado Colombiano puede a su discreción sustraerse del régimen jurídico que le es propio por el sólo hecho de celebrar contratos en el exterior, sea con nacionales o con extranjeros, sin sustento

constitucional.

- En el mismo sentido el tercer inciso del artículo 13 le permite al Estado apartarse discrecionalmente de nuestro ordenamiento jurídico, para someterse a la legislación extranjera en el evento de celebrar contratos en el país, por el sólo hecho de que su ejecución se cumpla en el extranjero, sin que al respecto obre soporte constitucional.

- Por su parte, el inciso cuarto del mismo artículo le permite al Estado aplicar la fórmula exceptiva, pero no para someterse a la legislación extranjera sino a los reglamentos de ciertas organizaciones internacionales, públicas o privadas, en todo el trámite contractual, inclusive en cuanto al manejo del presupuesto colombiano, sin base constitucional alguna.

- En este contexto los dispositivos demandados violan el último inciso del artículo 150 superior, toda vez que las facultades allí insertas sólo se pueden desarrollar dentro de los límites y condiciones previstos en la Carta, sin que al respecto sea dable pretextar la cláusula general de competencia por cuanto ésta no es ilimitada ni entraña una discrecionalidad absoluta.

- Correlativamente las reglas censuradas violan lo dispuesto en el artículo 4 constitucional, en tanto éste dispone que todas las personas residentes en Colombia, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, están sometidas a la Constitución y a la Ley Colombianas, salvo los casos expresamente exceptuados por el ordenamiento superior, circunstancia ésta que no obra en el presente caso.

- Por lo tanto, los contratos celebrados por el Estado Colombiano quedan sometidos a nuestro ordenamiento jurídico, a menos que se utilicen los instrumentos y los procedimientos que el mismo constituyente autoriza para la aplicación de la legislación extranjera, lo cual no se da en el presente asunto.

- Igualmente resulta quebrantado el artículo 13 superior por cuanto el Legislador le defirió a las entidades estatales, sin fórmula constitucional alguna, la potestad discrecional de someterse a la legislación y a los reglamentos extranjeros en materia de contratación; sin que al respecto mediara consideración o razones de equidad, reciprocidad o motivos de conveniencia nacional.

- Asimismo se vulnera el artículo 100 de la Carta, el cual contempla el llamado principio de igualdad de derechos civiles y garantías entre nacionales y extranjeros, entre los cuales se encuentra el que tienen estos últimos para celebrar contratos con el Estado Colombiano, pero sometiendo, al igual que los nacionales colombianos, a nuestro ordenamiento jurídico.

- Sin embargo, los textos acusados, de una u otra manera posibilitan el que los extranjeros que contraten con el Estado Colombiano puedan verse beneficiados con la aplicación del régimen contractual de su país o de su propia organización, sustrayéndose de los términos y condiciones exigidos por la legislación contractual colombiana, esa sí, aplicable obligatoriamente a los nacionales colombianos, rompiéndose al punto la igualdad que engloba el artículo 100 constitucional y el mismo artículo 13 ibídem.

- En este caso los textos impugnados establecen una discriminación que atenta contra la situación jurídica de los nacionales colombianos, sin justificación objetiva y razonable. Un posible objetivo de los dispositivos demandados sería el de facilitarle a los extranjeros la celebración de contratos con el Estado, pero desequilibrando con ello la situación de los nacionales colombianos.

- Finalmente, las disposiciones censuradas infringen el derecho al trabajo que estipula el artículo 25 superior, toda vez que se propicia un espectro de posibilidades de contratación a favor de los contratistas extranjeros, reduciendo notoria e injustamente las opciones laborales de los nacionales colombianos, como que no se da la protección que impone el inciso segundo del artículo 2 de la Carta Política.

I. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores

La ciudadana Martha Patricia Carrillo Ospina en representación de este Ministerio interviene para defender la constitucionalidad de los incisos demandados. Sus argumentos se resumen así:

- El fenómeno de globalización y las relaciones económicas que incorpora vincula agentes públicos y privados en una trama que amerita reglas jurídicas ágiles, aplicables a todos los sistemas sociales, políticos y económicos. Siendo de resaltar que en los casos en que el Estado deba celebrar y ejecutar contratos en el extranjero actúa como un particular, dado que se estipula el seguimiento de las leyes extranjeras tanto en el procedimiento de celebración como en el de ejecución.

- En concordancia con el artículo 13 de la ley 80 de 1993, frente a los contratos que el Estado celebre en el extranjero y cuya ejecución debe hacerse en el exterior es dable la aplicación del inciso segundo del artículo 20 y del artículo 21 del Código Civil, en cuanto a la forma de los instrumentos y las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en el extranjero, los cuales se regirán por la ley del país en donde hayan sido suscritos.

- En este orden de ideas el derecho privado colombiano establece las reglas relativas a la aplicación de las leyes en el territorio de la República, y la manera como se regulan los bienes y contratos que se ejecutan en el país. En este sentido el artículo 20 del Código Civil dispone la aplicación del llamado estatuto real, resultando ilustrativa la sentencia T-1157 de 2000.

- En cuanto al derecho internacional privado nuestra legislación adoptó en la ley 33 de 1992 el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 12 de febrero de 1889. Este tratado dispone en sus artículos 1 y 2, que es la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse (lex loci solutionis), la que rige los siguientes aspectos: existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, ejecución y todo cuanto concierna a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

- De lo anterior se desprende que la participación en contratos que se ejecutan en Colombia implica el sometimiento de las partes a las previsiones legales que regulan los efectos de los mismos a la luz del derecho de nuestro país y el sometimiento a la ley de nuestro territorio.

Adicionalmente, el Código de Comercio ratifica el sometimiento a la ley nacional para los contratos que deben cumplirse en Colombia, aclarando que también procede para aquellos celebrados en el exterior (art. 869 C. de Co.). Asimismo, en el artículo 26 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 se hizo claridad sobre el aspecto de la territorialidad de la ley cuando se trata de bienes, señalando:

Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde están situados en cuanto a su calidad, a su posesión, a su inenajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

- Es decir, en lo atinente a los efectos y al cumplimiento de contratos celebrados en el exterior que se relacionan con bienes ubicados en el territorio nacional, se aplica la ley colombiana. Sin embargo, en los casos en que: a) los contratos se celebren y deban cumplirse en el extranjero, y b) los contratos se celebren en Colombia pero deben cumplirse en el extranjero, las formas y solemnidades de los mismos podrán regirse por la ley del país en que se otorguen (principio *Locus Regit Actum*), a menos que las partes dispongan lo contrario en virtud de la libertad de negociación. De allí que los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la ley 80 estén redactados de forma facultativa, esto es, que se respeta la voluntad de las partes contratantes para definir la legislación aplicable a dichos actos.

- Nótese que la validez formal de un acto, donde se incluye la competencia de su autor, depende de la ley vigente en el lugar o en el momento de su celebración, según los aforismos *locus regit actum* y *tempus regit actum*. Es posible aplicar la ley extranjera cuando las consecuencias jurídicas, actos u operaciones se produzcan en el exterior. Igualmente se aplica la ley extranjera cuando las partes lo pactan en el contrato respecto de actos, operaciones o efectos jurídicos que se produzcan en el exterior, conforme al artículo 1602 del Código Civil. Ahora bien, de acuerdo con interpretación de la Corte Suprema de Justicia, si los efectos de los contratos celebrados en Colombia se producen en el exterior, no tienen por qué sujetarse a la ley colombiana que se aplica a todas las personas y actos que se celebren en Colombia (art. 18 C.C.).

- Del inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80 de 1993 se deriva la potestad de someter o no, los contratos celebrados con los citados organismos, a los reglamentos, procedimientos y cláusulas especiales de dichas entidades. Lo cual se explica por el origen de los recursos, es decir, a que la financiación se hace con fondos de los organismos multilaterales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, no con los recursos del Estado colombiano.

- Con fundamento en el artículo 4 superior los nacionales y extranjeros deben someterse a la Constitución, a la ley y a las autoridades. Las leyes obligan a todos los habitantes del país,

incluyendo a los extranjeros domiciliados o transeúntes, salvo lo previsto para éstos en tratados públicos (art. 59, ley 159 de 1888, 57 del C.R.P.M.).

- Es cierto que los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familia y a sus bienes. Lo cual se hace en razón de que se trata de la ejecución de actos que deben tener efectos en Colombia, o de la ubicación de bienes dentro del territorio nacional.

El artículo 13 de la ley 80 contempla situaciones diferentes, a saber: a) contratos celebrados en el exterior y que deban cumplirse en el exterior; b) contratos celebrados en Colombia que deban ejecutarse o cumplirse en el exterior, no pretendiendo exigir el sometimiento a nuestras leyes y disposiciones contractuales, a personas que en principio están por fuera de la jurisdicción colombiana. Por esto mismo los incisos demandados no irrespetan la Constitución, antes bien, se ajustan a lo dispuesto en los artículos 226, 287 y 333 de la Carta.

- Con referencia al artículo 100 superior, no es cierto que los nacionales colombianos se excluyan de la opción regulatoria de los extranjeros, pues, cuando la Administración celebre contratos en el territorio nacional o en el extranjero cuya ejecución deba llevarse a cabo en Colombia se aplicará la ley colombiana, independientemente del hecho de que el contratista sea un nacional o un extranjero, en desarrollo del artículo 13 superior.

- Ahora bien, en cuanto a proponentes extranjeros en Colombia, la ley permite que en la celebración de los contratos estatales puedan intervenir contratistas nacionales o extranjeros, concediéndoles el mismo tratamiento, condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación. Asimismo, en aras de la protección del derecho al trabajo obran los artículos 20 y 21 de la ley 80 de 1993, al igual que los decretos 313 y 679 de 1994, y recientemente la ley 816 de 2003.

- De igual manera, los sujetos extranjeros que realizan actividades de carácter contractual, o posean bienes o derechos reales en el territorio colombiano, participen en sociedades y actúen en las mismas dentro de los presupuestos legales del control o grupo empresarial, deben someterse a las consecuencias jurídicas que las leyes colombianas prevén.

1. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El ciudadano Luis Fernando Marín Molina interviene en representación de este ministerio para defender la constitucionalidad de los incisos acusados. Estos son sus argumentos:

- El principio de territorialidad es fundamento esencial de la soberanía, del cual forman parte las reglas de “territorialidad subjetiva”, según las cuales el Estado puede asumir jurisdicción sobre actos que se iniciaron en su territorio pero culminaron en el de otro Estado, y “territorialidad objetiva”, según las cuales cada Estado puede aplicar sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos en él. Tales reglas operan en doble sentido: por una parte, permiten que un Estado imponga sus leyes a personas, situaciones o cosas que no se encuentran dentro de su territorio, y por otra, obligan al mismo Estado a aceptar que en ciertos casos se apliquen las leyes extraterritoriales de naciones extranjeras a personas, situaciones o cosas que se encuentran u ocurren dentro de su territorio.

- Tanto el principio de territorialidad como sus excepciones encuentran asiento en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal. Al respecto obran los artículos 4 y 95 inciso segundo del Estatuto Superior. La misma Carta en su artículo 9 acoge los principios generales del derecho internacional, entre los cuales se encuentran los que delimitan el ejercicio de la jurisdicción. Por lo tanto, los principios de extraterritorialidad son constitucionales siempre y cuando se apliquen de conformidad con los mandatos de reciprocidad, equidad y respeto por la soberanía foránea.

- Sobre la aplicación de la ley extranjera en materia mercantil se ha pronunciado la Corte Constitucional, tal como puede apreciarse en sentencia T-1157 de 2000, de acuerdo con la cual tienen respaldo constitucional las excepciones al principio de territorialidad de la ley, siempre que medie reciprocidad, equidad y respeto por la soberanía foránea. El Legislador recogió tales principios en la ley 80 de 1993 y en la ley 816 de 2003.

- Pero además, en los eventos contemplados en la norma cuestionada, cuando el contrato deba ejecutarse en el exterior, es razonable que se aplique la ley extranjera, pues la ejecución y cumplimiento de las obligaciones respectivas se dará en otro lugar, lo cual

justifica la aplicación de las normas que allí rigen.

1. Intervención de la Auditoría General de la República

La ciudadana Clara Eugenia López Obregón interviene en representación de esta entidad para solicitar la exequibilidad de los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la ley 80 de 1993. Asimismo pide se declare exequible el inciso cuarto ibídem, en el entendido de que la posibilidad de aplicar las normas de contratación adoptadas por personas de derecho público internacional sólo procede en los casos en que el Estado colombiano requiera adquirir empréstitos o necesite de asistencia, ayuda o cooperación de organismos internacionales, dentro de los precisos términos acordados con ellos en los tratados o convenios suscritos y adoptados por Colombia mediante leyes de la República. Igualmente solicita aclarar en la parte resolutive que la figura contenida en el inciso cuarto no se aplica en los eventos en los que los organismos internacionales y demás personas de derecho público internacional actúen como fiduciarias dentro del país. Sus argumentos se resumen así:

- De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia constitucional es claro que si dentro de las relaciones jurídicas desarrolladas en el interior del Estado colombiano resulta involucrado un elemento internacional, las normas que deben aplicarse no son necesariamente las nacionales, pues la solución al conflicto se debe buscar en los principios del derecho internacional de aceptación general siempre que no afecte la soberanía estatal.
- El concepto de soberanía implica la facultad de organizarse y auto regularse políticamente. Por lo tanto, los incisos segundo y tercero constituyen una clara manifestación del ejercicio de la soberanía nacional, pues ha sido el Congreso quien mediante ley ha reconocido la posibilidad de aplicar normas de estados extranjeros en eventos aceptados por la generalidad de los países.
- Según lo expresado en párrafos anteriores, los contratos suscritos en el extranjero se rigen por las normas del país donde el hecho ocurrió. No obstante que se trata de un principio de general aceptación internacional, la ley 80 no estableció como imperativo que los contratos celebrados en el exterior deban sujetarse a las normas del país donde se suscriban; simplemente facultó a las entidades públicas para aplicar esa normatividad, si ello es

necesario. Similares consideraciones merece el inciso tercero del artículo 13 ibídem, donde, de acuerdo con el principio de general aceptación ya relacionado, cuando un contrato debe ejecutarse o cumplirse en un país distinto a aquel en el cual se suscribió, éste debe regirse por las normas que imperan en el lugar en donde las obligaciones deben realizarse. Por ende, no se ve cómo puedan resultar afectados los principios de igualdad, reciprocidad, equidad o conveniencia nacional, ni en lo atinente al derecho al trabajo.

- Se reitera, la atribución conferida en el artículo es facultativa no imperativa, y en la situación prevista se presenta un elemento internacional que debe ser considerado por el Legislador, toda vez que nuestra soberanía no implica supremacía sobre los demás países.

- En relación con el inciso cuarto debe tenerse en cuenta que para que un organismo multilateral de crédito o cualquiera otra persona extranjera de derecho público pueda actuar dentro del país, se requiere que exista un tratado o convenio vigente contentivo de las reglas a las que se someten las personas de derecho público comprometidas. Por ello, para que Colombia pueda celebrar contratos de empréstito debe existir convenio vigente con el organismo de crédito, aprobado mediante ley.

- La expresión “podrán someterse a los reglamentos de tales entidades” tiene respaldo constitucional, dado que en el plano internacional una de las exigencias más frecuentes de las personas de derecho público internacional que conceden empréstitos o realizan donaciones en dinero o en especie consiste en que se apliquen sus procedimientos y normas en la ejecución de esos recursos, siendo comprensible que quien efectúa el desembolso esté interesado en que se otorgue cuando menos esa garantía que representa el compromiso de ejecutar las sumas reconocidas observando principios de transparencia, economía y eficacia. Por razones de conveniencia nacional se justifica la medida, siempre que no se contradiga el ordenamiento superior.

- La Auditoría General de la República ha tenido la oportunidad de revisar el texto de varios reglamentos de contratación adoptados por los organismos internacionales de cooperación, asistencia y ayuda, y se ha constatado que los procedimientos adoptados por estas personas guardan grandes similitudes con el régimen de contratación colombiano. Destacándose al respecto el principio de reciprocidad y la realización de muchos contratos por parte de nacionales colombianos, descartándose a la vez la presunta afectación de oportunidades

laborales.

- De otro lado tampoco se viola el derecho a la igualdad por cuanto en los casos en que el Estado contrata con nacionales o residentes en Colombia, las reglas de negociación o ejecución son las de la ley interna, con las salvedades ya hechas sobre conflicto de leyes en el espacio, situación que varía cuando el gobierno colombiano debe suscribir contratos con otros Estados u organismos internacionales.

- Es de advertir también que en relación con la aplicación del inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80 de 1993 se han detectado irregularidades que justifican la declaratoria de exequibilidad condicionada de su contenido normativo. Tales irregularidades han tenido como centro de acción el contrato de fiducia, el cual ha sido utilizado por la Administración como instrumento para eludir las normas a las cuales debe sujetarse. Advirtiéndose que esas irregularidades se siguen presentando, pero ya no con ocasión de contratos suscritos con sociedades fiduciarias, sino con algunos organismos internacionales de cooperación y asistencia. En este sentido algunas organizaciones internacionales han venido realizando actividades no comprendidas en el objeto de su creación, facilitando a algunos funcionarios públicos el desconocimiento de la normatividad aplicable en esta materia que, según se sabe, exige que quien actúe como sociedad fiduciaria cuente con autorización de la Superintendencia Bancaria.

- En eventos analizados por la Auditoría General de la Nación se ha establecido que algunas entidades han suscrito convenios con organismos internacionales para contratar personal que acaba de ser retirado de la planta, con el aparente objeto de que puedan recibir una remuneración superior a la señalada para el cargo que se desempeña en planta, u obviando la acreditación de requisitos de estudio y de experiencia que se exigen en el sector público. En algunas contralorías estos convenios han sido utilizados para facilitar la contratación de personal que se halla inhabilitado para suscribir contratos con la entidad.

- Asimismo se han utilizado con el fin de ejecutar partidas presupuestales no comprometidas durante la vigencia, de suerte que con la suscripción de los contratos los recursos son entregados y presupuestalmente se reportan como ejecutados a pesar de que en aplicación del convenio, el organismo internacional suscribe contratos con cargo a esos recursos durante dos o tres años, sin que esto se pueda ver reflejado en el presupuesto. Tal proceder

afecta la materialización del control fiscal, dado que las contralorías no pueden acceder a los documentos que contienen la historia de los respectivos contratos en tanto hacen parte del archivo documental de los organismos, los cuales se encuentran amparados por el beneficio de inmunidad reconocida en las normas aprobatorias de los estatutos. Al respecto debe observarse que debido a que Colombia se adhirió al Tratado de Viena II sobre el derecho de los tratados o convenios suscritos entre Estados y Organismos Internacionales, esta práctica podría ser considerada como parte de las facultades implícitas de estas personas de derecho público, tal como se desprende del artículo 31 del Tratado de Viena.

- De acuerdo con esta norma que fue incorporada mediante ley 406 de 1997 (C-400 de 1998), si en la ejecución de un contrato o convenio suscrito con organismos internacionales se presenta una práctica ulterior que pueda considerarse como una interpretación acordada por las partes como parte del objeto del tratado, la persona de derecho público internacional adquiere una facultad implícita a su objeto inicial.

- La indebida aplicación del inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80, de una parte elude el régimen de contratación, el sistema presupuestal y las normas sobre control fiscal, y de otra, viola los artículos 4, 209, 267 y 352 de la Carta.

- Lo anterior lleva a que el Estado incurra en costos excesivos en materia de funcionamiento, pues además de los gastos de nómina del personal llamado a cumplir las funciones de contratación de las entidades, también está reconociendo el valor de las comisiones cobradas por los organismos internacionales. Nótese que estos organismos cobran a título de administración, o bien la totalidad de los rendimientos que genere la suma entregada durante el plazo de ejecución del convenio o, hasta el 2.5% del monto de las sumas que le son entregadas.

- Finalmente, no obstante el decreto 2170 de 2002, con el cual se pretende corregir la anterior práctica, es lo cierto que la norma permite la posibilidad de que los organismos internacionales administren recursos nacionales que no están vinculados a operaciones de empréstito externo, ni asistencia, ayuda o cooperación. Pues, se autoriza implícitamente a las autoridades colombianas para aplicar el último inciso del artículo 13 conforme a la interpretación que es cuestionada en esta oportunidad.

1. Intervención de la Universidad Santo Tomás

El ciudadano José Vicente Cifuentes Salazar intervino en representación de esta universidad para conceptuar que las disposiciones acusadas son constitucionales. Sus argumentos se resumen así:

- No es de recibo el criterio del actor, según el cual el Estado puede sustraerse discrecionalmente de la normatividad colombiana por el hecho de celebrar contratos en el exterior, ya que existen tratados internacionales que pueden obligar a Colombia, en el exterior, a someterse a la normatividad foránea cuando celebre contratos. Lo contrario sería cerrar la puerta a la posibilidad de cumplir con los fines del Estado, pese al apoyo técnico, administrativo o científico de extranjeros. Si en una contratación celebrada en territorio extranjero se exige el sometimiento a las normas extranjeras para la ejecución del contrato, para satisfacer el cometido estatal no queda otro camino que sujetarse a tales reglas, siempre que no se vulneren los principios rectores de la función administrativa.
- En consonancia con lo anterior, si el contrato se celebra en el exterior pero debe ejecutarse en Colombia, tal ejecución debe someterse al ordenamiento nacional. En cuanto al inciso tercero demandado, es claro que en su origen, selección y perfeccionamiento debe sujetarse al ordenamiento interno, pero si su ejecución debe realizarse en el extranjero no puede pretenderse que cualquier divergencia deba resolverse con arreglo a las normas nacionales, ya que esto implicaría para el otro Estado aplicar normatividad extranjera no adoptada formalmente.
- Los dos primeros incisos demandados le permiten a la autoridad colombiana establecer la procedencia de la aplicación de uno u otro ordenamiento, donde, de acuerdo con las voluntades se fijarán los marcos normativos.
- El inciso final del artículo trece califica precisamente los casos en que se puede considerar la aplicación de estos procedimientos, reduciéndose a un solo tema “la ejecución de fondos internacionales” que permiten satisfacer algún objetivo estatal, en cuyo caso es Colombia la que está recibiendo los recursos y el organismo extranjero pretende intervenir y vigilar según su criterio la ejecución de los mismos, es válido aceptar el cumplimiento de algunos procedimientos, siempre que no riñan con los principios de la ley nacional, la ética y las buenas costumbres. Al respecto no puede desatenderse la posición privilegiada que tiene el

organismo extranjero que otorga los recursos, quien a su turno impone las reglas de juego.

- Asimismo le queda al servidor público la posibilidad de contratar o no contratar con este tipo de organizaciones cuando observe que las exigencias en materia de selección, ejecución y cumplimiento sobrepasen el interés público, vislumbrándose una violación de los intereses estatales, en cuyo caso la decisión de no contratar estaría suficientemente fundamentada.

1. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

El ciudadano Hernán Alejandro Olano García interviene en representación de esta academia para conceptuar en sentido favorable a la demanda de inconstitucionalidad. Sus argumentos se resumen así:

- En nuestro ordenamiento jurídico las normas tienen diferente jerarquía, por lo cual, la ley 80 de 1993 no puede estar por encima de la Constitución. Antes bien, necesario es observar el orden jerárquico que se expresa a partir de la Constitución Política, la cual condiciona la validez de todas las demás leyes.

Después de citar y transcribir doctrina y jurisprudencia constitucional sobre el carácter prevalente y superior de las constituciones políticas, el interviniente concluye diciendo: “En mérito de lo expuesto, con base en la exposición realizada sobre el principio de supremacía constitucional, apoyamos la pretensión del actor para que se siga la regla general y así, los actos del Estado se rijan por la ley local, salvo que una norma de rango constitucional así lo exprese, como por ejemplo lo hace Sierra al citar el Acto Legislativo que incorporó al artículo 93 la competencia de la Corte Penal Internacional”.

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto de noviembre 24 de 2003 solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, y la exequibilidad condicionada del inciso cuarto del mismo artículo, en el entendido de que éste no podrá tener aplicación cuando se trate de la administración de recursos públicos,

toda vez que por ser ésta una función de carácter público, la asignación de la misma estará sujeta a las condiciones especiales señaladas por el legislador, y como tal, sujeta a los controles fiscal y disciplinario, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución. Sus argumentos se resumen así:

- La formulación de la política contractual es una facultad del Congreso de la República, conforme al inciso final del artículo 150 superior. La ley 80 de 1993 es una ley de principios que permite un amplio margen de libertad a las entidades estatales en sus funciones contractuales. Se trata de un estatuto, no caracterizado por prohibiciones o formalismos, sino de un conjunto de reglas sobre la administración de un contrato. En desarrollo de la libertad de configuración normativa el Congreso plasmó en la ley 80 los principios de la contratación estatal, pudiendo igualmente excepcionar su aplicación en todo o en parte.
- De acuerdo con el segundo inciso del artículo 13, los contratos celebrados en el exterior por una entidad estatal (art.2 ley80/93), en lo concerniente a su formación, es decir, al procedimiento previo a la adjudicación, deben someterse a las reglas de la ley 80 de 1993, siendo claro que la aplicación de la norma extranjera sólo se da a partir de su ejecución. Decisión que es discrecional, con todo lo que ella representa.
- En segundo lugar, la norma impugnada permite la aplicación de la ley extranjera únicamente en el caso de que la ejecución del contrato se cumpla en el exterior, por cuanto, según la misma disposición, si el contrato se va a ejecutar en Colombia, a pesar de haber sido suscrito fuera del país, se debe aplicar enteramente el estatuto contractual nacional. La facultad para optar por la aplicación de las normas extranjeras obedece a que en diversas circunstancias, tales como la modalidad de los contratos, trascendencia y complejidad de los mismos, se hace necesario acudir a dichas normas para la ejecución del contrato en el exterior, antes que aplicar las reglas nacionales que eventualmente pueden dar al traste con el objeto perseguido por el contrato, desconociendo así el alcance que la Constitución le ha dado a la contratación administrativa, cual es precisamente el cumplimiento de los fines estatales.
- La tendencia internacional muestra en legislaciones como la española, mexicana y chilena la necesidad de someterse en ciertos aspectos contractuales a las normas extranjeras cuando las circunstancias así lo requieran, lo cual es admisible en el plano constitucional, ya

que lo que se persigue es que los contratos administrativos cumplan su cometido, que no es otro que el suministro de bienes y servicios en beneficio de la colectividad.

- El inciso tercero del artículo 13 también alude a la ejecución, por lo cual, las etapas previas se deben regir por el estatuto contractual, como se deduce claramente de la norma impugnada. Por ello no es admisible la afirmación del actor en el sentido de que se vulnera el artículo 226 superior, dado que las entidades estatales gozan de una amplia libertad para configurar los negocios contractuales, dentro del espectro del interés público.

- Tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras se da una vez agotadas las etapas previas a la ejecución del contrato estatal, lo cual se contrae al proceso de selección que tratándose de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional, según voces del inciso cuarto del artículo 21 de la ley 80 de 1993, aspectos que en modo alguno son desconocidos por las disposiciones demandadas.

- La supuesta violación del derecho al trabajo también carece de sustento, en la medida en que al ejecutarse el contrato en el exterior, sería irrazonable pensar que para garantizar el derecho al trabajo se deba necesariamente recurrir a nacionales colombianos habitantes en el extranjero, o en su defecto realizar el traslado de quienes se hallen en el país, lo cual sería contrario a los objetivos perseguidos con la contratación estatal. En la medida en que los incisos segundo y tercero demandados hacen relación a la ejecución del contrato en el exterior y no a toda la actividad contractual, pues al llegar a ésta el contratista ya está escogido conforme al procedimiento interno, el argumento del actor no encuentra fundamento alguno.

- Del inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80 de 1993 se deriva un régimen especial de contratación, que permite la inaplicación de sus normas. Asimismo es necesario aclarar que el sentido de la norma referente a la aplicación de reglamentos de los citados entes en los procesos de formación y adjudicación del contrato, alude únicamente a aquellos que se suscriban con recursos provenientes (sic) de los organismos multilaterales, personas de derecho público y organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, es decir, que la norma no hace mención a los contratos que se ejecutan con dichos entes y con

recursos emanados de la respectiva entidad estatal.

- La exclusión del inciso cuarto es constitucional, en tanto lo perseguido por ella es que los contratos financiados con recursos provenientes del extranjero, ya sea a manera de empréstito o donación, no se sometan al orden jurídico interno, debido a la naturaleza de dichos entes y a las barreras y obstáculos que pueden presentarse para obtener esos recursos, es decir, que en la práctica difícilmente se podrá acceder a esos fondos si unilateralmente las entidades públicas quieren imponer la aplicación del estatuto contractual.

- Piénsese por ejemplo, en los contratos de empréstitos suscritos con el BID o con el FMI, si se les exigiese el cumplimiento de la norma nacional, ya que éstos no tendrían más opción que denegar los préstamos a entes estatales, en vista de que es apenas obvia la aplicación de sus reglamentos internos, que no han sido expedidos por el capricho de los dirigentes de esos organismos, sino que corresponden a políticas adoptadas en el marco del derecho internacional, en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales. En estos eventos, solicitar la aplicación del derecho interno en materia de contratación, es prácticamente aislarse del concierto internacional en el tema crediticio, a más de que no sólo implica el aspecto de poder obtener bienes y servicios, sino que está de por medio el desarrollo macroeconómico que se pretende lograr cuando se acude a esta clase de créditos.

- Nótese que en el caso de las donaciones la norma impugnada se ajusta al artículo 62 superior, cuando dispone que el destino de las donaciones para fines de interés social no puede ser variado a menos que el objeto de las mismas desaparezca. Por tanto no es razonable desconocer la voluntad de los donantes, la cual se puede plasmar en la decisión de que la entidad receptora acoja sus reglamentos, mediante los cuales pueda intervenir en la formación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con sus recursos.

- De otra parte, respecto de los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público la norma no puede examinarse de manera aislada. Dentro de los mismos caben los acuerdos o convenios internacionales suscritos por Colombia con tales personas, donde es necesario aplicar reglas distintas a las nacionales con el fin de satisfacer las necesidades

colectivas.

- Este Despacho no puede pasar por alto y reprochar la recurrente práctica de ciertas entidades estatales que pretendiendo darle alcance al inciso cuarto del artículo 13 de la ley 80, canalizan la contratación a través de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, pero no con recursos de estos entes sino de la respectiva entidad pública, con el exclusivo fin de eludir soterradamente los procesos de licitación pública, y en general del estatuto contractual. Por ello, dicho inciso sólo es exequible y su aplicación es válida únicamente cuando se trata de contratos de empréstito u otros, si en éstos se incorporan recursos de los entes u organismos internacionales. De lo contrario, la norma aplicable será la contractual colombiana.

- Así, por ejemplo, en los contratos de administración de recursos públicos que se celebren con órganos internacionales es claro que la regla del inciso cuarto no puede tener aplicación, por cuanto en ellos no hay recursos de origen foráneo, condición esencial que exige el inciso acusado. Siendo claro que en tales eventos los órganos internacionales están desarrollando una función típicamente administrativa. Función que debe sujetarse al artículo 111 de la ley 489 de 1998, que a su vez remite a la ley 80 de 1993 y a sus cláusulas excepcionales.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de los incisos acusados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4 de la Carta Política, toda vez que ellos forman parte integrante de una ley.

1. Planteamiento del Problema

El demandante afirma que los dispositivos demandados violan el último inciso del artículo

150 superior, toda vez que las facultades allí insertas sólo se pueden desarrollar dentro de los límites y condiciones previstos en la Carta. Que correlativamente las reglas censuradas violan lo dispuesto en el artículo 4 constitucional, en tanto éste dispone que todas las personas residentes en Colombia, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, están sometidas a la Constitución y a la Ley Colombianas, salvo los casos expresamente exceptuados por el ordenamiento superior, circunstancia ésta que no obra en el presente caso. Siendo del caso reconocer que los contratos celebrados por el Estado Colombiano quedan sometidos a nuestro ordenamiento jurídico, a menos que se utilicen los instrumentos y los procedimientos que el mismo constituyente autoriza para la aplicación de la legislación extranjera, lo cual no se da en el presente asunto.

Prosigue diciendo que igualmente resulta quebrantado el artículo 13 superior por cuanto el Legislador le defirió a las entidades estatales, sin fórmula constitucional alguna, la potestad discrecional de someterse a la legislación y a los reglamentos extranjeros en materia de contratación. Que también se vulnera el artículo 100 de la Carta, el cual contempla el llamado principio de igualdad de derechos civiles y garantías entre nacionales y extranjeros.

Por donde, los textos impugnados establecen una discriminación que atenta contra la situación jurídica de los nacionales colombianos, sin justificación objetiva y razonable.

Que, finalmente, las disposiciones censuradas infringen el derecho al trabajo que estipula el artículo 25 superior, toda vez que se propicia un espectro de posibilidades de contratación a favor de los contratistas extranjeros, reduciendo notoria e injustamente las opciones laborales de los nacionales colombianos, desatendiendo a la vez el inciso segundo del artículo 2 de la Carta Política.

La Corporación se concentrará entonces en el examen de los siguientes temas, a saber: (i) acerca de la soberanía nacional; (ii) valor vinculante de los tratados internacionales; (iii) Principio de aplicación territorial de la ley; (iv) el caso concreto.

2.1. Acerca de la soberanía nacional

El preámbulo de la Constitución Política expresa un principio de internacionalización de la vida del país, cuyo punto de partida muestra especial preferencia por el impulso integrador de la comunidad latinoamericana. Perspectiva dentro de la cual la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del

derecho internacional aceptados por Colombia, confluyen como elementos fundamentales de sus relaciones exteriores en el orden mundial (art. 9 C.P.).

Dadas las necesidades, exigencias y oportunidades que plantea el concierto de las naciones, le corresponde al Estado asumir una posición activa frente a la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Esto es, en el entendido de que Colombia como Nación es un sujeto de derecho en el conjunto ecuménico de países, que tiene ciertas necesidades que sólo puede resolver con el concurso de otros Estados o entidades de derecho internacional, le corresponde promover de manera individual o colectiva las mencionadas relaciones internacionales, sin perder de vista que en los tratados o convenios que celebre deben quedar debidamente protegidos sus derechos en cuanto Nación, al igual que los de sus habitantes. A lo cual han de concurrir cláusulas contractuales presididas por un sentido de justicia vinculado a la construcción de un progresivo equilibrio internacional, a una relación costo - beneficio que le depare balances favorables a los intereses nacionales y a la creciente cualificación de la presencia nacional dentro de las diversas esferas de acción que comprende el acontecer internacional (art. 226 C.P.).

Como quiera que el proceso de internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de Colombia no se puede asumir como la mera sumatoria de voluntades de unos países que deciden concertarse mecánicamente con otros, la propia Constitución reivindica y pone de manifiesto el propósito integrador que debe nutrir las relaciones de nuestro país con las demás naciones en el amplio espectro de lo económico, social y político. A cuyos efectos, y mediante la celebración de tratados que salvaguarden la equidad, la igualdad y la reciprocidad, la Carta autoriza la participación del Estado en la creación de organismos supranacionales, que de una parte implican una jerarquía a respetar y acatar por parte de Colombia y de los demás Estados miembros, y de otra, la sujeción recíproca de todos los Estados a los acuerdos que se formalicen en dichos organismos, lo cual deriva en una lógica adecuación de la legislación nacional a los lineamientos de las cláusulas supranacionales pactadas.

En términos constitucionales el Presidente de la República aparece como director de las

relaciones internacionales, en cuyo desarrollo el Gobierno puede celebrar tratados con otros Estados o con entidades de derecho internacional, que luego se someten al examen del Congreso para, en el evento de la aprobación mediante ley, surtir la correspondiente revisión constitucional que se erige como paso indefectible para la posterior radicación del canje de notas.

Mediante sentencia C-418 de 1995 la Corte destacó el principio de no injerencia de la comunidad internacional sobre la soberanía de cada Estado, señalando:

Resulta de especial importancia el “principio de la no injerencia”; con esta disposición, se reconoce la obligación de la comunidad internacional de no intervenir en los asuntos propios de cada Estado, en virtud del derecho indivisible, absoluto, inalienable, indelegable, permanente e incondicional de los pueblos a su soberanía. Se trata, pues, del respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, a través del cual el derecho internacional procura la convivencia pacífica entre las diversas culturas e ideales políticos, de forma tal que cada Estado pueda definir, con absoluta libertad, autonomía e independencia, su propio ordenamiento constitucional y legal.

Así las cosas, el proceso evolutivo del principio de soberanía de las naciones en el concierto internacional debe entenderse ligado a la inalienable y permanente autonomía de los pueblos para darse su propio ordenamiento jurídico interno, para disponer y resolver sobre sus propios asuntos y, en general, para actuar libremente en todo aquello que no altere o lesione los legítimos derechos e intereses de otros Estados. Contexto en el cual la soberanía de Colombia debe salvaguardarse con arreglo a los presupuestos constitucionales vistos, concediendo especial atención a la adecuada articulación de los compromisos internacionales con el ejercicio de las competencias propias de nuestro Estado Social de Derecho, el cual propende tanto por la realización de los intereses nacionales como por la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

2.2. Valor vinculante de los tratados internacionales

Como bien se sabe, los tratados internacionales debidamente celebrados y ratificados tienen fuerza vinculante entre los Estados miembros, de suerte que cada uno de ellos debe someterse a la preceptiva inserta en sus cláusulas, sin perjuicio de las salvedades que los

mismos establezcan validamente. En este sentido el Estado colombiano muestra una participación internacional que lo compromete al tenor de los correspondientes instrumentos supranacionales, y que para el caso en cuestión se puede resumir a través de los siguientes registros:

- El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al cual se adhirió Colombia mediante la ley 40 de 1933, y que consagra el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución. El mismo principio se halla en los tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1940, si bien no están ratificados por Colombia. Al respecto conviene recordar que la ley 40 de 1933 fue declarada inexecutable en sentencia de 18 de junio de 1987 de la Corte Suprema de Justicia; pero que posteriormente, mediante la ley 33 de 1992 fue aprobado nuevamente el tratado (1888-1889).

- El tratado sobre Derecho Internacional Privado celebrado entre Colombia y Ecuador en Quito el 18 de junio de 1903. El cual fue confirmado por el Presidente el 4 de agosto de 1904, posteriormente aprobado por la ley 13 de 1905 y finalmente canjeadas las ratificaciones en Quito el 31 de julio de 1907. En el artículo 4 de dicho tratado se estipula que la ejecución de los contratos se sujeta a la ley del lugar de su realización.

De otra parte, a título de antecedente jurisprudencial resulta pertinente traer a colación los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 30 de 1986, donde, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 239 del decreto 222 de 1983, se afirmó:

En el caso que ahora se examina, lo único que ha hecho el legislador ha sido reconocer principios del Derecho Internacional privado, fundados en tesis de Savigny y aceptados universalmente, a cuyo tenor los contratos celebrados entre personas de distintos Estados deben regirse por la ley imperante en el lugar de su cumplimiento (“lex loci executionis”) y los conflictos jurídicos que surjan habrán de resolverse por los jueces del lugar (“lex fori”).

Esos principios con arreglo a los cuales se dirimen los conflictos de regímenes y jurisdicciones que necesariamente se plantearían y que serían insolubles si tales postulados no existieran, lo que conduciría al caos en las relaciones de Derecho Internacional Privado, fueron acogidos en el Tratado de Montevideo de 1888, aprobado por la ley 40 de 1933 y vueltos a consagrar

en el de 1940 en cuya elaboración participó Colombia.

Este antecedente jurisprudencial es de gran importancia para el examen del artículo 13 acusado y, particularmente, en lo que hace a su inciso segundo.

2.3. Principio de territorialidad de la ley

En relación con el alcance del principio de territorialidad de la ley y sus excepciones, dijo esta Corte en sentencia T-1157 de 2000:

El principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio. El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i) los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana, en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la medida que se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional; iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados.

Asimismo, en sentencia C-395 de 2002 expresó la Corporación:

El principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio. Dicho principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo.

En cuanto al principio de aplicación de la ley personal a nacionales del Estado se afirmó en la misma sentencia:

En el campo del Derecho Internacional Privado rige el principio de la aplicación de la ley personal a los nacionales de un Estado, con un doble contenido: i) positivo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural nacional de un Estado se le aplican las leyes de ese Estado; ii) negativo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural que no es nacional de un Estado no se le puede aplicar la ley de ese Estado. Este principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento personal, humano o poblacional del mismo.

Ahora bien, tal como lo observa la doctrina colombiana, el principio de la territorialidad de la ley reviste un sentido absoluto en varios artículos del Código Civil, a saber: (i) por virtud de su artículo 18 la ley colombiana es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en este país; (ii) conforme al primer inciso del artículo 20 los bienes situados en territorio colombiano (*lex rei sitae*) se sujetan a las disposiciones de este código; (iii) la misma regla opera en relación con los contratos celebrados en país extraño sobre bienes situados en Colombia o que deban ejecutarse o producir efectos en el territorio nacional (*lex loci solutionis*); (iv) igualmente se sujetan a este código los actos jurídicos celebrados en Colombia (*locus regit actum*), en cuanto a sus formalidades, contenido, validez y naturaleza, según el artículo 21 *ibídem*.

Este principio fue morigerado por el artículo 59 de la ley 149 de 1888 en relación con los derechos de los extranjeros transeúntes concedidos por los tratados públicos. Por su parte el Código de Régimen Político y Municipal previó en su artículo 57 una disposición similar. El rigor del sistema se atempera igualmente en términos del segundo inciso del artículo 20 del Código Civil "... por motivos de conveniencia...", tratándose de "... contratos celebrados válidamente en país extranjero..." (*lex loci contractus*), en orden al buen desarrollo del comercio internacional.²

Cabe advertir también que en las hipótesis contempladas en el artículo 19 del Código Civil la ley colombiana se aplica más allá de las fronteras nacionales. Esto es, en relación con el estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos, así como en lo tocante a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes.

En lo atinente a los contratos mercantiles dispone el artículo 869 del Código de Comercio

que: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

A manera de conclusión se tiene que las reglas de conflicto³ están contenidas en el ordenamiento nacional en los artículos 18, 19, 20, 21 del Código Civil y 38 de la ley 153 de 1887. En este sentido:

El artículo 18 del Código Civil, con base en el criterio de la residencia, consagra el principio de la territorialidad absoluta de la ley colombiana, como obligatoria para nacionales y extranjeros.

El artículo 19 del Código Civil, con base en el criterio de la nacionalidad, consagra el principio de la extraterritorialidad de la ley colombiana, en relación con los colombianos, residentes o domiciliados, en país extranjero, respecto del estado civil, de la capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en el territorio colombiano y de obligaciones y derechos provenientes de las relaciones de familia.

El artículo 20 inciso 1º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de ubicación (*lex rei sitae*), consagra el principio de la territorialidad absoluta de la ley colombiana en relación con los bienes muebles e inmuebles, sean de propiedad de nacionales o extranjeros y respecto de lo cual tenga interés o derecho la nación.

El artículo 20 inciso 2º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*) permite la aplicación de la ley extranjera a los contratos celebrados válidamente en país extraño, en cuanto no versen sobre bienes situados en Colombia.

El artículo 20 inciso 3º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de ejecución del contrato (*lex loci solutionis*), señala que si el contrato se debe cumplir en el territorio colombiano o genera efectos que le sean inherentes a los derechos e intereses de la nación, se aplicará la ley colombiana.

El artículo 21 del Código Civil y el artículo 38 de la ley 153 de 1887, con base en el principio del lugar de celebración (*locus regit actum*), remite la solución de fondo respecto de la forma de los instrumentos públicos a la ley del país en los que éstos hayan sido otorgados.⁴

2.4. El caso concreto

El artículo acusado establece:

ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

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

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

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Pues bien, con fundamento en el artículo 150-25 de la Constitución el Congreso de la República expidió la ley 80 de 1993, contentiva del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual se caracteriza por disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. A estos efectos el Estatuto Contractual relaciona en su artículo 2 las entidades estatales; señala los fines de la contratación en su artículo 3; y define el contrato estatal en su artículo 32, destacando a título enunciativo algunos de los contratos que se subsumen en esta categoría. Asimismo, atendiendo a la presencia de elementos extranjeros en el contrato, el Congreso estipuló las hipótesis en que la ley 80 de 1993 puede inaplicarse.

El Estatuto de Contratación Pública se edifica sobre la noción de negocio jurídico, con dos extremos que hacen parte de una misma ecuación, a saber: de un lado aparece un amplio margen de autonomía e independencia en cabeza del ordenador del gasto, y de otro, el cúmulo de responsabilidades correlativas. A esa autonomía e independencia concurre el control posterior y selectivo que le compete a los contralores, el cual retroalimenta la gestión fiscal en procura de la materialización de los fines del Estado; la responsabilidad por su parte se desdobra en lo disciplinario, penal, fiscal y civil, actualizando el mandato constitucional conforme al cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, al igual que por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

2.3.1. En consonancia con el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada el primer inciso del artículo 13 de la ley 80 establece un orden de precedencia normativo para la celebración de los contratos por parte de las entidades estatales, fijando al efecto la regla general según la cual los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. De lo cual se sigue que en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el Estatuto de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y sólo de manera subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles. De este modo el Legislador estableció un Estatuto mixto que a un tiempo le da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto.

Por lo tanto, conforme al primer inciso del artículo acusado le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de

orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso. Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.

2.3.2. El segundo inciso del artículo 13 de la ley 80 expresa:

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

En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior.

2.3.3. El tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 dispone:

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

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a

los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones:

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que “Los contratos que se celebren en Colombia”, deben someterse al régimen contractual nacional.

Asimismo, la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica ésta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros, y por supuesto, frente al derecho al trabajo.

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño– de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa.

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comento concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y

100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras -para la ejecución en el extranjero- sólo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional, según voces del inciso cuarto del artículo 21 de la ley 80 de 1993, aspectos que en modo alguno son desconocidos por las disposiciones demandadas.

Como consecuencia de todo lo expuesto la Sala entiende que el inciso en cuestión ofrece dos interpretaciones, a saber: (i) que la celebración de un contrato y su ejecución parcial en Colombia se someten al derecho extranjero; (ii) que la celebración en Colombia y la ejecución o parte de ella en el territorio nacional, se sujetan a la ley nacional.

La primera interpretación es inconstitucional por cuanto en el territorio de un Estado los actos jurídicos celebrados o ejecutados se someten a la Constitución y las leyes de ese Estado. La soberanía de un Estado se traduce en que los actos jurídicos celebrados o ejecutados en su territorio se sujetan a su orden jurídico. No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio. Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano; por esta razón la primera interpretación es contraria a la Constitución.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos

no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, “(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”. Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado.

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

Por otra parte, -continúa la vista fiscal- nótese que en el caso de las donaciones la norma impugnada se ajusta al artículo 62 superior, cuando dispone que el destino de las donaciones para fines de interés social no puede ser variado a menos que el objeto de las mismas desaparezca. Por tanto no es razonable desconocer la voluntad de los donantes, la cual se puede plasmar en la decisión de que la entidad receptora acoja sus reglamentos, mediante los cuales pueda intervenir en la formación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con sus recursos.

Por consiguiente, de acuerdo con la interpretación asumida por esta Corporación el inciso cuarto del artículo acusado resulta constitucional.

VII- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites y requisitos que contempla el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

1. Declarar la EXEQUIBILIDAD del segundo inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993.
2. Declarar la EXEQUIBILIDAD del tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el entendido de que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la ley colombiana.
3. Declarar la EXEQUIBILIDAD del cuarto inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.
4. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión en el exterior debidamente autorizado por la Sala Plena de esta Corporación.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Al respecto son de buen recibo los propósitos que animan a la Unión Europea.

2 Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J. Diego Ricardo Galán Barrera, Derecho Internacional Privado, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, Bogotá.

3 Ramón Mantilla Rey, Apuntes de Derecho Internacional Privado, editorial Temis, 1982, Bogotá. Según el autor: “La regla de conflicto es una norma jurídica indirecta cuya tarea práctica consiste en identificar un sector social, circunstanciarlo y, como consecuencia de esa identificación histórica, escogerle un régimen jurídico apropiado entre varios posibles”. Pág. 55.

4 Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J. Diego Ricardo Galán Barrera, Derecho Internacional Privado, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, Bogotá. Págs. 189 y 190.