

# **CONTRATOS DE EMPRESTITO EXTERNO CONDICIONAMIENTOS Y RENUNCIA DE LA SOBERANIA**

RUBEN JARAMILLO  
*Investigador Cinep*

## **I. LA DESIGUALDAD CONTRACTUAL**

Los estudios jurídico-políticos han descuidado los análisis sobre las altas inversiones de capital industrial y financiero en proyectos estratégicos —como los realizados en las áreas de la minería, hidroelectricidad o petróleo— en el territorio de países del Tercer Mundo. Existe muy poca bibliografía al respecto en el país y se carece de una revisión detallada de su redacción normativa, lo que ha llevado a una ausencia de controles eficaces del orden fiscal, jurisdiccional y político.

Investigar la naturaleza de contratos como la Asociación Petrolera (o Joint Venture — de Riesgo Indeterminado) y los de Empréstito Externo o Deuda Externa, es acercarse a la comprensión del rol universal que juegan las compañías multinacionales, las grandes corporaciones y consorcios en el primer tipo de contratos y los grandes centros financieros, con sus políticas de control macro-económico, en el segundo caso. Profundizar en los condicionamientos que entrañan estos contratos no es una simple tarea descriptiva remitida al estudio de las cláusulas: es abrir el debate acerca del carácter de las relaciones entre el Estado colombiano y la banca financiera (multilateral o comercial).

El Derecho no sólo ha sido un inevitable receptor de tensiones inter-estatales —o entre el Estado y los centros financieros— sino que su eficacia ha sido nula ante los graves costos sociales que conlleva el pago cumplido del servicio de la deuda pública externa o el quiebre y corrupción de empresas públicas municipales.

Por ello, el discurso jurídico debe abrirse a preguntas como las de si existen instrumentos desde el Derecho Internacional Público que permitan negociar en otras condiciones a las pactadas actualmente, o explicar por qué la extensión de control judicial es un requisito del Fondo Monetario y del Banco Mundial para otorgar financiamiento externo.

Nuestro punto de partida será el de la *desigualdad contractual*. Los contratos de empréstito externo, desde la óptica legal, son contratos administrativos, al igual que otro conjunto de contrataciones. El derrotero histórico de la contratación administrativa en Colombia ha sido largo y conflictivo. Si bien escapa a nuestras posibilidades el resaltar sus etapas, nos bastará por ahora justificar el alcance y forma de contratación a nivel interno (relaciones Estado y entidades descentralizadas Vs. particulares) para facilitar la comprensión de la desigualdad contractual en el campo del financiamiento externo.

El gran poder del Estado radica en su facultad de obrar unilateralmente. La Administración, en nombre del interés general o público, expresa la potestad de tomar determinaciones o decisiones de alcance nacional, en donde adquiere ventajas sobre el contratante particular. El criterio político que justifica esta facultad omnimoda se deriva discursivamente del Constituyente Primario o del Pueblo, para quien el bien común debe predominar sobre el interés privado. Este criterio es propio a la teoría de los servicios públicos. Y, aunque en nombre de tan amplia facultad se hayan cometido atropellos, se sigue invocando para la existencia de una vinculación contractual unilateral y la imposición de cláusulas exorbitantes. La caducidad, las multas, la terminación unilateral, la modificación unilateral y la interpretación unilateral, son estipulaciones que explican los efectos prácticos de esta tesis.

Sin embargo, también existen relaciones privadas o de derecho común entre la administración estatal y los particulares. En estos casos, el Estado actúa como un particular, sin imponer cláusulas no pactadas explícitamente por los contratantes. En ambas contrataciones (unilaterales o bilaterales) hay formas de control, puesto que la Jurisdicción Administrativa resuelve los conflictos derivados de las regulaciones. Muchas veces allí se compensan y equilibran las vinculaciones unilaterales, limitando los iniciales privilegios de la Administración.

Pero son las relaciones horizontales y verticales de orden político, en el engranaje burocrático, las que superan la teoría jurídica que otorga los privilegios al Estado, desbordando los presupuestos oficiales y presentando en el espacio de la contratación administrativa la mayoría de problemas de corrupción, incumplimiento de Planes de Desarrollo Municipal, retraso de obras públicas prioritarias, encarecimiento de servicios públicos domiciliarios, enriquecimiento ilícito de personas naturales, etc.

En el plano internacional, la desigualdad contractual no cambia. Los compromisos adquiridos con la Banca por Empresas Públicas Municipales condicionan de tal manera estos créditos que la reunión de exigencias, las que guardan coherencia con otros contratos de la Nación y el resto de entidades descentralizadas, convergen en un elemento clave: *el interés de manejo general de la Política Económica*. Los últimos programas de ayuda financiera (eufemismo que esconde rendimientos y utilidades), denominados de "ajuste económico", promueven un comportamiento positivo de la Balanza de Pagos, usando instrumentos ortodoxos como el control de la oferta monetaria y la tasa de cambio. Por esta última, mediante el recurso de la devaluación, se abaratan los productos de exportación y aumentan los precios de los importados, se eliminan aranceles proteccionistas, etc.

La Contraloría General de la República ha llamado la atención acerca de las implicaciones de esta política: "El problema de la condicionalidad de un programa económico no estriba en

el control de oferta monetaria, acelerar la devaluación y liberalizar el comercio exterior. Estriba en las implicaciones de dichas medidas. Controlar la oferta monetaria, quiere decir, controlar el gasto público y privado. Ello significa reducir el déficit fiscal, eliminar los subsidios y liberar precios de tal forma que la demanda por bienes y servicios esté acorde con la oferta doméstica... Reducir el déficit fiscal significa incrementar los impuestos y las tarifas de los servicios públicos, disminuir los salarios y la planta de empleados oficiales, disminuir subsidios a las exportaciones y reducir los programas de inversión pública. El único gasto que no puede sufrir alteraciones y que debe cubrirse en su totalidad, es el pago del servicio de la deuda externa"<sup>1</sup>.

La desigualdad contractual internacional no necesita una justificación jurídica inspirada en el principio de la soberanía, como ocurre en la contratación interna. Todo lo contrario, la niega parcialmente, la recorta, traspasa sus fronteras, supera los escollos de las leyes y constituciones nacionales. Además de revisar toda la política económica, propone hasta alternativas como la reestructuración del sector público, privatización de algunos servicios y empresas del Estado o cambios en los precios nacionales para que se adecúen a los internacionales, como en el consumo energético. Todas estas medidas, obviamente, afectan decisiones internas.

## II. EL MARCO JURIDICO

Por marco jurídico entenderemos el conjunto de normas de nuestra legislación aplicables a los créditos externos. Básicamente tenemos tres codificaciones que debemos tener presentes en la regulación normativa: el decreto 1050/55, norma específica para los contratos de empréstito externo, el Decreto 222/83 o Estatuto Nacional Contractual y el Decreto 1.333 de

---

1. Contraloría General de la Nación. *Revista Economía Colombiana* No. 207: p. 12. Bogotá, julio de 1.988.

1.986 o Código de Régimen Político y Municipal. Igualmente tendremos en cuenta normas precisas de la Ley 11/86 y del Decreto 1.222 de 1.986.

El primer decreto (1050/55) contiene las reglas que se aplican para la autorización de las operaciones de crédito externo y sus requisitos. Se definen una serie de documentos que deben presentarse al gobierno nacional a través del Ministerio de Hacienda, donde destacaríamos dos hechos: la solicitud del crédito debe estar sometida a planes y programas justificados y es limitante la capacidad financiera de la Empresa Pública. Por ello se requiere el concepto favorable del Conpes y la autorización por resolución, administrativa que proyecta el Ministerio de Hacienda. El artículo 13 de este decreto es básico por imponer una clara restricción: El gobierno nacional no autorizará nuevos empréstitos con entidades descentralizadas municipales si el monto anual del servicio de su deuda externa e interna excede el 20% de sus ingresos presupuestales o el 10% de sus productos brutos. En la práctica, esta limitación se encubre en los análisis presupuestales y contables y estrictamente no se cumple. En el caso de empréstitos internos, el artículo 34 de la Ley 7/81 extendió la limitante al 30%.

El Estatuto Nacional de Contratación Administrativa (dec. 222/83) contiene un conjunto de disposiciones para el manejo y ejecución de los financiamientos externos: en su capítulo 17, arts. 221 a 242, regula lo referente a asuntos como la competencia, los requisitos para su celebración y validez o las garantías y cuantías de los contratos de empréstito externo de la nación y de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Varias de sus normas se aplican a Empresas Públicas Municipales, tal como lo establece la reforma administrativa operada durante el gobierno de Belisario Betancur. En el artículo 47 de la Ley 11/86, fundamento del estatuto básico de la administración municipal, se establece que "Los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la Ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre inter-

pretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los concejos y demás autoridades locales competentes”<sup>2</sup>. Este inciso primero es repetido en su transcripción literal en el artículo 273 del Decreto 1.333/86 o Código de Régimen Político y Municipal. El artículo 274, incluso, demanda la aplicación del estatuto 222/83, mientras el Congreso no expida normas específicas sobre contratación. Finalmente, el artículo 286 de este Código de Régimen Político y Municipal enfatiza que los contratos de empréstito externo de los municipios y entidades descentralizadas se rige por el decreto 1050/55 y las normas que lo reformen y adicionen, lo cual reitera la tesis aquí sostenida.

### III. LOS CONDICIONAMIENTOS

De la lectura de todos los contratos de empréstito externo de Empresas Públicas de Medellín con los prestamistas extranjeros en el área de acueducto y alcantarillado (Proyectos Río Piedras, Río Buey, Río Grande), así como de algunos de los contratos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, deducimos ciertos comentarios críticos.

La estructura global de estos contratos es similar: una minuta que comprende una serie de normas generales que orientan toda la interpretación y varios anexos ( 5 ó 6) que detallan temas específicos. En principio, hay un vocabulario unificado, que evita dudas, definiéndose conceptos basilares, y se precisa el objeto del contrato: préstamo en moneda extranjera con cargo a pagarse en favor del Banco o Entidad prestamista, el que se denomina el “financiamiento”. Existe igualmente una jerarquía en la interpretación de las normas, ya que predominan las especiales sobre las generales, lo que da importancia a los

---

2. Ley 11 de 1.986. art. 47, copia mimeo.

anexos arriba mencionados, pues destacan aspectos centrales y secundarios del Proyecto.

Debemos tener presente que para tener acceso al crédito externo se necesita la calidad de país miembro del Banco Mundial y la subordinación a los denominados *Convenios Constitutivos* de éste y del Fondo Monetario Internacional. Además, se exigen otras condiciones adicionales para tener acceso a facilidades crediticias, asistencia Técnica, etc. Al leer el Manual de Normas Estatutarias<sup>3</sup> del Banco Mundial, nos encontramos con derroteros y pautas precisas, con un lenguaje sobrio pero franco que no esconde las "últimas intenciones" con respecto a la condicionalidad de los préstamos. Seis principios acompañan la finalidad de otorgar préstamos:

Primero, la evaluación para el Banco de las perspectivas de reembolso, que en lenguaje simple es calcular razonadamente el regreso del dinero prestado. Explícitamente, el texto dice que los únicos riesgos a los que debe estar expuesto el Banco Mundial deben ser dos: una nueva guerra mundial y una depresión económica universal. Aún así, problemas de este tipo y cobertura serían trasladados al conjunto de países prestatarios.

En segundo lugar, hay unas disposiciones sobre proyectos específicos, es decir aquellos destinados a la reconstrucción y fomento de obras públicas. El Banco Mundial, en visita personal de funcionarios representativos, evalúa la eficacia de la Administración Pública y del conjunto de la economía. Paralelamente, estudia la disponibilidad de los recursos humanos, su capacitación, etc. El Banco expresa que "facilita" la tarea de determinar cuáles proyectos han de tener la *máxima prioridad*.

En tercer lugar, hace una selección y análisis de los Proyectos: analiza la capacidad económica del país prestatario, con-

---

3. Banco Mundial, la CFI y la AIF: Sus Normas y Operaciones. Ed. por BIRF, Washington, abril de 1.962. 142 pp.

cediendo especial atención a los gastos de inversión y a la relación entre necesidades prioritarias de desarrollo económico y proyectos. El Banco "aconseja" los proyectos urgentes y aplaza los secundarios. A la vez, efectúa un estudio de la competencia de los funcionarios públicos de la nación y de las entidades públicas que solicitan los préstamos.

En cuarto lugar, determina una serie de normas acerca de los gastos financiados. Uno de los principios habituales es no financiar la totalidad del proyecto. El Banco decide ordinariamente un porcentaje, aunque en otros casos costea gastos locales de programas.

En quinto lugar, exige unos métodos para la adquisición de bienes con fondos procedentes del Banco. Impone que los bienes importados sean adquiridos en buenas condiciones, puedan comprarse aún en países no miembros del Banco y, generalmente, mediante licitaciones internacionales.

Finalmente, el Banco posee una serie de reglas y principios de conducta para la política económica y financiera de los países prestatarios: exige que el país tome medidas para restablecer la estabilidad de la economía; no presta dinero si no se arreglan los problemas de deuda con otros países y la banca comercial, lo cual es una presión indebida, bajo el "cortés criterio" de querer educar al prestatario para que sea cumplido con sus deudas; supervisa el proyecto en ejecución y suspende los desembolsos en caso de desacuerdo.

En cuanto al detalle de las cláusulas, éstas las podríamos agrupar de la siguiente manera:

Un primer bloque son las denominadas cláusulas uniformes<sup>4</sup>, que aluden a temas como aspectos contables, términos

---

4. Zaldueño, Edo. y Camaraxa, Félix. *Modalidades de negociación en los organismos de Cooperación Internacional*. Revista Integración Latinoamericana, mayo de 1.987: p 39-56.



financieros, monedas de desembolsos, casos de suspensión y cancelación. Veamos:

- La comisión del crédito: es un costo financiero, equivalente al 1.25% del préstamo.
  
- Los Desembolsos: El primer desembolso está bien reglamentado: exige unas condiciones previas como informes jurídicos fundados acerca de las normas constitucionales y legales que demuestren la validez del contrato; el nombramiento de varios representantes del Prestatario y sus firmas registradas; la demostración de la asignación de recursos económicos para el primer año calendario de las obras, suficiente en la ejecución inicial del Proyecto; la presentación del Plan de Ejecución, etc.
  
- En cuanto a la suspensión de desembolsos, sus causas son:
  - Los retardos en pagos de sumas de capital, comisiones e intereses.
  
  - Incumplimiento de otras obligaciones.
  
  - Retiro del país prestatario como miembro del Banco Mundial.
  
  - La afectación sustancial del patrimonio del órgano ejecutor.
  
  - La enmienda sin aprobación del Banco o el incumplimiento del garante de cualquier obligación.
  
  - Cualquier otra circunstancia extraordinaria que haga imposible la ejecución del Proyecto.
  
- La Tasa de Cambio: Esta se maneja por equivalencia frente al dólar y la moneda del país miembro. En caso de discusión hay criterios análogos como el equivalente del Banco Central del país miembro o del organismo financiero. Pero no siempre existen tasas ciertas y estables, lo que hace que se no sepa

cuánto se pagará por lo recibido. El riesgo cambiario exige hoy la necesidad de un seguro que evite estos costosos aumentos y distorsiones.

El problema anterior se agudiza por la existencia de una cuenta central de monedas, la que se convierte al patrón dólar (generalmente) al momento de pagarse en los vencimientos correspondientes, en la moneda que especifique el Banco.

Los Asesores y el Auditaje: generalmente están regulados por el BIRF y el nombramiento de asesores tiene que contar con un visto bueno, previo el conocimiento de sus hojas de vida. Al respecto hay que anotar que el artículo 275 del decreto 222/83 prohíbe la contratación de consultores en el exterior para estudios de factibilidad, norma que se incumple.

Un segundo grupo comprende las referencias técnicas. El ejecutor de la obra pública es el prestatario, pero existe supervisión en todo el trayecto de su implementación. El Banco exige un garante, que es la nación, en el caso de Empresas Públicas Municipales. En estos casos, además del contrato principal hay un Contrato de Garantía. La nación puede llegar incluso a ser deudora principal, como se desprende, por ejemplo, de la siguiente cláusula de un contrato sobre energía eléctrica:

“Por medio de esta Carta de Garantía, garantiza incondicionalmente e irrevocable como primer deudor y no como garante solamente, cumplir en forma debida y puntual las obligaciones de pago bajo el convenio financiero anteriormente mencionado por un monto de 27.193.250.000 libras italianas, sus intereses y otros cargos, si los hay en moneda legal de Italia, de acuerdo con los términos y condiciones estipulados en el Convenio Financiero anteriormente mencionado”<sup>5</sup>.

Con este tipo de cláusulas se ha presentado un efecto negativo, cual es el de que la nación terminó engrandeciendo su

---

5. *Diario Oficial*, 1o. de agosto de 1.990, pag. 6.

deuda pública ante los incumplimientos de los entes descentralizados. Precisamente el nacimiento del FODEX (Fondo de Monedas Extranjeras) tuvo que ver con préstamos a las empresas estatales, a través de la cuenta Especial de manejo del Banco de la República, con el fin de solucionar la deuda externa del sector público. Este Fondo desaparecerá por orden del artículo 87 de la Ley de Presupuesto, No. 38 de 1.989, y a la Nación nunca le acabarán de pagar. El artículo 227 del Estatuto Contractual Nacional introduce la posibilidad de garantizar el financiamiento de empresas públicas por parte de la nación, pero con la finalidad de preservar y proteger a la industria nacional y de sólo garantizar obligaciones de pago. Las excepciones a esta norma únicamente las puede introducir el Consejo de Ministros, sobre quien recae la responsabilidad.

Un tercer conjunto de cláusulas se concentran en el problema tarifario. El Gerente de EPM, Dr. Diego Calle Restrepo<sup>6</sup>, expresaba recientemente que el Banco Mundial conceptúa acerca de los resultados de las alzas tarifarias, y si éstas no son satisfactorias, presiona para que se tomen medidas adicionales. El tratadista Clemente Forero, en el único texto crítico que hace relación a estas materias, pone de presente que, previamente a los contratos con cláusulas de este corte que violan la ley interna y la soberanía del País, existen procesos de negociación mediante las denominadas Cartas de Intención<sup>7</sup>, suscritas entre funcionarios del BIRF y del Gobierno, donde el aumento de tarifas para los servicios públicos ha sido tema central de permanente imposición. De este tipo de documentos existe constancia desde 1.964, aunque sólo a partir de 1.970 se concentró el crédito en el área de los servicios públicos.

Recientemente, por auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se

---

6. *Diario Oficial*, 2 de octubre de 1.981

7. Forero, Clemente y otros. *Los traficantes de la Pobreza*. 3a ed. Ed. el Ancora, Bogotá, 1.987. 192 pp.

suspendieron provisionalmente las Resoluciones Nos. 28, de abril 21/87, y 221, del 17 de noviembre de 1.987, relacionadas con las tarifas de energía aplicables a la ciudad de Cali. Se consideró para ello que el concepto cargo fijo es un impuesto de estratificación socio-económica, y para fijarlo la Junta Nacional de Tarifas no tiene facultades. Un impuesto tiene un fundamento de teoría política: su vigencia no depende de la satisfacción individual de necesidades, sino de la soberanía política del Estado, "quien unilateralmente y de manera general establece a todas las personas que están sometidas a su imperio el deber de contribuir con dinero o especies para sus gastos"<sup>8</sup>. Por norma constitucional, sólo los cuerpos colegiados son competentes para legislar sobre impuestos.

Tiene que ver este conflicto interno con los condicionamientos de los contratos de empréstito exterior? Indirectamente sí, ya que la sensibilidad ciudadana respecto del pago de los servicios públicos domiciliarios exige que esta política tarifaria se maneje con mucho cuidado. La legislación rápida, las cláusulas que emplean el verbo "rentabilizar" en este campo, muestran la debilidad de nuestros mandatarios y gobernantes. La urgencia de gobernar no puede pasar por encima de los principios de legalidad y de igualdad frente al servicio público, por los cuales se pretende redistribuir los costos según los ingresos ciudadanos.

Otra cláusula busca controlar la capacidad de endeudamiento, prohibiendo al prestatario contraer deudas, excepto en los términos y con los criterios que se les antoje a los prestamistas, previo análisis presupuestal y del gasto público de la entidad.

En cuanto a las amortizaciones, es decir la acción de redimir o pagar el capital, generalmente se hace seis meses después del último desembolso. Se utiliza una tabla de amortización

---

8. Sentencia del 4 de agosto de 1.987; consejero: Samuel Buitrago. Citado en auto agosto 29/90, por Consejero de Estado, Dr. Pablo J. Cáceres.

con fechas y montos en unidades de cuenta, teniendo presente el tipo de cambio en esa fecha. No sobra anotar que en el presente los plazos para pagar tienden a reducirse y ya no hay las facilidades de crédito que hubo en otra época.

Con respecto a los intereses, vale la pena señalar que su tasa la impone y la informa el Banco Mundial, cada primero de enero, y puede modificarla para el segundo semestre. Estas tasas suben unilateralmente en base a las pautas Prime Rate y Libor. Los intereses adeudados se vinculan con la capitalización y muchas veces se financian con nuevos créditos. En 1.985, la Nación Colombiana estaba pagando 1.300 millones de dólares en intereses, creciendo esta suma, un año después, a 1.500 millones \$US. El aumento de la deuda se pagó con otro crédito, en un aberrante autonomismo en el crecimiento de la deuda.

Igualmente hay una jerarquía y prioridad en los pagos por mandato de los centros financieros internacionales: primero se paga la comisión del crédito; después, los intereses; luego, las amortizaciones vencidas, estableciéndose sin lugar a dudas cómo pagar aún en días festivos y domingos.

El lugar de pago es en la oficina principal del Banco Mundial o el lugar que este último designe. Esta cláusula es la que permite que opere a su vez la cláusula compromisoria para la solución de los conflictos jurídicos, tema que se clarificará en el próximo capítulo.

Un cuarto tipo de cláusulas agrupa temas como aquellos de tarifas en los servicios públicos, impuestos, pignoración de rentas y bienes o capacidad de endeudamiento. Consideramos prudente hacer algunas observaciones al respecto:

— Sobre el aumento en las tarifas de servicios públicos, hay una norma que dice: “Salvo lo que determine el Consejo de Ministros, queda prohibida cualquier estipulación que obligue a la entidad prestataria de Derecho Público a adoptar medidas en materia de precios, tarifas, bienes, servicios y en general, el compromiso de asumir decisiones o actuaciones sobre asun-

tos de su exclusiva competencia en virtud de su caracter público<sup>9</sup>. Cláusulas como la del contrato No. 499/Oc-co entre el BID y Empresas Públicas de Medellín negocian el aumento de tarifas, con la responsabilidad y capacidad decisoria del Consejo de Ministros. Nos parece grave que este tipo de cláusulas, *ligue el aumento de tarifas al servicio de la deuda*, no que pretenda recuperar los costos operativos y reales de inversión, debate que nos obliga a reflexionar sobre el comportamiento de la nación frente al consumidor promedio y el sentido y alcance de los subsidios en esta materia . El artículo 203 de la C.N. reconoce que es de cargo de la República la deuda interna y externa y que la ley determina el modo y oportunidad de satisfacerla. Pero la ley no ha determinado que cada ciudadano, a través de las tarifas, contribuya al pago de la deuda pública.

– Otro aspecto sería la condición acerca de la exención de impuestos: en los contratos de garantía se estipulan cláusulas de exenciones, hasta del impuesto de timbre, que contradicen la ley Colombiana. Observemos la cláusula del Contrato No. 70 IC-CO: “el garante se compromete a que tanto el capital como los intereses y demás cargos del préstamo se pagarán sin deducción ni restricción alguna, libres de todo impuesto, tasa, derecho, recargo que consulten o pudieren consultar las leyes de Colombia y que tanto este contrato como el contrato de préstamo estarán exentos de todo impuesto, tasa o derecho aplicable a la celebración, inscripción y ejecución de los contratos”<sup>10</sup>.

– Otro elemento de discusión es la pignoración de rentas y bienes: El deudor y el garante no pueden vender ni ceder sus derechos de percibir ingresos; el objeto es darle prioridad al pago de la deuda. Esta pignoración tiene relación con la prohibición del ejercicio del derecho prendario con terceros, lo que hace que el prestamista negocie en condiciones muy ventajosas,

---

9. López M. Jairo. *Nuevo Estatuto de Contratos Asministrativos* (decreto 222/83). Bogotá, Ed, Lex, 1.983. 204 pp. Nota. 233 inc. 2

10. Contrato BID-E.P. Medellín No. 70 IC-CO.

coartando la libertad contractual del deudor. De todas maneras el artículo 14 del decreto 1050/55 autoriza la opción de la pignoración en cada caso particular. Lo ilegal es no poder contraer nuevas deudas con otros sujetos, ni pignorar o garantizar con éstos, si un análisis así lo permite. Además, un objetivo oculto de esta cláusula es buscar que el prestatario no obtenga condiciones más ventajosas de negociación con un tercer prestamista.

En quinto lugar, queremos referirnos a tres clases de condiciones especiales de orden internacional aplicables en determinadas circunstancias a los Países Miembros: son las denominadas de "Graduación", de "Condicionalidad Cruzada" y las que llamaríamos "Efectos de los Programas de Ajuste Estructural" del FMI, las que tienen serias implicaciones en la política económica de los prestatarios y de sus Empresas Públicas:

La graduación es un proceso de suspensión progresiva del crédito del Banco Mundial en la medida en que un país que recibe los préstamos vaya logrando un nivel de desarrollo y capacidad de gestión y acceso a los mercados de capitales que le permitan continuar sin el financiamiento del Banco Mundial.

Esta modalidad de exclusión del crédito ha sido fuertemente cuestionada por los países latinoamericanos y los del continente asiático, en tanto el Banco Mundial manejaba un indicador, como fórmula de medida de la evolución y crecimiento económico de un país miembro, cual era el concepto de Producto Interno Bruto por habitante. Se alegaba, entre otras razones, que esta cláusula desconocía el Convenio Constitutivo, que era discutible su aplicación en el caso del acercamiento al crédito privado, así como desconocía la oportunidad y conveniencia de negociar. El reclamo no solamente solicitaba tener en cuenta otras variables, sino que buscaba hacer claridad sobre la verdadera justificación de la medida: *La necesidad de disminuir los aportes financieros al Banco por parte de los países desarrollados*. Por otra parte, el Presidente del BIRF en 1.982, Dr. A. W. Clausen, se enorgullecía de la historia de la institución, pues la cartera de préstamos no había sufrido

la más mínima pérdida en 35 años de operaciones y las decisiones del Banco jamás reprogramaban deudas gracias a las decisiones tomadas, entre ellas la de “graduar” países<sup>11</sup>. Como fuere, la polémica avanzó varios meses y originó cambios en las políticas aplicadas, como veremos en otro apartado.

Por otro lado, la llamada “condicionalidad cruzada” busca que un país se vincule con varias instituciones afines. Por ejemplo: un préstamo con el Banco Mundial obliga a la existencia de una vinculación con el F.M.I. y con otros Bancos regionales. Cuáles son las consecuencias de esta medida? Que el incumplimiento de un contrato del deudor o del Garante paraliza y suspende los otros contratos y sus desembolsos. Así, estos contratos pueden declararse vencidos y exigirse al país prestatario un pago anticipado. Encontramos entonces que la Banca internacional es solidaria entre sí, a diferencia de los países miembros, los que obran aisladamente, manteniendo relaciones bilaterales en contra de sus intereses comunes y generales.

Finalmente, las condiciones en los programas de ajuste económico tienen efectos importantes y rompen toda autonomía en la economía, influyendo respecto de las políticas fiscal, monetaria, comercial y presupuestal. En el caso del FMI, los programas de ajuste estructural comprenden un conjunto de recetas sobre diversos temas<sup>12</sup>, las que podremos resumir así:

#### **a. Política de Precios y Costos Relativos.:**

1. Devaluación del tipo de cambio: su objetivo es elevar los precios relativos de los bienes comerciales con respecto a los que no lo son. Su efecto es golpear a sectores de menores ingre-

---

11. Banco Mundial. *Una evaluación financiera: Discurso del Presidente Clausen*. *Revista Finanzas y Desarrollo*: vol. 19 No. 2, junio de 1.982. p.8.

12. Villareal, René. “El FMI y la experiencia latinoamericana: desempleo”, *concentración del ingreso, represión*. *Revista Comercio Exterior*: Vol. 30 No. 8, agosto de 1.980, p. 889 y stes.



sos, que son los que producen bienes no comerciales. Además, desencadenan presiones inflacionarias.

2. Liberación cambiaria, comercial, de controles y precios internos, con el objetivo de eliminar aranceles proteccionistas.

3. Control de salarios: éstos deberán crecer a una tasa inferior a la de los principales países con los que se comercia. En este caso no se tiene en cuenta el porcentaje de la inflación interna en cada país, ni el aumento del costo de vida para los trabajadores asalariados, recortándose por lo tanto sus derechos laborales desde el factor principal, los ingresos y aumentando las tensiones sociales.

#### **b. Políticas de Contracción de la Demanda:**

1. Política Monetaria: se propone la adopción de medidas estrictas como la restricción del crédito interno, la exigencia del aumento de las reservas del sistema bancario, la limitación en inversiones y en creación de empleos, etc.

2. Política Fiscal: se da trascendental importancia a la reducción del déficit fiscal en el sector público o estatal. Igualmente se pide limitar la contratación de personal para la burocracia gubernamental y la introducción de exigentes controles administrativos en el Gobierno y en las Empresas públicas.

3. Política de Financiamiento Externa e Interna: la contratación de créditos del sector público se condiciona a los requerimientos del país, pero dependiendo de un nivel mínimo de reservas y otras medidas de alcance interno como las relacionadas con inversiones públicas, donde el Banco Mundial y el FMI fijan prioridades en función del desarrollo de precios internacionales, lo que lleva en la práctica a privilegiar proyectos que mejoren la Balanza de Pagos.

#### IV. EL PROBLEMA POLITICO DE LA SOBERANIA

El poder es un factor de cohesión o de división de la sociedad civil. Es a través del Estado que este poder deviene en orden, convirtiéndose en la forma bajo la cual la sociedad se unifica, se representa a sí misma<sup>13</sup>. Su personificación material es el aparato de estado, y la Administración o el Gobierno son sus elementos principales. El concepto de soberanía, precisamente, alude al ejercicio supremo del poder dentro del Estado y a su titularidad dentro del espacio geográfico del mismo. Soberanía es autonomía y libre determinación en las decisiones, es el principio que sustenta la Máxima Carta en su artículo 2o. Pero este predicado es absolutamente falso con respecto al tema de los compromisos financieros ante los grandes poderes centrales.

El ejercicio de los poderes públicos depende conceptualmente de este principio de la soberanía, y nos hace deducir otra noción derivada: las competencias. De acuerdo al criterio territorial, el Estado Colombiano delimita su jurisdicción y competencia política (artículo 3 C.N.). Competencia es hablar de la aplicabilidad de la Ley: dónde, cuándo y por quién.

Con respecto a temas internacionales, la Constitución Política autoriza al presidente de la república para celebrar tratados internacionales, los que deben ser ratificados por el Congreso, mediante leyes.

Los procesos de la economía mundial, tales como la integración de bloques comerciales (mercados), han presionado el desarrollo de un nuevo derecho internacional público, con elasticidad jurídica, que introduce excepciones al derecho interno. Por ejemplo, el Grupo Andino y Aladi están fundados en el concepto de supranacionalidad, la que supone la imperiosa necesidad de entregar competencias a "órganos internacionales o comunitarios para la adopción de decisiones que, directa o

---

13. López, Jairo, *op cit.*

indirectamente, deberán ser obligatorias en el territorio de los Estados miembros, sin la necesidad de una posterior aprobación por parte de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

Pero unas condiciones justas de competencia deben sustentarse en mecanismos arbitrales neutrales, de concertación de la justicia en los marcos inter-estatales (países ricos Vs. países pobres) y no llevar a la aplicación de instrumentos jurídico-políticos como la Teoría Restringida de la Inmunidad Soberana o la Cláusula Compromisoria, que entregan a las cortes norteamericanas, al igual que en el caso de la extradición en el ámbito penal, la solución de los conflictos jurídicos que se generen con ocasión de los empréstitos externos.

*Qué es la Cláusula Compromisoria?* El artículo 239 del Estatuto Nacional Contractual señala que: “En todo caso, la celebración de los contratos de empréstito se someterán a la ley colombiana y a la jurisdicción de los jueces y tribunales colombianos. Los contratos celebrados en el exterior que deban ejecutarse en el país, se regirán por la ley colombiana. La ejecución de los contratos de empréstitos que deba verificarse en el exterior, podrá someterse, en cuanto a la ley y jurisdicción, a lo que en *ellos se pacte*. Podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros, las controversias que se susciten durante la ejecución del contrato o en relación con la misma”<sup>14</sup>.

Sin adentrarnos en el proceso histórico de la jurisprudencia colombiana y en los cambios operados en la interpretación de esta cláusula, está rigiendo en el mundo, y llega a nosotros desde los centros financieros, la conveniencia de la llamada “Teoría Restrictiva de la Inmunidad Soberana”, convalidada por la Corte Suprema de Justicia y consagrada en el Derecho Internacional Público.

---

14. Salvamento de voto, por el Dr. Gustavo Gómez Velazquez, Corte S. de Justicia, expediente No. 1.463.

Esta teoría reconoce que los Estados y las entidades públicas no gozarán de inmunidad ante sus autoridades judiciales cuando se estén desarrollando actividades comerciales. Ello quiere decir que los Estados y sus entes descentralizados actúan en el Derecho Internacional como “particulares”, y por lo tanto renuncian a su jurisdicción y competencia y se someten a la extranjera.

Algunas legislaciones admiten este hecho expresamente. La norma en comento, inciso 1o., permite que si el contrato se ejecuta en Colombia, corresponda a la Ley colombiana y su jurisdicción propia el estudio de todas las controversias. Aquí no se ubican los contratos de empréstito externo, pues los prestamistas imponen la jurisdicción extranjera (inciso 2o).

En fallos anteriores, la Corte Suprema de Justicia exigía la existencia previa de un Tratado Internacional que así lo permitiese. Es de advertir que en el Convenio Constitutivo del BID, ratificado por ley interna, no se habla de este tema. De ahí que estamos de acuerdo con el valeroso salvamento de voto del Magistrado Gustavo Velásquez, respecto de su discrepancia acerca de la constitucionalidad de dicha norma. El autor expone con lucidez y patriotismo los diferentes razonamientos que le permiten asumir una actitud en contravía al fallo mayoritario. Entre otros aspectos, argumenta:

- Es erróneo igualar el régimen de los contratos privados con el de los empréstitos de carácter especial: “algo debe ir entre definir un problema de deuda externa, que casi es la definición de la sobrevivencia de un país, a la liquidación de la sociedad conyugal o la determinación de una patria potestad”<sup>15</sup>.
- La necesidad de créditos externos para el desarrollo socio-económico, no debe implicar que los conflictos que su ejecución origina puedan ser definidos por las autoridades foráneas:

---

15. Gómez, Gustavo, *op cit.*

“Creer hoy en día que los países en vía de desarrollo necesitan más de los empréstitos que de los que lo otorgan, es olvidarse que se puede llegar a convivir con la necesidad, pero nunca, para quien depende únicamente del interés que le reditúa un capital, que puede quedarse sin invertirlo. Constituye verdad incontrastable afirmar que la apesadumbrada deuda externa que agobia a Latinoamérica, se debe no tanto a que ella requirió de manera inaplazable toda esa inimaginada cantidad de dinero, como sí que los entes financieros receptores del sobreprecio del petróleo, no podían dejar ese capital inerte, estéril o improductivo. Este aspecto que comienza a colocar las cosas en su exacto ámbito y en su justa dimensión y nos obliga a levantarnos, aunque la oxidación de nuestras rodillas, de tanto acucillamiento, tienda a mantenernos tendidos o doblados”<sup>16</sup>.

– El problema debatido plantea una mutua desconfianza: los países en vía de desarrollo dudan de la justicia foránea en la definición de esta clase de asuntos económicos multinacionales, tanto como los prestamistas desconfían de nuestra justicia nacional.

– Es inadmisibles que un contrato que se perfecciona y celebra dentro de Colombia, se trueque inmodificablemente al ámbito privado por el hecho de ocupar en su discusión un inmueble extranjero o utilizar los servicios bancarios para el pago de los fondos amortizados.

– Plantea lo anterior la necesidad de definir, desde el punto de vista legal, el concepto de “ejecución”, clave para la determinación de la competencia.

– Para corregir este desfase es necesario un Tratado Internacional donde se sometan los países contratantes a un compromiso internacional superior y a tribunales supranacionales, *resignando pluralmente la jurisdicción interna*.

---

16. Lechner, Robert. Aparato de Estado y Forma de Estado, mimeo.

## V. LOS CONTROLES

EL Estado es una instancia de representación, de unificación de la sociedad civil, concentrándose en éste sus conflictos y su evolución. El Estado se ha inventado porque el ser humano renuncia al uso privado de la fuerza, para evitar una situación de auto-destrucción, y sustituye la pluralidad de poderes individuales en un poder común. De esta concepción se deduce el monopolio de la violencia en favor del Estado. Por el Estado, la sociedad se afirma en sus luchas y en su unidad conflictiva. Por ello a los agentes que toman decisiones "en nombre de la nación", de la sociedad civil en su conjunto, para su beneficio o perjuicio, hay que "pedirle cuentas", indagar por la razón de su quehacer estratégico.

Las decisiones políticas buscan prever y dominar los acontecimientos. Esto implica la confrontación de intereses contrapuestos, medir en escala las prioridades, reducir la inseguridad tratando de acertar en los resultados. Un político es juzgado por el éxito o fracaso de su gestión.

Evidentemente, la política moderna exige un conocimiento mayor de las dificultades: la previsibilidad de eventos del futuro<sup>17</sup>, evitar efectos lesivos a los intereses generales de la comunidad, calcular la factibilidad de las políticas asumidas. Entre las demandas de una sociedad civil y las respuestas del Estado, siempre habrá una diferencia no fácil de superar. La urgencia de gobernar contradice esta diferencia. Por eso, controlar los abusos del poder debe ser imperativo no sólo desde dentro del Estado (sometimiento de sus funcionarios al Derecho), sino desde afuera (controles de la sociedad civil en base a una cultura política adecuada).

Norberto Bobbio<sup>18</sup> plantea las siguientes tendencias del poder "invisible":

---

17. Bobbio, Norberto. *La Crisis de la Democracia*. Barcelona. Ed. Ariel, 1.985. 96pp.

18. Zaldueño, Eduardo, *op cit*, pag. 47.

- No saber quién es ni dónde está.
- Esconder las intenciones en el momento en que las decisiones se hacen públicas.
- Hacer aparecer lo que no es (simulación).
- No hacer aparecer lo que sí es (disimulación).

Tomar decisiones, y prever las consecuencias de los procesos en marcha, es un acto de responsabilidad colectiva que sólo la sociedad civil, quien otorgó el mandato y la facultad de gobernar, puede juzgar.

Afirmamos, por lo tanto, que sí existen mecanismos e instituciones jurídicas, pero limitadas, que tienen el propósito de controlar, vigilar y hacer rectificaciones, en la medida en que se decide dentro de un régimen democrático. La teoría jurídica nos propone cuatro clases de controles: el administrativo, el fiscal, el jurisdiccional y el político. Veremos algunos aspectos de los tres últimos, en forma "problemática":

### **5.1. LA EXENCION DE CONTROL JURISDICCIONAL Y NO REVISION DE LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS DE EMPRESTITO EXTERNO POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS:**

La revisión de legalidad de los contratos administrativos es un requisito posterior a la redacción y celebración de los contratos que tiene como finalidad el control previo de tipo jurisdiccional. En el caso de los contratos de empréstito externo esto tiene dos importantes efectos:

- Con la declaración del Consejo de Estado, mediante providencia que enseña que un contrato está ceñido a la ley, se perfecciona el contrato.

— En segundo lugar, si el Consejo de Estado autoriza al gobierno para celebrar un contrato, esta declaración no es susceptible de controversia judicial (causa efecto de de cosa juzgada).

Pero los contratos de empréstito externo e interno gozan de una exepción: el no sometimiento a esta revisión, consagrada en los artículos 253 y 263 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01/84). Agréguese a ello que en el artículo 226 del decreto 222/83, que dicta los requisitos de existencia y validez de los contratos de empréstito externo de las entidades descentralizadas, no se menciona este factor. El estatuto contractual interno de las Empresas Públicas, en su artículo 181 remite, para el procedimiento al que se someten los contratos, al decreto 1050/55 (empréstito externo) y a la ley 7/81 (empréstito interno), los cuales tampoco enuncian esta exigencia.

Es indudable que esto trae una ventaja de orden práctico: facilitar el acceso a su aprobación, permitir que el capital extranjero, sin muchas trabas burocráticas, se vincule a nuestro territorio. Cuál es entonces la fundamentación jurídica? Indudablemente el hecho de ser Colombia país miembro del Banco Mundial, lo que permite que exista esta condición para las negociaciones de créditos, entendiendo que un Tratado Internacional establece la supremacía de normas internacionales sobre las nacionales.

Esta situación genera diversos interrogantes, a saber:

- a. Se trata de una exención total?
- b. Es una exención parcial, pues los actos previos, como la resolución del Ministerio de Hacienda, que aprueba un empréstito, pueden tener control jurisdiccional?
- c. Es una exención definitiva, puesto que no es revisable por nuestra Jurisdicción el contrato de Empréstito Externo y, además, los asuntos de fondo están excluidos de nuestra competencia mediante la cláusula compromisoria ya analizada?



Otra inquietud tiene que ver con el artículo 23 del decreto 1050/55, que habla de la nulidad de los contratos de empréstito que celebren Departamentos y Municipios cuando se afecten con ellos exoneraciones de impuestos al prestamista o al fideicomisario distintos a los autorizados por la Ley. Esta nulidad debe tener relación sólo con los contratos de empréstito interno, no con los externos.

En síntesis, la ausencia de revisión judicial (control posterior a un contrato) de los empréstitos externos, deja toda la responsabilidad negociadora en la Rama Ejecutiva, con un manejo aislado de la mayoría de la población y sin intervención de la Rama Jurisdiccional. Esto le da a la contratación ese carácter secreto, anti-democrático, que no permite un tratamiento público del tema.

## **5.2. SIN CONTRADICTOR POLITICO, EL BIPARTIDISMO NO TIENE CONTROL**

Nuestro régimen político colombiano está fundamentado en un control del Estado por parte de las clases dirigentes asentadas en los partidos liberal y conservador, que para muchos efectos operan de manera idéntica, cuyo vehículo de reproducción del poder es el clientelismo y cuyo timón la ausencia de una carrera Administrativa, la que daría independencia y profesionalismo a la administración y conllevaría el establecimiento de la responsabilidad personal del funcionario público.

No pueden existir reales controles, debates públicos ni sanciones disciplinarias cuando las Contralorías, el Ministerio Público o las Personerías son "cuotas de poder" de los mismos sectores gobernantes. La ausencia de una cultura de la discusión pública contribuye en nuestro medio a la nula educación política de los colombianos. Las terceras fuerzas partidistas apenas inician su camino, y éste no es el momento para evaluar su accidentado nacimiento y su inexperiencia política en los marcos de la legalidad.

Nos enseña el constitucionalismo que instrumentos como el referendun podrían expresar y canalizar decisiones del Constituyente Primario de una manera directa y eficaz, consagrando la responsabilidad colectiva, haciéndola legítima. Desgraciadamente esta figura, en nuestro medio, no tiene existencia legal o constitucional.

La que sí existe es la consulta popular de carácter local. Veamos su naturaleza: La iniciativa y convocatoria le corresponden al Alcalde, a un grupo plural que represente por lo menos a una tercera parte de los concejales del municipio, a un número plural de ciudadanos equivalentes al 5% del censo electoral del respectivo Municipio o a un número no inferior a la mitad de las Juntas Directivas de las Acciones Comunes debidamente reconocidas. Lo grave de la ley 42/89, reglamentaria de la Consulta del Acto Legislativo No. 1 de 1.986, es el artículo 5, el de las prohibiciones, que redujo a nada, respecto de las materias, el sentido y alcance de este instrumento. Los siguientes asuntos no pueden ser votados ni consultados:

- Votar impuestos, tasas y contribuciones locales.
- Determinar la estructura municipal o distrital.
- Nombrar, remover funcionarios o fijar salarios.
- Decretar exenciones de impuestos, contribuciones, multas o tasas municipales, o suprimirlas.
- Expedir o revocar normas en materia de orden público.
- Expedir el presupuesto de rentas y gastos del Municipio o del Distrito.

Podrá discutirse el tema de las tarifas públicas de los servicios? No. Además esta función está centralizada en la Junta Nacional de Tarifas, quien coarta la autonomía de las EPM y les impone, por criterio propio, los precios.

Al prohibir transformar las estructuras de la Administración Municipal, se impide que sus funciones y organización sean cuestionadas. Tampoco se puede debatir mediante consulta popular el tema de la cesión de rentas o transferencias, luego el análisis abierto de las finanzas públicas requiere el control y aquiescencia previos del poder municipal, labor lenta y no fácil para los movimientos cívicos y populares en las grandes ciudades.

Otra institución en que se vislumbraba el posible ejercicio del control político eran las recientemente creadas Juntas Administradoras Locales, las que funcionan por comunas y corregimientos. Pero, una vez más, la frustración en la participación política de los colombianos quedó expresada. En su reglamentación final quedaron como entes no decisorios, sin presupuesto y únicamente con funciones consultivas. Al leer el artículo 312 del Código de Régimen Político y Municipal, observamos que los verbos rectores que encabezan sus funciones son : proponer, recomendar, vigilar, sugerir, cumplir por delegación, etc. El mismo desgano y alto abstencionismo en las votaciones hastáhora realizadas, son un síntoma de su limitado nacimiento.

El tercer instrumento para un control político ideal son las denominadas delegaciones de usuarios en las Juntas Directivas de Empresas Públicas Municipales. El proceso de constitución de esta herramienta fue el siguiente:

La discusión acerca de abrir el régimen político colombiano a la participación comunitaria, permitió que por el acto legislativo No. 1 de 1.986 y en los artículos 157 y 160 del posterior Código de Régimen Político y Municipal, los usuarios de Ligas de Servicios Públicos pudieran participar en las Juntas Directivas de Empresas Públicas. Así la Junta la integraría un tercio de concejales, un tercio de miembros de la Administración Municipal y un tercio de miembros delegados de estas Ligas o de sociedades de Mejoras Públicas.

El Gobierno, por intermedio del decreto 3446/86, reglamentó esta intervención, para el caso en que se presentaran

muchas ligas de usuarios. En dicha reglamentación, la representación estaba condicionada a la facturación del servicio bajo un porcentaje (no menos del 5% del promedio mensual). Posteriormente el Gobierno Nacional deroga esa norma por el decreto 700/87, reduciendo el porcentaje al 1%. En adelante, la participación de las Ligas en la Junta depende de la capacidad de los aspirantes a recoger facturas o cuentas de cobro de los servicios públicos, hasta el porcentaje ya citado, y el Alcalde escoge facultativamente, no obligatoriamente, a los representantes. Esta fue la trampa. Veamos un ejemplo, acontecido en la ciudad de Medellín en años recientes:

Luego de la convocatoria realizada por las Empresas Públicas Municipales de la ciudad, el resultado de las tres primeras facturaciones fue:

<b>Entidades Cívicas Total</b>	<b>No. Cupones</b>	<b>Valor Prom. Facturado</b>	<b>Valor</b>
ANDI	3.891	118.287.25\$	460.255.690
CAMACOL	18.275	11.271.29\$	206.005.749
LIGADE USUARIOS	24.507	5.389.61\$	132.083.357

El Alcalde de Medellín, Juan Gómez Martínez, se burló de la Liga y nombró a quien ocupó el cuarto lugar, en decisión antidemocrática. Después los abogados administrativistas demandaron dicha elección ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y hoy, con un decreto que derogó toda participación, está en el "limbo" la opción interesante de participar en una Junta Directiva de Empresas Pública Municipal, donde se tendría acceso a los Proyectos en marcha, el manejo de la deuda externa, al control de los contratos y licitaciones, etc.

Hoy cursa, en el congreso de la República, un Proyecto de Ley para transformar la representatividad de la ciudadanía en estas Juntas. Por él, se quiere dar más influencia a las Juntas Administradoras Locales que a los miembros de las Ligas de

Usuarios. Una vez más se mira con miedo, si no con desprecio, a las clases subalternas, cerrándoseles canales directos de participación.

### 5.3. EL CONTROL FISCAL

Este tiene por objetivo la vigilancia en el recaudo, manejo e inversión de los recursos desde el aspecto numérico-legal. De él se pueden deducir responsabilidades penales y administrativas, cuando los funcionarios públicos violan la ley o se apartan de ella. Normalmente el control de la gestión fiscal de la Administración Pública se entrega en forma centralizada a un organismo especializado, como la Contraloría General de la Nación (artículo 59 C. N.), que tiene sus dependencias departamentales y municipales.

En la práctica, sin embargo, todas estas Contralorías son entidades altamente burocratizadas y expresión del bipartidismo acrítico: Con respecto a los empréstitos, sólo hay revisión formal de los documentos; Con respecto a los presupuestos, pocas observaciones. Qué bueno sería para la nación que existieran auditorías internas y externas que tuvieran informada a la ciudadanía acerca de su gestión y, especialmente, de sus críticas y recomendaciones en torno a asuntos espinosos como la capacidad de endeudamiento de una empresa pública descentralizada, los manejos de su deuda externa e interna o las exigencias de los prestamistas internacionales.

Una sana evaluación numérico-legal aportaría mucho a la real democratización, alertaría acerca de las orientaciones generales de las políticas internas de las empresas por servicios y de políticas financieras extranjeras y preparararía a muchos profesionales para el estudio de las finanzas públicas, tan olvidadas hoy.

Nos parece muy interesante la reflexión que introduce el Dr. Barona Zuluaga, profesor de Ciencias de la Administración de la Universidad del Valle, en un artículo periodístico. Allí

reclama una disponibilidad de los informes financieros y la aplicación de la ley de información (No. 57/85) que ya invocamos nosotros. Igualmente anota la necesidad de que la evaluación de una empresa pública no sea competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, así como de que la ciudadanía acceda a la traducción del lenguaje esotérico de normas contables y tributarias. El autor señala que las empresas estatales deben publicar sus estados financieros periódicamente, para ser evaluadas por centros de investigación, universidades, etc. Igualmente deben publicarse sus normas de gestión fiscal y uniformarse las características de los informes financieros, dado que la confiabilidad en la información es un punto de partida clave para tomar decisiones inmediatas y a largo plazo.

Dice el articulista que, por ejemplo, la información financiera en los Estados Unidos debe divulgar aspectos adicionales a los estados financieros tradicionales: "Ante ellos los más importantes parecen ser: la información completa respecto al efecto de la inflación sobre los estados financieros y la información sobre los flujos de caja. Recientemente las autoridades de contabilidad financiera en E. U. rescataron la importancia de conocer los movimientos históricos de flujo de caja y establecieron que los negocios que proveen estados de posición financiera (balance general) y de resultado de operaciones (estado de ganancias y pérdidas) deben también proveer un estado de flujo de caja para cada período para el que suministren resultados de operaciones".

Cuestiona igualmente el viejo criterio de medir las empresas públicas por la maximización de las ganancias, como si fuese el único indicador de un buen comportamiento económico, y agrega que deben tenerse presentes aspectos más amplios como el estado de empleo o los objetivos de la entidad. Democratizar el control fiscal es, en síntesis, una necesidad inaplazable para confrontar, con conocimiento de causa, a la administración estatal.

## VI. ALTERNATIVAS

Por los aspectos analizados hasta el momento puede verse que el derecho cumple un rol que legitima las modalidades y los condicionantes de los empréstitos internacionales. Es posible pensar en la existencia de alternativas jurídicas y políticas que, desde el mismo derecho internacional público, alteren las relaciones actuales? Es posible pensar que el propio discurso jurídico ofrezca posibles salidas, herramientas de trabajo que, usadas en el debate público, originen un proceso nuevo de reflexión en torno a procedimientos normativos que ayuden a mejorar las negociaciones futuras en el ámbito financiero? Desde esta última perspectiva nos atrevemos a esbozar dos bien tencionadas propuestas, no exentas de dificultades:

### 6.1 LA NEGOCIACION EN BLOQUE EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS CONSTITUTIVOS:

La revisión de un condicionamiento como el de la “graduación” —ya explicado previamente— se dio a través de un proceso que duró varios meses e involucró a funcionarios del Banco Mundial y a representantes de países miembros de América Latina y Asia. Quisiéramos remitirnos brevemente a la historia de esta modalidad de exclusión en el BIRF.

En un memorándum del 6-1-82, firmado por el Presidente Clausen del Banco Mundial, se decía que procuraba “reafirmar la decisión de 1.973 de considerar la graduación de países, una vez que su producto interno por habitante, alcance a 1.000 \$US<sup>19</sup> (la estimación más cercana para ese entonces era de 2.650 dólares, a precios de 1.980). Cuatro características reunía esta cláusula:

- Determinar un límite o umbral y, a partir de allí, comenzar automáticamente el proceso de “graduación”.

---

19. *Diario Oficial* No. 37.643.23 de septiembre de 1.986, pag 1. Bogotá.

- Iniciar una revisión de la situación económica del país, para reducir gradualmente sus préstamos y excluirlos en un plazo de 5 años.
- Asumir un supuesto: los países, en el término de 5 años, lograrían acceso a mercados privados de capital a largo plazo.
- Fortalecer los programas de asistencia técnica para revisar políticas macro-económicas, preparación de proyectos, etc.

Hubo siempre muchos países miembros opositores a estas consideraciones subjetivas de la "graduación". El 26 de enero de 1.982 se aprobó formalmente una política sobre este tópico, pero hubo criterios encontrados. En febrero de 1.984 se realizó un seminario sobre problemas especiales de países de economías muy pequeñas: se analizó su tamaño, la variación en sus exportaciones, la facilidad con que son absorbidas por mercados mundiales, la actividad dominante de un sector (turismo, azúcar, café, etc.), los problemas de dependencia hacia un solo comprador, etc. En estos casos no era razonable, como conclusión, aplicar la graduación y perder facilidades de crédito. Los países latinoamericanos, como Argentina o México, y otros estados tercermundistas, como Egipto y Filipinas, estaban opuestos a este condicionamiento, y eran solidarios en el objetivo de acabar con esta cláusula. En cambio, los países industrializados la defendían, puesto que deseaban reducir sus aportes para préstamos al Banco Mundial.

El 5 de marzo de 1.984, seis Directores Ejecutivos que representaban a México, Argentina, Egipto, Filipinas, Canadá y Liberia, solicitaron formalmente al Presidente del Banco, Dr. Clausen, la interpretación del asesor legal, de acuerdo a la facultad del artículo 9 del Convenio Constitutivo. Ello indicaba que se jugaban la discusión en el plano legal, no en la repetida controversia conceptual acerca del medidor PBI x habitante, ni en la oportunidad o conveniencia de la cláusula. Se preguntaba con la consulta cómo se sustenta la exclusión de un país de las operaciones del Banco por determinados conceptos de crecimiento económico y si, al excluirlo, la decisión era



aplicable al país o algunos de sus proyectos financiables. Además, se amenazó con elevar la discusión a la Junta de Gobernadores, máximo órgano deliberante del Banco. El resultado?. El Presidente tuvo que retirar el estudio de siete países, que se iba a tratar en una reunión próxima, y abrir un período de negociaciones más largo, dentro del cual se presentaron incluso desacuerdos posteriores con la interpretación del asesor legal.

El 11 de septiembre de 1.984 se logró finalmente un acuerdo, en donde se aceptaba el derecho de cada país miembro a presentar proyectos para buscar financiamiento y el Banco debía considerar la calidad técnica y evaluar las posibilidades de fuentes alternas de crédito en los mercados privados. El conflicto PBI x habitante se redujo a un criterio más entre otros, no al exclusivo medidor.

Creemos que el estudio de este caso plantea la posibilidad real de cambios de comportamiento y de criterios dentro del Banco Mundial, siempre y cuando haya negociación en bloque, no bilateral. Claro que en el ejemplo analizado existió una ventaja adicional: los directores ejecutivos representantes de países dependientes y los consultores estaban de acuerdo. Es claro también que esta negociación fue con relación al condicionamiento básico de la "graduación", y no debe por tanto servir de modelo con respecto a todos los hechos condicionales posibles. Lo que pensamos es que pueden extraerse algunas recurrentes útiles: nótese que este proceso de conversaciones siempre es lento y que la fortaleza de la discusión radica en la influencia de la coyuntura, las bases del acuerdo legal (Convenios Constitutivos) y la coincidencia y voluntad política de los países del Tercer Mundo en solucionar los conflictos comunes.

A pesar de ello queremos indicar que es el pesimismo, y no el optimismo, la constante de nuestro enfoque. Y esto por cuanto la rigidez de criterios del Banco, y la urgencia y premura de recibir un crédito aún en condiciones graves para las economías, son circunstancias que atentan contra los Estados y las entidades descentralizadas que tienen proyectos, en marcha o paralizados, claves para movilizar fuentes de empleo.

En el Derecho Administrativo existe una teoría que podría aportar muchos elementos de juicio para reformular la contratación de proyectos gigantes. Es la teoría de la imprevision, la que precisa que cuando se presentan fenómenos excepcionales, ajenos a ambas partes y que razonablemente no se podían prever al momento de contratar, dichas dificultades pueden ser alegadas para sugerir cambios sustanciales en los compromisos adquiridos. La imprevisión puede provenir de hechos externos o internos: qué más perjudicial y ajeno a la economía colombiana que un acelerado ritmo inflacionario a nivel internacional? Pero cómo alegar hechos de este tipo sin un tratado internacional que establezca tribunales arbitrales neutrales que estudien estas tesis y los hechos desencadenantes de su alegación?

## **6.2. LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL: UNA FORMA DE CONTROL JURISDICCIONAL.**

El 30 de enero de 1.975 se firmó en Panamá, entre los países latinoamericanos adscritos a la Organización de Estados Americanos (OEA), entre ellos Estados Unidos y Colombia, una Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional, incorporada a nuestra legislación por la ley 44/86. Esta convención permite, en su artículo 1, someter a decisiones arbitrales las diferencias que puedan surgir en un negocio de *caracter mercantil*. Las decisiones tendrán el carácter de sentencia judicial ejecutoriada ( artículo 4o) y sólo en unos pocos casos se podría negar el reconocimiento y ejecución de la sentencia (artículo 5o)

Este dispositivo jurídico, o uno similar y específico, previo Tratado Internacional con renuncia a la propia jurisdicción por ambas partes (país prestamista-país prestatario), permitiría una mejor posición negociadora y solucionadora de conflictos jurídicos cuya causa sean los contratos de empréstito externo. Creemos que una reforma en el Convenio Constitutivo del Banco Mundial, para aceptar esta Convención sobre Arbitraje, haría viable, en mejores condiciones, la reglamentación y desarrollo de la cláusula compromisoria para efectos financieros.