



MEMORIA JUSTIFICATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO

Por el cual se modifica el artículo 2.2.12.3.5. del Capítulo 3, Título 12, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, adicionado por el artículo 2° del Decreto 988 de 2018, en lo relacionado con los documentos CONPES de operaciones de crédito público

1. Antecedentes, razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición.

Dentro de las operaciones de crédito público de que trata el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1068 de 2015, encontramos las operaciones de crédito externo que corresponden a aquellos que celebran las entidades públicas con no residentes en el territorio colombiano y/o que se pacten en moneda extranjera, que para su trámite deberán cumplir entre otros, con el *Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES*, el cual se protocoliza a través de un documento CONPES.

Resulta oportuno precisar que el Decreto 1869 de 2017 que sustituyó el Título 12 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación, en su artículo 2.2.12.3.3. estableció que la Secretaría Técnica del CONPES podrá, mediante adendas, ajustar los documentos CONPES siempre que no se afecten sus objetivos, alcances, metas o recomendaciones. Para el efecto, la mencionada disposición precisa que la entidad competente sectorial deberá presentar la solicitud motivada, identificando la necesidad e implicaciones del ajuste. En todo caso, el ajuste no podrá reemplazar la voluntad del órgano colegiado.

Posteriormente y mediante el Decreto 988 de 2018 que adicionó el artículo 2.2.12.3.5. al Decreto 1082 de 2015, se estableció una regla especial para llevar a cabo ajustes con mayor celeridad a los documentos CONPES “concepto favorable”, que se expiden como requisito previo a la autorización que se haga de una operación de crédito público externo.

Dicho artículo 2.2.12.3.5. del Decreto 1082 de 2015, si bien es cierto que tiene como propósito enmarcar los ajustes a los documentos CONPES de operaciones de crédito público mayoritariamente a la realización de adendas, también lo es que los resultados no han sido los esperados por las siguientes razones:

- a. La obligatoriedad de ser suscrito por el miembro del CONPES se ve reflejado en un proceso que no es ágil por cuanto está supeditado a que las cabezas del sector revisen los ajustes que son de estricto rigor técnico. Este requisito genera reprocesos en el DNP y las entidades del orden nacional, repercutiendo en posibles atrasos en la ejecución de la operación de préstamo, así como en otros documentos del proyecto como los cronogramas de desembolsos y los planes de adquisiciones.
- b. Los atrasos en la ejecución pueden derivar en pagos de condiciones de compromisos sobre los saldos no desemborsados, así como mala calificación crediticia frente a la Banca y pérdida de credibilidad ante entidades ejecutoras y Banca Multilateral y Bilateral.
- c. Las áreas técnicas del DNP se sobrecargan con la proyección de adendas que entran a ser revisadas por cuatro instancias: Secretaría Técnica del CONPES, Subdirección de Crédito, Direcciones Técnicas competentes y Oficina Asesora Jurídica. Dado que las especificidades técnicas las conoce a



profundidad el sector, se advierte la necesidad de reflexionar sobre el valor agregado de generar un nuevo documento (de adenda) que básicamente es un espejo del documento técnico inicialmente radicado.

- d. Estos ajustes a las operaciones de crédito conciernen a temas de gran especificidad técnica que va más allá de los asuntos objeto de análisis en un espacio como el CONPES, en donde se podría presentar confusión técnica que puede afectar la dinámica de los créditos que ya se encuentran en ejecución.

Es de recordar que los proyectos con recursos de crédito se materializan a través de un contrato de préstamo con carácter jurídico, en el que un proceso de adenda o expedición de un documento CONPES puede afectar los términos de cumplimiento pactados en el contrato de préstamo. En ese sentido, cabe advertir el impacto que puede tener frente a los términos pactados en un contrato de préstamo.

Dentro del giro normal de las operaciones de créditos públicos externos en su fase de ejecución, pueden presentarse circunstancias objetivas, no previsibles y sobrevinientes a la expedición del documento CONPES como por ejemplo:

- i) La reestructuración de componentes debido a cambios en el mecanismo de ejecución, ya sea por problemas de orden técnico o cambios en la política sectorial, que pueden conducir a incumplir la matriz de resultados y de sus indicadores.
- ii) Cambio en metas e indicadores para lograr mejoras en la ejecución del alcance del programa, justificado en criterios técnicos y objetivos con el único propósito de optimizar la utilización de los recursos y el impacto de los proyectos.
- iii) Reasignación de recursos entre categorías y/o componentes de inversión ya sea para desarrollar eficiencias técnicas en algunos componentes que pueden derivar en menores costos, o por razones de cambio en la cuantificación del costeo de algunos componentes que pueden generar cambios y reasignación de recursos en otros componentes de inversión.
- iv) Prórroga de la fecha límite para desembolsos de préstamos que se da por ajustes técnicos o externalidades a la ejecución de este, que obligan al ejecutor a solicitar la extensión en tiempo de los proyectos.
- v) Cambio en la TRM, que puede ser diferente entre la prevista el día de la firma del crédito y la aplicable en el transcurso del mismo, situación que puede conducir a que la disponibilidad de recursos varíe afectando las metas establecidas.

Vale la pena señalar que cualquier modificación sobre el proyecto debe tener viabilidad por parte del DNP, el MHCP y la banca de acuerdo con lo negociado en cada convenio de préstamo. Estos a su vez pueden someterse a los reglamentos de los organismos multilaterales, incluyendo las cláusulas especiales de ejecución.

De acuerdo con lo expuesto, se hace necesario establecer de manera expresa y como una excepción para los documentos CONPES de operaciones de crédito, que cualquier ajuste sobre una operación de crédito público aprobada de conformidad con lo aquí señalado, durante su ejecución, no requerirá concepto previo del CONPES, de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en el entendido que "El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que



no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones.”, disposición que se encuentra cumplida, por el artículo 8° del Decreto 2681 de 1993, cuando dispone que “La celebración de contratos de empréstito externo a nombre de la Nación, requerirá: a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con: 1. Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes; y, 2. Concepto de la Comisión de Crédito Público si el empréstito tiene plazo superior a un año. b) Autorización para suscribir el contrato impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en la minuta definitiva del mismo.”, norma actualmente vigente que se encuentra recogida en el artículo 2.2.1.2.1.2. en el Decreto 1068 de 2015, y que sólo hace exigible dicho trámite previo para iniciar las gestiones requeridas para la correspondiente operación de crédito público.

2. **Ámbito de aplicación y sujetos a quien va dirigido**

La norma aplica a las entidades públicas del orden nacional que a nombre de la Nación celebren operaciones de crédito público externo, así como a las entidades descentralizadas del orden nacional y las entidades territoriales que requieran garantía de la Nación. En cuanto a la operatividad, de manera especial al DNP y al MHCP.

3. **Viabilidad Jurídica**

3.1. Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto.

El artículo 2.2.12.1.3. del Decreto 1082 de 2015, sustituido por el artículo 1° del Decreto 1869 del 15 de noviembre de 2017, establece que dentro de las funciones del CONPES esta servir como organismo coordinador, el cual debe señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno Nacional, razón por la cual le corresponde al Departamento Nacional de Planeación liderar la expedición de este Decreto.

3.2. Ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” o precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella.

Dos son los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a saber:

1. Necesidad: consiste en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley haya dejado espacios de regulación que necesitan ser llenados para la ejecución de esta mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, pues el legislador puede, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, determinar libremente hasta dónde regula la materia respectiva;
2. Finalidad: tiene que ver con el contenido material de los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los decretos y resoluciones que dicte el Gobierno Nacional en ejercicio de dicha potestad



**El futuro
es de todos**

**DNP
Departamento
Nacional de Planeación**

están subordinados a la ley, de manera que el reglamento no puede modificarla, ampliarla o restringir sus efectos. Este último elemento, se encuentra asociado por demás al respeto del principio de supremacía normativa, pues el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía que emana de la propia Constitución.

En efecto, el desarrollo de la potestad reglamentaria exige que la ley haya configurado una materialidad legislativa básica, ya que busca convertir en realidad un enunciado normativo abstracto. Los límites de esta facultad han sido desarrollados por la jurisprudencia de Altas Cortes, en especial por la Corte Constitucional, quien a modo de subreglas ha establecido ciertos límites a la misma:

1. La potestad reglamentaria se ve restringida en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos. Tanto así, que se ha manifestado que la misma es inversamente proporcional a la extensión de la ley.
2. El Presidente no podrá establecer por vía de decreto reglamentario una excepción, aun cuando la misma fuere supuestamente temporal, sin que previa y expresamente el legislador lo hubiere autorizado para ello y fijado un límite temporal específico;
3. Cualquier determinación sobre la vigencia de las leyes sólo puede ser definida por el propio legislador;
4. El ejercicio de la función reglamentaria no debe sobrepasar ni invadir la competencia del Legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria;
5. La potestad reglamentaria no puede incluir requisitos adicionales a los previstos en la ley y,
6. No le es posible al Gobierno desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la Administración.

En todo caso, el proyecto de decreto fue elaborado con las definiciones previas a los que hace referencia el Manual para la Elaboración de Textos Normativos, Proyectos de Decreto y Resolución, anexo al Decreto 1081 de 2015.

3.4 Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El presente acto modifica el artículo 2.2.12.3.5. del Capítulo 3, Título 12, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, adicionado por el artículo 2° del Decreto 988 de 2018.

4. Impacto Económico

No será necesario disponer de tiempo y/o medios por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o del Departamento Nacional de Planeación para que los destinatarios del proyecto de Decreto pongan en práctica el contenido de este.

5. Impacto presupuestal

Para el presente proyecto de decreto no se requiere de disponibilidad presupuestal, no tiene impacto en el Presupuesto General de la Nación (PGN) y no genera impacto fiscal.

6. Impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación



**El futuro
es de todos**

**DNP
Departamento
Nacional de Planeación**

Para el presente proyecto de decreto no se genera impacto medioambiental ni sobre el patrimonio cultural de la Nación.

7. Publicidad

El proyecto de Decreto fue publicado en la sección de transparencia y acceso a la información para conocimiento de los ciudadanos en la página web del DNP entre los días XXXXXX, según certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Comunicaciones y Relaciones Públicas del DNP. Dicho periodo se definió teniendo en cuenta que el texto a publicar se corresponde sustancialmente con el texto ya publicado del 28 de febrero al 10 de marzo de 2019, y las modificaciones surtidas son el resultado de las discusiones del Gobierno en dicha materia.

Si es del caso se deberá documentar las observaciones (si aplica).

8. Anexo

A la presente memoria se adjunta la Constancia de publicación, expedida por el Coordinador del Grupo de Comunicaciones y Relaciones Públicas del DNP.

YESID PARRA VERA

Director Inversiones y Finanzas Públicas
Departamento Nacional de Planeación

LUIS GABRIEL FERNÁNDEZ FRANCO

Jefe Oficina Asesora Jurídica
Departamento Nacional de Planeación