



CIRCULAR EXTERNA

20

7

Bogotá D. C.,

19 JUL 2010

PARA: GOBERNADORES, ALCALDES, SECRETARIOS DE HACIENDA DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL, SECRETARIOS DE PLANEACION DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL, JEFES DE PRESUPUESTO

ASUNTO: ESPECIFICIDADES PRESUPUESTALES Y FINANCIERAS DE LOS PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUA – PDA Y, USO RACIONAL DE VIGENCIAS FUTURAS

Especificidades presupuestales y financieras de los Planes Departamentales de Agua – PDA y, uso racional de vigencias futuras.

Problema: Con motivo del impulso a la estructuración de PDA¹ se ha planteado equivocadamente que los esquemas financieros, presupuestales y jurídicos dispuestos específicamente para el sector de agua potable y saneamiento básico, pueden ser replicados conjunta o individualmente para la implementación y ejecución de otros proyectos de inversión en las entidades territoriales – E.T. De igual manera, con ocasión de los PDA se han producido documentos oficiales desde distintos organismos que han abordado el asunto desde sus particulares visiones, lo que ha generado dificultades para el entendimiento integral de los mismos y para la presencia de una única visión desde la perspectiva presupuestal y financiera. Paralelo a lo anterior, también se ha impulsado el uso creciente de vigencias futuras para la ejecución de proyectos de inversión, situación que merece una atención particular desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal para no afectar con aquellas las sostenibilidad financiera de las entidades territoriales.

Hipótesis: Como quiera que la naturaleza de los PDA está ligada inexorablemente a los esquemas financieros, presupuestales y obligacionales dispuestos específica y normativamente para ellos, no es posible trasladar, ni fraccionar conjuntamente sus características, con el objetivo de emplearlas en la

¹ El impulso se ha materializado con motivo de la aplicación de las leyes 1151 y 1176 de 2007.

20 19 JUL 2010

estructuración de otros proyectos de inversión de las entidades territoriales distintos de los establecidos para el sector de agua potable y saneamiento básico.

Resumen: Mediante el presente documento y a través de la identificación de las reglas que desde el punto de vista presupuestal, financiero y obligacional caracterizan los PDA se pretende justificar la imposibilidad del uso del esquema integral de ejecución de los PDA a otro tipo de proyectos de inversión en las E.T distintos de los asociados al sector de agua potable y saneamiento básico. Se busca obtener una única percepción integral de los PDA desde una perspectiva presupuestal y financiera, que sirva para la adecuada ejecución de aquellos, pero, también para evitar la generación de responsabilidades que podrían producirse con motivo de una entendiendo equivocado de tales reglas vistas desarticuladamente. Para el efecto, y en su orden, inicialmente se presentan algunas de las características de las vigencias futuras y su articulación con las operaciones de crédito público. Después se da paso a las caracterizaciones financieras, presupuestales y jurídicas de los PDA, algunas de las cuales son desarrolladas desde las perspectivas normativa y doctrinaria. Posteriormente se pasa a la articulación de las características detectadas para generar con ello un perfilamiento integral de los PDA. También se hace un pronunciamiento respecto a los alcances del Decreto 3629 de 2004, el cual, en conjunto con la visión fragmentada de una de las características del PDA, ha pretendido emplearse como fundamento normativo para la estructuración de proyectos de inversión en las entidades territoriales. Hecho esto se aborda la figura de las vigencias futuras desde una perspectiva de responsabilidad fiscal territorial. Finalmente se presentan las conclusiones.

Introducción

Los PDA, están definidos desde el punto de vista de los objetivos en una doble dimensión²:

Pueden ser entendidos como un conjunto de estrategias de planeación y coordinación interinstitucional, formuladas y ejecutadas con el objeto de lograr la armonización integral de los recursos dispuestos para la financiación de los servicios de agua potable y saneamiento básico.

En términos de los resultados que con ellos se proponen, se entienden como la implementación de esquemas eficientes y sostenibles en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

I. Vigencias futuras y operaciones de crédito público. Doctrina Oficial

1.1. Alcances del concepto “vigencias futuras”

² Decreto 3200 de 2008, artículo 1.

En relación con este concepto, en la Circular 07 de 2007 se expresó que *“la vigencia futura es una operación que afecta esencialmente al presupuesto de gastos y se entiende como un compromiso que se asume en un año fiscal determinado, con cargo al presupuesto de gastos o ley de apropiaciones de un año fiscal posterior.”*

En relación con las categorías presupuestales *“apropiación”* y *“compromiso”* y, con el objetivo de dimensionar con mayor precisión la definición que se ofreció respecto a las *“vigencias futuras”* se expresó:

“Presupuestalmente, cuando se menciona EL TERMINO APROPIACION se HACE REFERENCIA a un monto o rubro disponible en el PRESUPUESTO DE GASTOS, nunca en el presupuesto de ingresos. De hecho cuando la ley orgánica clasifica el presupuesto hace referencia al presupuesto de rentas y recursos de capital y al presupuesto de gastos o ley de apropiaciones.”

(...)

Presupuestalmente, cuando se menciona el TERMINO COMPROMISO se HACE REFERENCIA AL PRESUPUESTO DE GASTOS, (nunca al presupuesto de ingreso), específicamente a la etapa en la cual se adquiere una obligación de un rubro contenido en el presupuesto de gastos.

1.2. Las operaciones de crédito público, autorización y diferencia con las vigencias futuras.

Respecto a este asunto la Circular 07 de 2007 expresó:

4. Las operaciones de crédito público sus asimiladas y conexas **no requieren autorización** para comprometer vigencias futuras. Se trata de dos conceptos fiscales y financieros diferentes y que además están regulados por normas distintas.

Mientras que la vigencia futura es la autorización para realizar gastos en vigencias posteriores, la operación de crédito público tiene por objeto proveer de ingresos (independientemente de que con este ingreso se vaya a financiar un gasto de inversión con cargo a vigencias futuras u otro gasto permitido por las normas que regulan el endeudamiento público territorial). Por lo tanto, el desembolso del crédito se refleja en el **presupuesto de ingresos** dentro del rubro recursos de capital, y no requiere autorización de vigencias futuras. En este caso, lo que se requiere es que la entidad tenga autorizado por parte del Concejo o Asamblea un cupo de crédito, o tenga una autorización específica para tramitar un crédito en particular, y por supuesto que cumpla los indicadores necesarios de solvencia, sostenibilidad y superávit primario.

A partir de lo anterior, la Circular 07 de 2007 sintetiza las diferencias entre una y otra figura:

En otras palabras, LA VIGENCIA FUTURA es una operación presupuestal que AFECTA EL PRESUPUESTO DE GASTOS o ley de apropiaciones y LA OPERACION DE CRÉDITO PÚBLICO AFECTA EL PRESUPUESTO DE RENTAS y RECURSOS DE CAPITAL

1.3. Articulación de las vigencias futuras y las operaciones de crédito público:

19 JUL 2010

Continuación Circular Externa

Página 4 de 26

20

Sobre el particular también la Circular 07 de 2007 determinó:

Cuando los artículos 11 y 12 de la ley 819/03 hacen referencia a las operaciones de crédito público y conexas lo que intentan manifestar es que si un proyecto de inversión que se va a ejecutar afectando presupuestos de gastos de vigencias futuras, requiere además para su financiación de la contratación de recursos del crédito, esta contratación se rige por las normas específicas que regulan las operaciones de crédito público.

1.4. La competencia para la asunción de compromisos de vigencias futuras en las entidades territoriales

En relación con este aspecto, la Circular 43 de 2008 estableció:

Cuando la Nación o las entidades territoriales requieran celebrar compromisos que afecten presupuestos de vigencias futuras, o aún sin afectar tales presupuestos subsiguientes, cuando el compromiso este destinado a ser ejecutado o cumplido, en los términos ya explicados, en vigencias subsiguientes a la de su celebración se requiera (SIC) la previa autorización al respecto, en el caso de la Nación, del CONFIS, y en el caso las entidades territoriales de los Concejos Municipales o Distritales o de las Asambleas Departamentales.

En los eventos en que el compromiso a celebrarse va a afectar presupuestos de vigencias futuras, en el entendido que parte o la totalidad del compromiso se va a cancelar con recursos a programarse en presupuestos de vigencia (SIC) futuras a aquella en que se perfecciona, la necesidad de solicitar autorización previa del CONFIS, a nivel nacional, o de los Concejos o Asambleas, a nivel territorial, deriva directamente de la literalidad de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 819 de 2003, regulatoria de la materia.

Finalmente a partir de una lectura del artículo 11 de la Ley 819 de 2003, la Circular 09 de 2009 logra una más precisa articulación de las dos categorías de la siguiente manera:

El último inciso del artículo 11 de la Ley 819 de 2003 determina que "para asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, los contratos de empréstito y las contrapartidas que en estos se estipulen no requieren la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis. Estos contratos se regirán por las normas que regulan las operaciones de crédito público".

Lo anterior indica que los ingresos, tanto en la Nación como en las entidades territoriales, determinan la capacidad de financiación o pago de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda y de los gastos de inversión de cada vigencia; por lo tanto, una cosa es la asunción de compromisos dentro de una vigencia o con cargo a presupuestos de vigencias futuras y otra la financiación de los mismos. Lo primero claramente hace referencia al presupuesto de gastos y lo segundo al presupuesto de ingresos y ambos casos requieren trámites presupuestales y financieros distintos.

Mientras la asunción de compromisos de vigencias futuras requiere de las autorizaciones del Confis (en la Nación) o de la corporación administrativa (en las entidades territoriales), la financiación *para el pago de los mismos gastos no requiere de tales autorizaciones mientras no se acuda a las operaciones de crédito público.*

Por el contrario, cuando se deba recurrir a la obtención de recursos financieros y/o la obtención de bienes y servicios con plazo para su pago y/o que los compromisos que se asuman involucren un plazo para su pago superior al de ejecución y/o recibo del bien a satisfacción, ello implica que tanto la Nación como las Entidades Territoriales deberán tener en cuenta los requisitos y demás aspectos legales sobre endeudamiento.

4

"HACIA UN MINISTERIO AGIL, ACERTADO Y CONFIABLE"

En resumen, el hecho de que la financiación o pago de las obligaciones pueda involucrar más de una vigencia, no constituye por sí mismo una vigencia futura, porque, como se ha dejado en claro, la vigencia futura guarda relación con la asunción de compromisos (gasto) y el pago de los mismos está atado a la fuente o recurso financiero.

1.5. Criterio para definición del plazo para el compromiso de vigencias futuras

Como quedó visto, la vigencia futura es una operación presupuestal que afecta el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Pues bien, si en los términos del artículo 36 del Decreto 111 de 1996 el presupuesto de gastos se compone, entre otros, por los gastos de funcionamiento y los gastos de inversión, entonces, el criterio general para determinar el plazo de las vigencias futuras estará asociado al término o plazo de ejecución del particular gasto asociado a la vigencia futura. Por ejemplo, para un gasto de inversión que deba ser ejecutado en varias vigencias, el compromiso de las vigencias futuras debe corresponder al plazo para ejecutar los gastos que demande la obra.

2. Caracterización integral de los PDA

2.1. Caracterización financiera

La caracterización financiera hace referencia al perfilamiento normativo de gestión, articulación y el manejo de los recursos financieros dispuestos hacia la financiación de los planes departamentales de agua.

En este sentido, más que un modelo detallado desde el punto de vista financiero, lo que se observa en las normas que los gobiernan es la identificación de unos elementos jurídicos y financieros de distinto orden que habilitan a su vez el diseño de distintos vehículos financieros, que en cualquier caso deben ser consistentes con las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.

2.1.1. Caracterización financiera normativa

2.1.1.1. Habilitación para la disposición financiera de los recursos del SGP – APSB

- Sin perjuicio de que hasta antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 4 de 2007 no se hubiera establecido una participación independiente el SGP con destino a APSB, en vigencia de la Ley 715 (sin las modificaciones introducidas por las leyes 1151 y 1176 de 2007), siempre estuvo prohibida la disposición financiera de los recursos con destinación específica del SGP³.

³ Ley 715 de 2001 artículos 18 y 91.

- Las leyes 1151 y 1176 de 2007 habilitan a las entidades territoriales para que dispongan financieramente de los recursos de SGP – APSB.

2.1.1.2. Disposición financiera del los recursos del SGP –APS B: posibilidades y detalles

- No existe una limitación a un esquema financiero único para efectos de ejecutar el PDA⁴.
- La disposición de recursos del SGP –APS B y otros cuya titularidad corresponda a las entidades territoriales es una decisión autónoma y que le corresponde a cada una de ellas por intermedio de la correspondiente corporación político administrativa⁵.
- La materialización de la disposición de recursos se exterioriza a través del compromiso que adquirirá la entidad territorial a través de su representante legal.⁶
- Los giros de recursos del SGP – APSB pueden hacerse directamente hacia los esquemas fiduciarios que se prevean⁷.
- El compromiso de giro de los recursos del SGP – APSB hacia el esquema financiero elegido se constituye en un requisito para que la Nación pueda apoyar financieramente los PDA⁸.
- Los departamentos deben conformar una bolsa para financiar *“las inversiones que se realicen en los distritos y municipios para desarrollar proyectos en el marco del Plan Departamental de Agua y Saneamiento del respectivo departamento”*⁹.
- Dentro de las actividades hacia las cuales los distritos y municipios pueden destinar los recursos del SGP – APSB se encuentra el *“pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley”*¹⁰.
- De acuerdo con el parágrafo del artículo 29 del Decreto 3200 *“Los ingresos que se comprometan por parte de las entidades territoriales al Patrimonio Autónomo, no formarán parte de los ingresos*

⁴ Artículos 100 y 118 de la Ley 1151 de 2007; 13 de la Ley 1176 de 2007; 27 del Decreto 3200 de 2008.

⁵ Artículos 91 y 100 de la Ley 1151 de 2007.

⁶ Artículos 91 y 118 de la Ley 1151 de 2007.

⁷ Artículos 100 de la Ley 1151 de 2007; 28 del Decreto 3200 de 2008

⁸ Artículos 100 de la Ley 1151 de 2007; 28, 29 del Decreto 3200 de 2008

⁹ Artículo 10 de la Ley 1176 de 2007.

¹⁰ Artículo 11 de la Ley 1176 de 2007.

que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta que los mismos no estarán disponibles para atender otro tipo de gastos o inversiones.”

2.1.1.3. Objetivos de los esquemas financieros

- Los esquemas financieros, en el marco de los PDA, pueden tener una pluralidad de objetivos individuales o conjuntos, p. e., el manejo y administración de recursos del SGP –APSB asignados a las entidades territoriales¹¹; el manejo y administración de recursos de regalías¹², y de los demás que determinen las entidades territoriales¹³, así como los que la Nación u otras entidades dispongan para el mismo fin; servir de garantía al servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de APSB¹⁴; garantizar *“el proyecto de inversión de mediano y largo plazo dirigidos a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo a sus habitantes”*¹⁵

2.1.1.4. Detalles del patrimonio autónomo

- Existe una mención a la posibilidad de estructurar uno o más patrimonios autónomos¹⁶.
- La obligación de trasladar los recursos del SGP – APSB por las entidades territoriales hacia el patrimonio autónomo debe estar respaldada en un compromiso irrevocable de giro, a través de la suscripción de los documentos e instrucciones necesarios para el efecto¹⁷.
- *“Los ingresos que se comprometan por parte de las entidades territoriales al Patrimonio Autónomo, no formarán parte de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta que los mismos no estarán disponibles para atender otro tipo de gastos o inversiones”*¹⁸.
- El patrimonio o patrimonios autónomos que se constituyan tiene entre otros objetivos: concentrar en un solo vehículo financiero los recursos de los diferentes Participantes del PDA; maximizar la utilización de los recursos que transfieran los diferentes Participantes del PDA para la ejecución y desarrollo de los PDA, efectuando, p.e. inversiones temporales con los recursos existentes en el

¹¹ Artículos 100 y 118 de la Ley 1151 de 2007.

¹² Artículo 91 Ley 1151 de 2007.

¹³ Artículo 118 de la Ley 1151 de 2007.

¹⁴ Artículos 11 de la Ley 1176 de 2007; 29 del Decreto 3200 de 2007.

¹⁵ Artículo 12 de la Ley 1176 de 2007.

¹⁶ Artículos 12 y 13 de la Ley 1176 de 2007; 27 a 30 del Decreto 3200 de 2008

¹⁷ Artículo 29 del Decreto 3200 de 2008.

¹⁸ Parágrafo del artículo 29 del Decreto 3200 de 2008.

mismo; permitir ejecutar los PDA en menores tiempos a los esperados, dando la liquidez necesaria a las obligaciones y compromisos adquiridos en desarrollo de los PDA que se encuentren en ejecución; servir de garantía y fuente de pago de las obligaciones financieras que adquiera el Patrimonio Autónomo a través de créditos con la Banca Nacional o Internacional u otro mecanismo de financiación que se implemente.¹⁹

2.1.2. Caracterización financiera doctrinaria

Para estos efectos se toma como referente el Concepto emitido por la Superintendencia Financiera No. 200059347 del 4 de septiembre de 2008, mediante el cual perfiló, desde la perspectiva del crédito público, los PDA.

Con el objetivo de determinar si una operación en particular encuadra dentro de la categoría de operación de crédito público, a partir del contenido del Decreto 2681 de 1993, la Superintendencia Financiera ofrece un criterio:

“Por ello en opinión de este despacho, para determinar si una operación debe ser considerada como de crédito público, el elemento fundamental que debe analizarse es si la misma permite a una entidad estatal recibir recursos, bienes o servicios a crédito, esto es, con plazo para su pago, independientemente de la forma jurídica que adopte.”

De la definición se resalta la calificación que merece una operación con independencia de la figura jurídica que se adopte. Lo anterior por cuanto, para efectos de dicha calificación va a resultar irrelevante que desde el punto de vista jurídico, el vínculo obligacional directo surgido en un contrato de crédito no figure el titular o titulares de los “*activos subyacentes*” que respaldan dicha operación.

Así, a pesar de que desde una perspectiva jurídica obligacional será posible diferenciar las relaciones casadas, de una parte, entre el administrador del patrimonio autónomo o la entidad fiduciaria con el proveedor de los recursos financieros con destino a la ejecución de los PDA y, de la otra, entre el administrador del patrimonio autónomo o la entidad fiduciaria con las entidades territoriales participantes en los PDA, tal realidad jurídica deberá ceder ante la realidad material para efectos de la calificación de la operación u operaciones detectadas.

En el concepto de la referencia, la Superintendencia Financiera al momento de emitir una calificación respecto a lo que debe ser o no considerado título de deuda pública, se fundamentó en la realidad material de la operación, pero, vista desde una perspectiva integral y no simplemente jurídica

Así las cosas, la realidad material de la operación propuesta supone entonces que la entidad territorial se endeuda con recursos prestados por un fideicomiso, pero provenientes de los inversionistas, y la fuente de pago del crédito y, por ende de los títulos, son los recursos del SGP que debe girar la Nación a favor del ente territorial. En últimas, se trata de una estructura que permite el financiamiento público apalancado en los recursos del SGP.

¹⁹ Artículo 30 del Decreto 3200 de 2008.

En criterio de esta Superintendencia la presencia de los dos fideicomisos es puramente instrumental y, en principio, no altera la realidad material de la operación, ni la naturaleza de la fuente de pago de la misma. En tal sentido, la existencia de un vehículo financiero privado en la mitad de la operación, intermediando los recursos entre inversionistas y - como emisor de títulos - y la entidad territorial - como prestamista - no tiene el alcance de modificar la naturaleza del riesgo de los títulos. De lo contrario, podría con relativa facilidad cambiarse la naturaleza legal de una inversión empleando un vehículo fiduciario intermediario.

En este sentido, cualquiera sea la modalidad del esquema financiero empleado, en la medida en que dentro del mismo sea posible reconocer una provisión de recursos con plazo para su pago, con independencia de quien sea el responsable jurídico directo de honrar las obligaciones que allí surjan, se estará en presencia de una operación de crédito público.

Por supuesto si dentro del esquema financiero estructurado para un PDA en particular no va a ser necesaria la provisión de recursos financieros con plazo para su pago, pues, no se estará en presencia de una operación de crédito público. Así lo reconoce la Superintendencia el concepto bajo estudio:

En opinión de este despacho, tales disposiciones (Art 11 y 12 Ley 1176) simplemente habilitan la utilización de los recursos del SGP para agua y saneamiento básico como garantía de la financiación de proyectos en tales sectores. Pero, ello no significa, de suyo, que las operaciones que se estructuran no puedan ser consideradas como de crédito público.

Sin embargo, si se vuelve sobre un esquema financiero para un PDA estructurado sobre la base de "la provisión de recursos con plazo para su pago", donde los "activos subyacentes" para el pago de las obligaciones que se generan con ocasión de aquella provisión son los recursos del SGP -APSB, se tiene que no sólo la realidad material del negocio, tal como ya lo dejó ver la Superintendencia Financiera, sino su encuadramiento dentro de la categoría de "operación conexas al crédito público" que ofrece el Decreto 2681 de 1993, permitirán decir que se está en presencia de una operación de crédito público. De hecho así lo reconoce expresamente la Superintendencia Financiera en el citado concepto:

En tal sentido, conviene recordar que, de conformidad con las normas generales de crédito público, se consideran incluidas dentro de esta noción "el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales" y se considera como operación conexas "los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público.

(...)

Sobre este punto se reitera, los recursos con los que se atenderá el servicio de la deuda son de naturaleza pública, originados en los ingresos corrientes de la Nación, en la medida en que provienen del SGP y se pagan a través del patrimonio autónomo emisor.

Ahora bien, como quiera que la Superintendencia Financiera ha planteado que las operaciones financieras que se estructuran en el marco del PDA, de suyo, no pueden ser consideradas como de crédito público, vale la pena referirse a una de éstas, la titularización, no tanto con ánimo ilustrador, sino con el objetivo de

perfilarla desde el punto de vista del crédito público para con ello disuadir el interés de asimilarla a otras operaciones con rasgos comunes pretendiendo con ello extender los efectos de aquella a éstas.

Mediante Concepto 34023 del 24 de septiembre de 2004 la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional de Ministerio de Hacienda y Crédito Público – MHCP definió la titularización de la siguiente manera:

La titularización es un mecanismo a través del cual una persona llamada originador transfiere a un patrimonio autónomo un determinado bien o activo, con el objeto de transformarlo en valores que serán ofrecidos en el mercado de capitales, para con su producto obtener beneficios como el mejoramiento en sus niveles de apalancamiento, obtención anticipada de liquidez y saneamiento contable entre otros.

Más adelante expresó:

Igualmente, según la Circular Externa 002 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Los procesos de titularización son procesos de financiamiento que anticipan la realización de los activos, Inversiones y rentas de las entidades estatales y comprometen su capacidad de endeudamiento en tanto pueden significar una reducción de sus ingresos.

En el concepto de la Oficina Jurídica del 19 de noviembre de 1995, arriba citado, igualmente se sostuvo:

La titularización es un mecanismo de administración de activos, tiene efectos muy importantes sobre la deuda; puede ayudar a recomponer el pasivo y puede afectar la capacidad de endeudamiento de la entidad en tanto compromete activos o ingresos futuros que son respaldo del cumplimiento de obligaciones.

A partir de lo anterior, la citada Dirección determinó que las titularizaciones, no obstante afectar la capacidad de endeudamiento de las entidades estatales, no pueden ser consideradas operaciones de crédito público:

Con base en lo anteriormente expuesto, esta Oficina considera que las titularizaciones no incrementan el endeudamiento de las entidades estatales, no obstante lo anterior es de anotar que la titularización de flujos de caja está directamente relacionado con el estado de resultados en cualquier entidad (por ser una variable de flujo) y básicamente afecta los ingresos de una entidad en las correspondientes vigencias fiscales, disminuyéndolos; por lo tanto, se afectará la capacidad de pago de la entidad de manera indirecta. Cuando se utiliza un activo se afecta el balance general de la entidad disminuyendo sus activos con la venta, pero, también se puede afectar la capacidad de pago de la entidad indirectamente si incrementa sus gastos corrientes futuros.

(...)

Así, dado que las operaciones en comento no incrementan el endeudamiento neto de la entidad territorial, no encajan dentro del supuesto normativo dado por el artículo 3 del Decreto 2681 de 1993, al definir las operaciones de crédito público.

El objetivo de las citas anteriores es el reconocimiento de que la titularización no se caracteriza simplemente como un mecanismo de financiación a través de la anticipación de activos o rentas, por la vía de su administración, sino que se completa con la transformación de dichas rentas o activos ofrecidos en el mercado de capitales.

De esta manera no resulta admisible plantear que a todas las operaciones de administración de activos o rentas de las entidades estatales, por la vía de su disposición anticipada u otra cualquiera, con el objetivo de respaldar el cumplimiento de las obligaciones, se les pueden extender los efectos que el MHCP ha predicado de la titularización.

Así, no podrá decirse que una operación de disposición anticipada de activos o rentas con el objetivo de garantizar el cumplimiento de obligaciones no es operación de crédito público, porque para realizar tal calificación habrá que estarse a la realidad material de la estructura financiera analizada, lo mismo que a la verificación de las operaciones que se realicen a partir de las definiciones que ofrece el Decreto 2681 de 1993.

2.2. Caracterización presupuestal

El ejercicio de caracterización normativa presupuestal que se desarrolla a continuación parte de reconocer que la ejecutoria de los PDA, desde este plano, no contraviene las normas de superior jerarquía y por el contrario se adecua plenamente a ellos.

El literal c) del numeral 5.2, literal del artículo 5 del Decreto 3200 de 2008 *“por el cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento y se dictan otras disposiciones”* establece entre otros requisitos de ejecución de los PDA, para los departamentos, las siguientes autorizaciones otorgadas por las correspondientes asambleas:

i) Comprometer vigencias futuras para la ejecución y desarrollo del PDA y/o contratar empréstitos con la banca nacional o multilateral otorgando las garantías y/o contragarantías del Departamento que resulten necesarias.

(...)

iii) Comprometer los recursos de la participación específica para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones de que trata el artículo 6° de la Ley 1176 de 2007 y ejecutarlos dentro del marco del PDA de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de dicha ley.

(...)

v) Disponer de recursos adicionales, en el evento que por cualquier circunstancia, los comprometidos no permitan cubrir los montos establecidos o proyectados en las vigencias futuras.

Por su parte, el numeral 1 del artículo 16 del mismo Decreto 3200 de 2008 establece ente otros requisitos para la participación de distritos y municipios en los PDA, las siguientes autorizaciones otorgadas por los correspondientes concejos:

b) Comprometer vigencias futuras para la ejecución y desarrollo del PDA y contratar empréstitos con la banca nacional o multilateral otorgando las garantías y contragarantías del municipio o distrito que resulten necesarias, de conformidad con las normas vigentes que rigen la materia.

c) Comprometer recursos de la participación específica para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones de que trata el artículo 6° de la Ley 1176 de 2007 y ejecutarlos dentro del marco del PDA de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de dicha ley.

(...)

f) Disponer de recursos adicionales, en el evento que por cualquier circunstancia, los comprometidos no permitan cubrir los montos establecidos o proyectados en las vigencias futuras.

De las normas transcritas se debe destacar:

- Una identidad de los requisitos exigidos a las entidades territoriales para participar en los PDA.
- Que los requisitos referidos a las autorizaciones para vigencias futuras y a la contratación de empréstitos si bien pueden aparecer desarrollados en la misma disposición²⁰, no pueden ser entendidos en términos de identidad para con ello pretender asimilar las vigencias futuras con los empréstitos o alguna otra categoría asociada a éstos.
- Que los requisitos referidos a la disposición de recursos adicionales para financiar los PDA ante eventos como la insuficiencia de los mismos, tiene por causa la "insuficiencia de recursos" y no la insuficiencia de los "montos establecidos o proyectados en las vigencias futuras". En este sentido, los "montos" a los que se hace referencia en las disposiciones correspondientes son los relativos a los gastos y no a los ingresos.

Este último asunto destacado, con origen en el literal f) , del numeral 1 del artículo 16 del mismo Decreto 3200 de 2008 exige una profundización desde el punto de vista sistémico y formal:

Así, desde el punto de vista formal gramatical no puede sostenerse una lectura de acuerdo con la cual la necesidad de disponer de recursos adicionales, es decir de ingresos, estaría dada por la insuficiencia para cubrir unos ingresos. Esta posibilidad debe descartarse de plano. Aceptarla significa aceptar la siguiente construcción:

"f) Disponer de recursos adicionales, en el evento que por cualquier circunstancia, los comprometidos no permitan cubrir los montos de ingresos establecidos o proyectados en las vigencias futuras." (Se resalta).

Por otra parte desde un punto de vista sistémico una interpretación como la anterior justamente es lo que ha generado interpretaciones o lecturas contrarias a las reglas de los sistemas presupuestal y crediticio público colombiano, por cuanto la vigencia futura es una figura asociada al gasto y no al ingreso. Por ello, la lectura correcta habría que hacerla en el siguiente sentido para los distritos y municipios, que consecuentemente debería replicarse a los departamentos:

²⁰ Para los departamentos en el subnumeral 1), literal c), numeral 5.2 del artículo 5 y, para los distritos y municipios en el literal a), numeral 1 del artículo 16.

*"f) Disponer de recursos adicionales, en el evento que por cualquier circunstancia, los comprometidos no permitan cubrir los montos **de gasto** establecidos o proyectados en las vigencias futuras."*

Ahora bien, desde el punto de vista de la ejecución del gasto en el marco de los PDA, y particularmente respecto a la identificación del sujeto que va a realizar dicho gasto, el Decreto 3200 de 2008 expresa en los artículos 7 y 12 lo siguiente:

Artículo 7°. Contratación. Los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un PDA FASE II con cargo a los recursos de los actores del PDA podrán ser adelantados por el Gestor del PDA o el(los) operador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto; lo anterior observando lo previsto en el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables.

Las autoridades ambientales podrán adelantar procesos de contratación, en el marco del PDA, cuando aporten recursos para el respectivo proyecto.

En todo caso, las actuaciones de quienes intervengan en los PDA se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Parágrafo. El Comité Directivo de que trata el artículo 9° determinará en qué evento(s) el (los) operador (es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto podrá adelantar el respectivo proceso de contratación. En los eventos en que dicho(s) operador(es) tengan una vinculación contractual, se realizarán los ajustes en metas e indicadores a que haya lugar.

Artículo 12. Gestor del PDA. Es el encargado de la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA y podrá ser:

i) Una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, siempre que sus estatutos permitan la vinculación como socios de los municipios y/o distritos del Departamento que lo soliciten; o

ii) El Departamento.

(...)

La relevancia de las normas citadas se traduce en:

- El reconocimiento de que la ejecución del gasto en los PDA como esquemas regionales de inversión en el sector de APSB corresponde a un tercero, pero, en nombre de los participantes del mismo. Así ejecutores del gasto podrán ser: a) el gestor, b) la empresa de servicios públicos domiciliario de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que presta servicios en las entidades territoriales, y c) la corporación autónoma regional, sin perjuicio de que el papel de gestor a su vez puede ser desempeñado por a) el Departamento y b) la empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental con los requisitos allí establecidos.

- El reconocimiento de que la ejecución del gasto no es un asunto ajeno a la estructuración de los PDA, pero, que la manifestación en relación con éste punto no se ha alejado de las normas que gobiernan el sistema presupuestal.

De otro lado, debe definirse el plazo para el compromiso de vigencias futuras en los PDA. Así, a partir de la consideración general en el numeral 1 del presente documento, se afirma que para los PDA, el compromiso de las vigencias futuras debería corresponder al plazo para ejecutar la obra. Ahora bien como los PDA comprenden la provisión no solo de los servicios públicos domiciliarios de agua potable, sino también los asociados al saneamiento, entonces, este último componente evidenciaría la posibilidad de determinar el plazo de las vigencias futuras asociado a la ejecución integral del PDA, incluyendo el último componente referido. Lo anterior, sin perjuicio de que como el plazo para el compromiso de vigencias futuras está asociado a la ejecución de la obra, se reconozca la posibilidad de que se presenten imprevistos.

2.3. Caracterización jurídica obligacional

2.3.1. Caracterización normativa obligacional

A pesar de que de acuerdo con las normas que gobiernan los PDA y en particular con el artículo 5 de Decreto 3200 de 2008 con ocasión de aquellos se implementan estructuras operativas; esquemas fiduciarios; esquemas financieros y; otro tipo de acciones para alcanzar las metas del PDA, con la caracterización jurídica obligacional se pretende la identificación de algunos de los negocios jurídicos presentes o que podrían presentarse asociados directamente al esquema fiduciario de los PDA. De esta manera y sin perjuicio de que cupieran otro tipo de relaciones en vista de que las leyes 1151 y 1176 de 2007 no se limitan a un esquema financiero en particular, podrían detectarse los siguientes negocios:

- Suscripción de contratos fiduciarios o adhesión a los ya suscritos o estructuración de otros esquemas.
- Constitución de patrimonios autónomos en el marco de los esquemas construidos para: concentrar en un solo vehículo financiero los recursos del PDA; maximizar el uso de los recursos que se transfieran por las entidades territoriales; la pronta ejecución de los PDA a través de la oferta de liquidez para el mismo efecto.
- Suscripción de contratos de empréstitos entre el administrador del patrimonio autónomo y la banca nacional o multilateral.

- Suscripción de garantías o contragarantías a los contratos de empréstito u otros mecanismos de financiación que se contraten por el administrador del patrimonio autónomo o del esquema fiduciario elegido.
- Suscripción de compromisos por las entidades territoriales de recursos del SGP – APSB para su ejecución en el marco de los PDA.
- Eventual disposición de nuevos recursos por parte de las entidades territoriales cuando los recursos financieros sean insuficientes para cubrir los gastos.

Ahora bien, desde el punto de vista operativo cabe repetir lo ya planteado en apartado anterior respecto a que la ejecución del gasto la lleva a cabo un tercero en nombre de los participantes en el PDA.

2.3.2. Caracterización doctrinaria obligacional para los PDA

En este apartado se presentarán las consideraciones que respecto al tema ha planteado la Superintendencia Financiera mediante conceptos 2008057946 y 2008065311 de 2008, pero, omitiendo deliberadamente²¹ las menciones a las “vigencias futuras”, pues, tal organismo asoció la figura de las vigencias futuras en entidades territoriales con las garantías de obligaciones adquiridas para con las instituciones financieras:

- El negocio fiduciario podría corresponder a un fideicomiso de administración y fuente de pagos, integrado por los recursos destinados a la realización de las inversiones y a la cancelación de las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo con las instituciones financieras.
- Con el fin de que los montos de los créditos que se otorguen al patrimonio autónomo puedan alcanzar el 25% del patrimonio técnico del establecimiento de crédito para los efectos del Decreto 2360 de 1993, es necesario que las garantías que se constituyan correspondan a aquellas a las que se refiere el artículo 4 del mencionado decreto. En el caso particular que analizamos estimamos que aquellas garantías podrían materializarse en forma de pignoraciones.
- Al autorizarse el giro irrevocable de los recursos por parte de las entidades territoriales al fideicomiso, éste podrá endeudarse directamente con el sistema financiero y garantizar la atención de la deuda, por ejemplo, con la pignoración.

²¹ La omisión deliberada de los planteamientos de la Superintendencia Financiera en el terreno de lo presupuestal, se plantea por dos razones: por la impropiedad de la asociación reseñada y, por razón de competencias. En relación con lo último es preciso destacar el reconocimiento que de esta circunstancia hace la Superintendencia Financiera al destacar que ella misma “no se considera la autoridad competente para definir, desde el punto de vista de las normas de crédito público, endeudamiento territorial y presupuesto” las operaciones asociadas a los PDA y que por lo mismo los comentarios que ella realiza, “deben entenderse sin perjuicio de las competencias legales asignadas a otras autoridades, en particular, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

- Las entidades territoriales transfieren los recursos de forma irrevocable por los montos y plazos autorizados por las respectivas Asambleas y Concejos.
- Los ingresos comprometidos entrarían a integrar el fideicomiso para la realización de las inversiones y la cancelación de las obligaciones que éste contraiga con las instituciones financieras nacionales.
- Es posible, además, estructurar el negocio bajo la forma de un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, bajo los parámetros consignados en la circular externa 046 de 2008 de la SFC.
- La enumeración de garantías admisibles contemplada en el Decreto 2360 de 1993 no es taxativa; por lo tanto, también son admisibles otras seguridades que cumplan las características señaladas en el artículo 3 del Decreto, esto es, que tenga un valor establecido con base en criterios técnicos y objetivos, que sea suficientemente eficaz al pago de la obligación garantizada al otorgar al acreedor una preferencia o mejor derecho para obtener el pago de la obligación.

III. Articulación de las características de los PDA

3.1 Lógica progresiva que caracteriza los PDA

A continuación se propone una secuencia para la operación de los PDA:

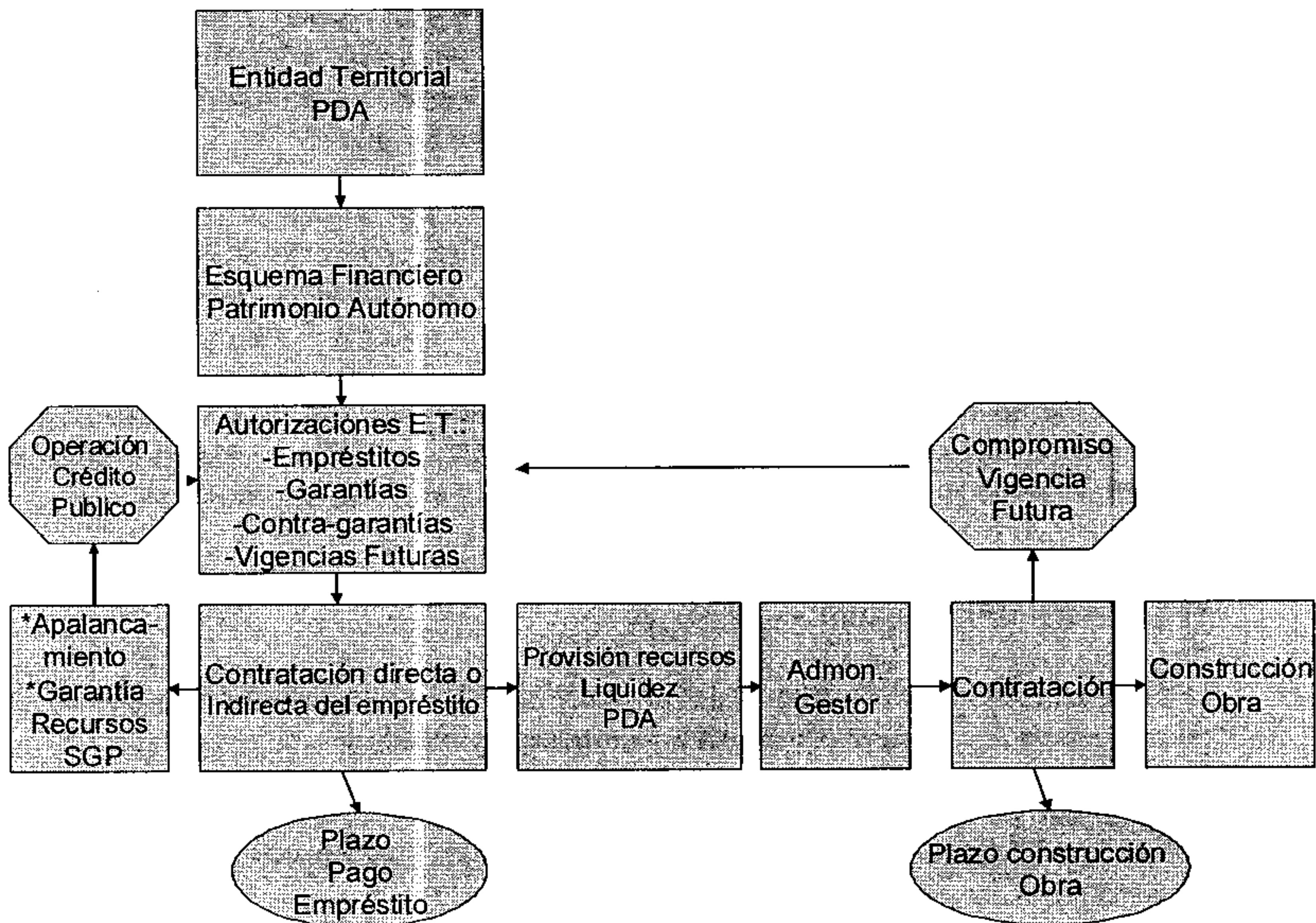
- i. Las entidades territoriales pueden ejecutar los recursos del SGP – APSB en el marco de los PDA²².
- ii. Cuando los recursos del SGP – APSB vayan a ser ejecutados en el marco de los PDA, el legislador ha autorizado la estructuración de esquemas fiduciarios, uno de cuyos elementos puede ser la constitución de Patrimonios Autónomos, lo que de suyo reconoce la reserva legal que ha imperado en nuestra legislación para la creación de éstos.
- iii. La constitución o adhesión a esquemas fiduciarios por parte de las entidades territoriales impone la concesión de autorizaciones por parte de la entidad territorial, lo que evidencia el respeto a su autonomía.

²² Es necesario aclarar que los departamentos tienen una restricción en este sentido, porque lo que para los distritos y municipios representa una posibilidad, para los departamentos constituye una obligación.

- iv. Dentro de las autorizaciones mencionadas figuran aquellas dispuestas para comprometer vigencias futuras; contratar empréstitos; otorgar garantías y/o contragarantías; comprometer los recursos de la participación específica para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones de que trata el artículo 6° de la Ley 1176 de 2007; y disponer de recursos adicionales, en el evento que por cualquier circunstancia, los comprometidos no permitan cubrir los montos establecidos o proyectados en las vigencias futuras.
- v. La contratación directa o indirecta²³ de empréstitos y/o el otorgamiento de garantías o contragarantías por parte de las entidades territoriales, bajo la tesis de la primacía de la realidad material y el encuadramiento dentro de las figuras que ofrece el Decreto 2681 de 1993, materializan una operación de crédito público.
- vi. Dichas operaciones de crédito público se apalancarían con los recursos de las entidades territoriales provenientes de, entre otras fuentes, el SGP – ABSB o lo que es lo mismo, estos recursos constituirían el “activo subyacente” que respaldarían dichas operaciones.
- vii. Con la provisión de recursos así obtenida se obtiene liquidez para el PDA y dichos recursos serán administrados por la figura del Gestor.
- viii. La administración de tales recursos por el gestor implica su materialización, lo que en términos presupuestales se llevará a cabo a través de la ejecución de gastos.
- ix. La ejecución de gastos que vaya a realizarse en distintas vigencias fiscales, impondrá la verificación del compromiso de vigencias futuras y éstas suponen una autorización impartida o delegada por la corporación política administrativa territorial.
- x. No obstante considerar que cuando los PDA exijan la provisión directa o indirecta de recursos con plazo para su pago se estará en presencia de una operación del crédito público, la previsión que realizó el párrafo del artículo 29 del Decreto 3200 de 2008 referida a que los ingresos que se comprometieran por las entidades territoriales al Patrimonio Autónomo, no formarían parte de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, exigiría completarse para darle coherencia a tal implicación y por lo mismo se tendría que decir que así como las rentas comprometidas al patrimonio autónomo no hacen parte de los ingresos que sirven para calcular capacidad de endeudamiento, así mismo, los saldos de la deuda adquirida por el patrimonio autónomo, tampoco se tendrán en cuenta.

A continuación se presenta un diagrama que da cuenta del recorrido anterior.

²³ Por contratación indirecta se entiende la realizada por el administrador del patrimonio autónomo o del esquema fiduciario con el objetivo de financiar la ejecución de los PDA.



La articulación anterior pone de presente las diferencias entre la financiación de los PDA y la ejecución del gasto que con ocasión de ellos se realiza. En este sentido, con independencia de que el recurso del crédito sirva de fuente de financiación del gasto que demande la ejecución del PDA distintas son las acciones y ejecuciones en el ámbito financiero y el presupuestal.

3.2. Articulación entre operaciones de crédito público, financiación y ejecución de gasto bajo compromiso de vigencias futuras.

Como ya se dejaba ver en el desarrollo del punto anterior y en el diagrama con el que se acompaña, es necesario resaltar la imposibilidad de identificar las operaciones de gasto, con las operaciones dispuestas para la obtención de los recursos necesarios para la financiación de aquel gasto.

Sin perjuicio de que desde tiempo atrás y por vía de doctrina este asunto ya se hubiera abordado por parte del MHCP, desde el año 2007 se ha venido haciendo especial énfasis en el tema, lo que se ha traducido en la necesidad de producir circulares externas con el ánimo de poner en conocimiento cuál es la posición institucional de este Ministerio. Las circulares externas 07 de 2007, 043 de 2008 y 005 de 2009 emitidas respectivamente por la Dirección General de Apoyo Fiscal –DAF, conjuntamente por la Dirección General

del Presupuesto Público Nacional y la DAF; y conjuntamente por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y la DAF dan cuenta de dicho interés:

En primera instancia se abre paso al contenido de la Circular 07 de 2007 que es la que marca el criterio doctrinal del MHCP como quiera es la primera en orden de expedición y porque su contenido justamente tiene por objetivo el señalamiento de las diferencias y la articulación de las figuras analizadas.

IV. Hermenéutica del Decreto 3629 de 2004

Actualmente el Decreto 3629 de 2004 ha sido objeto de interpretaciones que pretenden descalificar a los créditos de proveedores como operaciones de crédito público y/o habilitar a las E.T. para adquirir compromisos más allá de la vigencia fiscal en que se constituyen, pero, sin necesidad de contar con vigencias futuras. Acompañando dichas interpretaciones, figura también la pretensión de trasladar el equivocado entendimiento de una de las características de los PDA, de acuerdo con el cual la contratación de empréstitos por los administradores de los patrimonios autónomos no constituye una operación de crédito público para las E.T., con el objetivo de que sea utilizado en la estructuración de otros esquemas para la ejecución y financiación de proyectos distintos de los PDA.

Con el objetivo de cerrarles el paso a tales pretensiones identificadas se pone en evidencia la necesidad de un examen de los contenidos del Decreto 3629 de 2004. A continuación desarrollamos un ejercicio en tal sentido:

El artículo 1 del Decreto 3629 de 2004, *“por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993”* establece:

Artículo 1°. En los contratos estatales que incluyan en su objeto varias obligaciones, tales como, el diseño, construcción y mantenimiento, y que deban ser ejecutados en distintas vigencias fiscales, se podrá establecer que su objeto es integral y su ejecución presupuestal se realiza en los términos pactados en el contrato.

Las entregas de obra por montos superiores a las respectivas apropiaciones presupuestales no implican operación de crédito público o asimilada.

En dichos contratos no se podrán pactar pagos por montos superiores a las respectivas autorizaciones de gasto.

La norma trascrita es posible analizarla desde dos contenidos: uno contractual crediticio y otro presupuestal, los cuales serán abordados en su orden:

Contenido contractual crediticio

Lo primero que debe observarse es que el Decreto 3629 de 2004 reglamenta justamente la Ley 80 de 1993, la cual constituye el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Ley 80 de 1993 ofrece una tipología, no taxativa, de contratos y define ciertas categorías cuya precisión importa a la hora de determinar las normas que gobiernan las obligaciones surgidas del acuerdo de

voluntades. En este sentido cobra especial importancia reconocer que el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 se refiere a las operaciones de crédito público, dentro de las que se encuentran los créditos de proveedores materializados a través de contratos, uno de cuyos elementos debe ser el pago, adicional al valor del bien o servicio propiamente dichos, que cubra el valor del servicio que se traduce en la dotación anticipada de bienes o servicios antes de su pago efectivo. El parágrafo en mención estableció:

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

De esta manera, al momento de suscribir un contrato que tenga por objeto la dotación de bienes o servicios, pero, con plazo para su pago (lo que implica consecuentemente el reconocimiento de un pago adicional al valor del bien o servicio propiamente dichos, que cubre el valor del servicio que se traduce en la dotación anticipada de bienes o servicios antes de su pago efectivo), se estará en presencia de una operación de crédito público, presencia o reconocimiento que opera por ministerio de la propia ley y que por consiguiente no puede ser desconocido por las partes, ni, por supuesto, por el propio Órgano Ejecutivo al momento de reglamentar la disposición.

Pues bien, si el Ejecutivo al momento de ejercer la potestad reglamentaria tiene como límite el propio contenido de la norma por reglamentar, ¿cuál podría ser el efecto útil del decreto en el plano contractual crediticio?

La respuesta es que si *“las entregas de obra por montos superiores a las respectivas apropiaciones presupuestales”* y que podrían encuadrarse dentro de un crédito de proveedores *“no implican operación de crédito público o asimilada”*, entonces, el efecto útil del decreto es la reglamentación, pero, de una situación de hecho, entendida ésta como una situación cuyo origen no es la voluntad concurrente de las partes. De esta manera, por vía normativa se ha proveído a las entidades públicas contratantes de una fuente normativa para negarse a pagar el servicio financiero atado normalmente a un crédito de proveedores, lo mismo que para evitar el posible impacto que dicha situación pudiera tener sobre los indicadores de la deuda.

Contenido presupuestal

El interés de dotar al Decreto 3629 de 2004 de un sui generis contenido presupuestal se aborda enseguida, pero, para descartarlo:

Se vuelve a insistir inicialmente en que el D. 3629 reglamenta la Ley 80 de 1993 y, por supuesto, no el Estatuto Orgánico de Presupuesto. Dicho decreto ha sido objeto de algunas interpretaciones de acuerdo con las cuales su contenido estaría habilitando la generación de compromisos de gasto para ejecutarse en un número plural de vigencias fiscales, pero, sin necesidad de contar con el compromiso de vigencias futuras.

Con dicha interpretación particularmente se estaría amparando la posibilidad de que cuando se comprometa gasto que debe ser ejecutado en varias vigencias fiscales, asociado a contratos estatales que incluyen en su objeto varias obligaciones, no se requeriría de autorización de vigencias futuras. Tal posibilidad debe descartarse de plano por las razones que se señalan a continuación:

- Como quiera que la ejecución presupuestal comporta entre otras acciones la generación de vínculos obligacionales y el cumplimiento de las mismas a través de los pagos, éstos, deben corresponder a los términos en que la obligación o contrato ha quedado establecido, premisa que aplica no solo a aquellos contratos que, con diversas obligaciones se ejecutan en varias vigencias fiscales, sino respecto a todos los que pudieran suscribirse. Lo contrario supondría reconocer que los pagos se pueden hacer contrariando el título jurídico que les da origen.
- La inexistencia de una mención referida a que en contratos como los enunciados en el D. 3629 se requiere el compromiso de vigencias futuras para efectos de la ejecución de tales contratos, no puede tener los alcances de excepción a las normas orgánicas que gobiernan el sistema presupuestal. Por el contrario, debe darse por descontado que tal (la vigencia futura) es un requisito que debe ser obedecido. Lo contrario impondría a la técnica legislativa que en todas las reglamentaciones deba hacerse una transcripción completa de todos los contenidos superiores que deben obedecerse o con los que se relaciona, so pretexto de desconocer la aplicación de estos últimos.

La inadmisibles extrapolación de caracterizaciones equivocadas de los PDA hacia otros proyectos para sectores distintos del de agua potable y saneamiento básico

A las pretensiones descritas ya descartadas se les suma otra que se ha articulado de la siguiente manera:

- Se fija la atención sobre apenas una de las caracterizaciones de los PDA, aquella que permite el endeudamiento del administrador del patrimonio autónomo o del esquema fiduciario. Para el caso, aún sin la habilitación legal para patrimonios autónomos, quien adquiriría el crédito sería el contratista.
- Se parte del supuesto de que como jurídicamente en el vínculo obligacional directo surgido con ocasión del crédito no aparece la entidad territorial que se va beneficiar con la provisión del recurso, entonces, no se está ante una operación de crédito público, sin perjuicio de que el activo subyacente que servirá para el pago del empréstito sea, p.e., una renta tributaria. Es importante precisar que en el marco de los PDA esta posibilidad, la no calificación de la operación como de crédito público, ya fue descartada, aún bajo la presencia de patrimonios autónomos.

A partir de lo anterior se pretende que la celebración de contratos en los que se pacten entregas de obra por montos superiores a las respectivas apropiaciones presupuestales, no sean considerados operaciones de crédito público, no sólo por la posibilidad ya desechada de que no se está ante un crédito de proveedores, sino porque como el contratista llamado a ejecutar la obra será quien se endeude para con el

20

sistema financiero (ofreciendo como activo subyacente para el pago de la obligación, recursos de la entidad territorial contratante), entonces, replicando el equivocado argumento, tampoco se estaría en presencia de una operación de crédito público.

El resultado de todo lo anterior conduciría a considerar jurídicamente viable que la ejecución de proyectos de las entidades territoriales para ser llevados a cabo en varias vigencias fiscales y con recursos provenientes del crédito, no requerirían ni compromisos de vigencias futuras, ni que la operación para financiarla pudiera ser considerada como “de crédito público”, asunto que en nuestro sistema normativo es imposible admitir.

V. Las Vigencias Futuras desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal territorial

Las vigencias futuras tienen un uso creciente en la ejecución de programas de inversión regional y local. Sin embargo, el uso desmedido de este instrumento presupuestal podría impactar de manera adversa en los logros alcanzados en materia de sostenibilidad fiscal territorial. Con el fin de reducir este riesgo se deben comprometer gastos futuros que guarden estricta relación con la capacidad real de pago de las entidades territoriales a través del tiempo, de acuerdo con las metas de gasto y deuda definidas en los Marcos Fiscales de Mediano Plazo – MFMP.

5.1. Prácticas de transparencia y de responsabilidad fiscal

En el marco de la adopción de prácticas de transparencia y responsabilidad fiscal es necesario hacer énfasis en los siguientes puntos:

5.1.1. El período de compromiso de las vigencias futuras debe ser igual al período de ejecución del gasto a realizar mediante esta figura. Así, por ejemplo, si la realización de una obra pública se proyecta a cinco años se deben comprometer vigencias futuras por cinco años. Ahora bien, si el proyecto se decide financiar con un crédito, con plazo de 10 años para su total cancelación, ello no implica que se deban comprometer vigencias futuras por 10 años para garantizar el pago del crédito ni para asegurar las apropiaciones presupuestales que demande la ejecución de dicha inversión. Como se mencionó antes, las vigencias futuras no son ni fuente ni garantía de pago de las operaciones de crédito público y las entidades territoriales tienen la obligación legal de presupuestar cada año los recursos necesarios para cubrir el pago del servicio de su deuda pública. Además en cada operación de crédito las entidades pignoran alguna de sus rentas como garantía de pago.

5.1.2. Comprometer vigencias futuras por periodos mayores a los requeridos para la ejecución del gasto público puede validar retrasos y generar sobrecostos en la entrega de los bienes y servicios así contratados. Cuando ello sucede los proveedores tienen estímulos para dilatar las entregas y aumentar los precios ante la posibilidad de trasladar los mayores costos a los fiscos regionales y locales.

Desconocer lo anterior puede encubrir la realización de operaciones de crédito público al margen del cabal cumplimiento de las normas que las regulan. Ello puede suceder cuando un proveedor financia el proyecto

22

19 JUL 2010

de inversión y para la realización de éste el ordenador del gasto compromete vigencias futuras por un periodo superior al plazo necesario para la ejecución de éste. En estos casos el proveedor dispone de mecanismos legales para exigir de la entidad territorial contratante pagos adicionales a los correspondientes al valor del bien y/o servicio contratado, los cuales, en la práctica, corresponden a los costos de financiación del proyecto. En casos como el anterior, las normas de responsabilidad fiscal ordenan separar las operaciones de gasto de las de financiamiento.

Así, la financiación obtenida de los proveedores debe ser contratada como una operación de crédito público y por tanto afectar los indicadores de capacidad de pago de la entidad territorial contratante.

5.1.3. Cuando se autoricen vigencias futuras es necesario identificar claramente la fuente de financiación de estos gastos, de tal forma que se preserve el margen de maniobra financiero de los gobiernos venideros. Lo contrario podría atentar contra la sostenibilidad fiscal subnacional. Al respecto es preciso recordar que mediante las vigencias futuras se asegura que en los presupuestos futuros de las entidades territoriales se apropien recursos para realizar un determinado gasto cuando la completa ejecución de éste excede la vigencia de un año, de tal suerte que las vigencias futuras pueden afectar la situación fiscal de varios periodos de gobierno.

En el sentido antes señalado, es preciso diferenciar la estructuración de programas de inversión regional y local enteramente financiados con recursos de los fiscos territoriales de aquellos que cuentan con aportes nacionales de cofinanciación.

5.2 Consideraciones especiales

Programas como los PDA identifican claramente las fuentes de financiación tanto nacional como subnacional de los proyectos; y diferencian los procesos legales de constitución de vigencias futuras de los correspondientes a la contratación de operaciones de crédito público. Mediante los primeros se aseguran las apropiaciones presupuestales requeridas para el desarrollo de los proyectos y a través de los segundos se identifican y complementan las fuentes de financiación de los proyectos en cada vigencia. Así las cosas, el esquema legal de los PDA no es, como infortunadamente algunos pretenden interpretarlo, un escudo para eludir el cumplimiento de las normas de responsabilidad fiscal en materia de compromiso de gastos futuros y contratación de crédito público.

Las vigencias futuras y los PDA no son tampoco un mecanismo legal para atar ingresos a gastos específicos. La creación de rentas con destinación específica es una práctica totalmente independiente de los procedimientos legales inherentes a la constitución de vigencias futuras. No obstante, tal como lo demuestra la experiencia nacional e internacional, la proliferación de rentas con destinación específica generalmente ocasiona situaciones de inflexibilidad presupuestal e insostenibilidad fiscal, y por tal razón su uso es restringido y está regulado de tal suerte que requiere, en las entidades territoriales, la aprobación de los Concejos y/o Asambleas.

Por lo antes citado, la realización de programas territoriales de inversión mediante distintos esquemas de financiación no exonera a las autoridades regionales y locales de la obligación legal de identificar y

diferenciar claramente el impacto fiscal y financiero de éstos en términos de gastos comprometidos, fuentes de financiación y destinación de rentas futuras. Todo dentro de un riguroso apego a las normas de responsabilidad fiscal vigentes.

Prácticas contrarias, podrían llevar a desbordar las posibilidades financieras de las entidades territoriales durante un periodo de gobierno, condenando a varias administraciones futuras a cubrir gastos ordenados por sus predecesores. Este tipo de situaciones son fiscalmente insostenibles: tienden a separar las decisiones de gasto de la disponibilidad real de ingresos para financiarlas. Las normas de responsabilidad fiscal subnacional vigentes previenen la ocurrencia de estos eventos, pero éstas podrían quedar convertidas en letra muerta si al amparo de instrumentos presupuestales como las vigencias futuras las autoridades regionales y locales comprometen gastos, reorientan rentas y contratan deudas por encima de sus posibilidades reales de financiamiento.

VI. Conclusiones

6.1. Conclusiones Generales

Las vigencias futuras son instituciones fiscales asociadas al gasto, mientras que las operaciones que envuelven provisión de recursos con plazo para su pago afectan el presupuesto de ingresos, de manera que resulta imposible una relación entre una y otra en términos de identidad.

Las vigencias futuras no son ni fuente, ni garantía de pago. Cuando una entidad territorial aprueba vigencias futuras está apropiando un gasto futuro, sin que ello implique generar un ingreso o una garantía de pago para respaldar dicho gasto.

Las únicas fuentes de financiación del gasto territorial son los ingresos corrientes y de capital. Las vigencias futuras no corresponden a ninguno de los anteriores. En consecuencia, la obtención de ingresos públicos es completamente independiente del procedimiento legal para efectuar apropiaciones presupuestales mediante vigencias futuras.

El compromiso de vigencias futuras implica un gasto futuro que debe ser financiado con fuentes de ingresos claramente definidas en la estructuración de los programas de inversión así desarrollados, de tal suerte que cuando una entidad territorial compromete gastos mediante vigencias futuras está gastando por anticipado ingresos futuros. En este sentido, las vigencias futuras tampoco son garantía de pago.

En el marco legal vigente los recursos de crédito pueden ser empleados para financiar gastos de inversión comprometidos a través de vigencias futuras, pero éstos no son la única fuente de financiación de este tipo de gastos. Las entidades territoriales pueden cubrir gastos comprometidos a través de vigencias futuras con ingresos diferentes a recursos de crédito.

En vista de que la contratación de créditos y la constitución de vigencias futuras son operaciones independientes, la realización de operaciones de crédito público no requiere el compromiso de vigencias futuras: las entidades territoriales pueden contratar créditos sin que para ello tengan la obligación legal de

20 19 JUL 2010

efectuar este tipo de compromisos. La garantía de pago de los créditos no pueden ser las vigencias futuras, pues éstas no son un ingreso.

Las entidades territoriales pueden contratar créditos sin constituir vigencias futuras; pueden comprometer vigencias futuras sin necesidad de financiar el pago de éstas con crédito; y pueden financiar con créditos programas de inversión ejecutados en una sola vigencia.

6.2. Conclusiones particulares

La identificación de especificidades normativas propias adoptadas expresamente para algunas instituciones, no constituye una habilitación para trasladar aquellas especificidades a otro tipo de instituciones.

Instituciones como los PDA sólo deben ser entendidas de manera articulada, no obstante la posibilidad de caracterizarlos desde los planos financiero, presupuestal y obligacional.

La existencia de vehículos financieros (contratos fiduciarios con patrimonios autónomos) con objetivos de concentración de recursos, eficiencia, dotación de liquidez, para servir de garantía y fuente de pago de obligaciones, no desdibuja la realidad material de las operaciones que con ocasión de los PDA se llevan a cabo y las implicaciones que ellas suponen.

Las especificidades normativas dispuestas para los PDA son consistentes con las normas presupuestales y de crédito público vigentes en el sistema normativo, lo mismo que con la doctrina oficial producida hasta la fecha.²⁴

Cuando en el marco de la ejecución de los PDA se determine la necesidad de proveer recursos con plazo para su pago se estará en presencia de una operación del crédito público. No obstante lo anterior, la previsión que realizó el parágrafo del artículo 29 del Decreto 3200 de 2008 implica que, ni las rentas que se comprometieron por las entidades territoriales al Patrimonio Autónomo hacen parte de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, ni los saldos de la deuda adquirida por el patrimonio autónomo se tienen cuenta para los mismos efectos.

Las vigencias futuras son instituciones fiscales asociadas al gasto, mientras que las operaciones que envuelven provisión de recursos con plazo para su pago afectan el presupuesto de ingresos, de manera que resulta imposible una relación entre una y otra en términos de identidad.

Para la ejecución de los PDA es necesario el compromiso de vigencias futuras por parte de las entidades territoriales que hacen parte de aquel, como quiera que el gasto asociado a la ejecución de la obra se realiza, pero, a través del Gestor.

²⁴ Lo anterior sin perjuicio de la salvedad anotada respecto a alguna posición en materia presupuestal realizada por la Superintendencia Financiera y que fue desestimada.

El plazo del compromiso de la vigencia futura podría estar definido por el tiempo de ejecución de la obra en el PDA incluyendo el componente asociado a la provisión de los servicios asociados al saneamiento básico.

El Decreto 3629 de 2004 es una norma reglamentaria de la contratación estatal y su interpretación no puede extenderse al punto de generar excepciones a las normas constitucionales y legales que gobiernan el sistema presupuestal.

La presente Circular Externa tiene el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,


Ana Lucía Villa Arcila
Directora de Apoyo fiscal

REVISÓ: Luis Fernando Villota Quiñones; Néstor Mario Urrea Duque
ELABORÓ: Javier Mora; Edgar Guío