

LA EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ANUALIDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

CARLOS EDUARDO NARANJO FLORES
DIEGO MAURICIO CELY CUBIDES

Introducción

Este artículo se ocupa del análisis del principio de anualidad y sus implicaciones en la contratación estatal, estudio que abarca tanto las normas presupuestales como las reglas sentadas por la jurisprudencia sobre estos temas. En esa medida, nos esmeraremos por precisar los límites que tiene el principio y las excepciones que se han venido aceptando por la ley y la jurisprudencia, para por último precisar los alcances y límites del principio frente a la ejecución presupuestal relativa a contratos, en donde la jurisprudencia es más incipiente o nula. En este orden de ideas, nuestro estudio pretende arrojar luces sobre uno de los tópicos problemáticos en el terreno del gasto público, con miras a buscar alternativas teóricas fundadas y soluciones a la culminación de los contratos que se extienden en los términos por muchas circunstancias, la mayoría de ellas ajenas a la Administración, o también por causa de negligencia presupuestal de sus funcionarios. El problema se puede concretar en que, por la rigidez presupuestal en la aplicación del principio analizado por parte de los actores fiscales y sus intérpretes, muchas

veces se ocasiona un daño al Estado Social de Derecho; ello en la medida en que los servicios públicos, las obras públicas, el funcionamiento del Estado y parte de la economía, que genera a su vez empleo y desarrollo y cumplimiento de políticas macroeconómicas, se paralizan por tiempo muchas veces indefinido por diversas razones ajenas a la Administración estatal, producto de lo cual se castiga en principio de amabilidad tanto a la Administración como a los ciudadanos.

En este orden de ideas procederemos a analizar el principio de anualidad y sus excepciones, para posteriormente ver la aplicación del mismo en la contratación estatal y proponer la aplicación de nuevas excepciones al principio basadas en conceptos constitucionales.

I. Principio de anualidad, y contratación estatal

A. *El principio*

Para abordar el tema de los principios es importante recordar lo que la Corte Constitucional ha dicho sobre los mismos y su

fuerza vinculante. En este sentido resulta importante traer a colación lo expresado por la Corte en sentencia C-337 de 1993, M. P.:
VLADIMIRO NARANJO MESA:

“los principios consagrados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes de la ley anual de presupuesto”.

El principio de anualidad del presupuesto ha sido consagrado en el artículo 346 de la Constitución Política respecto de la aprobación, y en el artículo 8.º inciso 1 de la Ley 819 de 2003 en lo referente a la ejecución, en los siguientes términos:

“Reglamentación a la programación presupuestal. La preparación y elaboración del presupuesto general de la Nación y el de las entidades territoriales deberá sujetarse a los correspondientes marcos fiscales de mediano plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las asambleas y los concejos puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente” (cursiva nuestra).

El principio de anualidad, se justifica en la necesidad de darle un importante grado de representación popular a la aprobación de los gastos contenida en el presupuesto. Por supuesto, el control que ejercen el Congreso, los concejos y las asambleas sobre la actuación del Ejecutivo en el manejo presupuestal debe tener una periodicidad, que en casi todos los países es de carácter anual; de esta manera se establece no sólo un control

eficiente del gasto público, sino también una adecuada planificación del gasto.

Es así como el periodo de tiempo que abarca la vigencia presupuestal en Colombia lo encontramos en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de Presupuesto que señala: “El año fiscal comienza el 1.º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año”.

En cuanto a las manifestaciones del principio de anualidad, tenemos, en primer lugar, que en la fase de elaboración del presupuesto se produce la aprobación del proyecto de presupuesto, que exige que cada año sea sometido al control del Legislativo para su examen y posterior aprobación.

En segundo lugar, encontramos el principio de anualidad en la aprobación de la gestión o ejecución anual que del presupuesto hace el Ejecutivo. De modo que los gastos autorizados en un presupuesto han de llevarse a cabo en el mismo año para el que se ha aprobado tal presupuesto, so pena de quedar anulada tal autorización.

De modo consecuente con ello, para que se presente a la aprobación del Congreso la ejecución presupuestal, previamente debe efectuarse el cierre fiscal, que consiste en hacer un balance de la ejecución presupuestal de la vigencia por cerrar. Este hecho presenta de por sí gran importancia por el impacto que tiene el cierre previsto sobre el presupuesto que se estudia y que debe ser aprobado por el Congreso.

El cierre presupuestal es una operación realizada al finalizar cada vigencia presupuestal en la cual se analiza la ejecución de las partidas y el estado de las finanzas de la entidad respectiva, que puede reflejar superávit, equilibrio o déficit¹.

1. Precisamente la Ley 819 de 2003, mediante la exigencia del marco fiscal de mediano plazo de carácter obligatorio, busca y pretende que se logren metas de superávit fiscal primario y evitar los déficits fiscales (cfr. arts. 1.º y ss. de la ley).

B. Efectos del principio de anualidad en la contratación estatal

La aprobación del presupuesto anual y la expedición del respectivo decreto de liquidación por parte del Gobierno Nacional, implica ceñirse por parte de la Administración a la planificación de ejecución que se ha hecho para la celebración y ejecución de los contratos dentro de la respectiva vigencia anual. De extenderse la ejecución más allá del período de la vigencia anual que culmina el 31 de diciembre correspondiente, se requeriría ya de la aprobación de “vigencias futuras” y el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Orgánica de Presupuesto (LOP) (arts. 10 y ss. Ley 819/2003).

En este orden de ideas, el Gobierno iniciará el proceso de celebración de los contratos para su ejecución en la respectiva vigencia con base en las partidas presupuestales aprobadas. En consecuencia, la facultad para que el funcionario encargado de los aspectos financieros y presupuestales de la entidad pueda expedir los certificados de disponibilidad presupuestal (CDP)², para el inicio de los trámites correspondientes que desemboquen en la adjudicación y celebración del contrato; acto administrativo que puede emitirse a partir de la consolidación legal del presupuesto, lo cual ocurre una vez se ha publicado el decreto de liquidación del presupuesto de la respectiva vigencia anual. Para la celebración y respectiva ejecución del contrato se requerirá del registro presu-

puestal³ (RP), requisito esencial en virtud del artículo 71 del Decreto Ley 111/96 (LOP). Es importante precisar que según lo previsto en el artículo 41 de la Ley 80, el RP no constituye requisito para su perfeccionamiento, pero sí para su ejecución, por lo que si bien el Consejo de Estado en un principio aplicó el criterio de la LOP, posteriormente recogió su doctrina jurisprudencial dando primacía al criterio de la Ley 80 esto es, si existe el contrato y se entiende perfeccionado con su suscripción, independientemente de su eventual falencia del RP (auto 14935 del 27 de enero del 2000, M. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR)⁴.

Celebrado el contrato y comprometida la partida presupuesta prevista para el cumplimiento de los pagos durante la vigencia, de conformidad con el flujo mensual programado (PMC), se procede a darle cumplimiento al gasto autorizado, previa presentación y aprobación de las cuentas pactadas contractualmente. Iniciado el contrato, este debe ejecutarse dentro de la respectiva vigencia anual.

Ahora bien, ocurre en muchos eventos que lo previsto en el convenio no se cumple por todas las vicisitudes que sufre la contratación estatal, y se ve suspendido, requiere de prórrogas por mayor ejecución de obra o por circunstancias imprevistas, se presentan problemas de orden público o fuerza mayor o caso fortuito o, finalmente, incumplimiento de alguna de las partes, que determina que el contrato se extienda para el año siguiente. De

2. Artículo 71 de la LOP y sobre los requisitos ver D.568/96, art. 19.

3. Art. 71 LOP y D.R. 568/96, art. 20.

4. En este orden de ideas, se desconoció la pirámide normativa, toda vez que se trata de una ley orgánica confrontada a una ley ordinaria (Ley 80/93), según la posición asumida frente a la Ley 80 por la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de la Ley 80. Ver Sentencia C-633 de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ G., y C-949 de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS H.

tal suerte que el contrato no está concluido y se requiere que continúe durante la vigencia fiscal subsiguiente. Se rompe, pues, el principio de la anualidad referido a la ejecución del contrato y debe preguntarse sobre el manejo de los dineros que están presupuestados pero no gastados en el respectivo presupuesto anual.

II. Excepciones al principio de anualidad

Como consecuencia de las consideraciones expuestas en el acápite anterior, es aceptado que el principio de anualidad no es absoluto sino que presenta excepciones. Es importante señalar que las excepciones al principio de anualidad no se encuentran taxativamente en la ley, ya que existen otras de creación doctrinal, como es el caso de los pasivos exigibles de vigencias expiradas.

En este orden de ideas, las excepciones al principio de anualidad se clasifican en dos categorías en razón del ámbito de aplicación del principio de anualidad. Estas limitaciones o excepciones se refieren a la aprobación anual del presupuesto y a la ejecución anual del presupuesto, siendo estas dos las categorías en que se clasifican las excepciones al principio de anualidad.

A. Excepciones a la aprobación anual del presupuesto

En este acápite se encuentran las denominadas adiciones presupuestales, que son inclusiones de mayores ingresos o de mayores gastos al presupuesto anual de la entidad administrativa. Un caso típico de un ingreso que siempre se determina mediante adición presupuestal es el de los superávit, en razón de que estos recursos aparecen en

virtud del cierre fiscal. Por otra parte, los gastos extraordinarios que deba ejecutar una entidad y que no tengan soporte en las partidas presupuestales previamente aprobadas también deberán hacerse mediante adición presupuestal.

B. Excepciones a la ejecución anual del presupuesto

Varias excepciones se presentan al momento de efectuar el cierre presupuestal, operación realizada al finalizar cada vigencia presupuestal en la cual se analiza la ejecución de las partidas así como el estado de las finanzas de la entidad respectiva que puede terminar en un balance de superávit, equilibrado o deficitario.

Según el principio de anualidad del presupuesto y en desarrollo del principio de eficacia de la Administración Pública contenido en el artículo 209 C.P., tenemos que el resultado que debería aparecer al cierre fiscal es que las partidas presupuestales que fueron aprobadas por la ley de presupuesto fueron debidamente comprometidas y canceladas.

Sin embargo, en la práctica presupuestal muchas veces no es posible cancelar una partida dentro de su respectiva vigencia presupuestal. Piénsese a guisa de ejemplo en un contrato de construcción de una carretera que se termina por fuera del tiempo inicialmente convenido (*v.gr.* el 25 diciembre de 2004), porque las condiciones climáticas impidieron la ejecución de este durante dos o tres meses, y habrá de entregarse la obra terminada por fuera de la vigencia presupuestal en que fue aprobada la partida. El contrato por la prórroga o suspensión, según fuere el caso, habría de extenderse hasta el 30 de marzo, razón por la cual no podrá la

administración cancelar la obligación correspondiente en la vigencia presupuestal originaria sino en la que se entregó la obra completamente ejecutada⁵.

Por este tipo de circunstancias surgen las excepciones al principio de anualidad, como son: las reservas de apropiación (RA), las reservas de trámite negocial (RTN), los pasivos exigibles por vigencias expiradas (PEVE) y las vigencias futuras (VF), esta última figura puede presentarse tanto de forma ordinaria como excepcionales. Es de resaltar que aun cuando las vigencias futuras son una excepción al principio de anualidad, esta no aparece en el proceso de cierre presupuestal, sino que tiene su origen en el proceso de aprobación del presupuesto y tiene implicaciones para el debido perfeccionamiento o ejecución del contrato.

1. Reservas presupuestales de apropiación

Se generan cuando al cierre de cada vigencia fiscal se constituyen reservas presupuestales “con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación” (art. 89 Estatuto Orgánico de Presupuesto), lo que permite que aunque la ejecución del contrato no se haya terminado, es decir no sea aún exigible su pago, se reserve del presupuesto

que va a expirar el monto de la partida presupuestal que aún no se ha hecho exigible, para que este entre, a título de reserva, en el nuevo presupuesto y así el pago con estos dineros en la siguiente vigencia fiscal sea posible.

Las reservas se deben constituir en los registros internos de la entidad administrativa, y debe ser enviada antes del 20 de enero de la vigencia siguiente una relación de las reservas a la Dirección General del Presupuesto Nacional, la cual las registra en su sistema de información y posteriormente las pone a disposición de la Dirección General del Tesoro y de la Contraloría General de la República para lo de su competencia⁶.

2. Reservas presupuestales por negocios jurídicos no perfeccionados

Esta figura apareció innominada en nuestro ordenamiento jurídico en la ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal –819/2003– en el inciso 2 del artículo 8.º, y suele ser confundida con la figura de las reservas de apropiación.

El supuesto de hecho que da la posibilidad de aplicar la figura se presenta cuando al momento del cierre fiscal se presenta una de dos circunstancias: 1. Que el proceso de licitación, concurso, subasta o aceptación de oferta no se haya perfeccionado, o 2. Que, adjudicado el contrato, realizada la subasta

5. Igual hipótesis se presentaría si el contrato terminado en diciembre tiene un listado de lo que se denomina “pendientes”, que hacen imposible su recibo definitivo y la elaboración de las actas de obra que determinen el inicio del proceso de pago. En este evento, que entra dentro del término de vigencia y liquidación del contrato (arts. 60 y 61 Ley 80), tampoco podrá pagarse los dineros en la vigencia anual expirada, sino en la que se procede a recibir y liquidar el contrato.

6. La DNT, con el objeto de precisar los dineros que no entran a la partida de superávit de la vigencia expirada y está comprometido el dinero del programa de caja para las erogaciones que se producirán en los meses subsiguientes. De otra parte, la Contraloría podrá iniciar investigaciones, si lo considera pertinente, con el objeto de determinar las razones que generaron la inyección del presupuesto anual y la preservación del principio de anualidad.

o aceptada la oferta, esto es, el proceso perfeccionado y con el surgimiento de relaciones recíprocas, el contrato como tal aún no se haya perfeccionado. Como vemos, los supuestos de hecho son diferentes: en el primero no ha surgido el derecho propiamente al compromiso presupuestal, en el segundo obviamente surge el derecho y obligación del compromiso.

En los términos de la Ley 819 de 2003, la primera circunstancia se plantea de la siguiente manera:

“En los eventos en que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, y su perfeccionamiento se efectúe en la vigencia fiscal siguiente, se atenderá con el presupuesto de esta última vigencia”.

Si el proceso licitatorio no se ha adjudicado, el proceso no se ha perfeccionado como tal con su debida culminación y acto administrativo en firme al 31 de diciembre respectivo, no es posible asumir el compromiso con base en las apropiaciones de la vigencia expirada.

Cosa diferente es que el proceso esté perfeccionado totalmente, lo que implica constituir la RP en el respectivo período; pero como los compromisos al 31 de diciembre no se han cumplido, pero están legalmente contraídos (art. 89 LOP), deberá constituirse la reserva presupuestal correspondiente con el fin de que “desarrollen el objeto de la apropiación”. Por supuesto que deberá existir el registro presupuestal respectivo, el cual deberá estar configurado en la vigencia fiscal que fenece. Debe resaltarse además que estas reservas sólo pueden utilizarse para el pago de las obligaciones específicamente comprometidas y que dichas

obligaciones son canceladas con recursos de la vigencia expirada y previamente relacionadas al Ministerio de Hacienda antes del 20 de enero del año subsiguiente (ver también art. 26 D.R. 679/94 y art. 38 D.R. 568/96).

3. Reservas de caja o cuentas por pagar

Estas reservas se configuran para atender compromisos adquiridos y que al momento del cierre presupuestal ya son exigibles, sin que el pago efectivo de ellos se haya realizado. Al tenor del artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto son “cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios”.

Así las cosas, el ordenador del gasto y el pagador deben establecer las reservas de caja, y debe ser enviada antes del 20 de enero de la vigencia siguiente una relación de ellas a la Dirección General del Presupuesto Nacional, la cual las registra en su sistema de información y posteriormente las pone en conocimiento de la Dirección General del Tesoro y de la Contraloría General de la República, para lo de su competencia.

Resulta entonces que la diferencia entre las reservas de apropiación y las reservas de caja se encuentra en el hecho de que en las primeras el sujeto obligado al cumplimiento de la obligación no ha satisfecho la misma, es decir, aún no ha cumplido con el objeto contractual, pero existe el negocio jurídico que debe cumplirse; mientras que en las segundas, ya se ha dado cumplimiento a la obligación y tan solo está pendiente el pago según el compromiso adquirido por el ente estatal, o se trata de pagar el anticipo en un contrato en donde se haya pactado esta forma de financiación.

4. Pasivos exigibles por vigencias expiradas

Se trata de una figura de creación doctrinal por parte del Ministerio de Hacienda, sin ningún respaldo en norma reglamentaria o de la LOP, basada en el principio del “no enriquecimiento sin causa de la administración”. En el fondo también cabría una justificación constitucional, como más adelante explicaremos. La única reglamentación del tema se encuentra en el artículo 1.º del Decreto 143 de 2000, del Distrito de Bogotá: “Pasivos exigibles son compromisos que fenecen por no haber sido cancelados en la vigencia en que se constituyeron como reserva presupuestal o cuenta por pagar y por tanto, deben pagarse con cargo a la vigencia en que se haga exigible su pago”.

Varias son las condiciones que se requieren para la aplicación de esta excepción:

1. Que los compromisos se estén cumpliendo con cargo a reserva presupuestal.
2. Que haya terminado la vigencia fiscal siguiente a la asunción original del compromiso –con cargo a la RP– y aún no haya sido posible cancelar la obligación al 31 de diciembre respectivo.
3. Que se haya dado cumplimiento a la obligación y tan solo esté pendiente el trámite de pago. No se trata pues de cumplir, revisar y registrar futuras relaciones obligaciones (medición de acta, etc.).
4. Que haya una o varias cuentas ciertas y aprobadas por todas las instancias administrativas requeridas *v.gr.*, aprobación de interventoría, de la oficina jurídica, si lo requiere, y de la división de presupuesto y financiera de la entidad; esto es, que se haya cumplido con todos sus trámites).

Si el contrato, en un caso concreto, requirió estudios de hidrología adicionales que

demandaron una consultoría especial por varios meses, se presentaron problemas de orden público que comportaron su suspensión por un largo plazo del tiempo, se dieron aumentos de cantidades y circunstancias imprevistas en su ejecución, (*v.gr.*, voladuras de roca de alta densidad, etc.), que hicieron imposible su ejecución en forma anticipada al 31 de diciembre de la vigencia siguiente a la prevista para su ejecución anual, y así mismo el contrato termina en noviembre o diciembre del año respectivo, siendo posible realizar el trámite de las cuentas finales e incluso el acta de liquidación, pero imposible generar el pago con fecha del 31 de diciembre del año expirado y con cargo a la partida presupuestal respectiva, tan sólo en estos eventos habría lugar a aplicar el PAVE.

Debe tenerse en cuenta que la figura de los “pasivos exigibles vigencias expiradas” es de aplicación meramente excepcional, es decir, cuando no sean aplicables las demás figuras y siempre y cuando los hechos que la generan sean ajenos al contratista.

Por criterio analógico habría lugar a aplicar las exigencias de la reserva de caja, esto es, que las PAVE deben registrarse al 31 de diciembre del año precluido, y adicionalmente relacionarse al Ministerio de Hacienda a más tardar al 20 de enero del año siguiente, para que se dé aviso a la Dirección Nacional del Tesoro y así mismo se comunique a la Contraloría General de la Nación para lo de su competencia.

Por último, queremos señalar que la aplicación del PAVE puede eventualmente generar responsabilidad disciplinaria al funcionario responsable de tal vulneración a los principios de eficacia y de eficiencia de la Administración Pública, pero este hecho es independiente de la aplicabilidad o no de la excepción.

Ahora bien, por otro lado, si el compromiso no es pagado tampoco se elude la eventual responsabilidad fiscal, de concurrir una culpa grave, toda vez que el pago no se produjo en la respectiva vigencia, y por consiguiente habría lugar también a un eventual detrimento patrimonial por la mora que este hecho genere, puesto que para el pago de estas cuentas habría necesidad o bien de una adición presupuestal, de un futuro pago a cargo de las partidas judiciales o de conciliación de la entidad, o bien de esperar excepcionalmente a la próxima vigencia fiscal; en todos los casos, al efectuarse el pago meses después de generada la obligación, con el riesgo de incurrirse en extracostos para la entidad más gravosos que la aplicación del PAVE.

5. La fiducia pública y los encargos fiduciarios

Por último, debemos referirnos a las fiducias públicas y los encargos fiduciarios consagrados en la Ley 80 y determinar si también estos constituyen una excepción al principio de la anualidad y, por consiguiente, pueden ser un mecanismo apropiado para cumplir los fines del Estado Social de Derecho, en últimas que se logre la culminación debida de los servicios y obras públicas ejecutadas a través de contratos.

Veamos las dos figuras⁷ estipuladas en la ley:

– Numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

“Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

“Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados.

[...]

“Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente”.

– Numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

“Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

“Parágrafo. Art. 22, D.R. 679/94. PAR. –De conformidad con el artículo 25, numeral 20, de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales se encuentran facultadas para ce-

7. Es importante precisar que si bien la sentencia C-086 de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA: que analizó el tema de la fiducia y declaró la inexecutable del primer inciso del numeral 5, permite deducir que la Administración también está facultada, en virtud del artículo 32 de la ley, para celebrar contratos de fiducia comercial, nos referiremos preferentemente a las dos figuras regladas en la Ley 80.

lebrar contratos de encargo fiduciario para la administración de los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de los contratos estatales”.

Se dan pues dos tipos de objeto de las fiducias o encargo fiduciario:

1. La fiducia o encargo del numeral 5, que tiene como elementos sobresalientes los siguientes:

a. Su objeto específico es la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, por lo que no se requiere necesariamente de fondos existentes o previos a su existencia. Es más, pensamos podrían ser los contratos hacia el futuro. Una vez el o los contratos estén celebrados y en ejecución, deben girarse los recursos por parte del DNT, el órgano respectivo o las entidades obligadas a ello, *v.gr.*, banca de inversión, organismos o convenios bilaterales o multilaterales, donaciones, Gobierno extranjero por mecanismos de cooperación, etc.; se entregan a la entidad fiduciaria contratada para dar cumplimiento a lo estipulado en la fiducia o encargo fiduciario, convenio de fiducia, que no puede ser nada diferente a dar cumplimiento estricto a las disposiciones previstas en los contratos celebrados por la entidad y en ejecución, y cuya administración de recursos corresponde a la entidad fiduciaria.

Pero también su objeto puede extenderse a la celebración de actos y contratos que se requieran para la debida ejecución de la labor encomendada. *V.gr.*, un contrato de prestación de servicios, los cuales necesariamente deben regirse, por delegación de funciones administrativas determinada en la ley, por los procedimientos establecidos en la Ley 80; y así mismo, estos contratos deberán regirse por las normas fiscales, *presupuestales* y de control previstas para la entidad pública

fideicomitente. Así pues, los contratos que celebren requerirán de CDP y RP y estarán cobijados por las normas que tienen que ver con las reservas de apropiación o de caja.

b. Este objeto puede realizarse por intermedio de una fiducia pública y por un encargo fiduciario.

c. Necesariamente la fiducia debe escogerse por el procedimiento de la licitación o concurso público, habida consideración de la interpretación legal establecida en el fallo 086 de 1995, en consonancia con la sentencia 949 de 2001.

d. Objeto y plazo con determinación precisa.

2. El encargo fiduciario del numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Sus elementos sobresalientes son los que siguen:

a. Es un encargo especial diferente al contemplado en el numeral 5 de la Ley 80.

b. Se requiere de la existencia de fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de un contrato estatal. Es decir, existe caja del contrato, pero no ha surgido la obligación del pago, *v.gr.*, por cuentas por pagar. Este evento ocurre fundamentalmente cuando los dineros provienen o se encuentran en fuentes diferentes a la Dirección del Tesoro, *p. ej.*, banca de inversión, organismos internacionales o de cooperación, o por intermedio de convenios internacionales de diversa índole.

c. Licitación pública o contratación directa de la entidad fiduciaria: existe la discusión de si también para este encargo fiduciario es aplicable la disposición perentoria estipulada en el numeral 5, referida a la obligación de la licitación o concurso público para escoger a la entidad fiduciaria. Estimamos que sí, toda vez que el numeral 5 en todo momento se refiere en general a los “encargos fiduciarios

y contratos de fiducia”, sin exclusión alguna. La expresión “sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25”, que trata del encargo que analizamos, se refiere exclusivamente al objeto. En todo caso, la discusión existe y tiene argumentos en contra.

d. Se requiere de objeto y plazo específico.

En estas condiciones y fundamentalmente cuando se trata de este encargo, si los recursos están en la caja de la entidad, y ahora disponibles por la fiducia, existe plazo suficiente para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia, y surge también obligación de pago del que es deudor la entidad fiduciaria al año siguiente de expirada la respectiva vigencia fiscal, las cuentas pueden y deben cancelarse por la entidad fiduciaria.

Es más, si se dan las circunstancias de imprevisión para que el contrato pueda ampliarse por razones ajenas al contratista, *v.gr.*, prórroga por circunstancias imprevistas, problemas de orden público, etc., no podrá terminarse durante la respectiva vigencia fiscal, sino dentro de la siguiente. Y si existe dinero suficiente para cumplir con sus obligaciones, la entidad incluso estaría obligada a crear la fiducia con plazo y fin específico de darle ejecución al contrato, constituyéndose en una nueva excepción al principio de anualidad.

Los mismos principios del Estado Social de Derecho justifican esta excepción, con base en los principios constitucionales, toda vez que sería más gravoso para el erario la consecución de los fines estatales si se prohibiere también a la entidad fiduciaria cumplir su encargo, una vez se cumpla la programación prevista en los plazos previos estipulados y surja la cuenta por pagar a su cargo. Esta situación tendría un tratamiento parecido a los

PAVE, registrándose la obligación a cargo del ente responsable de la cuentas por pagar, por intermedio del encargo contratado.

Respecto de la aplicación de los principios constitucionales en la vía interpretativa expuesta son varios los pronunciamientos sobre el artículo 2.º, en consonancia con el gasto público. Así por ejemplo, en sentencia T-505 de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, se expresó lo siguiente:

“Estado Social de Derecho, dignidad humana, solidaridad y gasto público.

“5. El carácter social de nuestro Estado de derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana.

“La dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado Social de Derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. La reducción de la persona a mero objeto de una voluntad pública o particular (*v.gr.* esclavitud, servidumbre, destierro), los tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C.P.) o simplemente aquellos comportamientos que se muestran indiferentes ante la muerte misma (p. ej. el sicariato), son conductas que desconocen la dignidad humana y, en caso de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pueden ser pasibles de repulsa inmediata por vía de la acción de tutela, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.

“[...]

“La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos, ora para promover su realización.

“El Estado Social de Derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo (Preámbulo C.P.). La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social.

“[...]

“El Estado Social de Derecho, *los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica* e irradian todos los ámbitos de su regulación-propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público.

“Las normas constitucionales en materia presupuestal recogen el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación (art. 350 C.P.), siendo su

aplicación obligatoria en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales. Con miras a dar solución a las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366 C.P.), el constituyente optó por jerarquizar las diferentes prioridades del gasto público y subordinó la constitucionalidad de las respectivas leyes presupuestales a la prevalencia del gasto público social.

“[...]

“El funcionario se halla en la siguiente encrucijada: o bien el respeto del principio presupuestal de la anualidad y por consiguiente dejarse inconclusas las obras y los servicios, lo cual restringe la aplicación de los principios citados y va en detrimento del gasto público, de la prosperidad y en últimas de lograr la justicia social; o bien, aplicar la excepción al principio de anualidad, con el sustento legal establecido en la Ley, de tal forma que pueda cumplirse debidamente el objeto del contrato, fin preeminente y último de la contratación pública, y así se vean cumplidas las condiciones para que la obra no se suspenda, de tal suerte que se apliquen los principios constitucionales y de protección del gasto público”.

Los dineros entregados al encargo fiduciario deben reportarse dentro del cierre fiscal respectivo. Si al momento de la liquidación del contrato, toda vez que los dineros entregados a la fiducia para la finalidad exclusiva y por tiempo perentorio de la siguiente anualidad, ya reportados al cierre, generan un superávit, en razón del balance que se hubiere presentado entre la partida disponible y lo realmente ejecutado para la culminación del objeto, estos dineros deben engrosar las arcas mediante entrega que haga la fiducia a la respectiva entidad para darles el tratamiento de superávit

de apropiación del año inmediatamente anterior, para ser entregados a la DTN. En este evento, con mayor razón y por las circunstancias anotadas se requerirá de la liquidación del contrato.

Por supuesto, este mecanismo exceptivo es excepcional, debe cumplirse las condiciones contempladas en el numeral 20 del artículo 25 y resumidas en este artículo, y determinarse un plazo restrictivo de ejecución de la fiducia. Así mismo, si las condiciones imprevistas no se presentan y era posible realizar una programación adecuada del presupuesto de la entidad para la vigencia fiscal subsiguiente, de tal forma que la obra no se colapsara por razones presupuestales, la utilización de esta figura excepcional no excluye las eventuales sanciones disciplinarias y fiscales que la negligencia, improvisación o elusión de los hechos por parte de los diversos funcionarios involucrados haya generado.

C. Excepciones al principio de anualidad que no aparecen durante el cierre presupuestal

Por último nos referiremos a las excepciones que surgen por programación futura del contrato y siempre y cuando su ejecución dure al menos durante dos vigencias fiscales.

a. Compromiso de vigencias futuras ordinarias

El Consejo de Política Financiera y Social –Confis– puede autorizar a los órganos que hacen parte del presupuesto la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en

curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas, pero bajo la condición de que se cumplan los siguientes requisitos:

- Los montos máximos de autorización de compromiso de las vigencias futuras deben ser acordes con las metas plurianuales del marco fiscal de mediano plazo.

- Se debe contar con un mínimo del 15% del valor total de la obligación en la vigencia fiscal en la que se autoriza el compromiso futuro de las vigencias.

- Si se trata de inversiones de carácter nacional, deberá existir un concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y del ministerio respectivo.

- Las autorizaciones para comprometer vigencias futuras no pueden extenderse a vigencias que superen el respectivo período de gobierno, a no ser que se consideren de importancia estratégica por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) (art. 10.º Ley 819 de 2003).

b. Compromiso de vigencias futuras excepcionales

Las vigencias futuras excepcionales están instituidas para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, facultando al Confis para que autorice la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el año en que se concede la autorización.

El mecanismo de las vigencias futuras no sería aplicable para las necesidades presupuestales de un contrato que ha sido contraído en vigencia anterior, toda vez que la norma exige que la ejecución de la obliga-

ción –contrato– se inicie “con presupuesto de la vigencia en curso”, esto es, cuando se produce la autorización de la respectiva vigencia, lo cual tiene su excepción también cuando se trata de modificar las vigencias ya aprobadas con anterioridad, aun cuando el contrato se haya suscrito en el año o años inmediatamente anteriores (art. 11 Ley 819 de 2003).

Finalmente, puede verse que si bien el principio de anualidad es un determinante

para la ejecución de los contratos y su debido cumplimiento, están previstos en la ley y las normas constitucionales mecanismos exceptivos que permiten lograr la finalidad buscada en la realización de las obras y servicios del Estado por parte de los particulares, para evitar así la afectación de la planeación, la economía, la solidaridad social y el gasto.

