

Bogotá, D. C.

Doctor:

Raúl Alberto Bru Vizcaíno

Director Financiero

Secretaría Distrital de Salud

Carrera 32 No. 12-81

NIT: 899.999.061-9

 Correo electrónico: rabru@saludcapital.gov.co

Bogotá D.C.



CONCEPTO

Referencia	2022ER024652
Descripción general	Presupuestal
Descriptor especiales	Indexación de montos contractuales, soportados con vigencias futuras
Problema Jurídico	<p><i>¿Es potestad del Fondo Financiero Distrital de Salud realizar la indexación de las vigencias futuras autorizadas por el Concejo Distrital mediante el artículo 3 del Acuerdo Distrital 788 de 2020?</i></p> <p><i>¿Qué sucede en caso de que el Fondo Financiero Distrital de Salud decida no indexar las vigencias futuras?</i></p>
Fuentes formales	<p>Ley 819 de 2003: Artículo 12; Decreto Nacional 111 de 1996, Artículo 71; Ley 2116 de 2021 artículo 14,</p> <p>Ley 1437 de 2011: Artículo 187, Ley 242 de 1995: Artículo 3; Ley 80 de 1993: Artículos 25.6, 25.13, 27.</p> <p>Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, Decreto Distrital 714 de 1996, artículo 87.</p> <p>Acuerdo Distrital 788 de 2020, Artículo 3</p> <p>Resolución SDH-191 del 22 de septiembre de 2017.</p> <p>Consejo de Estado Sentencias:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 23001-23-31-000-2010-00035-01(41759), 8, mayo, 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. • 8001-23-31-000-2010-00987-01, 1 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera • 76001-23-31-000-2011-00253-01, 31 de mayo de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. • 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13), 23 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. • 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565), 12, agosto, 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. • 25000-23-24-000-2006-00986-01, 30 de mayo de 2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. <p>Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto 1564 de 2004.</p>

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

Se solicita concepto jurídico sobre la posibilidad que la Entidad pueda indexar las vigencias futuras 2022 y 2023, autorizadas mediante el artículo 3 del Acuerdo Distrital 788 de 2020, por un valor determinado en pesos constantes de 2021.

La entidad consultante expone la siguiente argumentación contenida en una presentación de la Dirección Distrital de Presupuesto realizada en agosto de 2021:

1

 35.F.01
V.10

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311

PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195

NIT 899.999.061-9



“La indexación opera sobre la existencia de vigencias futuras aprobadas en pesos constantes, esto es, precios del año base de la vigencia futura. De manera complementaria, el compromiso que desarrolla la vigencia futura de estar expresado en pesos constantes y corrientes, asegurando el mínimo del 15% del compromiso en pesos de la vigencia de la solicitud. De esta manera a partir del 01 de enero de cada vigencia, la entidad reemplaza el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) estadístico con el valor indexado, lo que permite tener el valor adicional en la programación de cada vigencia. Para este efecto se tiene en cuenta el índice IPC estimado por cada vigencia futura aprobada”.

Es pertinente precisar que los días 14 y 29 de marzo de 2022 se contactó al Director Financiero de la Secretaría Distrital de Salud, quien amplió el contexto de la consulta, manifestando su inquietud respecto a la obligatoriedad legal de indexación en los contratos apalancados con vigencias futuras, así como la obligatoriedad de aplicación de precios constantes o corrientes a estos contratos.

Lo anterior, teniendo en cuenta las actividades a cargo del Fondo Financiero Distrital de Salud en la ejecución contractual soportada financieramente con las vigencias futuras autorizadas.

Como quiera que la entidad consultante afirma no encontrar una norma expresa que regule el tema, se plantean los siguientes interrogantes:

“1. ¿Es potestad del Fondo Financiero Distrital de Salud realizar o no, la indexación de las vigencias futuras relacionadas con el Acuerdo Distrital 788 de 2020?”

2. ¿Qué sucede, en caso de que el Fondo Financiero Distrital de Salud, decida no indexar?”

CONSIDERACIONES

Para dilucidar el tema se revisará: 1) Vigencias futuras autorizadas mediante el Acuerdo Distrital 788 de 2020; 2) la actualización de valores que se han depreciado por el paso del tiempo; 3) la autonomía en la gestión contractual de las entidades distritales.

1) Vigencias futuras autorizadas mediante el Acuerdo Distrital 788 de 2020

El Acuerdo Distrital 788 de 2020, *“Por el cual se expide el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2021 y se dictan otras disposiciones”*, autoriza a algunas entidades distritales la asunción de compromisos con cargo a las vigencias futuras de 2022 y 2023 a pesos constantes:

“ARTÍCULO 3. Autorízase a las siguientes entidades para asumir compromisos con cargo a las vigencias futuras de 2022 y 2023 hasta por la suma de TRES BILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO

2

35.F.01
V.10

CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$3.148.590.154.000), pesos constantes de 2021, (...)¹ (Resaltado fuera del texto)

Los valores autorizados por el Concejo de Bogotá en cada uno de los presupuestos de las vigencias fiscales posteriores se aprobaron por imputaciones presupuestales a precios constantes de cada vigencia. En otras palabras, estos valores se encuentran indexados en cada uno de los presupuestos anuales de las vigencias fiscales subsiguientes, de acuerdo con la autorización otorgada por el Concejo Distrital.

La indexación de pesos constantes a pesos corrientes, es un ejercicio que se enmarca en las prácticas de actualización financiera, y tiene como soporte jurídico el artículo 3º del Acuerdo Distrital ya citado.

2) Actualización de valores que se han depreciado por el paso del tiempo

La actualización de los valores que se han depreciado por el paso del tiempo ha sido reconocida por el Consejo de Estado,² que ha definido la indexación como, “*un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país. El ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que disminuye, en forma continua, el poder adquisitivo del ingreso, **por lo que disponer la indexación, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad.** (...)*”. (Resaltado fuera del texto)

En efecto, el Consejo de Estado³ analiza dos corrientes económicas entre las cuales se ha desarrollado el concepto en estudio:

“La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente. (...) Como puede observarse, en Colombia la constancia no ha sido precisamente la de establecer mecanismos de corrección monetaria por vía de Ley, lo que ha llevado a la necesidad de acudir a mecanismos de indexación fundados en principios constitucionales como la equidad, la justicia y la reparación plena.

(....) **Nominalismo y Valorismo**

¹ BOGOTÁ. CONCEJO DISTRITAL. Acuerdo Distrital 788 (22, diciembre, 2020). Por el cual se expide el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2021 y se dictan otras disposiciones. Disponible en la página web del Régimen Legal de la Secretaría Jurídica Distrital.

² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Sentencia 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13) (23, marzo, 2017). Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Disponible en la página web del Consejo de Estado: www.consejodeestado.gov.co

³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 25000-23-24-000-2006-00986-01 (30, mayo, 2013). Consejero Ponente: María Elizabeth García González. Disponible en la página web del Consejo de Estado: www.consejodeestado.gov.co

El principio nominalista, indica que en las obligaciones pecuniarias el deudor se libera con la entrega de la suma nominal originalmente pactada, aún a pesar de que entre el momento de la celebración del acto jurídico y el de su cumplimiento haya tenido lugar un proceso inflacionario importante, con la consecuente disminución en el poder adquisitivo del dinero.

Contrario a lo expuesto, se encuentra el Valorismo, denominado también Realismo, en el que se predica que el deudor sólo se libera de la obligación contraída pagando el valor económico real al momento del cumplimiento de la obligación, asumiendo el valor de la depreciación del dinero por el paso del tiempo.

(...) El Valorismo, requiere, necesariamente, de la utilización de mecanismos idóneos que permiten traer a valor presente el monto depreciado por el paso del tiempo. A este fenómeno se le conoce con el nombre de Corrección Monetaria, Actualización Económica o, simplemente, indexación.

(...) Como puede observarse, existen dos corrientes diametralmente opuestas que pugnan por otorgarle a la moneda el valor que le corresponde; en el primer evento expuesto, un valor de carácter facial o nominal tal y como corresponde al valor legible en la moneda, y, por la otra parte, conferir al dinero su valor económico real de adquisición, de conformidad con la situación económica de depreciación monetaria del respectivo territorio. (...)" (Resaltado fuera del texto)

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1564 de 2004:

"(...) El derecho no puede ser ajeno a esta realidad económica; por ello en nuestro país se ha abierto paso jurisprudencialmente la tesis de la indexación o corrección monetaria, tanto en el derecho civil, como en el derecho público. (...)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 24 de abril de 1979.

"El hecho de que en las relaciones contractuales se establezcan cláusulas de corrección, fuera de que no está prohibido, es una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, a precaver el enriquecimiento torticero, y a contratar sobre el valor real de la moneda. Percibir las partes esta realidad, no conduce a causar una inflación, ni agrava la existencia de la que ya hay.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1 de febrero de 1994.

Resulta claro concluir que esta Corporación ha aceptado reiteradamente la indexación o corrección monetaria tanto de condenas, como para la devolución del valor de multas impuestas por la administración que, a la postre, se demostró eran ilegales, con base en principios de equidad, justicia, restablecimiento pleno del derecho, enriquecimiento sin causa del organismo oficial, empobrecimiento del acreedor de la obligación, (...)"
(Resaltado fuera del texto)

De la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado analizada se desprende que la indexación es entonces una compensación por los efectos de la inflación sobre el poder adquisitivo del dinero, siendo una forma de mantener el valor adquisitivo del dinero a través de su actualización.

Para la aplicación de las fórmulas de actualización de valores en el ordenamiento jurídico colombiano, a modo de ejemplo, se citan las siguientes:

- En las sentencias la actualización de las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustan tomando como base el Índice de Precios al Consumidor (artículo 187 de la Ley 1437 de 2011).

- La Ley 242 de 1995 modifica las normas legales que tienen en cuenta el comportamiento pasado del IPC como factor de reajuste de multas, valores catastrales, rangos, cuantías y cánones, y en su lugar establece la meta de inflación como estimativo del comportamiento de los precios del año en que se aplican dichos valores, con el objeto de ajustar la legislación de manera que sirva de instrumento para la desindización de la economía, determinando además la forma como deberá tenerse en cuenta la meta de inflación en la expedición de normas por parte del Gobierno Nacional y las Administraciones Distritales, Municipales y Departamentales.

“Artículo 3o. Disposiciones aplicables a la expedición de normas que tomen en cuenta la inflación. El Gobierno Nacional así como las Administraciones Departamentales, Distritales y Municipales, al expedir normas que dispongan la actualización de valores sujetos a su determinación por disposición legal, tendrán en cuenta la meta de inflación como estimativo del comportamiento de los precios del año en que se aplican dichos valores. Lo anterior no excluye la posibilidad de tener en cuenta, adicionalmente factores diferentes al mantenimiento del valor real en la determinación del reajuste, factores éstos que deben ser expresados en la norma.

Para los cálculos que además involucren reajustes para años anteriores, al hacer la actualización del valor, se empleará la inflación correspondiente registrada por el Dane para el reajuste en cada uno de esos años, y se usará la meta de inflación para el reajuste del año en curso. Si el cálculo debe hacerse cada año se empleará cada vez la meta de inflación correspondiente, la cual se aplicará al valor determinado el año anterior sin corregir las diferencias entre la meta adoptada en ese año y la inflación registrada. (...).”

- El Banco de la República señala para efectos de la actualización de cifras de dinero del pasado, lo siguiente:

- *“Por el efecto de la inflación el dinero se deprecia en el tiempo. El valor actual de un peso permite conocer su poder adquisitivo. Es decir, muestra el cambio del valor del dinero en el tiempo, convirtiendo pesos colombianos de una fecha del pasado a valor presente o a valor de una fecha específica.*
- *Para realizar este cálculo se recomienda usar un indicador de precios de la economía, el más utilizado es el Índice de Precios al Consumidor (IPC), el cual es calculado, publicado y certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE conforme a lo establecido en el literal j) del artículo 2 del Decreto 3167 de 1968, o la norma que la modifique o sustituya, según el cual corresponde al DANE “Establecer índices de precios a nivel del productor, del distribuidor y del consumidor (...),” y el y el literal i) del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 262 de 2004 según el cual el DANE debe “certificar la información estadística, siempre que se refiera a resultados generados, validados y aprobados por el Departamento”.*
- *Las metodologías académicas con las que cuenta el Banco de la República se utiliza para calcular el valor actual del peso colombiano, utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC)⁴.*

⁴ Banco de la República de Colombia. ¿Qué es indexación y cuáles son los mecanismos de indexación que existen? Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/es/indexacion-y-cuales-son-mecanismos-indexacion-existen>

De las normas referenciadas, a modo de ejemplo, que determinan de manera expresa un parámetro para actualizar los valores depreciados por el transcurso de tiempo se observa que este fenómeno o de la indexación monetaria, encuentra pleno respaldo jurídico en el sistema legal colombiano.

3) Autonomía en la gestión contractual de las entidades distritales

Ahora bien, teniendo en cuenta el contexto de la consulta, ampliado por el Director Financiero de la Secretaría Distrital de Salud, se acota a la inquietud sobre la obligatoriedad legal de indexación en los contratos apalancados con vigencias presupuestales futuras, así como la obligatoriedad de aplicación de precios constantes o corrientes a estos contratos. Lo anterior en función de las actividades e implicaciones a cargo de la Entidad Distrital en la ejecución contractual soportada financieramente con las vigencias futuras autorizadas por el Concejo Distrital.

Al respecto, establece el artículo 87 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, Decreto Distrital 714 de 1996:

“Artículo 87º.- De la Ordenación del Gasto y la Autonomía. Los Órganos y Entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la que, hacen parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su presupuesto, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la Ley. Estas facultades estarán en cabeza del Jefe de cada Entidad quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes”. (Resaltado fuera del texto)

Conforme a la norma transcrita, las entidades públicas del nivel distrital tienen la competencia jurídica para ordenar el gasto, ejecutando los recursos apropiados mediante contratos de adquisición de bienes y servicios con terceros y con la expedición de actos administrativos. Por tanto, es responsabilidad de la entidad programar y ejecutar todos los contratos amparados en su propio presupuesto, incluidos los apalancados con vigencias futuras.

Es importante recordar que el Consejo de Estado⁵ ha manifestado que los compromisos amparados en vigencias futuras no solo deben cumplir las normas de presupuesto, como los artículos 23, 24 o 71 del Decreto 111 de 1996 y 12 de la Ley 819 de 2003, sino también las reglas de la contratación pública, atinentes al certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) y al registro presupuestal (RP) de los artículos 25.6 y 25.13 de la Ley 80 de 1993:

“[V]arias normas regulan la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal – instituciones diferentes, aunque relacionadas-, y por supuesto la autorización para comprometer vigencias futuras, bien de carácter ordinario o bien de carácter

⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565) (12, agosto, 2014). Consejo Ponente: Enrique Gil Botero. Disponible en la página web del Consejo de Estado: www.consejodeestado.gov.co

excepcional. Esa regulación reposa en dos grandes cuerpos: i) normativa presupuestal prevista en la Ley 80 de 1993 y ii) normativa presupuestal especial contenida en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, compuesto, a su vez, por varias normas: a) Decreto 111 de 1996 -que compiló las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995-; b) Decreto 115 de 1996, por el cual se establecieron normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas dedicadas a actividades financieras; c) Ley 819 de 2003, que modificó la Ley 179 de 1994; y d) Ley 1483 de 2011, que autorizo las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales.”⁶

Esto es así porque, de conformidad con el principio de planeación y de economía, es necesario que todo gasto público cumpla previamente con el requisito de disponibilidad presupuestal contenido en el artículo 25.6 de la Ley 80 de 1993⁷, y posteriormente con el registro presupuestal del artículo 25.13 que manifiesta:

“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”⁸ (Resaltado fuera de texto)

Por tanto, desde la etapa de planeación contractual la entidad debe realizar el estudio de mercado que le permita establecer los recursos necesarios y, en consecuencia, saber si debe solicitar la autorización de comprometer recursos suficientes de vigencias futuras. En la práctica implica la solicitud de autorización en pesos constantes, que lo habilita a actualizar el valor conforme a su pérdida de valor adquisitivo.

Así lo indica el Consejo de Estado cuando se refiere al certificado de disponibilidad presupuestal:

“El inciso primero del artículo 71 establece (del Decreto 111 de 1996), sobre la disponibilidad presupuestal -requisito extendido a los demás actos de la administración que afectan el gasto público, no sólo los contratos estatales-, que toda erogación debe contar con un certificado de disponibilidad previo –CDP-, que garantice los recursos para atenderlo, de conformidad con el principio de planeación (...) Conforme a esta disposición, la disponibilidad presupuestal es un requisito extendido a todo gasto, de manera que la regulación del art. 25.6 de la Ley 80 sólo ratifica, para el exclusivo contexto de la contratación estatal, lo que la ley general de presupuesto ordena para todo acto que involucre gastos. Si la norma citada de la Ley 80 no existiera, el inciso primero del art. 71 sería suficiente para entender que el requisito subsiste. El inciso que se comenta también coincide con la Ley 80 en señalar que el certificado debe ser previo a la afectación que se haga al presupuesto, sólo que, a diferencia de aquella, no precisa

⁶ Ibidem.

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Disponible en la página del Congreso de la República: www.secretariasenado.gov.co

⁸ Ibidem.

el momento; pero la Ley 80 sí: antes de abrir un proceso de selección, de ahí que la complementariedad de estas leyes sea oportuna y ofrezca seguridad”⁹.

De esta manera, es prudente y diligente un soporte presupuestal de vigencias fiscales futuras a precios constantes, porque tiene en cuenta la pérdida de valor del dinero en el tiempo. El valor de la autorización de vigencia futura así otorgado, es un techo de gasto que se puede ajustar.

CONCLUSIONES

Lo primero que se debe establecer es que en un contrato, que se ejecute en varias vigencias fiscales, la indexación debe provenir del acuerdo de las partes. Pero un acuerdo en este sentido debe tener un soporte presupuestal que lo permita y la indexación corresponder al IPC. Una indexación por un índice que tuviera una variación mayor, ejemplo la Tasa Representativa del Mercado (TRM), se debe tomar como un mayor valor del contrato y adicionarle recursos para ese fin.

Es prudente la autorización de vigencias futuras a precios constantes, en tanto que, esto indica que el techo presupuestal puede ser ajustado anualmente de conformidad con la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Estatuto Orgánico de Presupuesto Distrital, cada entidad que conforma el Presupuesto Anual del Distrito Capital es autónoma en su gestión contractual. La actualización o indexación es una previsión destinada a contratar sobre el valor real de la moneda, que, como lo afirma la jurisprudencia estudiada, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, solicito verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

Leonardo Arturo Pazos Galindo
Director Jurídico
lpazos@shd.gov.co

Revisado por: Manuel Ávila Olarte – Subdirector Jurídico de Hacienda

Clara Lucía Morales Posso – Asesora Dirección Jurídica

Proyectado por: Diego Alejandro Bríñez Olaya – Abogado Subdirección Jurídica de Hacienda

⁹ Op. Cit. Sentencia del Consejo de Estado: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565).