



Libertad y Orden

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

DECRETO _____

()

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 365 de la Constitución Política establece que: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...).”

Que el artículo 4 de la Ley 336 de 1996 dispone: *“El transporte gozará de la especial protección estatal y estará sometido a las condiciones y beneficios establecidos por las disposiciones reguladoras de la materia, las que se incluirán en el plan nacional de desarrollo, y como servicio público continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado, sin perjuicio de que su prestación pueda serle encomendada a los particulares.”*

Que el inciso primero del artículo 5 de la Ley 336 de 1996, prevé: *“El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el reglamento para cada modo.”*

Que el párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario el 2681 de 1993, compilado en el Decreto 1068 de 2015 Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, establecen y desarrollan las normas generales de las operaciones de crédito público.

Que el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, introdujo una excepción al régimen general de crédito público para la cofinanciación de Sistemas de Metro al disponer *que la Nación podrá otorgar los avales o garantías a las operaciones de financiamiento que realicen las entidades en el marco de la cofinanciación de la que trata el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 86 de 1989, modificada por el artículo 31 de la Ley 1753 de 2015.*

Que el artículo mencionado en el considerando anterior se refiere de manera genérica a operaciones de financiamiento que podrán contar con la garantía de la Nación en el marco de la cofinanciación de Sistemas de Metro, y por lo tanto se entienden incorporadas dentro de estas operaciones de financiamiento las operaciones de endeudamiento interno y externo que realicen las entidades.

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017

Que de igual manera, el mencionado artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, establece que: *“en estos eventos, las entidades estatales podrán utilizar para la constitución de las contragarantías a favor de la Nación, entre otras, los flujos correspondientes a las vigencias futuras aprobadas por la instancia correspondiente (...).”*

Que, el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, se refiere de manera genérica a la fuente de la cual provienen los flujos correspondientes a las vigencias futuras que podrán ser utilizados como contragarantía, y por lo tanto se entienden que estas fuentes de los flujos correspondientes de vigencias futuras pueden ser de las entidades del orden nacional o territorial siempre que estas cuenten con la aprobación de la instancia correspondiente.

Que el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 86 de 1989, modificada por el artículo 31 de la Ley 1753 de 2015, establece que: *“para el caso de cofinanciación de sistemas de metro, el Confis podrá autorizar vigencias futuras hasta por el plazo del servicio de la deuda del proyecto de conformidad con la Ley 310 de 1996, dentro del límite anual de autorizaciones para comprometer vigencias futuras establecidas en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.”*

Que en tal sentido y dado el carácter esencial del servicio público de transporte, la Ley 1873 de 2017 previó que la Nación podrá: (i) otorgar los avales o garantías a las operaciones de financiamiento que realicen las entidades en el marco de la cofinanciación de los proyectos de los sistemas de transporte metro y (ii) recibir como contragarantía los flujos correspondientes a las vigencias futuras.

Que el artículo 3º de la Ley 310 de 1996 establece que: *“La Nación solamente podrá otorgar su garantía a los créditos externos que se contraten para los proyectos de los Sistemas de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros, cuando se hayan pignorado a su favor rentas en cuantías suficientes que cubran el pago de la participación de las entidades territoriales.”*. Este requisito deberá verificarse para el otorgamiento de la garantía de la Nación al endeudamiento interno en los términos del presente Decreto.

Que el mismo artículo 108 de la Ley 1873 de 2017 dispuso que el Gobierno nacional lo reglamentará, por lo que mediante el presente decreto se desarrollan los requisitos que se deben cumplir para las operaciones de financiamiento externo e interno con garantía Nación, relacionadas con esquemas de cofinanciación para el desarrollo de proyectos de Sistemas Metro, de conformidad con el marco legal antes señalado.

Que se cumplió con las formalidades del numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 y del Decreto 1081 de 2015, modificado por el Decreto 270 de 2017.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Garantía de la Nación para casos de cofinanciación de Sistemas de Metro. Para la suscripción del contrato de garantía Nación a las operaciones de financiamiento externo e interno en el marco de la cofinanciación de que trata el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 86 de 1989, modificada por el artículo 31 de la Ley 1753 de 2015, se deberá contar con:

1. Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, respecto del otorgamiento del aval o la garantía;
2. Concepto favorable de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, respecto del aval o la garantía de la Nación, si éstas se otorgan por plazo superior a un (1) año;

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017

3. Autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para celebrar el contrato de aval o garantía.
4. Las contragarantías adecuadas a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y debidamente constituidas a favor de la Nación.

Parágrafo 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3º de la Ley 310 de 1996 para las operaciones de financiamiento externo, la Nación solo podrá otorgar su garantía a las operaciones de financiamiento interno para los proyectos de los Sistemas de Metro, cuando se hayan pignorado a su favor rentas en cuantías suficientes que cubran el pago de la participación de las entidades territoriales de que trata el artículo 2 de la Ley 310 de 1993.

Parágrafo 2. Para la constitución de las contragarantías a favor la Nación, se podrán otorgar como contragarantía los flujos correspondientes a las vigencias futuras de las entidades del orden nacional o territorial aprobadas por las instancias correspondientes.

Parágrafo 3. Cuando alguna obligación de pago sea garantizada por la Nación en los términos de este artículo, la entidad estatal deberá realizar aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales en los términos establecidos en el Decreto 1068 del 2015 y la Resolución 0932 de 2015, expedido por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo 4. La garantía de la que trata este artículo solo podrá otorgarse a entidades estatales que hayan suscrito convenios de cofinanciación con la Nación, con el lleno de los requisitos legales y reglamentarios.

Artículo 2. Operaciones de financiamiento interno con garantía Nación. La celebración de operaciones de financiamiento interno de las entidades a las que se refiere el presente Decreto, que vayan a ser garantizadas por la Nación, además de lo señalado en el artículo 1 del presente Decreto, requerirán autorización impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista la cual podrá otorgarse una vez se cuente con las correspondientes minutas definitivas.

Lo anterior sin perjuicio de los demás trámites y procedimientos previstos en la normativa vigente respecto del otorgamiento de la garantía de la Nación.

Artículo 3. Operaciones de financiamiento externo con garantía Nación. La celebración de operaciones de financiamiento externo de las entidades a las que se refiere el presente Decreto, que vayan a ser garantizadas por la Nación, además de lo señalado en el artículo 1 del presente Decreto, requerirán:

1. Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público,
2. Autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las correspondientes minutas definitivas.

Artículo 4. Remisión normativa. En lo no previsto en el presente Decreto se aplicará lo dispuesto en el Decreto 1068 de 2015 y demás normas vigentes.

Artículo 5. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2018.

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA

SOPORTE TÉCNICO

ÁREA RESPONSABLE: Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1. PROYECTO DE DECRETO

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017.

2. ANÁLISIS DE LAS NORMAS QUE OTORGAN LA COMPETENCIA

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en particular, las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, entre otros, el ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

3. VIGENCIA DE LA LEY O NORMA REGLAMENTADA

LEY	ARTÍCULO	VIGENCIA
Ley 1873 de 2017	108	Vigente

4. DISPOSICIONES DEROGADAS, SUBROGADAS, MODIFICADAS, ADICIONADA O SUSTITUIDAS

N/A

5. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN

5.1. Antecedentes y Razones de Oportunidad y Conveniencia que Justifican la Regulación del Artículo 108 de la Ley 1873 de 2017

5.1.1. *Reglas Generales para las Operaciones de Crédito Público.* Las reglas generales para las operaciones de crédito público se encuentran previstas en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 2681 de 1993 (hoy compilado en el Decreto 1068 de 2015) que prevén:

(i) Artículo 41 Ley 80 de 1993 (Parágrafo Segundo):

“PARÁGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO 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.

(...)

Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.

El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones. En todo caso, las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto previo de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público.

Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta Ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(...)

En ningún caso se otorgará la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, ni a operaciones de particulares.

(...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

El artículo anteriormente citado establece las reglas generales que le son aplicables a las operaciones de crédito público, pero en su contenido prevé un lenguaje que abre la posibilidad a que existan leyes especiales que definan y regulen ciertas operaciones de crédito público, el cual se encuentra en el encabezado (que se subraya a continuación) del artículo:

“PARÁGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO 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.”*

Con base en lo anterior y según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 la regla general para las operaciones de crédito público es que no se permite el otorgamiento de la garantía de la nación a operaciones de endeudamiento interno.

- (ii) Decreto 2681 de 1993 (hoy compilado en el Decreto 1068 de 2015)¹: Mediante este decreto se desarrolla la Ley 80 de 1993, y en relación con las prohibiciones de la Ley 80 de 1993 establece:

¹ Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas. Lo anterior en desarrollo de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 2.2.1.2.4.1. **Artículo 2.2.1.2.4.1. Garantía de la Nación.** Para obtener la garantía de la Nación, las entidades estatales deberán sujetarse a lo establecido en este título y constituir las contragarantías adecuadas, a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En ningún caso la Nación podrá garantizar obligaciones internas de pago de las entidades territoriales y sus descentralizadas, ni obligaciones de pago de particulares. No podrán contar con la garantía de la Nación los títulos de que trata el inciso segundo del artículo 2.2.1.3.1 del Capítulo 3 del presente título; no obstante, cuando la emisión corresponda a títulos de mediano y largo plazo, esto es, con plazo superior a un año, para ser colocados en el exterior, éstos podrán contar con la garantía de la Nación.

Tampoco podrá la Nación garantizar obligaciones de pago de entidades estatales que no se encuentren a paz y salvo en sus compromisos con la misma, ni podrá extender su garantía a operaciones ya contratadas, si originalmente fueron contraídas sin garantía de la Nación.

Parágrafo. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará los criterios generales que deben satisfacer las operaciones de crédito público y las obligaciones de pago para obtener la garantía de la Nación y las condiciones en que ésta se otorgará.”

El Decreto 2681 de 1993 (hoy compilado en el Decreto 1068 de 2015) desarrolla lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por lo tanto incluye también la regla general de la prohibición de otorgar garantía de la Nación a las operaciones de endeudamiento interno.

Esta prohibición tiene su base en las necesidades de desarrollar el mercado financiero interno al dejar que éste, libre y autónomamente, evalúe el riesgo de otorgar empréstitos a las entidades territoriales y a sus descentralizadas; y que por lo tanto éstas entidades (al ser un importante mercado para el sistema financiero doméstico) sean objeto de disciplina y buen desempeño financiero para así poder optar por empréstitos de la banca local en condiciones financieras aceptables.

Existe entonces la necesidad de que sean las propias entidades territoriales (junto con la banca local) quienes evalúen y asuman sus propios riesgos según sus condiciones se lo permitan, y que la Nación en un ámbito de descentralización fiscal y administrativa no tenga intervención en la celebración de operaciones de crédito público interno para este tipo de entidades.

5.1.2. Regla Especial Para el Otorgamiento de la Garantía Nación a Operaciones de Financiamiento en el Marco de una Cofinanciación de Sistemas de Metro.

La ley 1873 de 2017 en su artículo 108 establece una regla especial para las operaciones de financiamiento que realicen las entidades en el contexto de una cofinanciación para un sistema de transporte metro².

² La definición de “sistema Metro” se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 1008 de 2015 que señala:

“Sistema metro o metrovía: sistema ferroviario urbano destinado al servicio de transporte masivo de pasajeros que se caracteriza por tener derechos exclusivos de vía, sistemas de control avanzados y con capacidad de pasajeros mayor a la ofrecida por el metro ligero.”

Para efectos de claridad se transcribe a continuación el texto del artículo de la Ley 1873 de 2017 al que nos referimos.

*“La Nación podrá otorgar los avales o garantías a las operaciones de financiamiento **que realicen las entidades en el marco de la cofinanciación de la que trata el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 86 de 1989, modificada por el artículo 31 de la Ley 1753 de 2015**³. En estos eventos, las entidades estatales podrán utilizar para la constitución de las contragarantías a favor de la Nación, entre otras, los flujos correspondientes a las vigencias futuras aprobadas por la instancia correspondiente. El Gobierno nacional reglamentará lo dispuesto por este artículo.”* (Subrayas y negrilla fuera de texto)

El artículo 108 de la Ley 1873 dispone entonces de las siguientes reglas:

- (i) La primera de ellas es que sólo es aplicable en los casos de cofinanciación de sistemas de metro, toda vez que el artículo hace una referencia cruzada al inciso segundo del artículo 14 de la Ley 86 de 1989 modificado por el artículo 31 de la Ley 1753 de 2015 donde se menciona específicamente los eventos de cofinanciación de sistemas de Metro. Esta referencia cruzada a un caso específico le da el carácter de disposición que regula un caso en especial y específico distinto a las operaciones generales de crédito público.

Dado que la Ley 80 de 1993 es una norma general y el artículo 108 de la 1873 de 2017 es de carácter especial se aplica lo previsto en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 que establece:

“ART. 5º—Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal, de elecciones, militar, de policía de fomento, de minas, de beneficencia y de instrucción pública.”

Con base en lo anterior, a las operaciones de financiamiento de sistemas metro con cofinanciación le son aplicables las disposiciones especiales de las que trata artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, sin que por esto se entienda que se derogan las reglas para los casos generales de los que trata la Ley 80 de 1993 y su correspondiente decreto reglamentario.

³ ARTÍCULO 31. FINANCIACIÓN DE SISTEMAS DE TRANSPORTE. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 86 de 1989, el cual quedará así:

“Artículo 14. Los sistemas de transporte deben ser sostenibles. (...)”

Para el caso de cofinanciación de sistemas de metro, el Confis podrá autorizar vigencias futuras hasta por el plazo del servicio de la deuda del proyecto de conformidad con la Ley [310](#) de 1996, dentro del límite anual de autorizaciones para comprometer vigencias futuras establecidas en el artículo [26](#) de la Ley 1508 de 2012.”

Sobre esta forma de interpretación se tienen pronunciamientos de la Corte Constitucional en este sentido⁴.

- (ii) La segunda de ellas es que la ley permite a la Nación otorgar garantías a operaciones de financiamiento que realicen las entidades en los casos especiales a los que se refiere en el numeral (i) anterior. Vale la pena mencionar que el artículo no distingue entre operaciones de financiamiento interno o externo (como sí lo hacen tanto la Ley 80 y el Decreto 1068), sino que utiliza un término abierto que no restringe el otorgamiento de garantías (en estos casos especiales) a un tipo específico de financiamiento.

Para dar sentido a la disposición del artículo mencionado y en especial a la ausencia de distinción entre el tipo de operaciones, es importante dar aplicación a las reglas de interpretación de las normas que indican que dónde el legislador no hace distinciones, no le es posible al intérprete distinguir.

Este principio ha sido acogido por la Corte Constitucional en Sentencia C-317 de 2012 de la siguiente manera:

*“Al respecto la Corte considera que no le asiste razón al demandante pues si bien la Constitución contiene una atribución expresa de representación gubernamental para la iniciativa legislativa en cabeza de los Ministros, y no una atribución similar para la iniciativa constituyente, **resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, no resultando jurídicamente viable deducir, por esta vía, reglas constitucionales implícitas que contrarían el texto mismo del artículo 208 Superior, cuyo mandato general de vocería gubernamental no establece tal diferenciación.**”*

⁴ Sentencia C-005 de 1996 la Corte Constitucional:

“El artículo 5° de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario a la de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año” (Subrayas fuera de texto)

Sentencia C-439 de 2016:

“La Corte ha tenido oportunidad de estudiar el punto, concretamente, en el aspecto relativo a los criterios y reglas que deben aplicarse para dar solución a las antinomias entre leyes, entendiendo por tal, la situación en que se encuentran dos disposiciones pertenecientes a un mismo sistema normativo que, concurriendo en los ámbitos temporal, especial, personal y de validez, reconocen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a determinado supuesto fáctico, resultando imposible su aplicación simultánea.

(...)

Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.”

De igual manera el Consejo de Estado ha adoptado este principio de interpretación y se ha pronunciado de la siguiente manera⁵:

*“Al referirse, tanto la Ley 4ª de 1992 como el Decreto 10 de 1993 a ingresos laborales totales anuales, dicha expresión engloba todo aquello que en el año percibe en ejercicio de la relación laboral el congresista como tal, sin tener en cuenta si dicha partida es factor de salario o por el contrario corresponde a una prestación social. **En consecuencia, no le es dable al juzgador, distinguir donde la Ley no lo hace**, siendo claro que dentro de tal concepto deben incluirse tanto los salarios como las prestaciones sociales.”*

- (iii) Tercero, para los casos de sistemas metro enmarcados en un esquema de cofinanciación, se pueden otorgar como contragarantías a favor de la Nación los flujos correspondientes a las vigencias futuras aprobadas por la instancia correspondiente. Sobre este respecto aplican también los criterios de especialidad y de interpretación restrictiva que se han mencionado en los numerales (i) y (ii) anteriores.

Por lo tanto, y a manera de síntesis, en relación con la estructura de las contragarantías a las operaciones de financiamiento de las entidades en el marco de una cofinanciación para sistemas metro la Ley 1873 establece:

- (a) Se permite que bajo los esquemas especiales que regula la ley, sirva como contragarantía a favor de la Nación flujos correspondientes a vigencias futuras que hayan sido aprobadas por una instancia correspondiente. Esto quiere decir que quien otorga el colateral puede hacer uso de sus flujos de vigencias futuras que hayan sido aprobadas como contragarantía para las operaciones de financiamiento en el marco de una cofinanciación de un sistema metro. Estamos por lo tanto en presencia de una norma especial para un caso especial.
- (b) El artículo de la Ley 1873 establece que: *“las entidades estatales podrán utilizar para la constitución de las contragarantías a favor de la Nación, entre otras, los flujos correspondientes a las vigencias futuras aprobadas por la instancia correspondiente”*. Haciendo uso de la regla de interpretación prevista en el numeral (ii) anterior, no existe distinción entre la fuente de la cual proviene la contragarantía (es decir que pueden ser vigencias futuras de la Nación o de una entidad territorial). Lo que sí restringe el artículo citado es que estas vigencias futuras sean aprobadas por la instancia correspondiente (sin especificar una instancia específica que indique que se trata de una fuente particular).

5.1.3. *Sobre el Contexto Sobre el Cual se Realizó una Regla Especial en Materia de Crédito Público para las Operaciones de Financiamiento en el Marco de una Cofinanciación de un Sistema Metro.*

- (i) Interpretación por Contexto. Antes de dar una explicación sobre el contexto en el cual se enmarca el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017, consideramos importante hacer referencia al artículo 30 del Código Civil que establece:

*“**ARTICULO 30. <INTERPRETACION POR CONTEXTO>**. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. (...)”*

5

Este criterio de interpretación ha sido acogido y desarrollado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus providencias de la siguiente manera:

(a) Sentencia C-054 de 2016 de la Corte Constitucional:

“Esto debido a que el derecho es expresado en lenguaje natural y, por lo mismo, está caracterizado por la ambigüedad y la vaguedad de sus formulaciones idiomáticas. A su vez, desde un punto de vista más general y basado en la filosofía del lenguaje, la definición específica de cualquier expresión y, entre ellas el lenguaje jurídico, está delimitada y condicionada por el contexto en que esta se encuentra y que es utilizado por los intérpretes del texto escrito, bien sea que tome la forma de derecho legislado o de precedente judicial.

(...)

En primer lugar, se ha señalado en esta sentencia que el derecho legislado, al expresarse mediante el lenguaje ordinario, tiene atributos propios de ambigüedad y vaguedad que llevan a que las reglas sean usualmente indeterminadas y que solo se muestren determinables cuando se considere el contexto en que son aplicadas.” (Subrayas fuera de texto)

(b) Sentencia C-557 de 2001 de la Corte Constitucional:

“En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada. Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción.” (Subrayas fuera de texto)

(c) Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Radicado Número: 110001-0328-000-2013-0006-00 ACUMULADO (2013-0007-00) de Fecha 15 de julio de 2014:

“Comprensión que se refuerza aún más cuando se acude a los distintos métodos de interpretación traídos de la teoría jurídica y examinados, claro está, de conformidad con el principio de supremacía constitucional. Precisamente para hacer inferencias de significado que no se advierten en el nivel puramente textual, semántico o sintáctico de análisis de lenguaje, es que se tienen en cuenta también elementos pragmáticos, esto es, del contexto -social, normativo- y de la finalidad, como se indicará a continuación.

(...)

La anterior reseña pone al descubierto que con mucha mayor frecuencia de lo que se podrá pensar, el textualismo o la literalidad que tiende a predominar en la interpretación jurídica no solo resulta incapaz de respetar las reglas del uso del lenguaje jurídico, sino que termina por escamotear su dimensión pragmática, esto es, la pregunta por el contexto y las finalidades del lenguaje normativo, ineludible para establecer el significado de sus enunciados. Desde luego, la inversión de precedencia, es decir, conferirle mayor valor al contexto y, a la finalidad, que, al texto o letra de la norma, impone una mayor carga de argumentación a quien pretende que se reconozca ese alcance.” (Subrayas fuera de texto)

(ii) Contexto del Artículo 108 de la Ley 1873 de 2017. El contexto en el cual se enmarca el artículo mencionado es el siguiente:

(a) El artículo se enmarca dentro del sistema público del transporte de pasajeros, metro.

Consideramos pertinente transcribir el artículo 365 del Constitución Política de Colombia que establece: “ARTICULO 365. “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)*”.

Al estar enmarcados dentro de la prestación de un servicio público, se debe entonces propender por lograr los objetivos aquí citados al momento de regular este tipo de actividades.

Igualmente, vale la pena resaltar que de conformidad con la Ley 336 de 1996, el servicio público de transporte es de carácter esencial⁶, goza de la especial protección estatal y su dirección, regulación y control corresponde al Estado⁷. Por demás, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado coinciden en señalar que el servicio público de transporte constituye, entre otras, en una actividad económica sujeta a un alto grado de intervención del Estado⁸.

Por lo tanto, este precepto constitucional dilucida una parte del contexto en el cual se enmarca el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017.

- (b) Adicionalmente, un esquema de cofinanciación implica que la Nación y sus entidades descentralizadas por servicios cofinancien o participen con aportes de capital, en dinero o en especie, en el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros, con un mínimo del 40% y un máximo del 70% del servicio de la deuda del proyecto⁹. Esto quiere decir que este tipo de proyectos tienen una participación porcentual de la Nación, y por lo tanto la Nación hace parte de estos proyectos. Este tipo de esquemas se pueden materializar mediante acuerdos de cofinanciación en virtud de los cuales la Nación y/o sus entidades descentralizadas se comprometen a hacer los aportes de capital en los porcentajes que correspondan. Esto no es otra cosa que la participación de la Nación en estos esquemas.
- (c) En virtud de los compromisos que adquiere la Nación dentro de los esquemas de cofinanciación se debe propender porque se obtengan las mejores condiciones financieras para el financiamiento de estos sistemas de transporte.

⁶ Ley 336 de 1996. Artículo 5º-El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el reglamento para cada modo.
(...)

⁷ *Ibidem*. Artículo 4º-El transporte gozará de la especial protección estatal y estará sometido a las condiciones y beneficios establecidos por las disposiciones reguladoras de la materia, las que se incluirán en el plan nacional de desarrollo, y como servicio público continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado, sin perjuicio de que su prestación pueda serle encomendada a los particulares.

⁸ Sentencia C-033 de 2014.

⁹ Artículo 2º Ley 310 de 1996.

En razón al contexto acá mencionado, si bien aún se mantiene la prohibición para eventos generales a los que hace referencia la Ley 80 de 1993 (y sus decretos reglamentarios), se reconoce que para algunos casos en especial, existe una excepción para los esquemas de cofinanciación de transporte masivo de pasajeros metro en los que concurren la Nación y las entidades territoriales.

Este contexto brinda luz sobre la razón de ser del otorgamiento de la garantía de la Nación a operaciones de endeudamiento interno, toda vez que contar con este tipo de colateralización crediticia da acceso a mejores condiciones de financiamiento y por lo tanto una eficiencia en los costos de los esquemas que cofinancia la Nación.

5.2. Justificación Económica De La Regulación

Existen proyectos especiales, en los que dada la importancia estratégica por su alto impacto socioeconómico podrían verse apoyados con garantía de la Nación en sus procesos de financiamiento y convenios de cofinanciación, como es el caso de los sistemas de transporte masivo, en los cuales la misma ley da la posibilidad, facultad y obligación a la Nación de cofinanciar o participar con aportes de capital o en especie hasta el 70% del servicio de la deuda del proyecto.

En este ámbito, dado que hay eventos en que la Nación puede no contar con el espacio presupuestal en el corto plazo y sus compromisos de cofinanciación quedan en el largo plazo y no concuerdan con las necesidades de ejecución de las obras respectivas, es necesario recurrir a fuentes de financiamiento que anticipen los recursos que serán cubiertos con flujos futuros de la Nación y de las entidades territoriales.

Como se menciona antes, para disponer de los recursos en el corto plazo, es necesario endeudarse, usando como fuente de pago, de dicho endeudamiento, los flujos de las vigencias futuras comprometidas en el convenio de cofinanciación y, en tales condiciones, quien generalmente se endeuda es la empresa constituida para la ejecución del proyecto. Para este endeudamiento, que lo que hace es anticipar los flujos de las vigencias futuras de la Nación, la garantía de la misma Nación, hasta donde le corresponda con su participación asignada al proyecto, lograr financiamiento en mejores condiciones para el proyecto, disminuyendo la necesidad de un mayor aporte al convenio de cofinanciación.

En el caso de endeudamiento externo, en donde existen importantes fuentes de recursos y, por contar con la garantía de la Nación, que al ser un soberano calificado en “grado de inversión”, se logran conseguir condiciones altamente favorables en cuanto plazo, tasa de interés y posibilidades de manejo del riesgo, entre otros factores.

No obstante, lo anterior, y sin desconocer que tradicionalmente para proyectos de gran magnitud e impacto la principal fuente de financiamiento ha sido el mercado externo, se reconoce la amplia gama de posibilidades que hoy en día ofrece el mercado financiero y de capitales interno, las cuales pueden ser aprovechadas junto con las ventajas que en algunos aspectos éstas tienen respecto a las fuentes externas.

Desde el momento de la ejecución de los proyectos de transporte masivo, en la etapa de construcción, las necesidades van a concentrarse en unos pocos años, mientras que las disponibilidades de recursos que pueden aportar tanto las entidades territoriales como la Nación en sus correspondientes contrapartidas van a ser de largo plazo.

Ante este descalce en flujos, entre necesidades y disponibilidades, el cual se subsana con la obtención de recursos en el mercado financiero, es favorable que esos flujos a pagar se encuentren denominados en la misma moneda en la cual el deudor recibirá sus ingresos, obviando de esta manera el riesgo cambiario que implica endeudarse en monedas diferentes al peso.

También se debe considerar que generalmente en la implementación de proyectos de transporte masivo, las empresas que se constituyen para estos fines son nuevas y por tanto no cuentan con historial crediticio, tradición financiera o un patrimonio que les permita recurrir al mercado financiero en condiciones competitivas para obtener recursos del crédito, en tal caso es pertinente el concurso de la Nación con el otorgamiento de la garantía a las operaciones de endeudamiento.

Si bien en el mercado externo la oferta de recursos es amplia y en condiciones que atraen a los potenciales clientes, el mercado financiero y de capitales interno es atractivo, pues en los últimos años se han observado caídas importantes en las tasas de interés.

Si se toma como referencia la tasa de intervención del Banco de la República, es observable que entre 1999 y 2018 esta tasa ha caído de 26% a 4,25%, lo que se refleja en las tasas de mercado a las que las empresas podrían tener acceso (ver gráfico siguiente).

En contraste con la caída de las tasas de interés de intervención, se encuentran los incrementos que ha tenido la Tasa Representativa del Mercado (TRM) en el período 1999-2018, la cual ha pasado de 1.542 a 2.857 pesos por dólar, como puede verse en el siguiente gráfico.



Es de anotar que actualmente existen en el mercado productos financieros que permiten mitigar el riesgo cambiario mediante operaciones de cobertura. Para el caso de las operaciones que se pacten con Banca Multilateral, estos mismos organismos ofrecen esos productos para sus operaciones, y es usual que las entidades que contraen deuda con estas multilaterales, adquieran las coberturas pertinentes. Sin embargo, ese beneficio de cubrir el riesgo cambiario tiene un costo, medido como el diferencial de tasas de interés, que debe ser asumido por el deudor.

Como se puede ver en el gráfico siguiente, si bien la tendencia ha sido decreciente, el costo de una cobertura en el mercado de derivados financieros para los últimos años se ha ubicado alrededor del 3%. Es decir, para eliminar el riesgo cambiario el deudor debe asumir un costo anual adicional de aproximadamente 300 puntos básicos sobre el monto total de la deuda.



Ante esta situación no puede desconocerse que, actualmente, a nivel doméstico existe gran oferta de recursos por parte de la banca comercial a lo que se suma el mercado de capitales que en el país ha alcanzado un importante desarrollo para ser considerarlo como una buena opción de financiamiento, Lo anterior es favorable debido a que se cuenta con una financiación en la misma moneda en la que las empresas obtendrán sus recursos y con la que repagarán la deuda; y de esa manera contar con una cobertura natural para el riesgo cambiario, entre sus ingresos y sus flujos de pagos.

El marco legal, técnico y de política actualmente vigente en cuanto al manejo del riesgo crediticio y de contraparte originado en las garantías, permite percibir mayor seguridad para la Nación como garante de operaciones de crédito público, al contar con contragarantías adecuadas a juicio de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y ante un adecuado manejo de los correspondientes pasivos contingentes.

Ante esta situación, vale la pena balancear, los costos de asumir riesgos al otorgar una garantía, respecto a los beneficios que una empresa de transporte masivo puede tener en el mercado financiero local

(menor tasa de interés y mayores plazos), si cuenta con la garantía de la Nación, sin desconocer que para este tipo de empresas, la principal fuente de ingresos para la ejecución del proyecto, son los recursos de la Nación, con lo que finalmente en gran medida se resultaría respaldando la garantía de la deuda.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RESPECTIVO ACTO Y LOS SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

La norma será aplicable a la Nación y a las entidades territoriales en los eventos de esquemas de cofinanciación de los Sistemas de Metro de los que trata el artículo 108 de 1873 de 2017.

7. VIABILIDAD JURÍDICA

De acuerdo con lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017 que de manera expresa dispone reglamentar la respectiva disposición, se considera jurídicamente viable desarrollar las disposiciones reglamentarias para la aplicación del mencionado artículo.

8. IMPACTO REGULATORIO

El proyecto de Decreto desarrolla los requisitos previstos en la regulación de crédito público para los eventos excepcionales previstos en el artículo 108 de la Ley 1873 de 2017 y por lo tanto no se requiere trámite alguno ante el Departamento Administrativo de la Función Pública.

9. IMPACTO ECONÓMICO

El impacto económico del proyecto de decreto es el del artículo 108 de la Ley 1873 de 2017.

10. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

N/A

11. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL

N/A

12. RACIONALIZACIÓN, REGULACIÓN INTEGRAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

El presente proyecto de decreto que se pone a consideración del Gobierno Nacional es reglamentario del artículo 108 de la Ley 1873 de 2017 y tiene como finalidad garantizar la seguridad y certeza jurídica en el otorgamiento de la garantía de la Nación a las operaciones de financiamiento externo e interno de las entidades en el marco de cofinanciación de Sistemas de Metro.

13. CONSULTAS

N/A

14. PUBLICIDAD

Se publica el presente proyecto de decreto para comentarios de la ciudadanía en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por un término de quince (15) días calendario desde el 15 de junio de 2018 hasta el primero 29 de junio de 2018.