



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1737 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006).

Rad. No. 11001-03-06-000-2006-00036-00.

No. interno 1.737.

Referencia: SUPRESIÓN DEL SITUADO FISCAL.

Creación del Sistema General de Participaciones por el Acto Legislativo 01 de 2001. Derogatoria de la ley 60 de 1993 por la ley 715 de 2001. Caso del reaforo del situado fiscal de la vigencia presupuestal de 2001, a favor de la Nación.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, formula a la Sala una consulta en el sentido de determinar si, en la actualidad, el Gobierno nacional debe cobrar a los departamentos y distritos, el reaforo de \$94.296 millones del situado fiscal correspondiente a la vigencia presupuestal de 2001, resultante en favor de la Nación, y cuál sería el procedimiento para el cobro.

1. ANTECEDENTES

Inicialmente, el Ministro cita el artículo original 356 de la Constitución Política de 1991, que establecía el situado fiscal como una transferencia de ingresos corrientes de la Nación a los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos Especiales de Cartagena y Santa Marta. Luego se adicionó el de Barranquilla, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1993.

Dicha transferencia estaba destinada a financiar los servicios de educación y salud, en los niveles que señalara la ley.

Como el giro del situado fiscal se hacía sobre la base de una estimación de los ingresos corrientes de la Nación, para la vigencia presupuestal correspondiente, el parágrafo 1º del artículo 19 de la ley 60 de 1993 preveía un mecanismo de compensación posterior, según que tales ingresos resultaran superiores o inferiores a los estimados.

Señala el Ministro:

"Por tanto, si se presentaban mayores o menores valores del recaudo estos podían ser adicionados o deducidos de las vigencias fiscales siguientes.

En cuanto a la vigencia fiscal de 2001, la liquidación de la transferencia territorial por situado fiscal, se realizó sobre la base de los ingresos corrientes de la Nación que se esperaban recaudar. Sin embargo, el recaudo efectivo fue inferior, por lo que se produjo un reaforo de situado fiscal para dicha vigencia, a favor de la Nación, como se observa en el siguiente cuadro:

(...)

La liquidación por \$5.810.300 millones se reduce a \$5.716.004 millones cuando se reliquida el Situado Fiscal con base en los recaudos de Ingresos Corrientes de la Nación, los cuales son conocidos al cierre de la respectiva vigencia. Así, el cálculo del reaforo de 2001 es de \$94.296 millones a favor de la Nación, deducción que no se ha hecho a la fecha, según se explica a continuación".

El Ministro refiere que el Acto Legislativo No. 1 de 2001 modificó de manera sustancial, los artículos 356 y 357 de la Constitución y cambió el esquema original de las transferencias a las entidades territoriales, por el Sistema General de Participaciones, el cual fue implementado por la ley 715 de 2001, la cual derogó expresamente la ley 60 de 1993.

Finaliza su exposición diciendo:

"Es importante precisar que ... el Sistema General de Participaciones -SGP- de los Departamentos, Distritos y Municipios, tomó como base, entre otros conceptos, el monto que correspondía al Situado Fiscal, pero no contempló el rubro presupuestal 'Situado Fiscal' como concepto

integrante del mismo. Por lo anterior, en el marco de ese nuevo sistema de transferencias territoriales establecido por la Ley 715 de 2001, ya no se realizan transferencias a las entidades territoriales por concepto del Situado Fiscal, y por este motivo no se hizo la deducción correspondiente al reaforo de 2001.

De igual forma, es necesario señalar que la Ley 60 de 1993 ..., al perder su vigencia no permitió al Gobierno nacional realizar las deducciones que correspondieron a los reaforos negativos a favor de la Nación, como es el caso de los \$94.296 millones registrados en el año 2001". (Resalta la Sala).

2. INTERROGANTES

Los interrogantes presentados son los siguientes:

"1. ¿El Gobierno Nacional debe efectuar el cobro a las entidades territoriales por concepto de mayor valor girado en el reaforo de 2001, en consideración a que el Situado Fiscal desarrollado en la Ley 60 de 1993, perdió su vigencia?

2. ¿En caso que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, cuál sería el procedimiento a seguir, para realizar el cobro a las entidades territoriales, y la deducción correspondiente en términos presupuestales, dado que no existe la Ley 60 de 1993 que permitía hacer dicha deducción?

3. CONSIDERACIONES

3.1 El situado fiscal en la Constitución de 1991.

La Constitución Política de 1991 estructuró las transferencias de recursos económicos de la Nación a las entidades territoriales, sobre la base de dos mecanismos: el Situado Fiscal -SF y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación -PICN, a los cuales se agregó el de las transferencias complementarias al situado fiscal para educación -FEC.

En cuanto al situado fiscal, sobre el cual versa la consulta, se debe observar que éste fue instituido en la reforma constitucional de 1968¹, y en la Carta del 91 se estableció como un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación, destinado a los departamentos y distritos, debiendo los primeros redistribuir los recursos en sus municipios, para financiar los servicios de salud y educación.

Se debía efectuar sobre los ingresos corrientes, los cuales, de acuerdo con el artículo 358 constitucional, comprenden los ingresos tributarios y los no tributarios con excepción de los recursos de capital².

Los artículos 356 y 357 de la Carta tuvieron su desarrollo en la ley 60 del 12 de agosto de 1993, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", la cual definió el situado fiscal en los siguientes términos:

"Artículo 9º. Naturaleza del situado fiscal.- El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta (y Barranquilla, de acuerdo con el Acto Legislativo No. 1 de 1993), para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.

(...)" (Resalta la Sala).

Ante la circunstancia de que los ingresos corrientes de la Nación efectivamente recaudados en la vigencia fiscal, pudieran ser superiores o inferiores a los que se habían calculado para determinar el monto del situado fiscal, la misma ley 60 estableció, en el artículo 19, un mecanismo de compensación en las vigencias fiscales siguientes, así:

"Artículo 19. Transferencia de los recursos del situado fiscal.- Los recursos del situado fiscal serán transferidos directa y efectivamente a los departamentos y distritos, de acuerdo con la distribución dispuesta en la ley anual de presupuesto, o directamente a los municipios, previo el cumplimiento de las condiciones y términos señalados en la presente ley, mediante giros mensuales que efectuará el Ministerio de Hacienda.

(...)

Parágrafo 1º.- Para los efectos del giro del situado fiscal a los departamentos, distritos y municipios, el Programa Anual de Caja, se hará sobre la base del 100% del aforo que aparezca en la Ley de Presupuesto. A partir de la vigencia fiscal de 1994, los mayores o menores valores del recaudo efectivo serán adicionados o deducidos de las vigencias presupuestales siguientes dentro de un plan de ampliación de coberturas o de ajuste financiero según el caso. Dichos giros se deberán efectuar en los cinco últimos días de cada mes y recibirse en la entidad territorial a más tardar el último día hábil del mismo.

(...)" (Destaca la Sala).

La cuantía real de los ingresos efectivos se apreciaba en la vigencia fiscal siguiente y si era superior a la proyectada, la Nación debía asignar el reaforo existente a favor de los departamentos y distritos, esto es, los recursos adicionales del situado fiscal, en esa vigencia o en las posteriores.

Si los ingresos eran inferiores, el reaforo se constituía a favor de la Nación y ésta debía hacer la deducción correspondiente a los departamentos y distritos, en la vigencia o vigencias siguientes. Es claro que las deducciones autorizadas por la ley 60 debían realizarse sobre la misma cuenta o rubro presupuestal; es decir, la cuenta denominada situado fiscal, que es a la que se refiere el párrafo del artículo 19 transcrito. Este es el caso de la consulta, pues en ella se plantea que en 2002 se liquidó el reaforo del situado fiscal correspondiente a la vigencia de 2001 a favor de la Nación, pero adicionado con la circunstancia de que a partir del 2002, el sistema de transferencias se modificó en su contenido, se suprimió el concepto de situado fiscal y se derogó la ley 60 de 1993.

3.2 La supresión del situado fiscal y la creación del Sistema General de Participaciones.

A raíz de una serie de graves problemas fiscales y de deficiente cobertura de los servicios de salud y educación principalmente, que se estaban presentando con el modelo de transferencias diseñado por la Carta del 91, el Gobierno Nacional presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional, para cambiar el esquema y alcanzar el fin esencial de garantizar la estabilidad de los recursos asignados a dos sectores fundamentales para el desarrollo económico y social del país: la educación y la salud, conforme se expresa en la correspondiente exposición de motivos.

En la misma se mencionan también como fines del nuevo sistema, lograr el equilibrio fiscal y la sostenibilidad de las finanzas públicas, nacionales y regionales, recuperar el espíritu de la Constitución de 1991, en el que la Nación y las entidades territoriales son "socias", garantizar la estabilidad de los recursos con que cuentan las regiones y limitar la volatilidad que históricamente éstos han experimentado y garantizar un crecimiento real del 1.5% de los recursos de las regiones en los primeros cinco años y luego una evolución aún más favorable, de forma que el gasto en salud, educación e infraestructura aumente año tras año en términos reales y de una manera estable, a un ritmo compatible con la estabilidad de las finanzas públicas nacionales³.

El proyecto se materializó en el Acto Legislativo No. 1 del 30 de julio de 2001, "Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política", a saber, el 347, el 356 y el 357.

Esta reforma constitucional entró a regir desde el 1º de enero de 2002, por expresa disposición del artículo 4º del Acto Legislativo y en ella se suprimió el situado fiscal y se creó el llamado Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios.

En este punto, la Sala considera muy importante precisar que entre los conceptos de Situado Fiscal y Sistema General de Participaciones no existen solamente diferencias de forma como la nomenclatura, sino diferencias de fondo, como son, por ejemplo, los cambios en los criterios de asignación de los recursos y la inclusión de nuevos destinatarios de la transferencia, aspecto este que cobra especial connotación en el caso de la consulta. En efecto, es esencial entender que mientras el Situado Fiscal involucraba únicamente a los departamentos y distritos, el Sistema General de Participaciones está integrado por los departamentos, los distritos y los municipios, concepción cualitativa y cuantitativamente distinta que condujo a cambiar los parámetros contenidos en la ley 60 y regular la materia integralmente en la ley 715.

En este orden de ideas, la ley 715 del 21 de diciembre de 2001, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", desarrolló la reforma constitucional al sistema de descentralización fiscal y administrativa (Acto legislativo 01 de 2001).

Interesa saber, que la ley 715 en el artículo 113, derogó expresamente la ley 60 de 1993 y señaló como fecha de iniciación de vigencia la de su sanción la cual ocurrió el 21 de diciembre de 2001. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C- 618 del 8 de agosto de 2002 decidió que era "necesario restablecer la sincronía entre las dos fechas de entrada en vigor de la Ley 715 y del Acto Legislativo" y por lo tanto, "declaró exequible el artículo 113 de la Ley 715 de 2001 en el entendido de que dicha ley entra en vigencia sólo a partir del primero de enero de 2002".

Así las cosas, el nuevo Sistema General de Participaciones -SGP comenzó el 1º de enero de 2002, con la vigencia simultánea del Acto Legislativo No. 1 de 2001, de la ley 715 de 2001 y de la ley 714 también de 2001, ley de presupuesto para el año 2002. Por su parte, la ley 60 de 1993, rigió hasta el 31 de diciembre de 2001, sin que fuera procedente su aplicación en el 2002 o en vigencias fiscales posteriores.

Ahora bien, como la consulta señala que en el año 2002 se determinó un reaforo a favor de la Nación por concepto del situado fiscal de la vigencia presupuestal de 2001, y se demanda el pronunciamiento de la Sala respecto de la viabilidad jurídica de cobrar esta suma a los Departamentos y Distritos, se procede a estudiar dicho asunto.

3.3 Consecuencias de la eliminación del "Situado Fiscal"

En el caso que motiva la consulta, se aprecia que el rubro denominado "Situado Fiscal" desapareció del mundo jurídico⁴, en virtud de lo dispuesto por el Acto Legislativo No. 1 de 2001 y la Ley 715 de 2001, y por tanto no fue incluida en la ley de presupuesto de 2002 (ley 714 de 2001).

Así las cosas, a partir del 1º de enero de 2002, la facultad de configuración legislativa del Congreso de la República quedó limitada para crear o incluir una partida denominada "situado fiscal" en las leyes de presupuesto, porque ese concepto se eliminó constitucionalmente y su función, entonces, es apropiar las partidas correspondientes al Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios, como ha venido haciéndolo desde aquel año.

Por su parte, el Gobierno nacional está imposibilitado para crear rubros presupuestales y para efectuar transferencias o desembolsos a cuentas presupuestales inexistentes, y en forma correlativa, tampoco le es posible jurídicamente hacer deducciones en rubros presupuestales que

están autorizados expresamente por la ley. Las cuentas presupuestales son de obligatoria observancia y se deben respetar de acuerdo con su denominación, sin que puedan homologarse por similitudes o interpretarlas en forma analógica o extensiva⁵.

Lo anterior significa que en virtud de la Reforma Constitucional citada y la ley 715 de 2001 no existe ni puede crearse con las mismas características una cuenta presupuestal sobre la cual realizar la deducción de reaforo del situado fiscal de 1991.

En otras palabras, el reaforo del situado fiscal de la vigencia del 2001, favorable a la Nación, tan solo se hubiera podido compensar realizando la deducción en un rubro presupuestal que se denominara Situado Fiscal incluido en las vigencias de 2002, y siguientes, operación que no ocurrió y que era imposible por la sustitución constitucional de dicho concepto por el de Sistema General de Participaciones.

Desde otro ángulo, la deducción en el 2002 tampoco era factible, como ya se dijo, por cuanto el mecanismo de compensaciones del reaforo del situado fiscal en las vigencias siguientes había dejado de regir, en virtud de la derogatoria de la ley 60 por la ley 715.

Por último, en el caso analizado, no es de aplicación retroactiva el artículo 86 de la ley 715⁶ que se refiere al ajuste del monto apropiado, de manera similar a como lo hacía el artículo 19 de la ley 60, por cuanto ella rige hacia el futuro y por tanto cubre solamente las transferencias realizadas bajo su vigencia.

3.4 La no ultractividad de la ley 60 de 1993.

En el curso del análisis para responder la consulta, la Sala estudió la factibilidad legal de aplicar al caso la figura de la ultractividad⁷ de la ley, fenómeno jurídico que, como se sabe, extiende excepcionalmente la vigencia de una norma derogada para que continúe regulando actuaciones iniciadas durante su imperio. Sin embargo, la Sala encontró que dicha alternativa no es posible, puesto que la ultractividad requiere autorización expresa de la ley⁸, como sucede en materia penal respecto de la ley permisiva o favorable al procesado o condenado (art. 29 inciso tercero, de la Constitución y art. 6º del Código Penal) o en materia laboral en cuanto a la ley favorable al trabajador (art. 53 de la Constitución y art. 21 del Código Sustantivo del Trabajo).

En realidad, en el caso bajo examen, y como ya se sugirió, lo que se evidencia es un vacío normativo, pues la ley 715 de 2001, no contempló una disposición de transición que, de manera expresa, le diera efectos ultraactivos a la ley 60 de 1993, en el sentido de permitir hacer efectivo el eventual reaforo del situado fiscal que se presentara por la vigencia fiscal de 2001, a favor de la Nación.

En síntesis, la disposición contenida en el actual párrafo transitorio 1º del artículo 357 de la Constitución, y la ley 715 de 2001, derogaron, la primera, de manera tácita por jerarquía normativa, y la segunda, de manera expresa, a partir del 1º de enero de 2002, el párrafo 1º del artículo 19 de la ley 60 de 1993 que permitía, en el caso de la Nación, hacer efectivo el reaforo del situado fiscal resultante a su favor, mediante la deducción correspondiente en las vigencias fiscales posteriores, y en consecuencia, no era en 2002 ni es viable, hoy, entrar a cobrar a los departamentos y distritos dicho reaforo por la vigencia fiscal del año 2001.

LA SALA RESPONDE

1. No es viable jurídicamente que el Gobierno Nacional efectúe el cobro a los departamentos y distritos del mayor valor girado por concepto del situado fiscal correspondiente a la vigencia presupuestal del año 2001.

2. La respuesta anterior elimina la hipótesis contenida en esta pregunta.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Hugo Palacios Mejía. La economía en el derecho constitucional colombiano. Derecho Vigente, Bogotá, 1999, pág. 174. Este autor señala, citando a Enrique Caballero Escovar, que la expresión parece derivar de la antigua práctica de "situar" auxilios monetarios de las metrópolis a las colonias.

2 En la Constitución anterior se hacía sobre los ingresos "ordinarios", los cuales no incluían los no tributarios. Juan Camilo Restrepo Salazar. Hacienda Pública. Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 358.

3 Gaceta del Congreso No. 434, del 30 de octubre de 2000, pág. 11.

4 En efecto, en la revisión de las normas presupuestales de los años 2001 y 2002, se observa que para la vigencia fiscal de 2002, el gasto denominado "Situado Fiscal" dejó de existir, lo cual se advierte claramente al confrontar los presupuestos nacionales de 2001 y 2002, en la siguiente forma:

a) Vigencia fiscal de 2001: Ley 628 del 27 de diciembre de 2000 y decreto 2790 del 29 de diciembre de 2000, de liquidación del presupuesto. En el Anexo de éste, aparecen los siguientes gastos:

*Sección 1901: Ministerio de Salud, Cta. Prog. 3 Subc. Subp. 3, Concepto Situado Fiscal, cuantía \$1.122.638.164.537.

*Sección 2201: Ministerio de Educación Nacional, Cta. Prog. 3 Subc. Subp. 3, Concepto Situado Fiscal, cuantía \$3.004.033.670.926.

b) Vigencia fiscal de 2002: Ley 714 del 20 de diciembre de 2001 y decreto 2888 del 27 de diciembre de 2001, de liquidación del presupuesto, en cuyo Anexo figura el siguiente gasto:

*Sección 1301: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Cta. Prog. 3 Subc. Subp. 6 Objg. Proy. 3 Ord. Spry. 2, Concepto Sistema General de Participación de Departamentos, Distritos y Municipios, cuantía \$11.053.350.000.000.

5 Con respecto a los principios presupuestales de legalidad y de especialización, la Corte Constitucional en sentencia C-685 de 1996, expresó: "Por ello se considera que una obvia consecuencia de la legalidad del gasto es el llamado principio de "especialización", que se encuentra expresamente consagrado en el aparte final del artículo 345 de la Carta, el cual señala que no se podrá "transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto". (...). Por consiguiente, esta norma constitucional está prohibiendo que el Gobierno utilice una partida de gasto aprobada por el Congreso para una finalidad distinta de aquella para la cual ésta fue apropiada. Así, el artículo 18 del decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto especifica los alcances del principio de especialización y establece que "las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas". Y no podía ser de otra forma pues poca eficacia tendría el principio de legalidad si, una vez aprobado el presupuesto, el Gobierno pudiera variar a su arbitrio los montos de las partidas o la destinación de las mismas". (Negrillas no son del texto original).

6 "Artículo 86.- *Ajuste del monto apropiado.*- Cuando la Nación constate que una entidad territorial recibió más recursos de los que le correspondería de conformidad con la presente ley, debido a deficiencias de la información, su participación deberá reducirse hasta el monto que efectivamente le corresponda. Cuando esta circunstancia se presente, los recursos girados en exceso se deducirán de la asignación del año siguiente. (...)".

7 Sobre esta figura, la Corte Constitucional, dentro del estudio del inciso segundo del artículo 237 de la ley 222 de 1995, que expresamente consagra la ultractividad normativa, al disponer que "los concordatos y las quiebras iniciadas antes de la vigencia de esta ley, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta ley", en la sentencia C-450 del 19 de septiembre de 1996, expresó: "Cabe agregar, que no obstante la regla general es que las normas rigen hacia futuro, no existe impedimento de orden constitucional ni legal, para que por motivos razonable y objetivamente justificados, se les de a las mismas un efecto ultractivo, en orden a que determinadas situaciones sigan siendo reguladas por la ley que fue derogada". Y más adelante, la Corte manifestó: "... en forma expresa y como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, se autoriza en la legislación la aplicación ultractiva de la norma, según la cual la ley derogada ¿que lo es para el caso sub-examine, el régimen concordatario previsto en el Decreto-Ley 350 de 1989 y los artículos 1937 a 2010 del Código de Comercio para el proceso de quiebra-, puede ser aplicada después de que ha perdido su vigencia frente a la derogatoria expresa o tácita de la misma, regulando hechos que ocurrieron con posterioridad a su derogatoria, ..." (Negrillas no son del texto original).

8 La Corte Constitucional ha insistido en varias sentencias, como lo hizo en la C-377 de 2004, que la ultraactividad de la norma tiene que estar autorizada expresamente por la Constitución o la ley. Sostuvo la Corte en la sentencia citada: "La retroactividad y la ultraactividad de la ley tienen carácter excepcional y deben estar expresamente previstas en el ordenamiento. Tal es el caso del principio de favorabilidad en materia penal, por virtud del cual ¿la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable? (C.P. art. 29), o de los efectos ultraactivos de la ley procesal derogada en relación con los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua" (Resalta la Sala). En otra sentencia, la C-763 de 2002, la Corte manifestó: "... por su parte, la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultraactividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada , por expresa voluntad del legislador" (Destaca la Sala).

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:26:35