

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD
FISCAL**

**ESTUDIANTE:
CESAR ARIAS JEREZ**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
MAESTRÍA EN DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ D.C., 2017**

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD
FISCAL**

**ESTUDIANTE:
CESAR ARIAS JEREZ**

**TESIS COMO REQUISITO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO ECONÓMICO.**

DIRECTOR DE LA TESIS: DOCTOR FERNANDO CASTILLO CADENA.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
MAESTRÍA EN DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ D.C., 2017.**

*A Natalia y Miranda; mis guías a través de cumbres
impensadas de felicidad.*

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

CONTENIDO

Presentación, desarrollo del documento y objetivo	7
Capítulo I.....	11
1.1.Origen de la sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano	12
1.2.Trámite del Acto Legislativo 03 de 2011 ante el Congreso de la República.....	17
1.3.Estudio por parte de la Corte Constitucional de la introducción de la Sostenibilidad Fiscal como disposición constitucional	23
1.4.Conclusiones	35
Capítulo II.....	38
2.1. Aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en las providencias judiciales	39
2.2. Importancia de la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en las providencias emitidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.....	49
2.3. El criterio orientador de la sostenibilidad fiscal y su relación con el derecho fundamental de acceso material a la justicia, en el marco de las providencias judiciales	56
2.4. Conclusiones	61
Capítulo III.....	63
3.1. Complementariedad de la justicia y la eficiencia en el ordenamiento jurídico colombiano.....	64
3.2. La Sostenibilidad Fiscal como elemento configurador de la <i>ratio decidendi</i> de las providencias judiciales que versan sobre la responsabilidad del Estado	72

3.3. El Incidente de Impacto Fiscal: un espacio de interlocución interinstitucional en favor de la razonabilidad fiscal de las decisiones judiciales	82
3.4. Conclusiones	88
Capítulo IV	90
4.1. La creación de nuevos parámetros de responsabilidad y de gestión en la actuación administrativa a través de providencias del Consejo de Estado.	90
4.2. Reparación integral: un escenario adverso a la sostenibilidad fiscal	97
4.3. El desconocimiento de principios fundamentales de un sistema de <i>economía social de mercado</i> , en detrimento de los derechos de los ciudadanos y del fisco.	
4.4. La alteración de los efectos de la cosa juzgada mediante el Incidente de Impacto Fiscal	114
Conclusiones	121
Referencias Bibliográficas	126

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL.

“Cabalmente eficacia y legalidad en el Estado son complementarias.” Gaspar Ariño Ortiz.

Presentación.

El desarrollo económico estable y sostenido de un país depende en buena parte del cumplimiento de una política fiscal adecuada y del manejo responsable y planificado del gasto público. Así las cosas, en consideración a la importancia de la disciplina fiscal para la estabilidad macroeconómica, en la pasada década se desarrollaron en Colombia varias normas tendientes a controlar y ordenar el gasto público en todos sus frentes.

No obstante lo anterior, el ejecutivo observó la necesidad de consagrar en nuestro ordenamiento jurídico una disposición que comprendiera una nueva perspectiva a través de la cual las autoridades públicas deben advertir las consecuencias económicas de sus actuaciones; lo que dio lugar al Acto legislativo 03 de 2011, el cual introdujo el precepto de la Sostenibilidad Fiscal en nuestra Constitución Política.

La introducción de este criterio junto con una herramienta procesal denominada Incidente de Impacto Fiscal representa un hito en la historia jurídica de nuestro país, un cambio de paradigma, particularmente en las disposiciones que definen la *Constitución Económica* en el entramado normativo de la Carta. En efecto, la nueva disposición constitucional, impone a los agentes del Estado la obligación de ir más allá de la

verificación de la validez de sus decisiones frente al marco normativo en el que se funda, para tener en cuenta sus consecuencias en el erario público.

Ahora bien, siendo claro que las autoridades judiciales deben atender este criterio al momento de proferir sus decisiones, cobra gran importancia su desarrollo y aplicación en la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, dada su competencia para juzgar la responsabilidad del Estado frente a los particulares, lo que conlleva un impacto inmediato de sus providencias en los recursos públicos.

Ciertamente, la aplicación de un criterio de racionalidad económica al que le es inherente la eficiencia, en una actuación judicial a través de la cual se asignan derechos según los valores de equidad, justicia y solidaridad, no es un asunto sencillo. Sin embargo, en este trabajo se propondrá que los mencionados axiomas constitucionales y la eficiencia son susceptibles de complementarse y coexistir en una decisión judicial.

En efecto, solo a través de la articulación de los anteriores preceptos será posible construir en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una doctrina que considere la escasez de los recursos públicos con cargo a los cuales se pagan las condenas proferidas en contra del Estado y que, de la misma manera, propenda por la materialización de los derechos de quienes acuden a esta jurisdicción.

Se espera que este trabajo sea un aporte a la necesaria labor de construir un diálogo productivo entre el derecho y la economía, que, siendo ciencias sociales, siempre serán más útiles a los fines trazados por una sociedad, en cuanto se complementen.

Desarrollo del documento.

En el primer capítulo del presente trabajo, se señalará a grandes rasgos el contexto económico nacional y el estado del ordenamiento jurídico en lo relacionado con normas de

responsabilidad fiscal, en el cual surgió el proyecto de Acto Legislativo que a su vez daría lugar a la introducción de la sostenibilidad fiscal como disposición de carácter constitucional. Igualmente, se mostrará la transformación que experimentó el texto presentado por el Gobierno Nacional, en su tránsito por el Congreso de la República y el estudio que del texto aprobado por el legislativo realizó la Corte Constitucional, punto en el cual se señalarán las que se consideran son las conclusiones más importantes de esa corporación sobre el nuevo precepto constitucional.

En el segundo capítulo se explicará como la sostenibilidad fiscal puede y debe ser observada por las autoridades judiciales al momento de dictar sus providencias y se señalará específicamente la importancia de que este criterio sea aplicado en los pronunciamientos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y particularmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así mismo, se estudiará el alcance y sentido del Incidente de Impacto Fiscal como forma de materialización del citado criterio orientador y finalmente se explicará por qué el derecho fundamental de acceso a la justicia no se contrapone a la aplicación de la sostenibilidad fiscal y que, contrario a su aparente oposición, pueden coexistir dentro de un pronunciamiento emitido por la mencionada jurisdicción.

Establecido lo anterior, se advertirá en el capítulo tercero que para lograr el verdadero alcance que dispone el criterio de la sostenibilidad fiscal según el texto del artículo 334 Superior en el ámbito de la responsabilidad del Estado, es necesario que el criterio se materialice en la *ratio decidendi* de los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado. Para esto, se explicará que aún desde el punto de vista normativo, el valor de la justicia y la eficiencia como núcleo del criterio orientador estudiado, deben

entenderse como preceptos complementarios, susceptibles de articularse en las providencias judiciales y especialmente en las que versan sobre responsabilidad del Estado.

Finalmente, para ilustrar las conclusiones contenidas en los capítulos 2 y 3; en el capítulo 4 se abordarán cuatro sentencias del Consejo de Estado, en las cuales se hace evidente la necesidad de introducir razonamientos de naturaleza consecucional, inherentes al criterio orientador de la sostenibilidad fiscal, en las providencias que abordan la responsabilidad estatal.

Objetivo.

El objetivo de este trabajo es demostrar que la introducción en la Constitución Política del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal conlleva la necesidad de que la *ratio decidendi* de las providencias judiciales en las que se estudia la responsabilidad del Estado, contenga razonamientos encaminados a ponderar las consecuencias de dichas decisiones.

Así mismo, se pretende demostrar que lo anterior solo puede lograrse mediante un cambio en la forma como se concibe la relación entre el valor constitucional de la justicia y la eficiencia, que deben estudiarse como preceptos complementarios en aras de buscar que la materialización de los derechos que se logra a través de las providencias judiciales de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no ponga en riesgo los derechos de la ciudadanía en general, por vía de la grave afectación del erario.

CAPÍTULO I

El objetivo principal de este capítulo es establecer el origen, naturaleza y finalidad de la sostenibilidad fiscal, figura introducida mediante Acto Legislativo 03 de 2011 en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia. En este orden de ideas, se estudiarán los antecedentes jurídicos de dicha figura, los cuales la ubican dentro de una tendencia normativa que propende por la institucionalización de criterios de eficiencia en las actuaciones de la administración pública a través de su positivización en normas de la más alta jerarquía del ordenamiento colombiano. De igual forma, se realizará un análisis del trámite que surtió el Acto Legislativo previamente referido ante el Congreso de la República, en el cual se destaca la transformación que experimentó el precepto propuesto por el gobierno nacional en el año 2010 como resultado de su presentación ante el Legislativo.

Por otra parte, se establecerá que la sostenibilidad fiscal es un criterio que busca orientar las actuaciones de las autoridades para moderar el gasto público y hacerlo sostenible -sin que ello suponga menoscabo de los derechos previstos en la constitución-, a través de la imposición de una consideración de orden económico en las actuaciones de la administración. Esto se logrará con apoyo en el estudio realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-288 de 2011, en la cual se analizó si la introducción del precepto de Sostenibilidad Fiscal transformaba el carácter social de la Carta; punto en el cual se señalarán concretamente las razones que llevaron a esa Corporación, a concluir que el nuevo precepto no subvertía los ejes definitorios de la Constitución.

Lo anterior nos conducirá al último apartado de este capítulo, en el cual se concluye que la Sostenibilidad Fiscal no es una barrera para la realización efectiva de los derechos

constitucionales; por el contrario, es una herramienta más con la cual cuenta la Administración para garantizar el cumplimiento progresivo y sostenible de los objetivos inherentes al Estado Social de Derecho, sin perder de vista la inevitable premisa de la escasez de los recursos públicos¹.

1.1. Origen de la sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano.

A raíz del fluctuante crecimiento económico que experimentó Colombia a partir de la primera década de este siglo² impulsado en gran parte por el boom minero-energético, acompañado siempre de un progresivo gasto público, y tomando las lecciones que dejó la crisis financiera y económica en general que se vivió al finalizar la década de los 90, se hizo evidente a nivel institucional, la necesidad de contar con normas de disciplina fiscal en aras de lograr un manejo responsable de las finanzas públicas tanto en el sector central, como en el territorial. Así lo planteaba dentro de muchos otros Sergio Clavijo, que al respecto expuso:

Otro principio institucional que ha permeado en los países desarrollados es que los recursos económicos son escasos, lo cual implica que muchos de los loables objetivos sociales tan solo se podrán alcanzar de manera gradual. Dicho de otra manera, la existencia de restricciones presupuestales impone, de una parte, el principio de optimización en el uso de los recursos disponibles y, de otra, el

¹ Al respecto afirma Rodrigo Uprimny:

En primer término, conforme a los pactos internacionales, la constitución, y la doctrina más autorizada, la obligación que tiene el Estado, y en especial el Legislador y el Ejecutivo, de asegurar la vigencia de los derechos sociales, debido precisamente a su carácter prestacional, no es idéntica a los deberes que tiene el Estado en relación con los derechos civiles y políticos. Por ello, estos textos señalan que esos derechos no son de aplicación inmediata integral sino de “realización progresiva”, pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos. (Uprimny, 2001).

² Véase comunicado de prensa del DANE del 22 de marzo de 2012 en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/cp_PIB_IVtrim11.pdf

reconocimiento de la “modulación” en el tiempo para el logro de estos objetivos.
(Clavijo Vergara, 2001, p. 6).

Ya en 1997, mediante la Ley 358 de 1997 se habían establecido toques para el endeudamiento mediante operaciones de crédito de las entidades territoriales y en 2001, se logró un mayor control sobre el crecimiento del gasto corriente y de funcionamiento de dichos entes, en virtud de la Ley 617 de 2001.

Sin embargo, uno de los precedentes más claros en cuestión de responsabilidad fiscal se dio a inicios de la pasada década, cuando a instancias del Ejecutivo fue expedida por el Congreso de la República la Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad, y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” (Ley 819, 2003). En virtud de esta norma, se adoptaron diversos mecanismos y mandatos relacionados con la planeación fiscal como la introducción de un superávit primario, pero principalmente en cuanto a la preparación, presentación y contenido del presupuesto de las entidades públicas, lo que impone la realización de actuaciones planificadas, oportunas y rigurosas en materia presupuestal, todo lo cual redundó en el afianzamiento de una mayor conciencia institucional sobre la responsabilidad y la sostenibilidad fiscal³.

Igualmente, es importante mencionar que el Fondo Monetario Internacional, entre otros organismos multilaterales, impulsaron la implementación de normas de responsabilidad fiscal en los países en desarrollo como Colombia, propendiendo por la creación de normas de alcance general con el fin de obtener mejores resultados en materia

³Esta es una de las características de las Leyes de responsabilidad fiscal: obligar a que los presupuestos tradicionales se acompañen, o aun que sean precedidos, de informaciones financieras que no solían contener los presupuestos tradicionales, y que resultan indispensables no solamente para tener una visión de conjunto de la gestión financiera del Estado, sino para encauzar las decisiones presupuestales (recaudos, ingresos y endeudamiento) en la correcta decisión de asegurar la sostenibilidad presupuestal. (Restrepo Salazar, 2007).

de disciplina fiscal. Así lo difundían Daniel, Davis, Fouad & Van Rijckeghem, en los siguientes términos:

Las leyes de responsabilidad fiscal deberían aplicarse sobre una definición amplia de gobierno. Aquellas leyes con mayor cobertura sobre el sector público, tienden a ser más exitosas que las que tienen un enfoque más reducido (i.e. las que cubren solo el sector central). (Daniel & Daniel, 2007).

Y sobre los beneficios de la disciplina fiscal para los países en desarrollo, afirmaban:

Las finanzas públicas de un país pueden parecer sólidas ahora, pero podrían ser vulnerables si las debilidades que les subyacen amenazan su posición fiscal futura y limitan la capacidad del gobierno de responder a desafíos de la política fiscal. Reducir la vulnerabilidad fiscal permite a la política fiscal responder contra – cíclicamente a las crisis y ciclos de contracción. (Daniel & Daniel, 2007).

Afianzado el marco legal que estableció la responsabilidad fiscal en la preparación y ejecución del presupuesto por parte de la Administración, fue evidente la necesidad de avanzar en la consolidación del principio de sostenibilidad, abordando uno de los asuntos que a nivel mundial y por supuesto en Colombia es objeto de estudio permanente por el impacto financiero que representa el sistema pensional⁴.

⁴ Al respecto, el Doctor Fernando Castillo Cadena señala en la página 3 de su artículo *Los Principios de Progresividad en la Cobertura y de Sostenibilidad Financiera de la Seguridad Social en el Derecho Constitucional: una Perspectiva Desde el Análisis Económico*, que

Tanto el gobierno nacional como algunos técnicos habían percibido que el gasto público en materia pensional estaba disparado y que esto no sólo tendría repercusiones en las cuentas de la seguridad social sino también en las finanzas públicas en general. El gobierno, con base en sus cuentas, sostuvo que el déficit pensional colombiano ascendía al 187% del PIB; sin duda una cifra bastante elevada para un nivel de cobertura tan bajo. Pasivos pensionales de parecida magnitud al colombiano, como

En efecto, independiente del modelo económico y de gobierno que un país adopte, garantizar el pago de la carga prestacional derivada del reconocimiento de las pensiones a favor de los ciudadanos que han adquirido este derecho, representa una de las tareas financieras prioritarias y neurálgicas del mismo.

Por lo anterior y dados los problemas estructurales y financieros que venía presentando el sistema pensional colombiano, fue modificado el artículo 48 de la Constitución Política⁵ mediante el acto legislativo 01 de 2005, el cual introdujo la garantía de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

En efecto, el acto legislativo referido establece al Estado como garante de la sostenibilidad fiscal del sistema pensional en su integralidad, lo que incluye la obligación del pago de las pensiones que estén directamente a su cargo, y adicionalmente obliga al legislativo a verificar la sostenibilidad de las Leyes que en materia pensional se dicten a futuro.

Así, el principio introducido mediante el mencionado acto legislativo vino a soportar el mandato de cobertura progresiva del sistema de seguridad social, toda vez que implica el reconocimiento de la escasez de los recursos públicos empleados para materializar los derechos pensionales y la necesidad de estructurar el sistema para hacerlo financieramente sostenible a futuro. Sin embargo, más allá de la caracterización del principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y su impacto real en

el del Reino Unido o Japón, soportaban un nivel de cobertura de más del 80% de su población (Castillo Cadena, 2006).

⁵ Artículo 48. (...) El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. (Constitución Política de Colombia, 1991).

este⁶, es importante observar que indudablemente, esta reforma constitucional iba en la misma dirección que los precedentes anteriormente referidos y del criterio de sostenibilidad fiscal que posteriormente se introduciría: lograr la institucionalización del racionamiento económico en las actuaciones del Estado a través del establecimiento de disposiciones de la más alta jerarquía, destinadas a permear la integralidad del ordenamiento jurídico nacional.

1.2. Trámite del Acto Legislativo 03 de 2011 ante el Congreso de la República.

La breve recapitulación señalada en el anterior apartado, muestra el contexto económico y legal que dio lugar a la preparación del Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2010 durante el segundo periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez, y a su presentación, ya en el mandato de Juan Manuel Santos, ante el Congreso de la República. Mediante este proyecto se pretendía establecer “(...) el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del estado social de derecho”. (MinHacienda, s.f.).

En efecto, la vigencia de las normas de responsabilidad fiscal previamente referidas, el ciclo de expansión económica que experimentaba el país una vez superada la crisis de

⁶ Al respecto, el profesor Fernando Castillo Cadena concluye:

Antes señalábamos que se podían identificar dos clases de sostenibilidad: auto sostenibilidad y sostenibilidad. Pues bien, la norma constitucional no ordena la auto sostenibilidad sino la sostenibilidad. Ello implica no solo la potestad de modificar los factores que inciden en la pensión sino la potestad de financiar el déficit del sistema con ingresos públicos diferentes, desde luego, a las cotizaciones: el Congreso de la República tiene diferentes herramientas para dar viabilidad financiera al sistema.

Líneas más adelante, en la página 26 del mismo artículo señala:

Lo anterior implica que es el juego político el que determina si existe o no viabilidad financiera; lo que hace que el postulado constitucional de sostenibilidad no sea sino otro más de los retóricos, que no conducen per se a una ordenación real del gasto público. Con todo, la garantía de sostenibilidad financiera otorgada por la Constitución normativamente implica, al menos, realizar un análisis sobre la capacidad estatal para asumir gastos en materia de seguridad social. (Castillo Cadena, 2006).

2009, la necesidad de garantizar la sostenibilidad del Estado particularmente en cuanto a sus deberes prestacionales y los beneficios de sintonizar los parámetros fiscales del país con la economía global⁷, sirvieron como razones para justificar la modificación de la Constitución, introduciendo un precepto de carácter fiscal, aplicable a todas las actuaciones del Estado.

A su vez, esta modificación de la Constitución abriría paso a la creación de una regla fiscal, que se concretó posteriormente en la Ley 1473 de 2011. Este mecanismo de disciplina fiscal tiene como propósito lograr unas cuentas fiscales saneadas y transparentes, a través de la reducción de la deuda pública como porcentaje del PIB, lo que a su vez habilita al Estado para adoptar políticas anti-cíclicas robustas y acordes con los efectos de la desaceleración económica, cuando esta ocurra. Sobre esta importante tarea del Estado la doctrina ha señalado:

El estado debe también orientar la evolución económica, de tal forma que sea estable, expansiva y equitativa, para garantizar una satisfacción creciente de las necesidades de la población. En muchas ocasiones, su rol orientador debe traducirse en corrector de desequilibrios originados, por ejemplo, en choques externos o internos negativos. Lo hace a través del diseño y la aplicación de una determinada política económica. (...)

La acción económica estatal puede ser bien hecha. El Estado puede contribuir a generar riqueza, expandir la economía, estabilizarla, y distribuir el ingreso equitativamente. El desarrollo acelerado de los países asiáticos durante los años

⁷ Véase *La Regla Fiscal Para Colombia*, publicado por FEDESARROLLO en la revista Debates de Coyuntura Económica y Social número 81 de julio de 2010. (FEDESARROLLO, 2010).

setenta y ochenta o la exitosa reconstrucción europea de la posguerra atestiguan esa posibilidad. (Ferrari, 2005, p. 159-160).

Como se observa del texto presentado al Congreso, la propuesta consistía en otorgar a la sostenibilidad fiscal el carácter de derecho exigible a todas las ramas del poder público, lo que de contera habría modificado sustancialmente la Constitución Económica planteada en 1991. Sin embargo, el trámite surtido ante el legislativo significó una sustancial transformación sobre el texto inicialmente propuesto por el Gobierno.

A lo largo de los debates y conciliaciones surtidos en las dos cámaras, varios sectores políticos presentaron una férrea oposición al proyecto, con el argumento principal de que el nuevo texto del artículo 334 Superior, sacrificaría la naturaleza social del modelo estatal para privilegiar criterios fiscales determinados por el Ejecutivo. Finalmente, la mencionada iniciativa fue aprobada por el Congreso al finalizar el primer periodo legislativo de 2011, no sin sufrir cambios de trascendental importancia que resultarían decisivos para aprobar el juicio de sustitución de la Constitución que posteriormente realizó la Corte Constitucional, en virtud de la facultad prevista en el numeral 1 del artículo 241 de la Carta.

En este punto, es importante recordar el texto de este proyecto de Acto Legislativo que presentaba a la sostenibilidad fiscal como “un derecho que contribuye a proteger a todos los demás y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrente la economía para atender sus deberes sociales” (MinHacienda, s.f., p. 6). Así, en el nuevo inciso primero del artículo 334 de la Constitución, se establecía la realización de las actividades de dirección y planificación de la economía a cargo del Estado, dentro de un marco de sostenibilidad fiscal, y en el inciso segundo se implementó la progresividad en la búsqueda Estatal del acceso efectivo de las personas de menores ingresos a los bienes y

servicios básicos, aspectos que se mantuvieron incólumes en trámite de la reforma constitucional.

El inciso tercero, que definía la naturaleza de este nuevo precepto, consagraba la sostenibilidad fiscal como un elemento esencial para la búsqueda de los cometidos del Estado y por lo tanto un derecho exigible prima facie a las autoridades de todas las ramas del poder público.

Por su parte, el inciso cuarto del proyecto planteaba un imperativo para el Legislativo, consistente en asegurar la sostenibilidad económica de las propuestas que implicaran avances en la materialización de los derechos sociales y económicos, con el fin de verificar su continuidad y progresividad. Finalmente, con el Acto Legislativo, se incluía la sostenibilidad fiscal como un aspecto de necesaria observancia dentro de la formulación del Plan Nacional de Desarrollo y del Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropriaciones

El resultado del proceso surtido en el congreso fue un cambio drástico en varios aspectos del Acto Legislativo propuesto por el Ejecutivo, siendo la modificación más importante la que se realizó sobre la concepción de la sostenibilidad fiscal. En efecto, la transformación de *derecho-deber de colaborar con la efectividad de la sostenibilidad fiscal, exigible a todas las ramas del poder público a criterio orientador el cual deben aplicar las autoridades públicas en todas sus actuaciones*, resultó de capital importancia, ya que de entrada evitó la probable confrontación que se habría generado con varios de los derechos constitucionales ya consagrados, considerados ejes definitorios de la Constitución y por esta vía, el conflicto con la realización de los fines esenciales del Estado.

Por otra parte, el inciso cuarto del proyecto que establecía el mandato para el legislativo de verificar la sostenibilidad fiscal en sus propuestas sobre el alcance de los derechos fundamentales, fue excluido del Acto Legislativo. Así, este condicionamiento de

naturaleza económica que por esta vía se impondría al Congreso y en concepto de los ponentes también a los jueces, como encargados de establecer en cada caso el alcance de los derechos económicos culturales y sociales, fue excluido.

Para el final del extenso proceso de debate que se dio en ambas cámaras, el Acto Legislativo había sido adicionado con dos elementos que incidieron definitivamente en la naturaleza del nuevo precepto y en su integración a la Constitución; ellos fueron la expresa prohibición para las entidades públicas de aducir la sostenibilidad fiscal para negar o menoscabar el reconocimiento de los derechos fundamentales y la inclusión del Incidente de Impacto Fiscal.

En cuanto al primero de los aspectos señalados en el párrafo anterior, lo que se observa es la consagración de la consecuencia del cambio de naturaleza del nuevo precepto: de derecho a criterio orientador. En efecto, al perder su condición de derecho-principio, y según la nueva redacción de la norma, la sostenibilidad fiscal adquirió un carácter instrumental respecto de los derechos y principios consagrados en la Carta, quedando subordinada a estos.

Respecto al segundo aspecto introducido, esto es, el Incidente de Impacto Fiscal, este surgió en el trámite del octavo debate ante la plenaria del Senado, en el cual fue incluido por los ponentes como una forma de propender por una interpretación de los derechos constitucionales acorde con el criterio de sostenibilidad fiscal en determinadas providencias dictadas por las Altas Cortes, mediante un procedimiento en el que se permitiera al Ejecutivo explicar a dichas corporaciones los efectos de sus decisiones sobre las finanzas públicas. De tal manera quedó plasmado en el informe de ponencia:

(...)Teniendo en cuenta las modificaciones realizadas al título, como al artículo 1° de este Proyecto de Reforma Constitucional y hechas las salvedades de la necesidad

de hacer una redacción más acorde con su contenido conforme al debate hecho en primer debate de segunda vuelta en la Comisión Primera, en especial, con la protección al núcleo esencial de los derechos fundamentales, en la medida que su protección se genere mediante una interpretación acorde con el criterio de sostenibilidad de derechos, sin que se genere una colisión entre principios o criterios; de la misma forma que se precisa la necesidad de que el mecanismo allí previsto sea tenido en cuenta al interior de las máximas corporaciones judiciales, dada la necesidad de que se expongan las consecuencias de orden fiscal de las sentencias que allí sean proferidas, con el fin de que se pueda dar su cumplimiento. (Congreso de Colombia, 2011)

Así se llegó al texto final del Acto Legislativo 03 de 2011 aprobado por el Congreso⁸, el cual contrastó con lo pretendido en el proyecto presentado por el Gobierno Nacional en el año 2010, en cuanto a la naturaleza del nuevo precepto constitucional y, por tanto, en sus efectos en el ordenamiento jurídico del país. No obstante, se considera que el texto aprobado, es mucho más acorde con el modelo de Estado previsto en la Constitución Política y con sus objetivos, así como con los principios que rigen las actuaciones de la administración y en general las relaciones sociales y económicas en nuestro país, como se haría evidente en el juicio de sustitución realizado por la Corte Constitucional.

Así, el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal resultantes del trámite previamente reseñado, significaron un ajuste al arreglo institucional que representó la Constitución Política de 1991⁹, y se sumaron a las herramientas del

⁸ Véase Gaceta del Congreso, junio 14 de 2011. <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-el-cual-se-establece-el-criterio-de-sostenibilidad-fiscal-ley-de-sostenibilidad-fiscal/5700/#tab=2>.

⁹ La Constitución Política de 1991 puede ser interpretada desde la NEI como un nuevo arreglo institucional orientado a disminuir los costos de transacción propios de un mercado imperfecto, a

Estado para el desarrollo de sus objetivos económicos, entre otros, el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, pleno empleo y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo económico. (Ferrari, 2005, p. 14).

En efecto, el concepto de sostenibilidad fiscal fue introducido con el objetivo de generar un efecto moderador en el gasto público, que, a su turno, es un factor clave para la estabilidad macroeconómica del país¹⁰, pues afecta de manera directa las tasas de interés, la inflación, repercute en la equidad intergeneracional, y de su manejo responsable también depende la capacidad del Estado para realizar medidas anti-cíclicas cuando los fenómenos económicos impongan esa necesidad¹¹.

1.3 Estudio por parte de la Corte Constitucional de la introducción de la Sostenibilidad Fiscal como disposición constitucional.

Los asuntos que se debaten entre el derecho y la economía no son nuevos en materia de los análisis que realiza la Corte Constitucional en el marco de su competencia. Al respecto, varios autores han formulado críticas al acercamiento que dicha corte ha realizado en temas tan diversos como los sistemas de financiamiento hipotecarios, los servicios de

través de la intervención del Estado encaminada hacia la búsqueda de igualdad de oportunidades para competir por parte de las organizaciones que dicho arreglo cubre. La consecución de este objetivo antes mencionado se materializa en el intento por conciliar dos elementos, el primero, el libre mercado y el espacio para que las fuerzas de la competencia puedan generar beneficios o externalidades positivas para la sociedad, y el segundo, la concesión de condiciones de igualdad material para las organizaciones que hacen parte de este arreglo. (Pinzón, 2009)

¹⁰ Si el financiamiento es de fuente interna puede venir del Banco Central, de los bancos comerciales y/o directamente del público. Si el Gobierno solicita un crédito a la banca comercial, que equivale a venderle bonos, aumenta la demanda en el mercado de créditos y, en consecuencia, aumenta la tasa de interés. Si el financiamiento es del público a través de la compraventa de bonos estatales, reduce su ingreso disponible, su demanda sobre los mercados de bienes o servicios y su capacidad para depositar en los bancos comerciales, lo que, a su vez, reduce la disponibilidad para prestar y, por lo tanto, eleva la tasa de interés. (Ferrari, 2005).

salud o los derechos pensionales; dentro de esas críticas, el economista Sergio Clavijo planteó:

Las Cortes, al optar por un veredicto de “cosa juzgada” a través de un fallo, olvidan que en economía pocas veces se puede juzgar ex ante la superioridad de una regla frente a otra y de allí que resulte más conveniente que el congreso la pueda alterar cuando el curso de la historia y las fuerzas políticas actuantes así lo determinen. (Clavijo Vergara, 2001, p. 5).

Por otra parte, doctrinantes y ex magistrados de dicha corte como Eduardo Montealegre Lynnet, han propuesto instrumentos jurídicos de acercamiento entre el derecho y la economía, como se aprecia en el siguiente texto:

Durante este debate, no pocos economistas han manifestado preocupación sobre la forma como los juristas solucionamos temas importantes para la economía. Dentro de las grandes críticas que se han formulado al control constitucional bajo esta óptica, destacan que la interpretación de la Carta Política no tiene en cuenta las realidades económicas. También consideran que no se da relevancia a consideraciones importantes en el manejo económico como el déficit fiscal, la inversión social o los equilibrios macroeconómicos. Estas dificultades, sin embargo, pueden ser superadas con fundamento en categorías interpretativas que ofrece el mismo derecho. Según espero explicarlo en esta conferencia, el test de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad constituyen la herramienta de análisis constitucional a través de la cual se pueda dar respuesta a la crítica. El principio de proporcionalidad puede ser el punto de convergencia entre el derecho y la economía. (Montealegre, 2007, p. 63, 78).

Estos, dentro de varios aportes realizados por parte de la doctrina nacional¹², sumados al constante desarrollo de la jurisprudencia, llevaron a la Corte Constitucional a establecer ciertos parámetros jurídicos que propenden por el respeto del margen de configuración que en materia económica posee el legislativo¹³.

Ahora bien, el Acto Legislativo 03 de 2011 que modificó entre otros el artículo 334 de la Constitución Política, fue estudiado por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este pronunciamiento, la Corte analizó la figura de la sostenibilidad fiscal en el contexto de la Constitución Económica y de cara a los ejes definitorios de la Carta Política, con el fin de determinar si esta modificación configuraba una sustitución de la Constitución, según lo aducido por algunos de los demandantes de la norma.

Esta providencia contiene un análisis profundo de las implicaciones del nuevo texto en los artículos de la Constitución Económica, y por lo mismo en el modelo denominado “economía social de mercado” que plantea la jurisprudencia de la Corte. Igualmente estudia la nueva disposición constitucional y su interrelación con los pilares esenciales del Estado Social de Derecho, lo que la convierte en un referente obligado al momento de estudiar la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en las actuaciones del Estado.

¹² Véase Uprimny Y. Rodrigo, Rodríguez Garavito César Augusto, Constitución y Modelo Económico en Colombia: Hacia una Discusión Productiva Entre Economía y Derecho, página web www.dejusticia.org, 2006.

¹³ Véase Corte Constitucional, sentencia C-354/09 Magistrado Ponente: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO:

Sin que se trate de una enunciación taxativa, y sin que el contenido de una disposición sea el único criterio relevante para definir la intensidad del juicio de constitucionalidad, puede señalarse que la Corte ha aplicado un test leve de proporcionalidad en casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias, o, 3) de política internacional, o, 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; o, 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. (C-354, 2009).

En el presente apartado se sintetizarán las cuatro principales conclusiones de esa alta corte respecto de la conceptualización y naturaleza de la nueva disposición constitucional, su relación con los derechos constitucionales y el entendimiento del Incidente de Impacto Fiscal bajo la óptica del principio de separación de poderes.

I. La sostenibilidad fiscal es un criterio orientador, no un derecho ni un principio. Tal y como se analizó en el anterior acápite, el proceso surtido por el proyecto de Acto Legislativo de la sostenibilidad fiscal en el Congreso de la República, generó cambios profundos en la disposición a introducir en la Constitución, uno de ellos, su trasmutación de derecho a criterio orientador. En efecto, para la Corte Constitucional, la definición de la sostenibilidad fiscal como un criterio orientador de la actuación de las autoridades, hizo posible su integración a la Carta Política como una disposición de carácter instrumental respecto de los fines del Estado fijados en el artículo segundo Superior.

Así, en el marco del nuevo artículo 334 de la Constitución, la sostenibilidad fiscal es un elemento que viene a coadyuvar a la administración para la consecución de los propósitos económicos del Estado expresamente previstos en esa norma, esto es, “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.”, objetivos que a su vez están directamente relacionados con la realización de los fines esenciales del Estado.

De modo que el nuevo criterio de la sostenibilidad fiscal, en los términos que quedó planteado en el Acto Legislativo 03 de 2011, se acopló sin problemas a lo planteado por la Corte Constitucional respecto del carácter instrumental de las normas que conforman la

Constitución Económica. En efecto, la jurisprudencia constitucional¹⁴ sobre este tema, ha señalado que las disposiciones que componen lo que doctrinariamente se ha denominado como la Constitución Económica, solo adquieren sentido si son entendidas como herramientas para ordenar y dirigir la economía y de esta manera garantizar los recursos que permitan la realización de los objetivos trazados en la norma superior.

Así mismo, la Corte Constitucional observó que bajo el texto del artículo 334 de la Constitución, la actividad económica del Estado se debe adelantar en un marco de sostenibilidad fiscal, marco que “debe fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”. A renglón seguido, y como una prevención más sobre la primacía de la realización de los derechos consagrados en la Constitución, se encuentra el mandato expreso de mantener el carácter prioritario del gasto social por parte del Estado, lo que también fue resaltado por la Corte.

Así, la Corte Constitucional resaltó que la orientación de sostenibilidad fiscal que las autoridades deben imprimir a sus actuaciones, no debe trasgredir los derechos más caros a la sociedad. En este sentido, la Corte expreso en la sentencia bajo estudio:

La intención del Acto Legislativo en este punto está suficientemente definida. De lo que se trata es que la consideración de la SF por parte de las autoridades del Estado debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no

¹⁴ Al respecto dicha Corporación había sostenido:

En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impida el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y eficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”. Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. (C-228, 2010).

solo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino también desde una perspectiva de vigencia integral de esos derechos. (C-354, 2009).

En definitiva, la Corte Constitucional encontró que la positivización de la sostenibilidad fiscal, por sí misma, no significaba la introducción de un nuevo principio o derecho, lo cual habría tenido la potencialidad de generar tensiones con los derechos y principios constitucionales preexistentes y su alcance. Por el contrario, esa Corporación destacó, a partir de un análisis histórico, sistemático e incluso exegético de la norma, que el criterio de la sostenibilidad fiscal tiene un carácter adjetivo respecto de los principios y valores que le dan la identidad social al Estado Colombiano, resaltando que esa característica le permite acoplarse a los demás preceptos que estructuran la Constitución Económica, que son instrumentos que permiten a las administraciones encauzar la economía hacia el cumplimiento de los fines sociales que debe alcanzar el Estado.

II. El criterio de sostenibilidad fiscal y las demás disposiciones de la Constitución Económica, tienen como propósito darle herramientas al Estado que le permitan garantizar la faceta prestacional de los derechos previstos en la Constitución y de esta forma, lograr sus fines esenciales. Ahora bien, a partir del carácter instrumental de la sostenibilidad fiscal, la Corte Constitucional realizó un análisis sobre la funcionalidad y el alcance de este nuevo criterio en el contexto del Estado Social de Derecho y sus ejes definatorios. Para empezar, esa alta corte recordó que según el texto de la Constitución Política, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad son los aspectos que deben estructurar la función estatal frente a los ciudadanos. A su vez, dichos valores y principios, que tienen un carácter vinculante, irradian el conjunto de derechos constitucionales y junto con estos conforman la identidad de Estado Social de Derecho

vigente en nuestro País, que según se refirió anteriormente está ligado a la materialización de los derechos, garantías y libertades en todas sus facetas.

En este orden de ideas, la cláusula de Estado Social de Derecho propende por hacer efectivos múltiples principios y valores para lo cual se materializan en derechos que se desarrollan en la Constitución y con mayor detalle en Leyes y demás cuerpos normativos que conforman el ordenamiento jurídico, fijando su alcance, haciéndolos justiciables en algunos casos e implementando medidas que garanticen su efectividad. Sin embargo, y como se reseñó anteriormente, la materialización de esos derechos, tiene siempre una faceta prestacional que implica la consecución de recursos por parte del Estado. En efecto, la realización efectiva del derecho al trabajo, a la educación y a la salud, son solo algunos ejemplos a través de los cuales se puede demostrar que la égida de la materialización de los derechos, impone cargas financieras al Estado que deben ser sostenibles, para asegurar la continuidad de su realización a futuro.

Así, la dirección y racionalización de la economía, con todas las actividades que ello implica, han sido confiadas al Estado para lograr la satisfacción real de los derechos previstos en la Constitución, lo cual se encuentra estrechamente ligado a los cometidos previstos en el artículo 334 Superior, esto es, la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo económico y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

A continuación, se transcribe el aparte en el cual la Corte Constitucional estudió el aspecto en mención, análisis que resulta esclarecedor a efectos de entender la funcionalidad de herramientas como el criterio de sostenibilidad fiscal en el contexto de la Constitución Económica:

A partir de los argumentos anteriores, es posible concluir que el principio del ESDD impone la protección de los derechos constitucionales desde una perspectiva fáctica,

esto es, comprometida con la satisfacción de los intereses de los grupos sociales menos favorecidos, a través de una relación de dependencia entre la ciudadanía plena y el acceso efectivo a las garantías y libertades. En ese orden de ideas, son indiscutibles las fórmulas de intervención del Estado en la economía que, sujetadas en todo caso a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tengan por objeto lograr la igualdad de oportunidades y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo. No de otra manera debe interpretarse el artículo 334 C.P., cuando prescribe que esa intervención se justifica en cuanto tiene como finalidad la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la mencionada distribución equitativa y la preservación de un ambiente sano. Incluso, la misma fórmula constitucional de intervención del Estado en la economía reafirma el carácter nodal de la igualdad material, cuando determina que esa tarea se realizará con mayor énfasis cuando se trate de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. (C-354, 2009).

III. Ningún derecho constitucional puede ser negado en aras de la sostenibilidad fiscal. Como se ha dicho, la interpretación que la Corte Constitucional hace de los derechos fundamentales y cuáles derechos tienen esta connotación, trasciende la exégesis de lo señalado en el Título II de la Constitución y abarca todos los derechos previstos en el texto de la norma superior, toda vez que su consagración en la Carta implica una relación directa con los fines esenciales del Estado.

En esta premisa se afianza la indivisibilidad e interdependencia de los derechos previstos en la Constitución, lo cual impide su interpretación de manera aislada, como lo ha afirmado la Corte Constitucional, que al respecto afirmó:

Por ende, se ha concluido que todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos encuentra un vínculo escindible con el principio de dignidad humana, fundante y justificativo del ESDD. Por lo tanto, la tesis de la conexidad entre los derechos sociales y los derechos fundamentales, como presupuesto para la justiciabilidad de aquellos, perdería sustento al preferirse esta visión integradora del carácter iusfundamental de los derechos (...)

De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. (C-288, 2012).

A la luz de este razonamiento, considerando que todos los derechos previstos en la Constitución tienen el carácter de fundamentales (independiente de si son o no justiciables o realizables de manera inmediata) la segregación entre derechos fundamentales y derechos sociales pasa a ser obsoleta. Con base en esta conclusión, en la sentencia C-288 de 2012 la Corte hizo claridad sobre la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal a la luz de la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos previstos en la Constitución, particularmente en la interpretación que debe hacerse del párrafo del artículo 334, que reza:

Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. (Constitución Política de Colombia, 1991).

En efecto, bajo los razonamientos previamente expuestos la prohibición de aducir la sostenibilidad fiscal en detrimento de los derechos fundamentales o su alcance, se extiende de manera inmediata sobre los derechos sociales y los demás derechos constitucionales, que de esta forma también resultan protegidos por la citada disposición.

De lo anterior, se deriva una consecuencia adicional, que es la necesaria conjugación de las conclusiones señaladas, con la aplicación del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. Bajo este entendido, la aplicación que del criterio de sostenibilidad fiscal se haga en cada caso particular, debe respetar el nivel de satisfacción que ya se ha materializado y que, por cuenta de la prohibición de regresividad, se encuentra garantizado.

IV. El Incidente de Impacto Fiscal se acopla al sistema de frenos y contrapesos del Estado, el cual se complementa con la colaboración armónica y los controles recíprocos que deben regir las relaciones entre las autoridades. En cuanto al Incidente de Impacto Fiscal previsto en el inciso 4 del artículo 334 Superior, la Corte Constitucional estudió la introducción de este procedimiento a la luz de un posible desconocimiento del principio de separación de poderes y por esta vía, una trasgresión de lo previsto en el artículo 228 ibídem.

En efecto, la creación de un procedimiento de obligatorio trámite propuesto por el Ejecutivo o el Ministerio Público ante la corte que emite una sentencia que en criterio de

estos altera la sostenibilidad fiscal, hizo necesario un análisis profundo sobre el sistema de frenos y contrapesos que permite mantener un balance entre las ramas del poder público. Al respecto la Corte Constitucional afirmó en la sentencia bajo estudio:

En razón de los problemas jurídicos planteados en este fallo, interesa resaltar la faceta de colaboración armónica y de controles recíprocos, propia del principio de separación de poderes. Se ha indicado que estos rasgos del principio en comento tienen origen en su concepción contemporánea, fundada en el modelo de frenos y contrapesos, el cual permite que, para el ejercicio de las competencias de uno de los poderes, se cuente con la concurrencia de otros. Con todo, esa alternativa carece de un alcance tal que permita (i) reemplazar al poder concernido en el ejercicio de sus competencias o (ii) incidir con un grado de intensidad tal, que anule su independencia o autonomía. Así lo consideró la Corte, al señalar que “[e]sa moderación es el resultado de la división del poder en distintas funciones y de la asignación de las variadas competencias, surgidas de esa división funcional, a diferentes órganos, pues, de ese modo, ninguno de los depositarios de las diversas atribuciones podrá ejercer la totalidad del poder ni atraer hacia sí las funciones encomendadas a las otras ramas del poder público, lo que evita, tanto la concentración, como el riesgo de arbitrariedad inherente a ella y, simultáneamente, estimula un ejercicio del poder limitado a las competencias de cada órgano y sometido a controles recíprocos orientados a prevenir y sancionar los eventuales desbordamientos. Así pues, la colaboración en el cumplimiento de las diferentes funciones, que también hace parte de la doctrina de la separación de los poderes constitucionalmente prohijada, en ningún caso puede equivaler a la invasión del ámbito competencial confiado a alguno de ellos, ni significar desplazamiento,

subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro, ya que, mediante la separación, se persigue “impedir la concentración del poder en manos de una misma persona”, motivo por el cual “a la división organizativa-funcional de poderes se suma la exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos”. De la separación de poderes se desprende, entonces, el ejercicio de un poder limitado, así como susceptible de control y organizado en distintas instancias encargadas de diferentes funciones, con la finalidad esencial de asegurar la libertad de las personas frente al Estado, dentro de un marco de democracia participativa y pluralista. (C-288, 2012).

En este orden de ideas, para un Estado conformado a partir del proceso democrático, al cual se le han encargado el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, es de gran importancia superar la noción simple de la separación de poderes (sin que esto signifique desconocer su validez y vigencia), para entender que la relación entre los distintos órganos de la organización estatal se debe llevar a cabo bajo una dinámica de controles recíprocos, lo cual permite una actuación estatal armónica, apta para cumplir con los fines esenciales que se le han encomendado.

Así las cosas, en la sentencia que se estudia en este apartado, la Corte Constitucional advierte que el principio de separación de poderes, matizado por la colaboración armónica y los controles recíprocos entre las ramas del poder público, es parte integral del Estado Social y Democrático de Derecho y como tal es un eje definitorio de la Constitución, que no se subvierte por la introducción del Incidente de Impacto Fiscal en la Carta, porque si bien las decisiones sobre los asuntos que se someten a la jurisdicción de los jueces deben ser siempre autónomas, no es menos cierto que en desarrollo de los

procedimientos que adelanta cada jurisdicción, se prevé la participación de entidades pertenecientes a distintas ramas del poder público, en tanto se considere necesaria o relevante su posición para decidir el asunto correspondiente.

Para ilustrar dicho argumento la Corte trae a colación la acción de constitucionalidad, en la cual intervienen organismos de diferentes sectores lo cual beneficia la dialéctica que debe regir la discusión sobre la conformidad de las leyes con la Constitución Política. Por lo expuesto, esta Alta Corporación concluye:

El ejercicio de la competencia jurisdiccional, así comprendida, acepta la inclusión de mecanismos de colaboración armónica y de controles recíprocos, a condición que no incidan o interfieran en el ámbito de la adopción de decisiones judiciales. (C-288, 2012).

Se considera que estos son los razonamientos principales que sustentan el pronunciamiento de la Corte sobre la Sostenibilidad Fiscal como precepto constitucional. Habiendo identificado las principales conclusiones de la Corte Constitucional sobre la naturaleza, objetivos y la posición en el marco de la denominada constitución económica, de la Sostenibilidad Fiscal, se procede en el siguiente apartado a formular las principales características de este novedoso criterio orientador, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico.

1.4. CONCLUSIONES.

El contexto normativo y jurisprudencial explicado, permiten concluir que la sostenibilidad fiscal no era un concepto extraño en el ordenamiento jurídico colombiano y que, por el contrario, numerosas leyes que fueron proferidas principalmente en la pasada

década, introdujeron distintas figuras jurídicas tendientes a exigir un mejor manejo fiscal por parte de las autoridades estatales.

Ahora bien, a partir de su introducción en el artículo 334 de la Constitución Política, la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador que deben observar todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones y que sirve como herramienta para hacer económicamente viable al Estado Social de Derecho. No obstante, tal como lo prevé el citado artículo, este criterio no puede constituirse en una cortapisa para la realización efectiva de los derechos constitucionales.

Es evidente que el anterior planteamiento supone en muchos casos una disyuntiva entre la realización efectiva de la faceta prestacional de los derechos consagrados en la Constitución y la racionalidad económica que apunta a la restricción presupuestal del Estado. Sin embargo, tal situación es susceptible de superarse si se acepta que la materialización de los derechos previstos en la Constitución Política, solo puede llevarse a cabo de manera sostenible teniendo en cuenta la limitación de recursos a la cual está sujeto el Estado. (Clavijo Vergara, 2001, p. 10).

Así, la introducción de la sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano, se enmarca en el cumplimiento de la labor orientadora del Estado en la economía¹⁵, como un instrumento de control y ponderación que debe incidir en el manejo

¹⁵ Respecto de la función de orientación de la economía por parte del Estado, Jorge Witker señala: Para superar estos problemas estructurales, el Estado asume un papel participativo directo y permanente a través de los instrumentos o mecanismos estatales, que tratan de forzar el sistema económico hacia alguno de los fines fijados por el estado. Es la intervención de orientación o de política económica estricta, también llamada administración ordenadora. (...) El Estado dirige la política económica a través de los instrumentos directos (política monetaria, fiscal, comercio exterior, empresas públicas) e indirectas (políticas salariales, de empleo, seguridad social, educativa, científica y tecnológica, etc.). (Witker, 1985).

de los recursos públicos, que, a su vez, están destinados a cumplir con la faceta prestacional de los derechos subjetivos previstos en la Constitución Política, dada la naturaleza social del Estado Colombiano.

Se entiende entonces que la introducción del criterio de Sostenibilidad Fiscal en el ordenamiento jurídico nacional debe generar un cambio en el proceder institucional de las autoridades, pues estas son ahora responsables de prever las consecuencias de sus decisiones. En otras palabras, adicional a la correspondiente verificación de la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos en sus actuaciones, las autoridades estatales ahora deben tener en cuenta las consecuencias económicas previsibles de sus decisiones.

En este punto, es importante resaltar uno de los apartes de la previamente referida sentencia C-288, en la cual la Corte Constitucional, después hacer referencia a la relación existente entre Estado Social de Derecho y las facultades de intervención del Estado en la economía, afirmó: “Esto implica, lo que resulta especialmente importante para la presente decisión, que la Constitución y la ley pueden establecer, a través de normas jurídicas, otros mecanismos de incidencia del Estado en las relaciones sociales, a condición que están (sic) unívocamente dirigidas a la preservación de los fines estatales que define el núcleo dogmático de la Carta.”(C-288, 2012). Así, es posible afirmar que la Sostenibilidad Fiscal, es uno de los nuevos mecanismos que menciona la Corte, a través del cual se procura institucionalizar la racionalidad económica en las actuaciones del Estado, para asegurar su viabilidad y el cumplimiento de sus fines.

Las anteriores premisas afectan especialmente las providencias dictadas por las autoridades judiciales, como se evidencia con la consagración del Incidente de Impacto

Fiscal que puede adelantarse frente a un pronunciamiento de cualquiera de las Altas Cortes que genere un impacto significativo en las finanzas públicas. Esto a su vez implica la inclusión del razonamiento económico en la ratio decidendi de estos pronunciamientos, particularmente en los emitidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según se expondrá en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II.

Una vez establecido que la Sostenibilidad Fiscal es un criterio orientador de las decisiones de las autoridades del Estado, y que es un instrumento que sirve como herramienta para procurar la viabilidad económica de la faceta prestacional del Estado Social de Derecho; en el presente capítulo se argumentará que este criterio debe cumplir su función orientadora en todas las providencias judiciales, no obstante, es prioritaria su aplicación en las que mayor impacto tienen sobre los recursos públicos, y dentro de estas, las que fijan líneas jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado.

De acuerdo con la anterior premisa, se establecerá el ámbito de aplicación de la responsabilidad fiscal en las decisiones de las autoridades judiciales y posteriormente, la argumentación se orientará a plantear la necesidad e importancia de la aplicación de este precepto constitucional en las providencias de la jurisdicción contencioso administrativa que versan sobre la responsabilidad del Estado, con el fin de lograr el objetivo inherente al criterio de Sostenibilidad Fiscal, que no es otro que racionalizar los recursos públicos disponibles y garantizar la viabilidad financiera del Estado.

Finalmente, se estudiará la interacción del acceso a la justicia y la sostenibilidad fiscal, partiendo de su naturaleza como derecho fundamental y criterio orientador, respectivamente, en el contexto de las providencias judiciales que versan sobre la responsabilidad del Estado. Lo anterior, con el fin de establecer que estos preceptos constitucionales son susceptibles de coexistir como elementos integrantes de este tipo de decisiones jurisdiccionales, siempre que, en el correspondiente pronunciamiento, se realice una razonable delimitación de la materialización del derecho o derechos en cuestión.

2.1. Aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en las providencias judiciales.

Se ha señalado que la sostenibilidad fiscal es un instrumento recientemente introducido en nuestro ordenamiento constitucional, el cual impone a las autoridades estatales, incluidas las de la Rama Judicial, el deber de ponderar las consecuencias económicas de sus actuaciones. En efecto, según el texto del artículo 334 Superior “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. (...)” (Constitución Política de Colombia, 1991) lo cual significa que esta disposición debe incidir incluso en las decisiones que se toman en ejercicio de la función jurisdiccional, particularmente en aquellas providencias dictadas dentro de las acciones o procesos que, por su naturaleza y finalidad, conllevan la posibilidad de que se emitan ordenes de todo tipo que deben cumplir las entidades pertenecientes a las distintas ramas del poder público.

En efecto, el ámbito de aplicación del artículo 334 de la Constitución abarca a todas las ramas del poder y con esto a todas las autoridades judiciales pertenecientes a las diferentes jurisdicciones. En este sentido, toda providencia emitida por una autoridad judicial debe observar el criterio de sostenibilidad fiscal, lo cual es consecuente con el amplio espectro de repercusiones de carácter fiscal que se producen en este ámbito.

Un ejemplo de lo expuesto, son las providencias emitidas por los jueces penales en las cuales se ordena la privación de la libertad de una persona en un establecimiento carcelario, bien sea preventivamente o como resultado de una sentencia. Este tipo de decisiones por sí mismas, generalmente no obedecen a un razonamiento económico, pero al

ser el Estado el que soporta la obligación de asumir los costos de reclusión de la persona, se evidencia la necesidad de que se tenga en cuenta el aspecto económico que conllevan tales medidas, situación que ya ha sido abordada en otros sistemas jurídicos¹⁶.

No obstante, lo anterior, la naturaleza de los asuntos que se ventilan en las jurisdicciones constitucional y contencioso administrativo, hacen que la utilización del nuevo criterio constitucional en estas providencias sea prioritaria en aras de lograr los objetivos del Estado Social de Derecho, en un marco de sostenibilidad económica de las prestaciones que le son inherentes, como se expone a continuación.

Los efectos económicos de las decisiones que se adoptan en el marco de las acciones previstas en la Constitución, y dentro de estas, las acciones de constitucionalidad y tutela en particular, han sido ampliamente estudiadas en nuestro país y dado el evidente impacto de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en el orden económico nacional¹⁷, existe una creciente tendencia doctrinaria (no necesariamente unificada), que propende porque se tengan en cuenta las consecuencias reales de los pronunciamientos de esta Alta Corte, más allá del análisis principalista o meramente normativo¹⁸.

¹⁶ Véase S. 1410, Smarter Sentencing Act, 2013, <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/1410>. Por su parte, el Estado de Missouri, EEUUA, recomienda a las Cortes Penales de su jurisdicción través de una comisión especial, la consulta del documento Smart Sentencing <http://www.mosac.mo.gov/page.jsp?id=45392>.

¹⁷ Respecto de las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional, el economista Sergio Clavijo acotó:

Toda la benevolencia que pudo haber inspirado estos fallos, en la práctica, terminará generando graves distorsiones económicas que deteriorarán la distribución del ingreso. Además, muchos de ellos atentan contra los principios básicos de una economía de mercado, tal como quedó instituida en esa misma Carta Política que se invoca para obrar en dirección contraria.”¹⁷ (Clavijo Vergara, 2001).

¹⁸ (...) Es indudable que una decisión judicial deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre a nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden entonces ignorar totalmente los posibles efectos de sus decisiones, por lo cual, en todos los campos, y en especial en materia económica, es razonable que los Tribunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación. (Uprimny, 2001, p. 44).

La misma línea de pensamiento, también propende por la introducción de criterios de eficiencia en estos fallos y por una debida delimitación de los poderes de esta alta corte, frente a la competencia del Legislativo. En este sentido, se ubica dentro de otros autores Miguel Polo Rosero quien afirma:

Como lo expuse con anterioridad, la Corte Constitucional debe ser aún más celosa al momento de adoptar un fallo en asuntos económicos, precisamente, con el propósito de salvaguardar los principios constitucionales de igualdad de trato y de equidad.

Por ello, dicha Corporación no se encuentra facultada para ordenar gasto público indiscriminado, sino que, por el contrario, debe prever los sujetos a quienes se dirige y los efectos macroeconómicos a corto y mediano plazo. Es importante reiterar que la Corte, igualmente, se encuentra sujeta a la obligación de velar y proteger por el “orden económico” del país, con el propósito de obtener una correcta y adecuada redistribución de la riqueza. (Rosero, P & Miguel, E, 2004, p. 391).

Ciertamente, las sentencias de constitucionalidad proferidas en el marco de las funciones previstas en el artículo 241 de la Constitución Política, tienen un innegable efecto en la asignación de recursos del Estado, pues dentro de las normas que pueden ser sometidas al escrutinio de la Corte Constitucional, se encuentran las que dicta el Legislativo en ejercicio de sus facultades de orientación, promoción y desarrollo de la economía, las que desarrollan los diferentes componentes del gasto público según lo previsto en el

artículo 150 ídem, y las expedidas por el Ejecutivo, principalmente en ejercicio de facultades extraordinarias¹⁹.

Es de resaltar en este punto, que los criterios previamente señalados han sido acogidos progresivamente por la Corte Constitucional a través de varios pronunciamientos, dentro de ellos la sentencia C-432 de 2010, en la cual reconoce que en materia económica el Congreso de la República tiene amplias facultades de configuración del orden jurídico, por lo cual, ante la necesidad de la aplicación del test de proporcionalidad a las medidas adoptadas a través de determinada Ley, esa Corporación debe optar por la utilización de un control leve²⁰. También pueden mencionarse la sentencia C-452 de 2002 mediante la cual se difirieron los efectos de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 1295 de 1994, norma que hacía parte del sistema de riesgos laborales, con el fin de evitar un perjuicio mayor para los trabajadores y la sentencia C-1054 de 2004²¹, en la cual esa corporación

¹⁹ Véase Constitución Política, artículos 150, numeral 10 y 215.

²⁰ Véase Sentencia C-432 de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, Sala Plena, Corte Constitucional:

La Corte ha señalado que el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación, cuando se trata de materias económicas, como lo es la actividad aseguradora, o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, por otra parte, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Congreso de la República para configurar el ordenamiento jurídico. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen. (C-432, 2010).

²¹ Véase Sentencia C-1054 de 2012, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Sala Plena, Corte Constitucional:

La Corte entiende que ciertas consideraciones relativas a la necesidad de proteger la generación de empleo son relevantes a la hora de definir el régimen legal de cotizaciones obligatorias para seguridad social en pensiones. Y, además, encuentra que tales consideraciones tienen relevancia constitucional: en efecto, conforme lo prescribe el artículo 334 superior, el Estado debe intervenir las relaciones económicas “a fin de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios

manifestó que el principio de solidaridad no es absoluto y que el régimen de seguridad social debe articularse con el objetivo de la generación de empleo que se le ha encomendado al Estado, razonamientos en los que se aprecian criterios consecuenciales y de eficiencia.

Sin embargo, a partir de la introducción en nuestro ordenamiento constitucional del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal y de la emisión de la sentencia C-288 de 2012, analizada en el anterior capítulo, la Corte Constitucional cuenta con una disposición, de orden superior que le permite pronunciarse a favor de la plena realización de los derechos constitucionales sin perder de vista los impactos económicos previsibles de sus decisiones. En este sentido se pueden citar dentro de otras, la sentencia C-258 de 2013, que declaró la inexequibilidad de las normas que establecían mesadas pensionales privilegiadas por encima de los topes fijados en la Ley y la sentencia C-753 de 2013, en la cual se analizaron los parámetros económicos de la reparación a las víctimas del conflicto armado en nuestro país, concluyendo que la no adopción de límites en este aspecto haría imposible que todos los potenciales sujetos de la norma pudieran recibir algún beneficio²².

básicos. Así mismo, el artículo 54 superior afirma que “el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar. Adicionalmente la Corte detecta que, dado que la cotización no es cubierta enteramente por el trabajador, sino que en un 75% es pagada por el empleador, si no existieran topes a la base salarial de cálculo de tal cotización, los costos de la contratación laboral de trabajadores altamente capacitados se incrementarían de manera importante, desestimulando este tipo de vinculación contractual, y de paso la investigación, la ciencia, la tecnología, la especialización técnica y profesional y la alta capacitación en sí misma, que son objetivos constitucionales relevantes al tenor de lo dispuesto por los artículos 70 y 71 superiores. Así pues, la Corte ha encontrado que, en la determinación legal del salario base de cotización para pensiones, los límites impuestos a la proyección práctica de los principios de solidaridad y de igualdad devienen de la necesidad de alcanzar objetivos constitucionalmente válidos, como lo son la generación de empleo en general, y la protección del empleo altamente calificado en particular. (C-1054, 2012)

²² Véase Sentencias C-258/13, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, siete (7) de mayo de dos mil trece (2013), Sala Plena, Corte Constitucional; sentencia C-753 de 2013 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, 30 de octubre de dos mil trece (2013), Sala Plena, Corte Constitucional; y

Por otra parte, el trámite informal y preferente de la acción de tutela, el acatamiento inmediato de las órdenes que dictan los jueces en estos procesos²³, y las pretensiones que reclaman los ciudadanos a través de este mecanismo, que mayoritariamente se relacionan con prestaciones requeridas para salvaguardar el derecho a la vida o a la salud, la han convertido de facto en una forma de ordenamiento del gasto público, la cual anualmente representa un componente significativo del presupuesto de las diferentes entidades estatales.

Como ocurre con las acciones de constitucionalidad, progresivamente la Corte Constitucional ha incorporado a sus pronunciamientos en acciones de tutela, la nueva disposición del artículo 334 Superior. Así, y por citar solo un ejemplo, esta corporación observó los efectos negativos de la aplicación del principio de favorabilidad sobre un grupo de trabajadores del Estado, en detrimento de la sostenibilidad fiscal, dentro de un fallo de tutela dictado en sede de revisión²⁴.

Por otra parte, el artículo 88 de la Constitución Política, consagra la Acción Popular, instituida para proteger los derechos colectivos señalados en esa misma disposición y que posteriormente fueron desarrolladas mediante la Ley 472 de 1998. Es importante recordar que este mecanismo Constitucional incumbe a la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto la vulneración de los derechos colectivos por acción u omisión, provenga de una autoridad estatal, razón que igualmente llevó a su inclusión en el artículo 144 del Código de

sentencia C-581 de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla, 28 de agosto de dos mil trece, Sala Plena, Corte Constitucional.

²³ Véase Decreto 2591 de 1991, artículos 1, 3, 7, 15, 18, 23.

²⁴ Véase Sentencia T-353/12 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, (2012), Sala Séptima de Revisión, Corte Constitucional.

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como un medio de control de la Administración.

El marco normativo de este tipo de procesos, prevé, entre otras, la facultad de los jueces de conocimiento para ordenar a las entidades involucradas que lleven a cabo los *actos necesarios* para cesar la amenaza, peligro o daño sobre los derechos colectivos, preventivamente o de forma definitiva, e incluso, contempla la orden de restitución de una situación a su estado anterior, de ser posible. Resulta lógico que el ejercicio de dicha facultad por parte de los jueces, ordinariamente implica que la Administración debe disponer de recursos públicos para su cumplimiento.

Sin embargo, tal como se mencionó frente a las acciones de constitucionalidad y de tutela, de manera incipiente el criterio de sostenibilidad fiscal ha sido observado por el Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción, que manifestó expresamente dentro de las razones que sustentaron la sentencia en un proceso de este tipo, que “(...) existe un principio de sostenibilidad fiscal en cuya virtud las autoridades judiciales están obligadas a ponderar el impacto económico de las ordenes que impartan”. (Sentencia 00662-03, 2014).

Ahora bien, conforme al artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la jurisdicción Contencioso Administrativa fue creada para lograr la efectividad de los derechos previstos en la Constitución y preservar el orden jurídico. A su vez, estos objetivos se concretan mediante la resolución de las controversias que se suscitan entre los particulares y el Estado, y entre las distintas entidades estatales.

De acuerdo con esta función esencial, que convierte esta jurisdicción en un mecanismo de control de las actuaciones de la administración y en el instrumento por

autonomasia para lograr el restablecimiento de los derechos infringidos con ocasión de la actividad del Estado, es evidente que la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en este ámbito es trascendental para lograr su propósito de viabilizar el Estado Social de Derecho en su plenitud. (Márquez, 2005, p. 47).

En este punto es necesario tener en cuenta que el ejercicio del derecho de acceso a la justicia a través de los medios de control de la jurisdicción Contencioso Administrativa, es de capital importancia en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto implica la materialización de la cláusula de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, y en cuanto al impacto que genera en el gasto público, como se expondrá en el siguiente apartado.

Ciertamente, la aplicación del principio de legalidad de las actuaciones estatales, entendido como la vinculación a la Ley de todas las actividades de la administración, es uno de los presupuestos para afirmar la existencia de un Estado de Derecho. De lo anterior se sigue que los daños y perjuicios causados por el Estado, con ocasión de la infracción del ordenamiento jurídico o con desconocimiento de cualquiera de sus principios fundantes, generan la declaratoria de su responsabilidad y el consecuente derecho al resarcimiento del administrado.

En este orden de ideas, la cláusula general de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 Superior, se constituye en uno de los ejes definitorios de la Constitución Política, dada la importancia que reviste la sujeción del Estado a la Ley, con todas las consecuencias que de ello se derivan, incluyendo el deber de resarcir los perjuicios que cause, como forma de garantizar la protección de los derechos subjetivos de los

particulares. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en los siguientes términos:

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. (C-333, 1996).

En efecto, para la Corte Constitucional, suprema interprete de las disposiciones de la Carta, el principio de legalidad se halla estrechamente vinculado a la responsabilidad del

Estado por sus actuaciones frente a los particulares, de tal forma que estos dos elementos son las piedras angulares del estado de derecho²⁵. Así mismo, es importante anotar que la responsabilidad del Estado en estos términos, comprende la afectación de cualquier situación jurídicamente protegida, bien sea de carácter material o inmaterial junto con el deber de resarcimiento, en cualquier caso.

Esta visión de la responsabilidad del Estado, adoptada con la Constitución de 1991, significó un cambio de paradigma en lo normativo, toda vez que se abandonó la doctrina decimonónica basada en el Código Civil, cuya orientación primordial era la protección del patrimonio y de la propiedad privada, para transitar hacia un enfoque constitucional incluyente que abarca a todos los ciudadanos, garantizando su calidad de sujetos de derechos y que dio lugar a la consagración de la cláusula de responsabilidad general del Estado, la cual a su vez posibilita el resarcimiento de los daños causados a los particulares por las actuaciones defectuosas y aún las llevadas a cabo de manera regular por la administración²⁶.

²⁵Véase la sentencia C-832/01 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, se afirmó:

El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley, sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente. Al ciudadano cuando acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de justicia, no le interesa tanto obtener una declaración de nulidad de un acto administrativo como si la imposición de una condena al Estado para que se le indemnice integralmente una lesión o daño antijurídico. (...)

La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial, y se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad. (C-832, 2001).

²⁶ (...) Se estructura un sistema de naturaleza objetiva y directa, que gira en torno a la posición jurídica

En este orden de ideas, dentro de los mecanismos de control de la administración que son tramitados en esta jurisdicción, se encuentran algunos que han sido específicamente creados para reclamar la indemnización de daños causados a los particulares, los cuales son particularmente relevantes a efectos de procurar la Sostenibilidad Fiscal del Estado.

Precisamente este es el asunto que se abordará en el siguiente apartado, en el cual se expone la necesidad e importancia de la aplicación del criterio de Sostenibilidad Fiscal en las providencias sobre responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares, dictadas por la jurisdicción contencioso administrativa, en particular en las emitidas por el Consejo de Estado, ya que a través de estos pronunciamientos, se establecen líneas jurisprudenciales que deben ser atendidas por las autoridades que hacen parte de esta jurisdicción.

2.2. Importancia de la aplicación del criterio de Sostenibilidad Fiscal en las providencias emitidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La importancia de la aplicación del criterio de Sostenibilidad Fiscal en los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa, descansa sobre dos razones principales: la primera y más evidente, es el impacto directo de las condenas por responsabilidad del Estado en los recursos de este, según se explicará a continuación; la

de la víctima, quien ve lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas, independientemente que éstas fueran legítimas o ilegítimas, normales o anormales, regulares o irregulares. (C-832, 2001).

segunda es la creación, a través de diferentes providencias proferidas por el Consejo de Estado, en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, de nuevos parámetros de cuidado, gestión y responsabilidad que se imponen a las autoridades, tal y como se ilustrará a través de providencias de esa alta corte.

De acuerdo con lo anotado, el enfoque en este apartado será la necesidad y urgencia de la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal, en las providencias dictadas en los medios de control que persiguen directamente un fin resarcitorio.

En efecto, los medios de control previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -particularmente los previstos en los artículos 138, 140, 141 y 145, son mecanismos especialmente creados para hacer efectiva la cláusula general de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 Superior, mediante el ejercicio del derecho fundamental del acceso a la justicia de los particulares. En otras palabras, el ejercicio de estos medios procesales tiene como objetivo principal la obtención de una indemnización por los perjuicios causados con la trasgresión a los derechos jurídicamente tutelados de los ciudadanos.

Como es ampliamente conocido, las condenas emitidas contra las autoridades estatales como consecuencia del ejercicio de estos mecanismos, son un componente importante del gasto público que, según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el año 2013 alcanzó una cifra record de 1´19 billones de pesos²⁷.

²⁷ Véase Informe Sobre la Actividad Litigiosa de la Nación, año 2013, consultado el 1 de diciembre de 2014 en: <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Paginas/default.aspx>.

Las ascendentes sumas de dinero que por este rubro se han pagado con cargo a los recursos del Estado, han generado preocupación a nivel nacional, particularmente en las tres últimas administraciones y las causas han sido estudiadas en numerosas oportunidades en los últimos años, observando cuales son los hechos generadores que con más frecuencia dan lugar a litigios, las entidades más demandadas y las que con más frecuencia son derrotadas en los estrados judiciales. Incluso, esta situación dio lugar a la creación de la referida agencia en el año 2011²⁸.

Desde esta óptica, se aprecia fácilmente la especial relevancia de la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en las decisiones judiciales que versan sobre la responsabilidad del Estado en los perjuicios causados a los particulares, ya que diariamente la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encargada de resolver estos asuntos, emite condenas con cargo al presupuesto de las diferentes entidades públicas.

Lo anterior evidencia el impacto en las finanzas del Estado que producen las condenas de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Ahora bien, no puede perderse de vista que estas decisiones tienen un costo ulterior representado en las nuevas exigencias en materia de responsabilidad estatal que introducen y por los parámetros de gestión y cuidado que se imponen a las actuaciones de la administración en algunas providencias.

²⁸ Artículo 5. Parágrafo. Créase la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para ello, tiene como misión planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y fomentar el respeto de los derechos fundamentales. (Ley 1444, 2011).

Así, las decisiones de la jurisdicción Contencioso Administrativa están llamadas a hacer parte de un proceso de ajustes constantes en las actuaciones del Estado, que le permitan sostener una relación menos conflictiva con los particulares y de esta manera llevar a cabo con eficiencia las labores que se le han confiado, previniendo de contera la estructuración de nuevos daños antijurídicos. Dichos ajustes y mejoras representan unos costos para las entidades públicas y por tanto deben observar el criterio de sostenibilidad fiscal.

En este sentido, es necesario recordar que según el texto del artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo los procesos adelantados ante esa jurisdicción “tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico” (Ley 1437, 2011), lo cual en el marco de la hermenéutica constitucional actual, que propende por la materialización y aplicación de los principios y derechos previstos en la Constitución Política, y por el cumplimiento de los deberes del Estado frente a los ciudadanos, cobra gran importancia ya que concede facultades cada día más amplias a las autoridades de esta jurisdicción.

Así, el órgano de cierre de esta jurisdicción, permanentemente amplía el espectro de sus decisiones más allá de los derechos subjetivos que dan origen al proceso en el cual se profiere una providencia, para abarcar aspectos como el régimen de responsabilidad – subjetivo u objetivo- aplicable a determinados hechos dañosos o la estructura, orientación y ejecución de las actuaciones administrativas de la entidad o entidades involucradas²⁹.

²⁹ Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 18.364, MP. Enrique Gil Botero.

Esto último ocurre con frecuencia, cuando los jueces de lo Contencioso Administrativo, especialmente el Consejo de Estado, acuden a la figura de la reparación integral, prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que impone a las autoridades judiciales la obligación de observar el contexto de los daños que han sido causados, para proferir una decisión que aborde todas sus dimensiones, cuando esto sea posible. En palabras del Consejo de Estado, esto implica la adopción de las llamadas “medidas adicionales de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal respectivo”³⁰.

Es necesario en este punto llamar la atención sobre el impacto económico que puede producir el razonamiento que motiva la declaratoria de responsabilidad del Estado, como precedente jurisprudencial, más allá de la decisión y medidas resarcitorias dentro de un proceso determinado.

Lo anterior es consecuencia del creciente poder vinculante de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, lo que, en el ámbito de la jurisdicción Contencioso Administrativa, se refleja en varias normas que se encuentran consagradas en el Código Contencioso Administrativo³¹. En virtud de estas normas, los pronunciamientos del

(...) En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva. (Sentencia 03225-01(18364), 2009).

³⁰ Véase sentencia Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060), Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), Sección Tercera Subsección B, Consejo de Estado.

³¹ Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos

de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta

Consejo de Estado y especialmente las sentencias de unificación y las providencias de importancia jurídica, proferidas por esa corporación, deben ser observadas por las autoridades que hacen parte de esta jurisdicción, salvo que se sustenten debidamente las razones por las cuales el fallador se separa del correspondiente precedente.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que según la jurisprudencia nacional, la *ratio decidendi*³² es parte vinculante de un precedente jurisprudencial (como se estudiará en el siguiente capítulo), el razonamiento inmerso en ésta³³ puede establecer un nuevo parámetro de diligencia, cuidado y responsabilidad para las actuaciones del Estado, derrotero que adicionalmente se vuelve exigible por la ciudadanía en general, directamente y a través de los medios administrativos y judiciales señalados previamente.

las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 103. Objeto y principios. (...) En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. (...)

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. (Ley 1437, 2011).

³² Véase Sentencia SU-047 de 1999, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero, Sala Plena, Corte Constitucional “Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica.

³³ Al respecto, el doctrinante Diego Eduardo López Medina afirma:

Hemos así mismo ganado un poco de precisión sobre el contenido vinculante del precedente: Los jueces tienen la obligación de determinar cuál es el principio jurisprudencial vigente dentro de la línea jurisprudencial; por tanto, no se trata de elegir cualquier sentencia sin tener una clara noción del papel y vigencia de la misma dentro de la línea jurisprudencial. Una vez seleccionadas de esta manera la (o las) sentencias dominantes que contienen la doctrina vigente, el juez debe proceder a “interpretarlas”: la obediencia relativa al precedente solo obliga a aplicar la *ratio decidendi* de los fallos que tengan fuerza gravitacional vigente sobre el caso que se está decidiendo. De esta manera, resulta claro que los jueces tienen el deber de interpretar la sentencia para extraer los contenidos que de allí se consideren *prima facie* vinculantes. (López, 2006, p. 221).

Ahora bien, si los nuevos parámetros impuestos jurisprudencialmente por el Consejo de Estado a la Administración, no se encuentran debidamente contextualizados con la realidad que diariamente afrontan las autoridades estatales en el ejercicio de sus funciones u omiten los principios económicos que subyacen a las relaciones contractuales y extra contractuales entre los particulares y el Estado, la consecuencia natural es la imposición de cargas irracionales o imposibles de cumplir en los plazos o condiciones exigidos por la jurisprudencia, con lo cual naturalmente se pone en riesgo la sostenibilidad fiscal.

Así, en muchos casos los razonamientos que estructuran la ratio decidendi de una providencia del Consejo de Estado sobre responsabilidad del Estado, desconocen las limitaciones de la administración en cuanto a su capacidad presupuestal, administrativa, técnica o científica³⁴ y por esto, las autoridades involucradas difícilmente pueden llevar a la práctica los nuevos lineamientos en su gestión, que en principio tendrían que aplicar, para evitar la ocurrencia de nuevos hechos que pudieran considerarse generadores de daño antijurídico.

Es igualmente importante anotar que, en muchos casos, las declaraciones de responsabilidad del Estado que contienen parámetros más exigentes de cuidado y de gestión en su actuación, dan lugar a más litigios en contra el Estado, por parte de quienes se

³⁴ Al respecto el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo afirmó:

En efecto, la postración actual del sistema de salud se debe, entre otras causas como la corrupción, a la falta endémica de recursos, y a la forma como a manos llenas, los tribunales condenan a las instituciones a conceder prestaciones de salud no previstas en la ley, o al pago de cuantiosas indemnizaciones basadas en la culpa presunta y ahora con base en la teoría del riesgo excepcional. Lamentablemente, para las altas cortes, esas limitaciones económicas no deben ser tenidas en cuenta, y el Ejecutivo adquiere la carga de arbitrar recursos que a lo sumo alcanzan para cubrir otros derechos también de estirpe constitucional. (Tamayo, Ambito Jurídico, 2016).

consideran en una situación análoga y por tanto con derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios que hayan soportado³⁵.

Finalmente, necesario es anotar que, en numerosas oportunidades, las decisiones de esta jurisdicción omiten las razones económicas por las cuales se asignan cargas, responsabilidades y facultades a los sujetos que hacen parte de las diferentes relaciones sociales, lo cual igualmente termina por imponer al Estado costos insostenibles³⁶. Estos aspectos se analizarán detenidamente en el siguiente capítulo, a través del estudio de providencias dictadas por el Consejo de Estado.

2.3. El criterio orientador de la Sostenibilidad Fiscal y su relación con el derecho fundamental de acceso material a la justicia en el marco de las providencias judiciales.

Como se mencionó en el anterior apartado, los medios de control previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y dentro de estos los que buscan el resarcimiento de daños causados a los particulares, son instrumentos

³⁵ Así se puede apreciar en la tabla número 9 del Informe Sobre la Actividad Litigiosa de la Nación año 2013, en la que se aprecia el gran número de pleitos relacionados con asuntos sobre los cuales el Consejo de Estado ha emitido pronunciamientos en los cuales se hacen más exigentes los parámetros de responsabilidad de las autoridades. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, S,f).

³⁶ En providencia dictada con fines de unificación por parte del Consejo de Estado, se estableció: (...)cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la indemnización podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena” y así mismo cuando “...la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o está aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño – entre otros factores. (Sentencia 41834, 2014).

que materializan el derecho de acceso a la justicia y hacen efectiva la cláusula de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política.

Es importante recordar que el derecho de acceso material a la justicia, conlleva la realización de un conjunto de garantías para los administrados, tales como la posibilidad de acudir a un sistema jurisdiccional efectivo, es decir objetivo, imparcial y que emita las órdenes correspondientes para garantizar plenamente la satisfacción de los derechos reclamados cuando corresponda, en contraposición a la simple posibilidad de acceder a una serie de procedimientos jurídicos en los que las declaraciones y reconocimientos no están acompañados de medidas efectivas que satisfagan lo reclamado³⁷. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho al acceso material a la justicia es un derecho fundamental en sí mismo³⁸, dado su estrecho vínculo con los fines esenciales del Estado, específicamente con la consecución de la convivencia pacífica en el marco de un orden social justo.

A lo anterior debe sumarse la nueva línea jurisprudencial consolidada de la Corte Constitucional³⁹, según la cual todos los derechos constitucionales, gracias a sus características de indivisibilidad e interdependencia, tienen la categoría de fundamentales (independiente de si son o no justiciables de manera inmediata), en cuanto se relacionan

³⁷ Véase Sentencia C-222 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, Sala Plena, Corte Constitucional.

³⁸ Para la Corte Constitucional, el derecho de acceso a la justicia está estrechamente ligado a otros derechos fundamentales, y se considera presupuesto lógico para el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso, el cual a su vez comprende otra serie de garantías como la contradicción, defensa y segunda instancia. En este orden de ideas, el núcleo esencial del debido proceso no puede ser protegido de manera efectiva, si no se tiene en cuenta el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 229 de la Constitución, toda vez que este posibilita aquel. Ver Sentencia T-268 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell, Corte Constitucional.

³⁹ Entre otras: Sentencia T-016/2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sala Séptima de Revisión, Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sala Plena y Sentencia C-288/2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Constitucional.

con la consecución de los fines del estado social de derecho, en particular de la realización de la dignidad humana, siendo este el fin último de la organización estatal.

Ahora bien, uno de los múltiples componentes del derecho fundamental de acceso a la justicia, es la plena realización de los derechos subjetivos que se reconocen en una providencia, a través de la implementación de medidas que conduzcan a su materialización efectiva. Como se sabe, en muchos casos este concepto apareja una significativa afectación de las finanzas públicas, ya que algunas decisiones judiciales y su efecto sobre futuras decisiones en casos análogos, son económicamente insostenibles, punto en el que se evidencia una aparente contraposición entre la realización del derecho de acceso material a la justicia y la aplicación del criterio de Sostenibilidad Fiscal que claramente apunta al uso racional de los recursos públicos existentes, bajo la premisa de su escasez.

Para ejemplificar lo expuesto, se puede acudir a la sentencia proferida por el Consejo de Estado en la acción de grupo tramitada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicado el número 250002326000199900002-04, Consejero Ponente, Enrique Gil Botero. En este proceso, la mencionada corporación reconoció el derecho de un grupo de personas a recibir una indemnización a cargo del Distrito de Bogotá, ante lo cual este adelantó un incidente de impacto fiscal para solicitar que se difirieran los efectos del fallo, es decir, la demandada solicitó que el pago de la suma establecida en la providencia se realizara en un término más prolongado, por la grave afectación que podría producir a sus finanzas y de contera a la inversión social que se había planeado.

Como se observa, por una parte puede afirmarse que en aplicación del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal, debería disponerse un plazo especial para el pago de

una obligación que por su cuantía, pone en peligro las finanzas públicas del Distrito y por tal razón la medida es necesaria para proteger el interés general de los habitantes de Bogotá, y por otro lado, la decisión de diferir el pago de la indemnización, puede ser interpretada como una cortapisa al derecho de acceso material a la justicia, pues la retribución reconocida a favor de los demandantes no se entregaría con la misma prontitud que en caso de no ser aplicado el referido criterio orientador. Sin embargo, esta disyuntiva que puede presentarse de manera recurrente en el marco de las providencias dictadas dentro de los procesos que versan sobre la responsabilidad del Estado, es susceptible de superarse si se aplican algunas de las conclusiones a las que llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2011, que fueron reseñadas en el anterior capítulo. Lo primero que se debe resaltar, es la naturaleza instrumental de la Sostenibilidad Fiscal, y su carácter netamente orientativo, lo cual de entrada impide que se generen tensiones con los derechos previstos en la Constitución, incluyendo el derecho de acceso material a la justicia.

En efecto, la aplicación de este criterio orientador en una providencia judicial, no puede generar tensión con derechos fundamentales como el acceso material a la justicia, por el estrecho vínculo que este tipo de derechos tiene con los ejes definitorios de la Constitución, lo cual le concede una posición prioritaria dentro del ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 334 Superior señala expresamente que ninguna autoridad puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos constitucionales, su núcleo fundamental y su progresividad, lo cual, adicional a reafirmar la posición privilegiada de estos derechos frente al mencionado criterio orientador, impide que se restrinja su alcance o que se limite su protección efectiva.

Ahora bien, la Corte Constitucional también aclaró que el criterio de sostenibilidad fiscal es parte de la denominada Constitución Económica, cuyas disposiciones son instrumentos que le permiten al Estado garantizar la faceta prestacional de los derechos previstos en la Constitución y de esta forma lograr sus fines esenciales⁴⁰

Así, esta nueva disposición hace parte de los mecanismos con los que cuenta el Estado, que, a través de todas sus autoridades, debe cumplir con su deber de dirigir y racionalizar la economía, bajo el supuesto de la escasez de los recursos públicos, con el fin de lograr que los derechos constitucionales, como el derecho de acceso material a la justicia, se materialicen observando los principios de eficiencia y equidad.

Ponderando lo expuesto en los anteriores párrafos, se concluye que en muchas providencias de la jurisdicción contencioso administrativa, particularmente en las emitidas por el Consejo de Estado, debe establecerse cuál es el punto de equilibrio entre la medida o medidas concretas que se adoptan⁴¹ y los derechos de los ciudadanos que no están

⁴⁰ Al respecto, Jorge Witker asigna al derecho económico el estudio de la normatividad considerándola un instrumento para lograr determinados objetivos económicos y sociales:

Ubicado en la descripción histórica precedente, el derecho económico conforma una realidad científica indiscutible, siempre que se le examine con una metodología interdisciplinaria amplia no formalista. Esto es, considerando a las normas jurídicas específicas como instrumentos que cumplan contenidos y finalidades económicas y sociales. Se trata de una rama del derecho integrada por categorías jurídicas (elemento formal) y económicas (elemento material), de manera que su objeto de estudio es bicéfalo. Ambos elementos tienen como eje central el fenómeno de intervencionismo estatal en la economía (mixta o socializada) a fin de alcanzar metas definidas por el sistema político global, recogidas en las constituciones nacionales. Este eje central será distinto en uno u otro sistema económico (mixto o socializado). (Witker, 1985).

En ese sentido también afirma GASPAR ARIÑO

(...) Ciertamente al integrarse en el sistema del derecho económico, las instituciones jurídicas no pierden el carácter de categoría abstracta lógico-formal en beneficio de la consideración de institutos de la vida económica. pero no solo se consideran en sí mismas, sino también y sobre todo como expresión de las instituciones económicas o como instrumentos técnicos al servicio de la economía. (Ariño, 2003, p. 276-277).

⁴¹ Sobre esta dualidad que se presenta en la realización de los derechos sociales que contempla la Constitución Política, afirma el profesor Rodrigo Uprimny,

Sin embargo, el examen precedente también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada.

involucrados directamente en el litigio; es decir, ¿hasta qué punto se considera efectivamente realizado el derecho reconocido y en qué momento estas medidas empiezan a afectar el interés general, causando una ruptura del principio de equidad?

Este cuestionamiento, que debe estar presente en las providencias del Consejo de Estado y particularmente en las que versan sobre la responsabilidad de la Administración, conlleva un análisis sobre el alcance de la decisión adoptada en concreto, la cual debe enfocarse no solo en lograr la materialización de los derechos de los ciudadanos sino también en la preservación del orden jurídico⁴², por lo que se debe considerar la capacidad real del Estado para atender las diferentes órdenes que se desprenden de su cumplimiento, con el fin de verificar que lo ordenado se encuentre dentro de la órbita de sus posibilidades y que su realización, junto con los efectos a futuro sobre asuntos análogos, no suponga un impacto anormal para los recursos públicos.

2.4. CONCLUSIONES.

De acuerdo con el texto del artículo 334, las autoridades judiciales deben tener en cuenta que la materialización de los derechos que se ponen a su consideración, supone un costo. Lo anterior no implica una confrontación entre la Sostenibilidad Fiscal y el derecho de acceso material a la justicia, incluyendo sus múltiples facetas y dentro de estas la adopción de medidas que materializan los derechos reconocidos, cuando hay lugar a ello en

Estos obstáculos son aún mayores en contextos de pobreza e inequidad, como los que dominan en Colombia y en América Latina, pues los recursos son más escasos y las carencias que deben ser colmadas mayores. La paradoja es evidente: en estas sociedades, el constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores condiciones de posibilidad. (Uprimny, 2001).

⁴² Véase Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 103.

una sentencia judicial, pues el referido criterio orientador no puede ser usado para negar derechos ni para menoscabar su efectividad.

Así, la utilidad del nuevo precepto constitucional, consiste en poner la materialización de los derechos sub judice, en el plano de la realidad, conforme a los recursos existentes y de esta manera evitar que determinado reconocimiento sea fuente de inequidad, por la afectación de los derechos de los demás ciudadanos. Lo anterior, cobra una mayor relevancia tratándose de las decisiones proferidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa dado el directo impacto que generan en los recursos públicos.

CAPÍTULO III.

En este capítulo se argumentará que el valor constitucional de justicia y la eficiencia como principio económico, que en el contexto de las decisiones jurisdiccionales que versan sobre la responsabilidad del Estado parecieran contraponerse, en realidad son susceptibles de complementarse en aras de lograr los fines que el texto superior le ha encomendado al Estado.

Ahora bien, la complementariedad entre la justicia como valor constitucional fundante y la eficiencia como principio que rige la distribución de recursos escasos en el país, se presenta en un amplio espectro de asuntos que involucran a todas las instituciones de la sociedad.

Dado el enfoque del presente trabajo, se explicará como, según el inciso tercero del artículo 334 de la Constitución Política, en las providencias judiciales en las que se estudia la responsabilidad del estado por los daños causados a los particulares, se debe armonizar el valor y principio previamente señalados, para lo cual es necesario que la ratio decidendi de esos pronunciamientos contenga un razonamiento de tipo económico que considere sus efectos en los recursos públicos y por ende en la sostenibilidad de los derechos y prestaciones de la comunidad en general.

Finalmente, se argumentará que el Incidente de Impacto Fiscal introducido en nuestro ordenamiento constitucional como un instrumento procesal que permite concertar la orden concreta emitida en un pronunciamiento judicial con el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal; es en realidad un segundo momento en el que la corporación judicial que emitió el fallo, podría incluir una consideración de tipo económico en su decisión, esta

vez de manera restringida a los efectos concretos de lo dispuesto en la correspondiente providencia.

3.1. Complementariedad de la justicia y la eficiencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como se expuso en el anterior capítulo, la aplicación del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal previsto en el artículo 334 Superior no puede generar tensión con los principios contenidos en la Constitución Política ni puede menoscabar el goce efectivo de los derechos fundamentales, en otras palabras debe respetar el contenido integral de los derechos constitucionales, tal como lo explicó la Corte Constitucional en las sentencias C-288 de 2012, C-258 de 2013 y recientemente, en la sentencia C-870 de 2014.

Sin embargo, para lograr la efectiva armonización y articulación de este nuevo precepto constitucional con el objetivo estatal de alcanzar “la vigencia de un orden justo”, es necesario comprender que el principio de eficiencia y la Sostenibilidad Fiscal como desarrollo del mismo, no son opuestos al valor de la justicia y a los principios y derechos que la desarrollan. Por el contrario, en el contexto de las providencias que versan sobre responsabilidad del estado, un correcto análisis y ponderación de los fundamentos fácticos y jurídicos que conforman los casos sub judice, permiten que la justicia y la eficiencia se complementen al realizar los derechos reclamados por los ciudadanos y al mismo tiempo sirvan al propósito estatal de la consecución de un orden justo.

En este punto, es importante destacar el aporte que hace Mario Andrés Pinzón Camargo respecto de la armonización del contenido social de nuestra Carta Política con la eficiencia como elemento connatural a la economía de libre mercado:

Al aplicar los anteriores conceptos al estudio del caso colombiano puede partir por el reconocimiento de una pugna que se encuentra, tanto en el modelo colombiano como en todos aquellos marcos institucionales desarrollados bajo el sistema capitalista. Esta pugna o trade off es reconocida por Artur M. Okun, como la dualidad existente entre las instituciones políticas y sociales que buscan la igualdad, frente a las instituciones económicas que persiguen la eficiencia, entendiendo por éste último concepto, “más es mejor”, a través de la libertad de los mercados.

Reconociendo la existencia de este trade off, el Estado Social de Derecho busca generar reglas de juego para los agentes a través de las cuales se logre cumplir la premisa de eficiencia, pero a su vez se garantice la igualdad de oportunidades de los agentes que confluyen el mercado. Para esto el modelo colombiano buscó un arreglo institucional a través del cual se logrará alcanzar un punto de equilibrio entre los valores sociales y económicos, que contribuyera no sólo al crecimiento cuantitativo de la economía, sino cualitativo de la misma, es decir al efectivo desarrollo económico. (Pinzón, 2009, p. 69).

Ahora bien, como se expuso en acápite anteriores, la justicia es uno de los valores fundantes de nuestra constitución, por esto es parte estructural de su preámbulo y figura como uno de los objetivos que justifican la existencia del Estado. Sin embargo, su contenido es abstracto y se sirve de principios como la igualdad, la legalidad y de derechos como el debido proceso y el acceso material a la justicia, para hacerse efectivo en el plano

de la realidad. Así lo reconocen múltiples pronunciamientos de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones y particularmente de la Corte Constitucional⁴³.

Por su parte la eficiencia es un concepto que se encuentra de manera recurrente en aspectos vertebrales de nuestra Constitución, como lo son la seguridad social y los servicios públicos (artículos 48 inciso final y 49 inciso segundo), en la organización territorial (artículos 313, 322 y 325), en la planeación de la economía (artículo 339) y recientemente en la organización de la administración de justicia (artículo 254 modificado por el artículo 15, Acto Legislativo 02 de 2015). Igualmente, es uno de los principios que rige todas las actuaciones administrativas, como lo establece el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Igualmente, debe destacarse que en el Código General del Proceso se incluyó una disposición expresa⁴⁴ que desarrolla el precepto del artículo 334 Superior, en materia de embargos sobre recursos públicos, lo cual supone un avance en la positivización de la

⁴³ Véase Entre otras sentencias de la Corte Constitucional: C-131 de 2002, C-371 de 2011 y C-799 de 2005, en esta última con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, esa corporación expuso: “Por consiguiente, el derecho de defensa es una de las tantas garantías que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico “Es decir, el derecho de defensa es de aplicación general y universal. Al respecto a (sic) dicho esta Corporación:

La concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella “

Así entonces, debe tenerse en claro que el derecho de defensa, como base fundamental del Estado de derecho, ha adquirido una connotación general para todo el ordenamiento jurídico el cual debe verse constantemente influenciado por su presencia so pena de atentar contra el valor de justicia determinado por el Estado Colombiano. (C-131, 2002).

⁴⁴ Véase Código General del Proceso Artículo 597. “Levantamiento del embargo y secuestro. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

(...)11. Cuando el embargo recaiga contra uno de los recursos públicos señalados en el artículo 594, y este produzca insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado, el Procurador General de la Nación, el Ministro del respectivo ramo, el Alcalde, el Gobernador o el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrán solicitar su levantamiento. (Ley 1564, 2012).

sostenibilidad fiscal en nuestro ordenamiento jurídico y como se viene explicando, de la eficiencia como elemento de las decisiones judiciales.

La ubicuidad de la eficiencia como componente de numerosas disposiciones de la Constitución Política y en general en nuestro ordenamiento jurídico, denotan la importancia de la premisa subyacente, que no es otra que el reconocimiento de que los recursos con los que cuenta el Estado son limitados y en muchas ocasiones, insuficientes.

Como quedó establecido líneas atrás, el valor de la justicia y la eficacia son a menudo confrontados, sacrificando de manera absoluta uno a favor del otro, dependiendo del asunto sometido a análisis y en ocasiones, según la inclinación ideológica de quien o quienes deben tomar la correspondiente decisión. Desde hace varias décadas este enfoque busca ser superado por diferentes corrientes de pensamiento jurídico, que entienden el derecho como un elemento configurador del modelo económico y correlativamente reconocen las premisas básicas de la economía como sustento indispensable para la creación de normas y para la interpretación jurídica⁴⁵.

Así lo han entendido, entre otros, Gaspar Ariño que al estudiar extensamente la relación entre derecho y economía señala categóricamente: “(...) lo que queremos decir, es que la conjunción economía-derecho, que se da en grandes áreas del moderno derecho público, obliga a pasar por la criba de la racionalidad económica, las decisiones jurídicas (...)” (Niño, 2003, p. 18).

⁴⁵ Al respecto, Gaspar Ariño afirma: “El derecho debe configurar el sistema económico, el análisis económico debe inspirar y fundamentar la interpretación jurídica.” (Ariño, 2003)

También así, al discurrir sobre los aspectos que comprenden la planeación económica, Jorge Witker señala la necesaria interacción entre las ciencias económica y jurídica, en los siguientes términos:

Así en la tarea planificadora confluyen tres aspectos esenciales: el político entendido como una actividad que consiste en coordinar las conductas del cuerpo social hacia un objetivo; el económico, entendido como la técnica que somete la economía a un plan; y el jurídico que regula el plan y lo integra al concepto de estado de derecho sancionándolo en el orden normativo.

En el contexto de esta trilogía conceptual la planeación debe inscribirse, y en su análisis la perspectiva del derecho económico nos parece indisoluble, pues su metodología permite contemplar el proceso planificador en forma científica e integral. En otras palabras, ni la política económica pura, ni la ciencia política pueden acercarse a la planeación económica sin contemplar la viabilidad legal y constitucional de los planes, pues no es suficiente tratar de imponer algo racionalmente efectivo, si no sabemos bajo que parámetros normativos debe llevarse a cabo. (Witker, 1985, p. 55).

En el ámbito local, Felipe Márquez hace una afirmación similar al aseverar:

Los objetivos del derecho son buscar la justicia y la equidad en las relaciones sociales, bien sea entre particulares, entre particulares con el estado, o entre estados. Estos objetivos no están muy lejos de ser los mismos que se plantea la ciencia económica, y eso es lo que queremos demostrar en este escrito. El derecho requiere

de la economía y esta última requiere de aquel para lograr los objetivos esenciales de ambos, que podemos resumir en uno: bienestar social. (Márquez, 2005, p. 47).

Esta línea de pensamiento que incluye múltiples aristas, plantea la necesidad de establecer una relación simbiótica entre la justicia como objetivo de la organización Estatal -incluidas las múltiples facetas que lo desarrollan- y la eficiencia como principio que posibilita la materialización y sostenibilidad de los derechos y garantías consagrados en el ordenamiento jurídico. Con fundamento en lo expuesto en los capítulos anteriores, se considera que esta relación debe verse fielmente reflejada en el régimen jurídico de responsabilidad del Estado, tanto en su componente normativo como en la jurisprudencia que diariamente desarrolla el Consejo de Estado.

En lo normativo, la estrecha relación entre justicia y eficiencia se encuentra planteada en el artículo 334 de nuestra Constitución Política, que consagra la sostenibilidad fiscal como un parámetro orientador de la gestión estatal que se encamina a la búsqueda de *la distribución equitativa de oportunidades y de los beneficios del desarrollo*. Por su parte, el Incidente de Impacto Fiscal, procedimiento contenido en la referida disposición constitucional, es otro elemento que denota la intención del legislador de aproximar la justicia y la eficiencia, ya que se trata de un instrumento que genera un espacio de interlocución entre la autoridad jurisdiccional, el ejecutivo y el Ministerio Público sobre los efectos fiscales de las sentencias de las altas cortes.

Sin embargo, una de las conclusiones planteadas en este trabajo, es que una verdadera aproximación entre la justicia y la eficiencia como conceptos complementarios en el estudio de asuntos jurídicos, solo se puede lograr a través de la jurisprudencia de los

órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones. Esta afirmación cobra más fuerza al introducirla en el contexto de los procesos judiciales en los que se estudia la responsabilidad del Estado, dada la relevancia que tienen los pronunciamientos del Consejo de Estado en materia de sostenibilidad fiscal y al carácter crecientemente vinculante de su jurisprudencia, aspectos previamente expuestos en este trabajo.

Ahora bien, como se explicó en el capítulo anterior, uno de los pilares fundamentales del estado de derecho es la responsabilidad del Estado, que bajo esta perspectiva es sujeto de derechos y obligaciones. Esta premisa impide que la responsabilidad de las autoridades para con los ciudadanos, particularmente al haber sido declarada por una autoridad jurisdiccional, pueda eludirse o soslayarse bajo el pretexto de razones puramente fiscales.

Así, en la gran mayoría de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se busca realizar el principio de justicia en un caso particular, lo que mayoritariamente se traduce en el reconocimiento de una suma de dinero a manera de indemnización, retribución o compensación, cuando se trata de los medios de control previstos en los artículos 138, 140, 141 y 145 del CPACA. De esta manera se busca realizar el valor de la justicia en cada el caso concreto.

Sin embargo, si en los razonamientos que sostienen la decisión en cada uno de esos casos no se involucra en alguna medida el principio de eficiencia, la consecuencia será la imposibilidad de materializar la justicia en casos ulteriores y análogos, por el agotamiento de los recursos con los que cuenta el Estado para responder por las condenas a su cargo, y

de persistir esta incapacidad para pagar oportunamente estas obligaciones, se pondría en peligro la sostenibilidad financiera de Estado.

En conclusión, ignorar el principio de eficiencia al momento de aplicar el valor de la justicia en el caso concreto, en los eventos en los que se reclama la responsabilidad patrimonial del Estado, pone en peligro la realización del acceso material a la justicia, y en el largo plazo constituye una amenaza para la sostenibilidad de las prestaciones sociales a cargo del Estado. Así lo puso de presente la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el Informe de Actividad Litigiosa de la Nación, en el cual estudió el periodo 2000-2013:

En el acumulado de los trece años analizados, el impacto en el Presupuesto General de la Nación alcanzó los \$6.19 billones de pesos. Esta cifra equivale al 3.3% del Presupuesto total apropiado por la Nación para el 2013 y el 14.13% de la apropiación presupuestal para inversión del mismo año.

Un análisis detallado del periodo 2006 – 2013 en el que se evidencian los mayores niveles de pagos, indica, por un lado, que el valor ejecutado para el pago de sentencias y conciliaciones equivale al 2.7% del presupuesto ejecutado de inversión en este mismo periodo³ y, por otro lado, que los pagos de sentencias y conciliaciones como porcentaje de la inversión ejecutada se incrementaron en todas las vigencias fiscales. Durante el 2007 se presentó el nivel de pagos más bajo, equivalente al 1.7% de la inversión ejecutada en esa vigencia. Mientras que en el 2012, como se mencionó anteriormente, se registró el máximo nivel de pagos

representando el 4.5% de la inversión nacional. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, S.f., p. 4).

Por lo anteriormente expuesto, se observa la imperiosa necesidad de construir una nueva relación entre la justicia y la eficiencia, a partir de su entendimiento como preceptos complementarios, para lograr el desarrollo de este valor en el plano de la realidad. De manera más concreta y en relación con el tema que planteado en este trabajo, se requiere que al momento de estudiar cada caso y de realizar los derechos que reclaman los ciudadanos, las autoridades jurisdiccionales y particularmente el Consejo de Estado, introduzcan la eficiencia como uno de los parámetros que configuran el régimen de responsabilidad del Estado.

3.2 La Sostenibilidad Fiscal como elemento configurador de la ratio decidendi de las providencias judiciales que versan sobre la responsabilidad del Estado.

En el anterior apartado se argumentó que, en nuestro ordenamiento jurídico, la justicia y la eficiencia deben entenderse como conceptos complementarios, premisa que resulta particularmente importante en el régimen de responsabilidad del Estado. Ahora bien, establecido lo anterior, surgen varias inquietudes: ¿es jurídicamente viable?, y si lo es; ¿cómo lograrlo?; es decir ¿cómo armonizar el valor de la justicia con el principio de eficiencia inmerso en el criterio de sostenibilidad fiscal, en los casos en que se reclama la responsabilidad patrimonial del Estado?

Se plantea en el presente trabajo que este cometido es jurídicamente posible y que la forma de lograrlo es a través de la incorporación del razonamiento económico a la ratio

decidendi de los pronunciamientos judiciales que versan sobre la responsabilidad del Estado, particularmente en lo atinente a las providencias del Consejo de Estado dada su calidad de órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y los efectos que tienen sus sentencias – la gran mayoría con contenido económico- en el presupuesto nacional, como se explicó previamente.

Ahora bien, una de las principales inquietudes que surgen a raíz de la formulación de la anterior premisa, es la afectación del principio de autonomía judicial, el cual dicta que en sus pronunciamientos los jueces solo pueden tener en cuenta el ordenamiento jurídico aplicado al caso concreto, sin que puedan ser afectados o incididos por otras consideraciones o autoridades.

En este sentido, las críticas planteadas a la introducción del criterio de sostenibilidad fiscal en la Constitución, se basaron en gran parte en que la imposición de una disposición de esta naturaleza resultaba contraria a los principios de independencia y sujeción estricta a la Ley por parte de los jueces de la República⁴⁶, contenidos en los artículos 228 y 230 Superiores, por lo cual este criterio supondría en realidad una especie de dictadura fiscal que serviría para denegar los derechos reclamados por los ciudadanos⁴⁷.

Lo primero que resulta importante destacar frente a estos argumentos es que, a partir de la modificación del artículo 334 de la Constitución Política, la Sostenibilidad Fiscal hace parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene la condición de disposición superior, sin embargo, su naturaleza instrumental, le impide generar tensiones con los derechos

⁴⁶Véase Álvaro Pío Guerrero Vinuesa, Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. Revista Criterio Jurídico, Pontificia Universidad Javeriana Cali V. 12, No. 1 2012-1 pp. 79-126.

⁴⁷Véase González Cesar. Sostenibilidad Fiscal: Mucho ruido y Pocas Nueces, en <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/1988-sostenibilidad-fiscal-mucho-ruido-y-pocas-nueces.html>.

contenidos en la Carta o menoscabar su contenido integral, como claramente lo ha advertido la Corte Constitucional en sentencia C-288 de 2012.

En este orden de ideas, los principios de autonomía judicial y sujeción a la Ley contenidos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, de estricta observancia por las autoridades judiciales, no se trasgreden cuando el juez incluye en su providencia la sostenibilidad fiscal como uno de los elementos estructurales de la ratio decidendi de su pronunciamiento, toda vez que la norma superior ahora incluye este criterio como un reconocimiento de la finitud y en muchas ocasiones, la insuficiencia de los recursos públicos, lo que genera la imperiosa necesidad de buscar la eficiencia en su distribución.

En este sentido, resulta de la mayor relevancia hacer una aproximación al concepto de ratio decidendi de las providencias judiciales, para posteriormente señalar concretamente en qué contexto la sostenibilidad fiscal podría hacer parte de esta, en los pronunciamientos sobre responsabilidad del estado emitidos por el Consejo de Estado.

Ahora bien, el concepto de ratio decidendi no es completamente unívoco ni tiene una definición unánime en nuestro país, dado el continuo desarrollo y transformación de la jurisprudencia de las altas cortes, especialmente los avances logrados por la Corte Constitucional que en varias sentencias ha profundizado sobre este particular.

Así mismo, los planteamientos de la doctrina nacional al estudiar el tema y recientemente la introducción de instrumentos procesales como la extensión de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado, prevista en el artículo 102 del CPCA, generan un mayor interés por decantar este asunto en particular y por desarrollar dicho concepto.

A pesar de lo anterior, es posible identificar los elementos esenciales de la ratio decidendi de una providencia o línea jurisprudencial, con base en la doctrina y jurisprudencia de las altas cortes, que han desarrollado ampliamente este concepto, siendo la Corte Constitucional la más estudiosa de este asunto y quien ha propuesto definiciones como la siguiente: “Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”. (SU-047, 1999).

En una oportunidad más reciente y habiendo profundizado durante varios años en el tema, la Corte Constitucional formuló la siguiente definición:

(...) Para tal efecto, es pertinente recordar que la ratio decidendi corresponde básicamente a la subregla que aplica el juez para la definición del caso concreto, cuya exigibilidad se extiende a todos los casos que se subsuman en la misma hipótesis, en virtud de la salvaguarda del carácter prevalente de la Constitución y de los principios de buena fe, igualdad y confianza legítima. (T-719, 2013)

Por su parte, el Consejo de Estado no ha sido ajeno a la discusión sobre la importancia de observar el precedente vertical y la ratio decidendi como elemento obligatorio de este. Al respecto esa corporación sostuvo:

Precisando también que ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la ratio decidendi de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha ratio decidendi se define como el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutive, en términos

específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico. (Sentencia 01123-00, 2014).

También la doctrina nacional ha hecho su aporte en materia de la delimitación conceptual de la ratio decidendi de las providencias judiciales, se puede reseñar como ejemplo lo concluido por Diego Eduardo López Medina, quien propuso que este concepto se concretaba en “(...) La extracción del mínimo principio posible explicativo del fallo, esto es, subregla explicativa de un patrón fáctico bien definido”. (López, 2006, p. 244).

Así mismo, Carlos Bernal Pulido analizó varias sentencias de la Corte Constitucional y conceptuó: “La ratio decidendi es la norma adscrita o, como la llama la Corte, la subregla, que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos” (Bernal, 2007, p. 177-178) y más adelante concluye apoyándose en un pronunciamiento de la referida corporación, que: “Incluso, en la sentencia T-1317 de 2001 el alto tribunal manifestó que el precedente judicial, plasmado en la ratio decidendi, se configura como una auténtica norma, como una conjunción de “un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica” al igual que las demás reglas jurídicas.” (T-1317, 2001).

De acuerdo con las referencias doctrinales y jurisprudenciales expuestos en precedencia, a efectos de formular una definición que sirva de base para el análisis que se pretende hacer en este capítulo, se afirma que la ratio decidendi es la razón o regla aplicable para la resolución de un problema jurídico en el cual se encuentran debidamente establecidos los hechos fácticos y jurídicos relevantes; a su vez, esta regla deberá aplicarse a casos análogos, en cuanto concurren los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

También es importante señalar que, si bien es cierto la ratio decidendi de las sentencias de los órganos de cierre tiene carácter vinculante para los jueces al fallar casos análogos⁴⁸, su obligatoriedad no es absoluta pues a partir de sustentadas razones, los falladores (dentro de ellos, por supuesto las altas cortes), pueden separarse de la ratio aplicable al momento de proferir la correspondiente decisión. Con esto se busca evitar la petrificación de la jurisprudencia y permitir su adaptación a los cambios de orden normativo, social e institucional a los cuales debe responder el ordenamiento jurídico⁴⁹. En este sentido desde hace varios años, la Corte Constitucional ha sido clara al manifestar:

Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las

⁴⁸ Véase Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-634 de 2011, Luis Ernesto Vargas Silva, 24) de agosto de 2011,

Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior. (C-634, 2011).

⁴⁹. En Colombia en cambio, hemos visto que los jueces tienen un deber prima facie de respeto al precedente; este deber prima facie puede ser derrotado cuando los jueces propongan argumentos suficientes y razonables para apartarse del mismo. Esta potestad incluye la posibilidad de que los jueces de instancia en Colombia propongan cambios prospectivos de precedente. (López, 2006).

exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular. (C-836, 2001).

Vale la pena destacar que, es precisamente esta capacidad de transformación que se reconoce a la jurisprudencia, la que permite que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones asimilen el cambio en nuestro ordenamiento jurídico producido por la introducción de la Sostenibilidad Fiscal como criterio orientador en el artículo 334 Superior.

Ahora bien, se ha advertido que la *ratio decidendi* no es un concepto absoluto y perfectamente definido, en cuanto no necesariamente se delimita con claridad meridiana en los pronunciamientos judiciales ni aún en las providencias de importancia jurídica de las altas cortes⁵⁰. También se sabe que está sometido a la apreciación posterior por parte de la

⁵⁰ Sobre este aspecto Bernal Pulido afirma: “(...) la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente. Esta es una consideración básica que se deriva de la estructura del derecho como una *praxis* jurídica compleja.” (Bernal, 2007, p. 179).

corporación que la produjo y de los falladores de la correspondiente jurisdicción, y que, a raíz de determinados cambios de naturaleza social o normativa, puede perder su vigencia como regla de derecho vinculante para casos con identidad de supuestos fácticos y jurídicos⁵¹.

A pesar de lo anterior, se afirma que el criterio de Sostenibilidad Fiscal y el principio de eficiencia que le subyace deben estar presentes en la ratio decidendi de la jurisprudencia de las altas cortes, particularmente en los pronunciamientos sobre responsabilidad del estado proferidos por el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, la inclusión del nuevo precepto constitucional aplicado a un caso en particular, dentro de la consideración o consideraciones principales de un pronunciamiento del Consejo de Estado, garantizan que, a futuro y frente a casos análogos, el criterio de eficiencia aplicado en el caso que se considera precedente aplicable, sea observado en la misma medida que las consideraciones de naturaleza estrictamente jurídica. Lo anterior, sin perjuicio de que el criterio planteado frente al caso en particular, se encuentre sometido a posteriores apreciaciones que como se observó, permiten la transformación de la jurisprudencia.

Por otra parte, si no está de por medio la fuerza vinculante que se le atribuye a la ratio decidendi del precedente judicial, el criterio de sostenibilidad fiscal previsto en un

⁵¹ El Doctor Diego López Medina manifiesta:

Esta noción del precedente, pues, es menos formalista y permite al juez reconstruir los fundamentos o razones de los fallos. Esta forma de concepción del precedente ha sido utilizada en momentos de cambio social en los que se hace preciso mantener la coherencia decisional, al tiempo que se encuentran o elaboran nuevos argumentos o concepciones de la realidad social y jurídica. (...)” (López, 2006, p. 227).

pronunciamiento del Consejo de Estado carecería de la eficacia necesaria para surtir efectos frente a casos análogos, en los cuales podría ser considerado simplemente obiter dictum.

Para ilustrar lo anterior, es posible plantear un caso hipotético en el cual, el Consejo de Estado dicta una sentencia cuya ratio decidendi incluye un racionamiento de orden económico propendiendo por la sostenibilidad fiscal, al tiempo que reconoce y materializa el derecho reclamado por el demandante. Si en el mismo escenario existiera un gran número de casos análogos que pudieran llegar a ser dirimidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no se tuviera en cuenta el criterio de sostenibilidad fiscal desarrollado por la referida corporación en el caso precedente, el nuevo criterio orientador se haría inocuo, pues los jueces o el mismo Consejo de Estado podrían omitir sin ninguna justificación el razonamiento de orden económico previamente establecido.

Así, la sostenibilidad fiscal como criterio orientador, debe acompañar las razones principales de los pronunciamientos que versan sobre responsabilidad del Estado, en ocasiones para articular el o los derechos reconocidos con el fundamento económico que subyace a la relación de la cual se derivó la reclamación, otras veces para aproximar los nuevos parámetros de gestión o de responsabilidad que impone la jurisprudencia, a las posibilidades reales de la administración, y en general para propender por la introducción de razonamientos que, sin menoscabar el derecho de acceso a la justicia en todas sus facetas, sean consecuentes con la escasez de los recursos públicos; hipótesis que serán estudiadas con ejemplos concretos en el siguiente capítulo.

Es importante hacer una observación en este punto, relacionada con la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-870 de 2014 respecto de los deberes del juez que

se derivan de la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal. En efecto, con ocasión de la demanda de constitucionalidad formulada contra varios artículos de la Ley 1695 de 2013 *Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*, esa alta corte estudió este tema en particular, y precisó:

En quinto lugar, a partir de lo expuesto en el acápite anterior, es claro que bajo la regla de que la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones. En efecto, este análisis que le corresponde a los ministros del gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el incidente consagrado en el artículo 334 de la Constitución. (C-870, 2014)

Siendo evidente que la Corte Constitucional descarta tajantemente que exista una obligación del juez de hacer un estudio exhaustivo sobre el impacto fiscal que producen sus decisiones, se debe aclarar que dicha afirmación no se opone a lo aducido en el presente trabajo.

En efecto, la introducción del nuevo criterio orientador sí impone un deber adicional para los falladores y especialmente a las altas cortes: se trata de ponderar las consecuencias previsibles en el ámbito de la sostenibilidad fiscal, que producirán sus decisiones, tanto con las ordenes que se emitan para el caso en particular como con los razonamientos que quedan planteados como precedente vertical, lo cual no significa necesariamente que se deba hacer un análisis detallado de los efectos fiscales de sus providencias.

Conforme a lo expuesto, la introducción del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal en la ratio decidendi de las providencias del Consejo de Estado (que como se ha

visto, es una verdadera fuente de derecho en nuestro ordenamiento jurídico), permite armonizar las consecuencias económicas de algunos de estos pronunciamientos con el principio de eficiencia, lo que resulta indispensable para procurar la sostenibilidad de las obligaciones y prestaciones a cargo del Estado.

3.3. El Incidente de Impacto Fiscal: un espacio de interlocución interinstitucional en favor de la razonabilidad fiscal de las decisiones judiciales.

Habiendo expuesto lo relacionado con la introducción del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal en los razonamientos que sustentan las decisiones de los órganos de cierre y particularmente del Consejo de Estado como el juez que analiza la responsabilidad de la organización estatal; corresponde ahora analizar el Incidente de Impacto Fiscal, herramienta que se enfoca específicamente en los efectos sobre la sostenibilidad fiscal derivados de las órdenes contenidas en algunas sentencias dictadas por las altas cortes.

El inciso cuarto del artículo 334 Superior, habilita al Ministerio Público y al ministro de la cartera respectiva para que, ante la afectación grave de la Sostenibilidad Fiscal generada por una sentencia proferida por uno de los órganos de cierre de las jurisdicciones, inicien un procedimiento que deberá ser tramitado obligatoriamente por la respectiva corporación con el fin de discutir los efectos negativos sobre la sostenibilidad fiscal que los primeros le atribuyen a una providencia proferida por una de las altas cortes, quienes finalmente deciden si modifican, modulan o establecen nuevos plazos para el cumplimiento de las órdenes respectivas, o si por el contrario estas se mantienen incólumes.

Cabe anotar que la redacción de esta norma descarta de plano que el Incidente de Impacto Fiscal pueda cambiar el sentido de una sentencia; en efecto, mediante este procedimiento solo es posible estudiar el impacto de los efectos de esta en la sostenibilidad fiscal, lo cual fue aclarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012 y reiterado en la sentencia C-870 de 2014.

Como se refirió previamente, el Incidente de Impacto Fiscal contemplado en el inciso cuarto del artículo 334 de la Constitución y desarrollado mediante la Ley 1695 de 2013⁵², genera un espacio de interlocución entre el ejecutivo, el Ministerio Público y la alta corte que emitió la sentencia que se cuestiona, para discutir los efectos en el fisco que resultarían del cumplimiento de estas, como se ha referido previamente⁵³.

Ahora bien, dentro de los aspectos procedimentales desarrollados a través de la Ley 1695 de 2013, se incluyó expresamente la posibilidad de que los jueces de instancia soliciten a los entes territoriales, en cabeza de sus representantes legales, su concepto sobre el impacto fiscal que produciría el cumplimiento de determinada decisión en la sostenibilidad fiscal de la entidad que representan⁵⁴. En nuestro concepto, aun cuando esta

⁵² Cabe destacar que en la Sentencia C-870 de 2014 la Corte Constitucional declaró inexequibles algunos apartes del articulado de la Ley 1695 de 2015, estableciendo que este procedimiento no puede aplicarse a los efectos de las sentencias de tutela pues se violaría la reserva de Ley estatutaria.

⁵³ En este sentido la Corte Constitucional precisó:

En tercer lugar, en lo que atañe a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un espacio de interlocución entre los servidores públicos antes referidos y las Altas Cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de sostenibilidad fiscal, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. (C-870, 2014).

⁵⁴ Artículo 16. Con el fin de evitar alteraciones en la sostenibilidad fiscal de las entidades territoriales,

el juez al momento de proferir una sentencia que condene a un municipio o departamento, deberá tener en cuenta la capacidad fiscal de la entidad territorial para dar cumplimiento a lo ordenado. Para tal efecto, y de conformidad con las condiciones del artículo 15 de la presente ley que resulten aplicables, cualquiera de las máximas corporaciones judiciales podrá, durante cualquier etapa del proceso, solicitar al representante legal de la entidad territorial vinculada dentro del proceso, que emita concepto sobre los efectos de una eventual condena en las finanzas públicas.

disposición plantea exclusivamente una potestad discrecional del juez para indagar sobre los posibles efectos de su decisión en los recursos de las entidades territoriales, significa un gran avance toda vez que extiende el alcance del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal, dotando a los falladores de una herramienta que les permite ponderar las consecuencias económicas de sus providencias en el nivel territorial, antes de tomar la correspondiente decisión de fondo.

Por otra parte, se considera que tanto la disposición constitucional mencionada, como la Ley 1695 de 2013 que la desarrolló, omitieron por lo menos dos aspectos que convertirían el Incidente de Impacto Fiscal en una herramienta más efectiva para contribuir a un diálogo fructífero entre las ramas del poder público involucradas en este procedimiento.

En primer lugar, según el texto del inciso cuarto de la citada disposición constitucional, la procedencia del incidente se encuentra restringida a que este se formule frente a sentencias de los diferentes órganos de cierre de las jurisdicciones. Por su parte el artículo segundo de la Ley 1695 de 2013⁵⁵ dio un alcance posterior al artículo 334 Superior, al establecer la procedencia del incidente frente a los autos que se profieran con posterioridad a las sentencias de los órganos de cierre.⁵⁶

Sin perjuicio de lo anterior, el Procurador General de la Nación o los Ministros del Gobierno podrán solicitar la apertura del incidente de impacto fiscal, si se altera la sostenibilidad fiscal de un municipio o departamento cuando resulte condenado por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales. (Ley 1695, 2013).

⁵⁵ Artículo 2°. Procedencia. El incidente de impacto fiscal procederá respecto de todas las sentencias o los autos que se profieran con posterioridad a la misma, por las máximas corporaciones judiciales, cuando se altere la sostenibilidad fiscal, con independencia de la postura que haya adoptado dentro del proceso cualquier entidad u organismo de naturaleza pública, aun cuando no haya participado dentro del mismo. (Ley 1695, 2013).

⁵⁶ La posibilidad de formular el IIF contra los autos posteriores a las sentencias de las altas cortes, parecía estar encaminado principalmente a las providencias que se dictan en el marco de la declaratoria de los

En este orden de ideas, el procedimiento bajo estudio no puede adelantarse frente a otras providencias que por sí mismas pueden generar graves efectos fiscales, lo cual es una limitante de los temas que podrían ser abordados en este escenario interinstitucional. Como ejemplo de lo expuesto, podemos referir el pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado a través del cual se impusieron (con fines de unificación de la jurisprudencia), parámetros para la presentación de propuestas conciliatorias judiciales por parte de las entidades públicas mediante la fijación expresa de porcentajes mínimos a ofrecer a los reclamantes⁵⁷, lo que podía causar efectos inmediatos e incluso cuantificables a la Sostenibilidad Fiscal de las entidades demandadas. Por servir como modelo de varios planteamientos expuestos en este trabajo, esta providencia se estudiará con detenimiento en el próximo capítulo.

Otro aspecto que en nuestro parecer restringe el alcance del Incidente de Impacto Fiscal, es que según se extrae de la Ley 1695 de 2013 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁸, este procedimiento solo puede adelantarse respecto de la orden en concreto contenida en una sentencia, es decir, del decisorio de esta, sin que pueda generarse un espacio para debatir los efectos que puede generar la *ratio decidendi*, siendo esta el núcleo y parte vinculante del precedente vertical dictado por un órgano de cierre.

En materia de sentencias dictadas por el Consejo de Estado, esta limitación tiene una gran relevancia, toda vez que impide que se genere un espacio de discusión sobre los

estados de cosas inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional, que a su vez surgen de las acciones de tutela. Sin embargo, esta corporación advirtió mediante la sentencia C-870 de 2014 que esta norma es exequible bajo el entendido que no procede contra las sentencias de tutela o los autos que se profieran con posterioridad a esta dentro del mismo proceso.

⁵⁷ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., abril veintiocho (28) de dos mil catorce (2014). Radicación: 200012331000200900199 01 (41.834)

⁵⁸ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2014.

efectos del precedente jurisprudencial en procesos contencioso administrativos, cuyas temáticas son recurrentes y en conjunto tienen un gran impacto sobre los recursos públicos.

Con todo, a pesar de las limitaciones previamente mencionadas, el Incidente de Impacto Fiscal es una herramienta procesal de gran importancia en cuanto constituye una segunda oportunidad para que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones tengan en cuenta criterios económicos en su labor de realización de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el Incidente de Impacto Fiscal permite la armonización de una orden concreta prevista en el decisorio de una sentencia dictada por una de las altas cortes, con la Sostenibilidad Fiscal. En efecto, a partir del diálogo interinstitucional que se desarrolla con ocasión del incidente, es posible analizar los pronunciamientos que realizan los derechos reconocidos y su consecuente efecto en las finanzas del Estado, en aras de evitar serias afectaciones de la sostenibilidad fiscal. Sobre este aspecto fue clara la Corte Constitucional al afirmar:

Por último, la regulación propuesta no implica discusión alguna sobre los derechos objeto de reconocimiento, puesto que lo que se habilita es la posibilidad de deliberar sobre la manera de armonizar el cumplimiento de las órdenes dispuestas en un fallo con el criterio de sostenibilidad fiscal. Incluso se reitera una de las cláusulas prohibitivas del citado instrumento, conforme a la cual: “Bajo ninguna circunstancia se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos, restringir su alcance o negar su protección efectiva”, fórmula que se amplió respecto de lo señalado en el parágrafo del artículo 334 del Texto Superior, como se admitió en el

debate legislativo, no sólo con el propósito de mantener el carácter intangible de los derechos fundamentales, sino de ampliarlo a todos los derechos constitucionales. (C-870, 2014).

Ahora bien, en materia de sentencias que establecen la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de las entidades públicas, el análisis que se realiza a través del Incidente de Impacto Fiscal, ha de ser especialmente cuidadoso con la posible modulación o diferimiento de las ordenes contenidas en cada sentencia en cuestión.

Es del caso recordar, tal y como se afirmó en el capítulo anterior, que la responsabilidad estatal es uno de los pilares que soporta el estado de derecho, por lo tanto, un pronunciamiento producido en el marco del incidente estudiado, respecto de una sentencia en la cual se declara la responsabilidad del Estado, debe contener un razonamiento ponderado entre la realización del derecho de los reclamantes y el interés general que subyace la sostenibilidad fiscal, con el fin de verificar si en los términos dispuestos por el fallador, este resulta lesionado con la realización de aquel.

Lo anterior teniendo en cuenta que la modulación, modificación o diferimiento de los pronunciamientos de las altas cortes solo procede en cuanto se evidencie un potencial impacto en las finanzas de la entidad afectada, pero no de cualquier orden, pues debe ser evidente que su magnitud pone en riesgo la sostenibilidad fiscal de esta⁵⁹. Lo contrario podría ser considerado en algunos casos como una doble victimización a manos del Estado,

⁵⁹ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Incidente de impacto fiscal, MP Enrique Gil Botero. Procuraduría General de la Nación Vs. Leonardo Buitrago Quintero, Exp. 2500232600019990000205. noviembre veinticinco (25) de dos mil catorce (2014). En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en el Incidente de Impacto Fiscal promovido con posterioridad al fallo dictado en la acción de grupo interpuesta en contra del Distrito de Bogotá, por los daños ocasionados por el derrumbe del Relleno Sanitario Doña Juana acaecido el 27 de septiembre de 1997.

que afecta situaciones jurídicamente protegidas causando perjuicios y aún después de declararse su responsabilidad hace nugatorio el acceso material a la justicia.

En conclusión, en materia de responsabilidad del Estado, el Incidente de Impacto Fiscal permite que las órdenes dictadas en un proceso en el que se realizan unos derechos en concreto, no se contrapongan al interés general, cuando quiera que se prevea un grave impacto de los recursos con los que se garantizan las prestaciones a favor de la ciudadanía.

En palabras de Gaspar Ariño:

(..)se trata de tomar en consideración los grandes conflictos de intereses que se producen en la vida social, no solo desde una perspectiva principalista, a la que tan acostumbrados estamos los juristas tradicionales, sino consecuencial ¿cuáles son las consecuencias –económicas y sociales- que producen las decisiones jurídicas legislativas o judiciales? (Niño, 2003, p. 74).

3.4. Conclusiones.

El precepto de sostenibilidad fiscal introducido en el artículo 334 de la Constitución Política, apareja una nueva visión de nuestro ordenamiento jurídico que propende por la complementariedad entre justicia y eficiencia.

Sin embargo, para que este nuevo criterio orientador logre permear todo el ordenamiento jurídico y particularmente la jurisprudencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es necesario que esta perspectiva se refleje en la ratio

decidendi de las providencias del Consejo de Estado, lo que dotaría a cada providencia de la eficacia necesaria para surtir efectos como precedente vertical frente a casos análogos.

En la misma línea de pensamiento, se observa que a través del Incidente de Impacto Fiscal, la corporación que emitió una providencia que impacta significativamente el presupuesto de la entidad o entidades afectadas, puede alterar los efectos de la cosa juzgada que surge de su propio pronunciamiento, a través de la modificación, modulación o diferimiento de los efectos concretos que contiene el decisum, en aras de garantizar los derechos y prestaciones cuya protección fue encomendada a la correspondiente entidad cuyo presupuesto se ve afectado, sin que esto represente de suyo el menoscabo del derecho de acceso a la justicia del demandante.

CAPÍTULO IV.

Como se expuso anteriormente, los pronunciamientos del Consejo de Estado en los que este órgano de cierre estudia la responsabilidad del Estado o la solicitud de restablecimiento de un derecho trasgredido con sus actuaciones, producen un efecto inmediato en los recursos públicos; pero existen consecuencias ulteriores que devienen del carácter vinculante de estas providencias, como la creación de nuevos parámetros de responsabilidad y de gestión a cargo de la administración y la utilización de estos parámetros para resolver casos análogos, todo lo cual redundando en mayores costos a cargo de las finanzas del Estado.

En este capítulo se abordarán cuatro pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales se refleja lo anteriormente expuesto, lo que a su vez ilustra el planteamiento central de este trabajo, que es la importancia y necesidad de que la ratio decidendi de esas providencias incorpore un razonamiento acorde con el mandato previsto en el artículo 334 de la Constitución Política, con el fin de conciliar la efectiva realización de los derechos de los ciudadanos demandantes, con el interés general que se ve involucrado en toda sentencia en la que está en juego la responsabilidad patrimonial del Estado.

4.1. La creación de nuevos parámetros de responsabilidad y de gestión en la actuación administrativa a través de providencias del Consejo de Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt Bogotá D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283).

Esta sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado puso fin a un litigio en el que la familia de un paciente que fue internado en numerosas ocasiones en un hospital público, demandó la declaratoria de responsabilidad del Estado y solicitó las consecuentes condenas por los perjuicios materiales e inmateriales causados por las supuestas fallas en la prestación de servicio médico que condujeron a que la persona bajo tratamiento, contrajera una enfermedad infecciosa que produjo graves daños en su salud.

Mediante la sentencia analizada, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, decisión que se erigió sobre tres premisas: (i) No se probó una falla del servicio consistente en una atención o cuidado médico deficiente al cual se le pueda atribuir el contagio de la enfermedad nosocomial por el contagio con una bacteria intrahospitalaria, lo cual no obsta para que se comprometa la responsabilidad del Estado; (ii) El riesgo de la actividad terapéutica al que están sometidos los pacientes – en particular respecto de la eventualidad de contraer una infección por una bacteria intrahospitalaria- permite que al materializarse la contingencia, el caso se estudie bajo el título de imputación del riesgo excepcional, lo que abre paso al estudio judicial desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva del Estado; (iii) El caso fortuito no se configura en estos casos ya que si bien las enfermedades nosocomiales no son resistibles en todos los casos, sí son previsibles como uno de los riesgos inherentes al servicio médico.

Lo primero que se advierte de la lectura de esta sentencia, es que su ratio decidendi va más allá de la creación de un parámetro de gestión para la administración, al introducir un régimen de responsabilidad objetivo en este tipo de eventos a partir de la aplicación de la teoría del riesgo excepcional, en los casos en que pueda ser probado -incluso mediante

indicios-, que un paciente contrajo una infección intrahospitalaria. Así se observa en los siguientes apartes de la providencia bajo estudio:

En relación con la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración, debe señalarse que no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho en otras palabras, que es consecuencia de un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico. También la actuación o actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra. (...)

33. Tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivización de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario. (...)

38. Se tiene así que el Consejo de Estado, si bien no se ha ocupado de desarrollar una dogmática específica aplicable a los casos de daños derivados de infecciones nosocomiales en los que no existe falla probada del servicio, sí ha trazado unas primeras pautas para afirmar, en consonancia con la tendencia que impera en el derecho comparado, que éstos deben ser analizados desde un régimen objetivo de responsabilidad, que en nuestro caso sería el de riesgo excepcional. (...)

44. Tampoco puede considerarse, para efectos de exonerar de responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones nosocomiales, que éstas encajan dentro de lo que la doctrina denomina como “riesgos del desarrollo”, pues

este concepto se refiere específicamente a aquellos eventos, que no sólo son irresistibles, sino también imprevisibles. Las infecciones intrahospitalarias, según ya se señaló, si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención. (...)” (Sentencia 01343-01 30283, 2013).

Se advierte que no se pretende cuestionar que el pilar del régimen de responsabilidad extracontractual estatal en nuestro país, es el daño antijurídico y no la falla del servicio según el artículo 90 superior; lo que se quiere señalar, es que, el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo para el caso de las infecciones nosocomiales con base en la teoría del riesgo asignándole la clasificación de “riesgo alea”, es desacertado a luz de la misma teoría en la que pretende basarse.

En la sentencia bajo estudio se reconoce que los supuestos de hecho de este caso imposibilitan la aplicación de la teoría del riesgo bajo las clasificaciones riesgo-beneficio, riesgo-peligro y riesgo-conflicto, pues el riesgo que a la postre se materializa en el evento dañoso no es creado por el Estado, ni es la entidad demandada la que somete a los pacientes al hecho riesgoso y al ser una obligación del estado la provisión de los servicios médicos para toda la población, no se puede afirmar que las actividades que generan el riesgo son fuente de lucro para este.

Aplica entonces esa alta corte la clasificación de “riesgo alea”, en la que se tiene en cuenta que la actividad terapéutica desarrollada por la institución demandada puede dar

lugar a la producción de daños por la intervención del azar o de factores imprevisibles, sin que exista culpa de la entidad prestadora del servicio. Así lo plantea el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa:

40. De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro , riesgo-beneficio , riesgo-conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa (...). (Sentencia 01343-01 30283, 2013).

A pesar de los argumentos planteados en la sentencia, a través de los cuales se trata de justificar la aplicación de la teoría del riesgo excepcional a los casos de contagio de infecciones nosocomiales, su tesis resulta contraria a la naturaleza de la referida teoría, toda vez que el núcleo de la atribución de responsabilidad bajo esa intelección, es la creación del riesgo por parte del agente al que a la postre se le endilga responsabilidad, y la materialización del riesgo en un hecho dañoso que perjudica a quien posteriormente se presenta como reclamante.

Por lo anterior, aún con todos los esfuerzos argumentativos desplegados en la sentencia bajo estudio⁶⁰, no se puede dejar de lado que en este tipo de casos no es el Estado

⁶⁰ A pesar de no estar directamente relacionado con el planteamiento que se pretende hacer en este breve análisis, es del caso mencionar que la providencia bajo estudio reconoce la inexistencia de un beneficio

a través de la institución prestadora del servicio de salud ni el personal médico quienes crean el riesgo de infección, toda vez que la existencia de microorganismos en el ambiente - aun tratándose de establecimientos de salud-, es un hecho de la naturaleza que no puede ser totalmente controlado.

Así, al tratar de dar un nuevo desarrollo al riesgo excepcional como título de imputación, el Consejo de Estado olvida que a la teoría del riesgo le subyacen centrales conceptos económicos como la asignación eficiente de costos en la sociedad⁶¹, cuestión que surge de la interrelación de los agentes que viven en comunidad y que al aplicarla a este caso, nos conduce nuevamente a la conclusión previamente señalada, esto es, que no es el Estado quien crea el riesgo de las infecciones nosocomiales ni el que somete a los pacientes al mismo, y por tanto no debe ser quien asuma el costo de las indemnizaciones.

Aplicando lo expuesto a los casos de infecciones causadas por bacterias intrahospitalarias, se concluye con facilidad que la tesis del Consejo de Estado desconoce las premisas económicas básicas que son el sustento a la teoría jurídica del riesgo, pues se itera, no es la entidad a cargo de la prestación del servicio la que genera el riesgo para los pacientes, ni puede contenerlo o anularlo, amén de que el personal médico y la entidad están obligados a prestar el servicio médico que origina la eventualidad de una infección.

Estos aspectos son magistralmente abordados por el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, quien dentro de otras reflexiones acerca de esta sentencia, manifiesta:

que favorezca a las demandadas y que provenga del servicio médico que genera el riesgo de infección, no obstante, al citar antecedentes que apoyen esta teoría, remite a precedentes de esa misma corporación que versan sobre casos en los cuales sí existe un beneficio del agente al que se le imputa responsabilidad, como se observa en el pie de página # 32 de la sentencia bajo estudio.

⁶¹ Véase R. H. Coase. El problema del Coste Social. Publicado en The Journal of Law and Economics, 3 de octubre de 1960.

Además, con una tranquilidad pasmosa, se apoyan en la ley francesa 1577 del 2002, que, ante el auge de estas teorías injustas para los demandados, y el temor de la medicina defensiva, creó un sistema mixto basado en la culpa, el seguro obligatorio y la seguridad o solidaridad social⁶². En efecto, dicha ley establece un seguro obligatorio de responsabilidad civil, suficiente para pagar cualquier condena contra el médico que ha causado un daño culposamente. Si no hay culpa, el médico no responde.

Ahora, para el alea terapéutico y las infecciones intrahospitalarias, los hospitales y los médicos no responden objetivamente, sino que el Estado, mediante un sistema de solidaridad social y no de responsabilidad civil, asume las reparaciones de las víctimas. Así las cosas, ni los médicos que cometen culpa ni los hospitales responden y todo termina siendo pagado por los seguros obligatorios y por la seguridad social. Pero esa ley ha sido posible por la enorme riqueza acumulada por el Estado francés. (...)

No sabe uno si lo que se quiere es hallar pretextos y sofismas para justificar la decisión de condenar al Estado a como dé lugar, o si se desconoce la filosofía y la teoría del riesgo como fuente de responsabilidad objetiva. Por falta de espacio solo diré que es un error craso afirmar, como afirma el fallo, que el hospital demandado debe responder objetivamente porque él se beneficia de la actividad médica ejercida (p. 25). Desde hace 120 años la doctrina y la jurisprudencia tienen claro que el Estado responde objetivamente si explota una fábrica de municiones (riesgo provecho), y en cambio, no es razonable que responda si por cumplir con la

⁶² Véase Sylvie Welsch, Responsabilité du medecin, Litec, 2003.

Constitución y con el Código Penal, al tratar de salvarle la vida a un enfermo, sin culpa de su parte, termina causándole un daño (riesgo obligado). (Tamayo, Ambito Jurídico, 2016).

En efecto, este autor resalta uno de los asuntos que se ha venido planteando a lo largo de este trabajo, que es la necesidad de que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones y particularmente el Consejo de Estado, tengan en cuenta el contexto social y económico de nuestro país, lo que conllevaría a la adopción de criterios consecuenciales en sus providencias. Esto permitiría que los falladores observaran que el trasfondo del asunto termina siendo que un régimen objetivo como el propuesto por el Consejo de Estado en el caso de las infecciones intrahospitalarias, desconoce la exigüidad de recursos de la salud en nuestro país y conlleva a una asignación de inequitativa de estos, en perjuicio de los usuarios más necesitados del sistema.

4.2. Reparación integral: Un escenario adverso a la sostenibilidad fiscal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, Bogotá., D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060).)

La reparación integral es uno de los preceptos que desde su positivización a través de la Ley 446 de 1998⁶³ y sus posteriores desarrollos en el marco jurídico nacional⁶⁴, ha

⁶³ Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. (Ley 446, 1998).

⁶⁴ Podemos citar como ejemplo del desarrollo de este precepto, la Ley 1448 de 2011, que en su artículo 25 establece:

recibido más atención por parte de la jurisdicción contencioso administrativa y por supuesto por el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Ahora bien, es innegable el valor que tiene la reparación integral a la luz de los ejes axiomáticos de nuestra carta política, particularmente en la búsqueda de la consecución de un orden social justo, lo que se materializa al asegurar que los ciudadanos reciban compensaciones acordes a los perjuicios que les fueron infligidos, en los eventos que nuestro ordenamiento jurídico lo imponga. Así, la reparación integral trae consigo una perspectiva multidimensional del concepto de resarcimiento, superando su esfera pecuniaria ya que se incluyen aspectos como las medidas que buscan garantizar la no repetición del hecho dañoso o victimizante o la restitución in natura como se observará más adelante.

Ahora bien, sin demeritar el loable propósito inmerso en el concepto de reparación integral, es importante resaltar el efecto que la utilización de esta figura puede llegar a tener en los recursos públicos, particularmente cuando con ocasión de una sentencia que declara la responsabilidad de una entidad estatal, se adoptan las denominadas medidas de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal.

Así, en la sentencia bajo estudio se declaró la responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional por los perjuicios causados a las plantaciones de propiedad de la parte demandante, al encontrar probado que fue la fumigación con el herbicida glifosato realizada por parte de la Policía Nacional en la zona en la que se encontraban los cultivos,

Derecho a la Reparación Integral. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley.

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante. (la Ley 1448, 2011).

lo que produjo el deterioro de las especies vegetales sembradas que usufructuaban los demandantes. Al respecto, en esta providencia se afirmó:

A este respecto, la Sala echa de menos la prueba directa de la responsabilidad invocada en la demanda, no obstante, las evidencias acreditan el nexo de causalidad, tal y como lo consideró el tribunal a quo, pues en el expediente reposan elementos de juicio que permiten inferir razonablemente que la aspersión aérea de glifosato generó daño en el predio de los demandantes y afectó el medio ambiente.

Esto es así porque entre el 15 y el 27 de abril de 1999, la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional realizó fumigaciones con glifosato con el objeto de realizar erradicación de cultivos ilícitos en las regiones de Belén de los Andaquíes y San José del Fragua en el departamento de Caquetá y los vecinos de la finca “La Trinidad” de propiedad de los demandantes declararon que al medio día del 26 de abril de 1999, aeronaves de la Policía Nacional fumigaron el predio. (...)

Ahora bien, la inspección judicial anticipada y los conceptos técnicos rendidos en los días siguientes a lo ocurrido evidencian que los pastizales y los cultivos de yuca y caucho presentaban exactamente las mismas secuelas que deja el glifosato según la Auditora Ambiental para la Erradicación de Cultivos Ilícitos, puntualmente el “amarrillamiento” y la muerte de las plantas, tanto en su parte aérea como en la subterránea.

Por tanto, acreditado que ese día fue fumigado por aspersión aérea de glifosato y que las secuelas en los cultivos, plantaciones y pastizales sembrados en el predio La Trinidad coinciden con las que genera el herbicida utilizado por la demandada, no

cabe duda de la responsabilidad de la accionada y así habrá de resolverse. (...).

(Sentencia 01 22060, 2013).

Respecto al punto específico de las medidas que se dictan en virtud del principio de reparación integral, el Consejo de Estado afirmó en esta ocasión:

(...) Descendiendo al caso de las restricciones a la congruencia y non reformatio in peius en materia de acciones de reparación directa, la Sala ha dispuesto, en caso de trasgresión de la dimensión objetiva de los derechos, “medidas adicionales de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal respectivo” , resaltando que “si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado. (Sentencia 01 22060, 2013).

Las consideraciones de esa alta Corporación para dictar medidas de reparación integral, más allá de las pretensiones formuladas en la demanda, se sustentan en un amplio marco normativo que incluye el Convenio sobre Biodiversidad Biológica, suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 aprobado por la Ley 165 de 1994, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), y los artículos 79 y 80 de la Constitución Política.

Igualmente, en esta providencia se justifica la imposición de nuevas cargas sobre las entidades demandadas sacrificando en parte los principios de congruencia y no reformatio in peius, dada la afectación de los derechos colectivos y constitucionales que se produjo con el hecho dañoso y habida cuenta que es el mismo Estado que comparece como demandado, el ente encargado de proteger el medio ambiente. En virtud de lo anterior, se dispuso:

Así las cosas, se acogerá la vista experta de estos especialistas en temas ambientales, como sin duda lo es el funcionario de Corpoamazonía (fl. 80, C.1°); por tanto, dado lo complejo que resulta la cuantificación económica según los mismos expertos, se ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, con el apoyo técnico de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -con jurisdicción en el Departamento del Caquetá-, financiar con su patrimonio “un proyecto de reforestación con especies maderables propias de la región, como el cedro, achapo, nogal, balsa, carbonero, ahumado, etc. (Sentencia 01 22060, 2013).

Ahora bien, no se desconoce la importancia y necesidad de que el Estado a través de sus órganos competentes, adelante las actuaciones tendientes a proteger los recursos naturales y el medio ambiente, deber que le impone la Constitución Política; sin embargo, no se debe perder de vista que este tipo de actividades suponen costos que van a ser sufragados por el Estado y que no hacen parte de los cálculos que las entidades demandadas han realizado de su pasivo contingente.

En efecto, las medidas de reparación integral se imponen a cargo de la entidad demandada por ser la causante del hecho dañoso –aun cuando este provenga de una actividad lícita-, como claramente lo establece el Consejo de Estado en la referida sentencia. Pero previo a la condena dictada en contra de la entidad demandada, esta debe haber realizado una previsión de la contingencia que representa el respectivo proceso, lo cual a su vez permite que se haga un aprovisionamiento de recursos que aminoran el impacto fiscal que produce cada condena en contra del Estado.

Así, la Ley 448 de 1998 en su artículo primero⁶⁵ dispuso la inclusión en los presupuestos de las entidades públicas, de las apropiaciones necesarias para cubrir las eventuales pérdidas por obligaciones contingentes. Posteriormente la Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.”, estableció la valoración de los pasivos contingentes, dentro de estos las sentencias en contra de estas entidades, y las conciliaciones celebradas por estas⁶⁶.

Lo anterior fue desarrollado por el Manual de Procedimientos del Régimen de Contabilidad Pública – Plan General de Contabilidad, que dispuso el registro contable de

⁶⁵ Ley 448 de 1998, artículo 1o. Manejo presupuestal de las contingencias. De conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, la Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo. (Ley 448, 1998).

⁶⁶ Ley 819 de 2003. Artículo 3°. Pasivos contingentes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 3800 de 2005. Las valoraciones de los pasivos contingentes nuevos que resulten de la celebración de operaciones de crédito público, otros contratos administrativos y sentencias y conciliaciones cuyo perfeccionamiento se lleve a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, serán aprobadas por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se manejarán de acuerdo con lo establecido en dicha ley. La valoración de los pasivos contingentes perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 448 de 1998, será realizada por el Departamento Nacional de Planeación, con base en procedimientos establecidos por esta entidad. (Ley 819, 2003).

las cuantías de los procesos en contra de las entidades estatales y por el artículo 194 de la Ley 1437 de 2011 CPACA⁶⁷ que reiteró la obligación de valorar las contingencias y el pago de aportes al fondo de contingencias.

En este orden de ideas, se aprecia que la valoración del pasivo contingente con base en la cual se lleva a cabo el aprovisionamiento de recursos, actuación que busca atemperar el impacto fiscal de las decisiones judiciales, resulta inoperante respecto de las medidas de reparación integral que pueden ser ordenadas por las autoridades judiciales.

Lo anterior como quiera que el cálculo del pasivo contingente se realiza sobre un estimativo de la probabilidad de que se emita una sentencia en contra de la correspondiente entidad, lo que a su vez supone un análisis de las pretensiones formuladas en la demanda. Obviamente, para las entidades demandadas es prácticamente imposible prever la emisión de medidas de reparación integral dentro de un determinado proceso cuando estas no son solicitadas por el demandante, ni mucho menos tratar de hacer un cálculo aproximado del costo que estas implicarían para el patrimonio de la entidad.

Es del caso mencionar que, por su naturaleza, las medidas de reparación integral tienden al restablecimiento de las situaciones jurídicamente protegidas, al estado en que se encontraban antes de que se produjera su alteración o incluso al estado en que deberían estar de no haberse producido el hecho dañoso, como ocurrió en el caso que originó la

⁶⁷ Ley 1437 de 2011 CPACA Artículo 194. Aportes al Fondo de Contingencias. Todas las entidades que constituyan una sección del Presupuesto General de la Nación, deberán efectuar una valoración de sus contingencias judiciales, en los términos que defina el Gobierno Nacional, para todos los procesos judiciales que se adelanten en su contra.

Con base en lo anterior, las mencionadas entidades deberán efectuar aportes al Fondo de Contingencias de que trata la Ley 448 de 1998, o las normas que la modifiquen o sustituyan, en los montos, condiciones, porcentajes, cuantías y plazos que determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de atender, oportunamente, las obligaciones dinerarias contenidas en providencias judiciales en firme.

sentencia analizada en la cual se dispuso una reparación in natura consistente en la reforestación de una zona. En otros casos, estas medidas se encaminan a la garantía de que el hecho dañoso no se repita, todo lo cual puede representar un alto costo para la administración, que precisa no poder ser anticipado ni calculado ni siquiera de manera aproximada, produce un mayor impacto en la sostenibilidad fiscal de las entidades públicas.

Es importante mencionar que existen numerosos pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se ha acudido a la figura de la reparación integral disponiendo toda serie de actuaciones a cargo de las entidades demandadas. Sin desconocer que en oportunidades esas medidas no implican un costo que afecte significativamente el erario público (i.e. la presentación de excusas públicas a los afectados), se han emitido providencias en las cuales se establecen actuaciones que cumplidas cabalmente, pueden tener un alto costo tales como el diseño de un “plan integral de inteligencia para el control estructural efectivo respecto de la incorporación, permanencia y funcionamiento u ejercicio de funciones de los policiales y prevención de la comisión de delitos por agentes de Policía” (Sentencia 00479-01 50231, 2016).

Así mismo, se advierte la utilización del precepto en mención para asuntos tan diversos como el cálculo del daño infligido por la negación del régimen tributario especial que había sido obtenido lícitamente por un contribuyente, a fines de lograr un ajuste de la condena que refleje una reparación total de los perjuicios causados.⁶⁸

Adicionalmente, debe destacarse que la creciente tendencia a la utilización de esta figura por parte de las autoridades judiciales, conduce a la coadministración de las

⁶⁸ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenas, Bogotá., D.C. cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00233 01(18551).

actividades que le corresponden al ejecutivo según la distribución de competencias prevista en la Constitución Política. En efecto, la constante utilización de esta figura en las sentencias judiciales conlleva la construcción de las políticas públicas por parte los jueces, en detrimento de la competencia otorgada al ejecutivo para este efecto.

Por otra parte, en muchos casos las medidas de reparación integral presuponen la existencia de un conocimiento técnico o científico por parte de quien las dicta, comprensión que escapa a la órbita de conocimiento de los falladores, por lo que las ordenes pueden resultar inadecuadas, inocuas o excesivamente onerosas.

En aras de evitar que las medidas de reparación integral conlleven una mayor afectación de la sostenibilidad fiscal, como consecuencia de las situaciones advertidas en precedencia, sería conveniente la regulación de esta figura a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, corporación que podría dictar parámetros que induzcan a los falladores de instancia a generar espacios en los que los entes demandados y en general los organismos competentes pongan a consideración las diferentes implicaciones de las posibles medidas de reparación integral, lo cual redundaría en la adopción de actuaciones óptimas, que a la postre conlleven una menor afectación de la sostenibilidad fiscal.

4.3. El desconocimiento de principios fundamentales de un sistema de economía social de mercado, en detrimento de los derechos de los ciudadanos y del fisco. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., auto de abril veintiocho (28) de dos mil catorce (2014). Radicación: 200012331000200900199 01 (41.834)).

Mediante esta providencia, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó su posición respecto de “los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación prejudicial, extrajudicial y judicial” para lo cual a través de una providencia de importancia jurídica, decidió improbar una conciliación celebrada entre la Fiscalía General de la Nación y los demandantes, en un proceso en el que estos reclamaban los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad que había sufrido uno de ellos y habían aceptado un ofrecimiento de la referida entidad según el cual esta habría pagado

hasta el 60% del monto de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia a título de perjuicios materiales y hasta el 70% del monto de los perjuicios morales reconocidos a favor de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la aludida sentencia de primera instancia. (Sentencia 0199 01 41.834, 2014).

A través del auto bajo estudio, el Consejo de Estado señaló unos criterios orientadores que deben ser tenidos en cuenta por las entidades demandadas, según los cuales

(...)cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la indemnización podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena” y así mismo cuando “...la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o está aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las

indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño –entre otros factores. (Sentencia 0199 01 41.834, 2014).

De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, estos límites deben ser tenidos en cuenta so pena de que los acuerdos logrados con su desconocimiento, se entiendan contrarios al “equilibrio mínimo” que deben reflejar los acuerdos conciliatorios y al deber de reparación integral, e igualmente se considerarían efectuados por medio del abuso del poder dominante de la entidad estatal, toda vez que los demandantes -víctimas para esta corporación- se verían privadas de su derecho a negociar una indemnización más provechosa a sus intereses, al ser la parte débil.

Por las consideraciones que sustentan el establecimiento de los mencionados límites orientativos y dada la presentación de dos salvamentos de voto, y un salvamento parcial de voto⁶⁹, esta providencia merece un cuidadoso estudio que abarque varios sub temas; no obstante, habida cuenta de los argumentos principales que se desarrollan en este trabajo, el presente apartado se circunscribirá a la evidente trasgresión del principio de la autonomía de la voluntad que se materializa con esta providencia, que no sobra recordar, unifica la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los parámetros que deben tener en cuenta las entidades públicas al momento de presentar fórmulas conciliatorias prejudiciales, judiciales o extrajudiciales.

En efecto, uno de los valores fundantes del orden constitucional de nuestro país es la libertad, de la cual devienen la autonomía de la voluntad de los sujetos y el reconocimiento

⁶⁹ Los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Carlos Alberto Zambrano Barrera salvaron su voto, el Consejero Danilo Rojas Betancourth salvó parcialmente su voto.

de la iniciativa privada como elemento esencial del desarrollo económico⁷⁰. Ahora bien, son las mismas disposiciones constitucionales las que se encargan de señalar el límite de la autonomía de los sujetos, lindero que de manera general puede identificarse como el bien común.

Así, la dualidad entre el respeto por la autodeterminación de los sujetos y la protección del interés general, se refleja en el concepto que la Corte Constitucional ha desarrollado bajo el nombre de economía social de mercado⁷¹, el cual acompaña la perspectiva del individuo y sus libertades con la consecución de un orden económico justo que garantice la distribución equitativa de oportunidades y el bienestar de los asociados.

Pero aún desde la perspectiva de la economía social de mercado que plantea la Corte Constitucional, que como se ha visto pone de presente la existencia de límites a la autonomía de la voluntad de los sujetos, la tesis que el Consejo de Estado introduce en nuestro ordenamiento a través de la providencia bajo estudio, trasgrede abiertamente la libertad de los sujetos a procurar según su propio criterio y conveniencia, la satisfacción de sus derechos.

Así, aduciendo las facultades de los falladores como directores del proceso, esta alta corte plantea una sustitución en el ejercicio de la voluntad de las partes, respecto del arreglo de las diferencias y la tasación de las compensaciones, propendiendo supuestamente por la

⁷⁰ Véase artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, 1991.

⁷¹ Véase sentencia C-228 de 2010:

En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. (C-228, 2010).

equidad y la justicia en estos asuntos, que, de suyo, son de la órbita del poder dispositivo de los sujetos involucrados en la desavenencia.

Por la misma vía invade el poder de disposición de los sujetos, para controlar supuestos abusos fundados en el falaz hecho de que es el Estado la parte fuerte en la negociación y quien propone fórmulas leoninas a sus contrapartes con lo cual las revictimiza, todo esto según la imposición de su propio criterio y obviando el discernimiento que por sí misma puede hacer la parte a quien se le plantea una fórmula de arreglo, quien por ser titular de la pretensión, es concedora de sus intereses.

Sobre este aspecto, es esclarecedor el pronunciamiento de la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo quien, frente a la decisión de la mayoría de la Sala Plena de la Sección Tercera, salvó su voto y respecto al punto específico de la afectación del principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos, expresó:

Es que no resulta posible desconocer que al juez se confía la tarea de reivindicar, mediante la reparación, indemnización o compensación económica, los derechos, libertades o intereses particulares afectados, este es, decidir sobre la responsabilidad; empero, sin desconocer que es la víctima, en cuanto titular, la llamada a asegurar su disfrute y defensa. Y aunque se consideren arcaicos y contrarios a la libertad los tiempos en los que se considero el mundo regido por la fuerza individual, lo cierto es que la intervención del Estado para decir el derecho – iuris dictio-, en materia del daño, pretende reemplazar la venganza privada y distribuir los intereses en conflicto; empero no erigirse en única medida de equidad,

al punto de sustituir la voluntad privada en la solución de los conflictos, esto es, como razón de la justicia⁷².

Tampoco puede desatenderse que los derechos, libertades y demás intereses jurídicos, de naturaleza social y relativos en tiempo, lugar y contenido, en cuanto orientados a las relaciones interpersonales eminentemente cambiantes, expresan acción y se reafirman en el ejercicio de la voluntad privada, encaminada a la adquisición, conservación y eficacia, incluso a través de los mecanismos judiciales de protección. Razones elementales de las que emana el milenar principio dispositivo del proceso judicial, como no puede ser distinto, si se considera que nada permite decidir las distintas formas procesales de cara a la protección de los intereses particulares, confiados al criterio y la voluntad de su propio titular. Como se reconoce desde antaño –se destaca-, “[l]os poderes, si violados, deben ser defendidos en vía privada. La defensa privada es consonante con la derivación del nombre de agere y su aplicación exclusiva a la actividad de las partes. Surgido el Estado, las viejas acciones, la manus iniectio y la legis actio sacramento in rem, no otra cosa representa que la formalización y estilización de las primarias y mentales actitudes de defensa –física y personal del propio poder. (Sentencia 0199 01 41.834, 2014).

Lo expuesto pone de presente que aún con todo el esfuerzo argumentativo de la posición mayoritaria de la Sección Tercera, encaminado a justificar el papel del juez como corrector del supuesto desequilibrio que se presenta en la negociación del acuerdo

⁷² Véase salvamento de voto de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo a la posición mayoritaria contenida en el auto con fines de unificación de la jurisprudencia, de abril veintiocho (28) de dos mil catorce (2014). Radicación: 200012331000200900199 01 (41.834).

conciliatorio, la inevitable consecuencia de esta tesis es la trasgresión de la autonomía de la voluntad de las partes como desarrollo del valor fundante de la libertad, en perjuicio de su capacidad dispositiva.

En efecto, el principio dispositivo, ubicuo en el Código Civil y presente en la Constitución Política, también se refleja en múltiples disposiciones de nuestra legislación procesal⁷³ y en la dinámica de la conciliación como mecanismo alternativo para la solución de controversias, según lo expresamente previsto en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998⁷⁴.

En materia del ejercicio de las otrora acciones contenciosas -hoy medios de control-, es a los interesados a quienes corresponde, en lo relacionado con la indemnización por daños causados por las actuaciones de las autoridades estatales, manifestar su voluntad de acceder a la jurisdicción contenciosa, definir las pretensiones, los hechos en los que las fundamenta y las pruebas para acreditar estos y aún si ese es su querer, pueden desistir de las pretensiones y de los recursos que haya presentado.

Con base en ese mismo reconocimiento de la iniciativa a favor de los interesados, estos están facultados para convenir la terminación del proceso, a través de la renuncia de las pretensiones o mediante el acuerdo sobre la indemnización de los perjuicios que se aducen. Frente a lo cual, son las mismas normas procesales las que imponen límites expresos, como la afectación de erario público; lo que muestra a las claras que la creación

⁷³ Dentro de otras disposiciones de carácter procesal, podemos citar los artículos 89 y 229 de la Constitución Política y los artículos 8 y 314 del Código General del Proceso.

⁷⁴ Véase Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. (Ley 446, 1998).

por vía jurisprudencial de parámetros reflejados en porcentajes mínimos de lo que eventualmente se obtendría mediante una sentencia favorable, no solo carece de asidero jurídico, sino que contraviene el derecho constitucional y procesal de los reclamantes a disponer de sus intereses según su propio criterio.

Además, al subestimar la capacidad de las partes para procurarse los resultados que consideren satisfactorios para sí mismos, desconoce el costo de oportunidad inherente a los acuerdos conciliatorios. En efecto, los parámetros orientativos que plantea esta providencia supeditan forzosamente la certidumbre y prontitud en la resolución del conflicto que conlleva el acuerdo conciliatorio logrado mediante el libre consenso, al rigor del criterio impuesto por esa corporación, sin reparar en que las etapas que restan para culminar cada proceso suponen: (i) el trascurso del tiempo que desea evitarse y (ii) el alea inherente a las decisiones judiciales, por factores como el cambio de criterios jurisprudenciales o la acreditación de un hecho que enerve las pretensiones.

Por otra parte, es también importante resaltar que el Estado, ente sobre el cual recaen las pretensiones en una reclamación de perjuicios, se vería gravemente perjudicado de llegarse a acoger de manera generalizada los criterios orientativos dictados por el Consejo de Estado. En efecto, dada la tendencia de la jurisprudencia nacional, a tornar en objetivo el régimen de responsabilidad del Estado en temas tan diversos como el contagio de infecciones nosocomiales y la privación injusta de la libertad, entre otros, la conciliación toma diariamente más fuerza como mecanismo alternativo de solución de conflictos, toda vez que utilizado de manera sistemática y organizada, puede contribuir a la reducción del pasivo contingente que se origina en hechos dañosos que genera una alta probabilidad de condena.

Así lo demuestra el estudio de la privación injusta de la libertad como causante de daño antijurídico, realizado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el cual se advierte:

Aunado a lo anterior, resultan igualmente vinculantes para el análisis del Comité de Conciliación el desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta materia, el cual muestra una clara tendencia en la determinación de la responsabilidad estatal con fundamento en criterios objetivos, dando con ello lugar a concluir que estos casos tienen una alta probabilidad de condena, circunstancia que por sí misma le impone al Comité no solamente el deber de priorizar su gestión sobre tales asuntos, sino más importante, le obliga a sustentar aún más la decisión que conlleve a descartar la opción conciliatoria en hipótesis que resulten coincidentes con aquellas respecto de las cuales de manera reiterada se ha producido una decisión judicial desfavorable para el Estado. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, S.f. p. 49)

Los estrechos parámetros que señala el Consejo de Estado en su providencia de unificación, limitan severamente la posibilidad de que las entidades demandadas puedan presentar ofertas que, sin ser irrisorias frente a las pretensiones formuladas, representen en conjunto una posibilidad de ahorro sustancial para los presupuestos de las demandadas, lo que naturalmente sería beneficioso para la sostenibilidad fiscal del Estado.

Como se advirtió al principio de este apartado, las razones de discrepancia con esta providencia son numerosas, sin embargo, al reemplazar la facultad dispositiva de las partes que participan de un mecanismo de resolución de conflictos, con el criterio que el juez impone por sí y ante sí, se subvierte la libertad, valor fundante de nuestro ordenamiento

constitucional. Como bien lo expuso la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, al reflexionar sobre este asunto en su salvamento de voto:

(...) Ay de las sociedades que abandonan la justicia del consenso, con la pretensión de sustituirla enteramente por los tribunales, porque, no solamente se la pone al margen de la voluntad privada, de dar a cada quien lo suyo en el caso concreto, sino que, además de desbordados por la consiguiente proliferación de los conflictos, los administradores de justicia terminan siendo árbitros de intereses ajenos al litigio. (Sentencia 0199 01 41.834, 2014).

4.4. La alteración de los efectos de la cosa juzgada mediante el Incidente de Impacto Fiscal (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de dos mil catorce (2014) Radicación: IJ 25000-23-26-000-1999-00002-05.)

Como se estudió en los capítulos anteriores, el modificado artículo 334 de la Constitución Política prevé ahora el Incidente de Impacto Fiscal, instrumento judicial que pueden promover el Procurador General de la Nación y los Ministros del Gobierno – según la cartera afectada con la decisión- frente a las sentencias proferidas por las altas cortes y los autos dictados con posterioridad al correspondiente fallo. Así, a través de este novedoso instrumento, la referida disposición constitucional y la Ley 1695⁷⁵ autorizan la modulación, modificación o el diferimiento de los efectos de la providencia en cuestión, si así lo conviene la alta corte que la emitió, una vez que los proponentes expliquen de manera

⁷⁵ Véase Ley 1695 de 2013 artículo 12.

suficiente el impacto fiscal que, en su concepto, genera un grave impacto en las finanzas de la demandada.

Como se explicó en el capítulo anterior de este trabajo, el Incidente de Impacto Fiscal es una segunda oportunidad para que la corporación judicial que emitió el fallo, incluya una consideración de naturaleza consecuencial en su decisión, esta vez respecto de los efectos concretos y cuantificables que produce una decisión determinada en la sostenibilidad fiscal de la demandada.

Para ejemplificar lo expuesto, se hace referencia a la providencia dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, a través de la cual se resolvió el primer incidente de impacto fiscal presentado en nuestro país, con ocasión de la sentencia de segunda instancia dictada por esa Corporación dentro de la acción de grupo por medio de la cual una comunidad reclamó los perjuicios causados a sus miembros por el defectuoso manejo del relleno sanitario Doña Juana⁷⁶.

En el fallo que puso fin al proceso contencioso, se reconoció por concepto de indemnización para el grupo demandante una suma superior a los DOSCIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$227.440.511.400) que debían ser pagados por el Distrito de Bogotá.

Ante la elevada cuantía de la condena y el breve término concedido para su pago⁷⁷, la Procuraduría General de la Nación, por solicitud presentada por el Distrito de Bogotá,

⁷⁶ Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, acción de grupo No. 25000-23-26-000-1999-00002-04, Bogotá 1 de noviembre de 2012.

⁷⁷ CUARTO. - Como consecuencia de la orden anterior, DISPÓNESE que dentro de los diez (10)

interpuso un Incidente de Impacto Fiscal con el fin de requerir el diferimiento de los efectos de la sentencia; es decir, que el pago de la suma establecida en la providencia se realizara en un término más prolongado, por la grave afectación que el desembolso de la cifra podría producir a las finanzas del Distrito.

Mediante providencia del 25 de noviembre de 2014, el Consejo de Estado, después de una extensa disertación sobre la naturaleza del incidente de impacto fiscal en nuestro ordenamiento procesal y en general sobre la introducción de la sostenibilidad fiscal en el entramado constitucional, decidió “conservar” la decisión contenida en la sentencia que puso fin al referido litigio y modular lo relacionado con la forma de pago de la indemnización, para lo cual dispuso la consignación del al menos el 50% del monto fijado por esa Corporación antes del 31 de diciembre de 2014 y ordenó que la suma restante se consignaría a más tardar el día 31 de enero de 2015.

Como lo advirtió el Consejo de Estado en sus consideraciones, esta decisión no implicó la modificación del sentido de la decisión en cuanto a la declaratoria de responsabilidad de las demandadas ni tampoco alteró la suma fijada en el fallo por concepto de indemnización. Pero tal decisión sí alteró los efectos de la cosa juzgada ya que prorrogó el plazo que había fijado para el pago de la condena a favor de los demandantes, incluso cuando este había sido establecido con apego a lo dispuesto expresamente en el artículo 65 de la Ley 472 de 1998⁷⁸.

días siguientes a la ejecutoria de este proveído, el monto de la indemnización colectiva objeto de esta condena, sea entregado al FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS administrado por el Defensor del Pueblo, y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones, según lo ordenado en el artículo 65-3 de la Ley 472 de 1998. (Sentencia 00002-04, 2012).

⁷⁸ Véase Artículo 65 de la Ley 472 de 1998.

En efecto, en la providencia bajo estudio la Sala Plena reconoce que la modulación, modificación o el diferimiento de los efectos de una providencia con ocasión del Incidente de Impacto Fiscal, conllevan una afectación, aun cuando leve, de la decisión originalmente proferida por la correspondiente autoridad judicial. Así se advierte en el siguiente apartado de la decisión bajo estudio:

Sin embargo, para no engañarse incautamente, se sabe que es imposible no alterar la decisión inicial, aunque sea de forma parcial y levemente, cuando la Alta Corte accede a modular, modificar o diferir los efectos de la providencia, pues si se condenó y ordenó cumplir de una manera, decir luego que se cumplirá de otra o en un tiempo diferente al que señaló la sentencia, supone, necesariamente, una variación de la orden impartida. En realidad, después de dictarse sentencia, su modulación, modificación o diferimiento, así sea sólo de los efectos de la condena, necesariamente cambia ese aspecto de la misma, y el juez debe actuar con prudencia excesiva y máxima sensatez, para no intervenir más allá de la limitada posibilidad que adquiere, a partir del art. 334 de la C.P., de alterar parte de la decisión inicial, y no poner en peligro la cosa juzgada, cuyo valor jurídico no puede estar en riesgo, hasta desnaturalizarla y quedar a merced de un principio económico, que también debe ajustarse a la necesidad que existe de concretar la idea de justicia material y particular, representada en el cumplimiento de una condena, producto de años de disputa entre las partes ante la rama judicial. (Sentencia 00002-05, 2014).

Ahora bien, dada la atípica afectación de los efectos de la cosa juzgada -y por consiguiente de los derechos y expectativas de los demandantes-, que puede ocurrir con ocasión del Incidente de Impacto Fiscal al resultar probada una grave afectación de la

sostenibilidad fiscal de una entidad; la posibilidad de diferir, modular o modificar los efectos de la correspondiente providencia, debe restringirse de tal manera que la nueva carga que soporten los demandantes, efectivamente apareje la reducción del aducido impacto negativo en las finanzas de la entidad.

El caso ventilado a través de esta providencia –aun cuando para el Consejo de Estado no fue probada una grave afectación de la sostenibilidad fiscal del Distrito de Bogotá dado su cuantioso presupuesto-, ejemplifica el significativo impacto que puede llegar a tener incluso un solo proceso en la sostenibilidad fiscal de una entidad. Lo anterior, toda vez que en algunos eventos se puede afectar la disponibilidad de recursos destinados a la satisfacción de las prestaciones a su cargo; de ahí la importancia de esta figura procesal, ya que permite llevar el costo de la materialización de unos derechos reconocidos en una sentencia en particular, a la realidad de sus efectos en un presupuesto, que, por ser público, está destinado a atender una gran cantidad de obligaciones y compromisos del ente condenado.

No obstante lo anterior y como se señaló en los anteriores capítulos, según el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el alcance del Incidente de Impacto Fiscal y de acuerdo con el texto de los artículos 6 y 12 de la Ley 1695 de 2013, este procedimiento únicamente puede adelantarse respecto de la orden en concreto contenida en una sentencia o en una providencia posterior a esta, es decir, del decisorio de esta, y no podría tramitarse para debatir los efectos que puede generar su ratio decidendi.

Lo anterior es de la mayor importancia si se tiene en cuenta que la obligatoriedad como precedente vertical de las providencias dictadas por los órganos de cierre, se circunscribe a su ratio decidendi, y dada la recurrencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de controversias con similares contornos fácticos y jurídicos, es evidente el gran impacto que una providencia dictada con fines de unificación⁷⁹ puede causar en la sostenibilidad fiscal de los entes estatales involucrados.

Para ilustrar lo anterior, se plantea un escenario hipotético a partir de la emisión de una sentencia de trascendencia social como la expedida recientemente por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto de las controversias atinentes al reconocimiento o no de la prima de servicios a los docentes oficiales por parte de las correspondientes entidades nominadoras⁸⁰.

Como es sabido, a través de la referida sentencia el Consejo de Estado solventó el asunto reseñado argumentando con afincadas razones, que solo los docentes que pudieran acreditar que el correspondiente nominador había creado a su favor la prima de servicios a través de una disposición que se encontrara vigente al momento de la expedición de la Ley 91 de 1989, tendrían derecho a su reconocimiento y pago. Esta decisión, según lo expuso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tuvo como consecuencia un ahorro aproximado para el Estado “(...) de 2.8 billones de pesos, cifra que incluso podría incrementarse por el reconocimiento de la prima de servicios que un gran número de

⁷⁹ Véase artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

⁸⁰ Véase Consejo de Estado de Estado Sección Segunda, Sala Plena, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicado No.: CE-SUJ215001333301020130013401 No. Interno:3828-2014 Actora: Nubia Yomar Plazas Gómez. Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Departamento de Boyacá Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

docentes oficiales pretendían obtener”. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, S,f)

Ahora bien, con el fin de estudiar el argumento propuesto, supongamos que esta providencia hubiera sido fallada en contra de los intereses del Estado, es decir que el Consejo de Estado hubiese determinado que los docentes oficiales sí tenían derecho al reconocimiento de este emolumento y que por tanto la erogación a cargo del Estado habría sido superior a 2.8 billones de pesos, como consecuencia del carácter vinculante de la providencia en procesos análogos y en las reclamaciones que se adelantaran en sede administrativa.

En este gravoso escenario no habría posibilidad de discutir los efectos de la sentencia de unificación a través del Incidente de Impacto Fiscal, pues como se advirtió en precedencia, este procedimiento solo se aplica respecto de los efectos concretos de una decisión en particular y no de su ratio decidendi, que en casos como el que se plantea, es el elemento que conlleva una grave afectación de la sostenibilidad fiscal del Estado.

Por lo anterior, se insiste en la relevancia que conlleva esta restricción, pues impide que se genere un espacio de interlocución y discusión sobre los efectos reales en la sostenibilidad fiscal del Estado, que tienen las razones jurídicas que sustentan los precedentes jurisprudenciales de la jurisdicción contencioso administrativa, en la que se ventilan los asuntos que mayor impacto generan sobre los recursos públicos.

CONCLUSIONES.

Como se expuso a lo largo de los diferentes capítulos de este trabajo, el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal introducido en el artículo 334 de la Constitución Política, representa un verdadero cambio de paradigma en la comprensión de la relación entre el valor constitucional de la justicia y la eficiencia como precepto necesario para hacer económicamente realizable la faceta social del estado de derecho.

En efecto, el nuevo criterio orientador que deben observar todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, hace parte de la llamada *Constitución Económica* de nuestra norma superior, cuyas disposiciones son instrumentos que le permiten al Estado garantizar la faceta prestacional de los derechos previstos en la Constitución y de esta forma lograr sus fines esenciales.

Por lo expuesto, la disyuntiva que inicialmente se plantea entre la realización efectiva de la faceta prestacional de los derechos consagrados en la Constitución y la racionalidad económica que impone la restricción presupuestal del Estado, debe superarse aceptando que la materialización de los derechos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, solo puede ser sostenible si se tiene en cuenta la limitación de recursos públicos.

Así, el nuevo precepto constitucional impone que, en adición a la correspondiente verificación de la legalidad, las autoridades estatales – incluidas las autoridades judiciales- deben tener en cuenta las consecuencias económicas previsibles de sus decisiones.

Para resumir las ideas expuestas en las anteriores líneas sobre la conceptualización del criterio orientador estudiado, es posible parafrasear a la Corte Constitucional que al estudiar la introducción del nuevo precepto en nuestro ordenamiento jurídico advirtió que

se trataba de un “*mecanismo de incidencia del Estado en las relaciones sociales*”, el cual implica que se tenga en cuenta el costo que generará una actuación o decisión en particular; en otras palabras, se trata de institucionalizar la racionalidad económica en las actuaciones del Estado, para asegurar la sostenibilidad de este y el cumplimiento de sus fines.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, se puede concluir inequívocamente que si el referido criterio orientador es aplicado a las decisiones judiciales, sin perder de vista los claros parámetros conceptuales que dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, no se vulnera el principio de autonomía y sujeción a la Ley de las decisiones de las autoridades judiciales, toda vez que la sostenibilidad fiscal es una disposición constitucional, esto es, hace parte del ordenamiento jurídico y como se advirtió anteriormente, tiene un carácter instrumental respecto de los principios y derechos constitucionales.

A lo anterior se suma el aporte que representa el Incidente de Impacto Fiscal; instrumento procesal que no tiene una naturaleza adversarial y, por el contrario, promueve la interlocución institucional entre la Rama Judicial, el Ejecutivo y el Ministerio Público, en lo que tiene que ver con los concretos efectos económicos de las sentencias proferidas por las altas cortes. Así, esta nueva figura procesal viene a favorecer el sistema de frenos y contrapesos y los controles recíprocos entre las ramas del poder público, que sin duda son piedras angulares de todo ordenamiento democrático.

Otro aspecto que merece ser aclarado, es lo concerniente a los efectos de la entronización del Incidente de Impacto Fiscal en nuestra normatividad constitucional y procesal, frente a la seguridad jurídica. El referido incidente tiene como propósito la modulación modificación o diferimiento, de los efectos de una sentencia proferida por una

de las altas cortes, cuando quiera que su cumplimiento suponga una grave afectación a la sostenibilidad fiscal de la entidad obligada. Sin embargo, la prudente y cuidadosa valoración de las particulares circunstancias que se reúnen en un caso concreto, para determinar la procedencia o improcedencia del incidente, constituyen la salvaguarda de la seguridad jurídica, que a su vez es la garantía de la realización de los derechos de los ciudadanos que acuden ante las autoridades judiciales.

Por otra parte, los capítulos segundo y cuarto de este trabajo, muestran claramente la importancia de que este criterio orientador permeé la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, dado el impacto directo de las condenas por responsabilidad del Estado en el presupuesto de las distintas entidades estatales y la creación – vía jurisprudencial- de nuevos parámetros de responsabilidad y gestión a cargo de las autoridades, lo que a su vez genera nuevas cargas financieras al erario público.

Siguiendo esa línea de pensamiento, se advierte que la aplicación de la sostenibilidad fiscal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo implica que las autoridades judiciales – y particularmente el Consejo de Estado- tengan presente que la materialización de los derechos que se ponen a su consideración, supone un costo para el presupuesto de las entidades estatales, razón suficiente para buscar la razonabilidad de las condenas y para consultar la realidad de la administración pública antes de extender los criterios de responsabilidad del Estado.

De modo que el verdadero sentido de la introducción de la sostenibilidad fiscal en materia de responsabilidad del Estado, conduce a que los operadores judiciales realicen un análisis de naturaleza consecuencial respecto de la materialización de los derechos *sub*

judice; en otras palabras, se trata de ubicar determinada decisión judicial en el plano de la realidad, observando los principios básicos de la *economía social de mercado* – tomando nuevamente la terminología de la Corte Constitucional-, sin perder de vista la insuficiencia de los recursos públicos y de esta manera evitar que determinado reconocimiento sea fuente de inequidad, por la afectación de los derechos de la comunidad en general.

Cabe acotar en este punto que una de las cuestiones que significaría un gran aporte en materia de la efectiva aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal en nuestro país, sería la provisión constante a las autoridades judiciales que conforman la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la información completa y pertinente sobre el costo de las actuaciones administrativas que involucra el cumplimiento de determinadas órdenes judiciales, lo que le permitiría a los falladores evaluar de manera informada el impacto económico de sus decisiones.

Ahora bien, el argumento central de este trabajo, consiste en afirmar que el valor constitucional de la justicia y la eficiencia, son susceptibles de complementarse entre sí en el contexto de una decisión judicial en la que se determina la responsabilidad del Estado, para lo cual es importante que la *ratio decidendi* de estas providencias judiciales -y específicamente de los pronunciamientos del Consejo de Estado-, contengan un razonamiento de naturaleza consecuencial, que considere los efectos previsibles de lo dispuesto en la respectiva providencia.

Dentro de otras razones que soportan la anterior premisa, observamos que la inclusión del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal en la *ratio decidendi* de las providencias del Consejo de Estado, otorgaría a las providencias de esa corporación la eficacia necesaria para surtir efectos como precedente vertical frente a casos análogos; en

otras palabras, el criterio orientador adquiriría el carácter vinculante que requiere para lograr su real dimensión.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que solo a través de la articulación de los anteriores preceptos en las razones centrales de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad estatal, se puede realizar y consolidar el verdadero sentido y alcance del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

También es imperioso concluir que la hermenéutica de las altas cortes y particularmente el Consejo de Estado, tienen la trascendental función de mantener el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal dentro de su cauce conceptual y de evitar que la aplicación de este precepto o la utilización de esa herramienta procesal, menoscaben los derechos contemplados en la Constitución Política o sus ejes axiomáticos, con lo que se afectaría el funcionamiento original y la identidad del texto superior.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Castillo, F. (2006). *Los Principios de Progresividad en la Cobertura y de Sostenibilidad Financiera de la Seguridad Social en el Derecho Constitucional: una Perspectiva Desde el Análisis Económico*. Bogotá D.C.: Universidad Pontificia Javeriana, tomado de [file:///C:/Users/Jos%C3%A9%20Dar%C3%ADo%20Arguello/Downloads/14645-52002-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Jos%C3%A9%20Dar%C3%ADo%20Arguello/Downloads/14645-52002-1-SM%20(1).pdf).
- Clavijo, S. (2001). *Fallos y Fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá D.C.: Editorial Alfaomega Cambio S.A.
- Daniel, J., Davis, j., Fouad, M., & Van Rijckeghem, C. (2006). *Ajuste fiscal para la estabilidad y el crecimiento*. Serie de folletos No. 55–S. Washington D.C. Fondo Monetario Internacional. Washington.
- Ferrari, C. (2015). *Política Económica y Mercados*. Tercera edición. Universidad Javeriana.
- Coase, R. (1960). *El problema del Coste Social*. Chicago, USA: The Journal of Law and Economics. Vol. III.

González, C. (2011). *Sostenibilidad Fiscal: Mucho ruido y Pocas Nueces*. Consultado el 20 de mayo de 2014. Tomado de http://www.razonpublica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1988:sostenibilidad-fiscal-mucho-ruido-y-pocas-nueces&catid=19&Itemid=27.

Gamarra, H. (s.f). *Sostenibilidad e Institucionalidad Fiscal*. Razón Pública. consultado el 20 de mayo de 2014. Tomado de <http://www.razonpublica.com/index.php/econom%C3%ADa-y-sociedad/1800-sostenibilidad-e-institucionalidad-fiscal.html>.

Márquez, F. (2004). *El Derecho Como Instrumento de la Economía*. Bogotá D.C.: Colección Centros de Estudio en Derecho y Economía. Editorial JAVEGRAF.

Montealegre, E. (s.f). *Principio de Proporcionalidad y Políticas Económicas, Diálogo Entre Abogados y Economistas*.

Polo, R & Miguel, E. (2004). *Sobre el Control de Constitucionalidad de las Leyes referentes a Asuntos Económicos*. Bogotá D.C. Colección Centros de Estudio en Derecho y Economía, Editorial JAVEGRAF.

Pinzón, M. (2008). *Arreglos Institucionales y la Igualdad en el Derecho Económico Constitucional*, Bogotá D.C. Contexto Revista de Derecho y Economía (Núm, 28), Universidad Externado de Colombia.

Tamayo, J. (2014). *Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias*. Bogotá D.C.: Ámbito Jurídico. Consultado el 9 de junio de 2016.

Uprimny, R. & Rodríguez, G. (2006). *Constitución y Modelo Económico en Colombia: Hacia una Discusión Productiva Entre Economía y Derecho*. Bogotá D.C.: página web www.dejusticia.org , 2006.

Uprimny, R. (2002). *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*”, revista: Precedente Jurídico, Cali, 2001, Universidad ICESI, pág. 44

Witker Jorge, *Derecho Económico*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (S,f). *Informe Sobre Actividad Litigiosa de la Nación*. Fecha de Corte septiembre de 2013.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (s,f). *Lineamientos para la implementación de la conciliación en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado originados en la privación injusta de la libertad*. Septiembre de 2013

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-184*. Bogotá, D. C. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-288*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva,

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-644*. Bogotá, D.C. Magistrada Ponente Adriana María Guillen Arango.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-1052*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-228 de 2010*. Bogotá, D.C. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-258*. Bogotá D. C. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-870 de 2014*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-268*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Consejo de Estado. (2013). *Auto de mayo 28 de 2013*. Bogotá D.C. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente IJ25000232600019990000204, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (2011). *Sentencia de junio 22 de 2011*. Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 18836. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. (2010). *Sentencia de abril 14 de 2010*. Bogotá D.C. Sección Tercera, expediente 18960. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (2009). *Sentencia de 10 de junio de 2009*. Bogotá D.C. Sección Tercera, expediente 16692. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. (2009). *Sentencia de 23 de septiembre de 2009*. Bogotá D.C. Expediente 18272. Sección Tercera. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2013). *Sentencia de 27 de octubre de 2013*. Bogotá D.C. Expediente 23.354, Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

Consejo de Estado. (2014). *Auto de noviembre veinticinco 25 de dos mil catorce 2014*, que resuelve incidente de impacto fiscal, Exp. 2500232600019990000205. Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (2014). *Auto de abril veintiocho 28 de dos mil catorce*. Radicación: 200012331000200900199 01 (41.834). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso, Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2013). *Sentencia de treinta 30 de enero de dos mil trece 2013*. Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060). Bogotá D.C. Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado. (2013). *Sentencia de veintinueve 29 de agosto de dos mil trece 2013*. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt.

Consejo de Estado. (2016). *Sentencia de veintisiete de abril (27) de 2016*. Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00479-01(50231). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernan Andrade Rincón.

Consejo de Estado. (2016). *Sentencia de cuatro 4 de febrero de dos mil dieciséis 2016*. Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00233 01(18551). Bogotá D.C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenás.