

LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y EL IMPACTO DE LOS FALLOS JUDICIALES.

**ESTUDIO DE LA ESTRUCTURA LEGAL Y NORMATIVA DEL MANEJO
PRESUPUESTAL, CONTABLE Y LEGAL DE LOS PROCESOS CONTRA EL
ESTADO Y EL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL.**

DIEGO IGNACIO RIVERA MANTILLA

**PROYECTO DE GRADO
MAESTRIA EN DERECHO ECONOMICO**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
BOGOTA D.C.
2014**

Gracias a Dios
por todo

Gracias a Ivonne
por su apoyo, impulso, motivación y compañía a mi vida y a esta experiencia académica

Gracias a mis familiares y amigos
por su apoyo e interés en mis estudios y trabajos

Gracias a Fabio y a Alex por creer

Gracias a la Pontificia Universidad Javeriana
por incluirme en el curso de maestría en Derecho Económico (siempre quise ser uno de
sus alumnos)

Gracias al Dr. Fernando Álvarez Rojas
por su valiosa orientación en este trabajo que me honró con dirigir.

Bogotá, 17 de junio de 2013

Doctor
BORIS HERNANDEZ SALAME
Director
MAESTRÍA DERECHO ECONÓMICO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

E.

S.

D.

Respectado doctor:

Debo reiterarle mi agradecimiento por el enaltecido honor que su programa me ha brindado al conferirme el compromiso de dirigir el trabajo de maestría del doctor DIEGO IGNACIO RIVERA MANTILLA.

El trabajo que presenta el postulante a maestro regresa al derecho económico por sus fueros, mucho más en el ambiente de la Pontificia Universidad Javeriana, que integró el derecho y la economía en un binomio, a mi juicio, inseparable que le permitió tener pioneros de la talla del expresidente Lleras Restrepo o del exministro de Estado, el doctor Hugo Palacio Mejía en el interesante campo del derecho económico.

El pretendiente de la maestría, centra su trabajo en el incidente de impacto fiscal y a partir de esa temática, aborda temas que el derecho económico había relegado por estar centrado en el mercado. Dentro de una línea clásica, el tema se sitúa en un análisis macroeconómico del Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto, como mecanismos de dirección económica que no pueden ser desconocidos por el fallo judicial. El trabajo logra un equilibrio difícil entre lo teórico y lo práctico y de ahí no solo su mérito sino la inteligencia en haber escogido el incidente de impacto fiscal, un tema procedimental, amarrado como tal a la realidad litigiosa, que se ve elevado cuando se le asocia al concepto de sostenibilidad fiscal que es de alto calado teórico hacendístico.

Generalmente los trabajos en derecho económico se basan en las garantías al consumidor, en los servicios públicos, en la regulación, en las externalidades. Rompiendo con la generalidad, la investigación y trabajo del autor Rivera Mantilla, asume una perspectiva jurídica pública que es una constante del trabajo, pues el mismo llama a la conciencia de una articulación que deben tener todas las ramas

del poder público en lo que respecta a la sostenibilidad fiscal que es un criterio armonizador del quehacer funcional propio de las distintas ramas del poder público, de tal manera que el juez del Estado social de derecho, que aumenta sus compromisos con la sociedad civil a través de las acciones constitucionales, no puede disociarse de las limitaciones económicas que impone el presupuesto, de allí que, a más de la racionalidad y proporcionalidad propia de las consideraciones de la sentencia, hay una que trasciende al fallo y amerita el incidente de impacto fiscal.

El incidente de impacto fiscal tiene una categoría constitucional. El trabajo que tuve el placer de asistir marca la importancia del Acto Legislativo artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011 y el criterio de sostenibilidad fiscal que el mismo incorpora en el artículo 334 de la Constitución Política, de tal forma que el incidente es un instrumento procesal para cuya promoción están legitimado el Procurador General de la Nación o uno de los Ministerios, de tal manera que a través de él, se exponen al juez los impactos que la sentencia genera en las finanzas públicas de tal manera que se presenta ante el juez un plan de cumplimiento de la sentencia.

El trabajo muestra una faceta distinta de lo social y de la solidaridad, la sentencia y el derecho subjetivo que constituye o reconoce, ampliado a lo grupal o colectivo, no puede conservar un sentido decimonónico egoísta de “mi derecho” en exclusión del derecho de los otros. El principio de sostenibilidad fiscal que se introduce en el artículo 334 de la Constitución Política, reservado a la dirección económica y a la intervención del Estado en la económica, genera una carga social al favorecido por la sentencia, a punto que su derecho no puede erosionar el presupuesto. La tesis es visionaria en el sentido de que así como la formula constitucional del 36 impuso cargas sociales a la propiedad, la del 91 cargas ambientales, el incidente de impacto fiscal y el criterio de sostenibilidad fiscal, están introduciendo una carga a las sentencia en una racionalidad social.

El incidente, desde cualquier perspectiva de análisis, es revolucionario pues permite que una vez dictada la sentencia, a través de él, se modulen, modifiquen o difieran sus efectos, en vista a preservar un principio de mayor preponderancia, el de sostenibilidad fiscal.

La tesis no solo fija la condición presente del tema, sino que es una invitación abierta a que otros continúen con las investigaciones y análisis, mucho más cuando está pendiente el desarrollo legislativo. Considero ese un aporte significativo del trabajo, la apertura que el mismo tiene, no cierra y clausura el tema sino que generosamente lo expone para que otros tomen el relevo y, en la

medida que el progreso legislativo lo permita, completen la labor, con lo cual se crea comunidad académica.

El incidente de impacto fiscal no es de fácil abordaje. El trabajo hace una labor pedagógica que permite que se le utilice como texto para entender los intrincados asuntos de la hacienda pública y en preciso del presupuesto, así que apoyado en un abogado y economista javeriano connotado, el exministro de hacienda y agricultura, Juan Camilo de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Económico en el London School of Economics, vuelve fácil lo difícil, explicar cómo el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto Nacional se articulan como herramientas jurídico económicas que permiten la ejecución de idearios y políticas que se pueden cumplir en la medida de la disponibilidad de recursos. El trabajo hace accesible los capítulos que integran el presupuesto y las partes que informan la noción de sostenibilidad fiscal.

Los trabajos de maestría en que he podido participar como director o como examinador o que he tenido oportunidad de leer, generalmente se orientan hacia los análisis microeconómicos que tienen una variedad de gallo pinto. La crisis del petróleo de 1973 y el fenómeno estancionario que produjo, abrieron la puerta a las tesis MILTON FRIEDMAN y cabida a los Chicago Boys y a sus planteamientos de análisis microeconómicos que relegaron, por decirlo de alguna manera, a Keynes y a los instrumentos econométricos, volcando el interés en análisis de mercado, de regulación, de fallas en el mercado y de asimetría en la información que de manera importante y decisiva han llenado la preocupación de quienes nos interesamos en estos temas y hacemos prácticas en ellos. El trabajo retoma un tema olvidado: el presupuesto y el tema del gasto, no como un capricho de coyuntura, sino en una visión estructural que se condensa en el criterio de sostenibilidad fiscal.

En ese cuadro es que la sostenibilidad fiscal es un principio y concepto fuerza, pues los propósitos económicos no pueden echarse al traste por una sentencia que erosiona la planificación y el presupuesto que se elaboran con la mira del beneficio general y no con la intensión focalizada en un sujeto, grupo o colectivo. Esa es una nueva dimensión del derecho importante de resaltar en la tesis que tengo el gusto de presentar.

El graduando entiende que es una maestría, el profundo significado de compromiso y de transmisión del conocimiento que el título representa, de allí que el trabajo recomienda no dejar para el final de la defensa de la entidad pública comprometida litigiosamente, el tema presupuestal, por lo que señala que al juez, sin que esto signifique una confesión de responsabilidad, se le debe exponer con

claridad el contexto económico presupuestal en que la contienda se escenifica. Esta es una invitación a que el juez, desde el inicio y hasta el final del proceso, sea plenamente consciente del tema económico que detrás de los argumentos jurídicos subyace.

Vincular el derecho a la economía, utilizar los instrumentos conceptuales y de análisis que la maestría ofrece para presentar un trámite procesal, es una demostración fehaciente, no sólo del conocimiento transmitido al dicente, sino de la calidad del programa.

Finalmente, los recursos bibliográficos empleados son los correctos y adecuados para dar en un tema novedoso en que el trabajo es pionero, un estado del arte que se fija más por la síntesis de lectura que por trabajos precedentes. Este trabajo por su novedad hace un buen balance de los recursos bibliográficos sobre hacienda pública, los actualiza y enfila respecto a un tema preciso y genera el primer punto de una línea que se trazará en el porvenir. Así que el balance bibliográfico concurre más que a fijar un estado del arte, un conjunto de conocimientos que se capitalizan en la tesis y permiten su producción con un grado cualificado de conocimiento y uso del lenguaje propio de una maestría.

Considero que la carta de presentación de un trabajo de maestría no puede restarle protagonismo al trabajo ni mérito al graduando, es un señuelo que genera el interés de lectura y examen.

Por mi parte considero apto el trabajo, dotado al estudiante de los instrumentos y conocimientos para aspirar al título de maestro.

Atentamente,



FERNANDO ALVAREZ ROJAS

INDICE

PAG

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO. El Presupuesto y la Sostenibilidad Fiscal

10

1.1.	Conceptos básicos acerca de la Planeación, el Presupuesto y la Sostenibilidad Fiscal	13
1.1.1.	Planeación.	13
1.1.2.	Presupuesto.	18
1.1.2.1.	Del Presupuesto y el Sistema Presupuestal	19
1.1.2.1.1.	Del Sistema Presupuestal Colombiano.	21
1.1.3.	Del Plan Financiero.	22
1.1.4.	El Plan Operativo Anual de Inversiones.	24
1.1.5.	El Presupuesto General Anual.	24
1.1.6.	El Marco Fiscal a Mediano Plazo (MFMP)	31
1.1.7.	El Marco del Gasto a Mediano Plazo (MGMP)	33
1.2.	El Ciclo Presupuestal.	34
1.3.	De los ingresos del Estado Colombiano.	34
1.3.1	De los ingresos corrientes.	35
1.3.2	Contribuciones Parafiscales.	36
1.3.3	Fondos Especiales.	36
1.3.4	Recursos de Capital.	36
1.4.	Gastos Públicos.	38
1.4.1.	Créditos Judicialmente reconocidos.	39
1.4.2.	Los gastos decretados conforme a la Ley.	41
1.4.3.	Las destinadas a dar cumplimiento a los Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional.	41
1.4.4.	Los destinados a la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional.	42
1.5.	Gastos públicos de acuerdo con su destinación.	43
1.5.1.	Gastos de funcionamiento.	44
1.5.1.1.	Gastos de personal.	44
1.5.1.2.	Gastos por concepto de honorarios profesionales y otros	44
1.5.2.	Gastos Generales	44
1.5.3.	Transferencias corrientes	44
1.5.3.1.	Transferencias por convenios con el sector privado	45
1.5.3.2.	Transferencias al sector público.	45

1.5.3.3.	Transferencias al exterior.	45
1.5.3.4.	Transferencias de previsión y de seguridad social	45
1.5.3.5.	Otras Transferencias.	45
1.6.	Sistema General de Participaciones.	45
1.7.	Transferencias de capital.	45
1.8.	Del servicio de la deuda pública.	45
1.9.	Gastos de inversión.	46
1.10.	El gasto público social.	46
1.11.	Apropiación del gasto.	48
1.12.	Liquidación del presupuesto.	48
1.13.	De la ejecución presupuestal.	49
1.13.1.	Ejecución de los ingresos.	49
1.13.2.	Ejecución de los gastos.	49
1.14.	Afectaciones, modificaciones y autorizaciones al presupuesto.	52
1.15.	La sostenibilidad fiscal y su influencia en el sistema presupuestal, Concepto y naturaleza.	53
1.15.1.	El déficit fiscal	54
1.15.2.	La regla fiscal	57
1.15.3.	El concepto de sostenibilidad fiscal y su naturaleza.	65
1.15.3.1.	La Colaboración Armónica entre las ramas del poder público como requisito para lograr la sostenibilidad fiscal.	77
1.15.3.2.	La progresividad como regla para el reconocimiento de los Derechos sociales.	81

CAPITULO 2. Del contenido fiscal de los fallos judiciales contra el Estado y el manejo presupuestal de los procesos judiciales. Como se cumplen los fallos contentivos de condenas de carácter pecuniario.		87
2.1.	Del control constitucional a las leyes y actos administrativos. Alcance y expectativas.	89
2.2.	De los procesos contra el Estado. Procesos ante Jueces, Tribunales y Consejo de Estado.	99
2.3.	El manejo estadístico, contable y presupuestal de los procesos contra el Estado.	101
2.3.1.	El sistema Litigob.	102
2.3.2.	Normas de contabilidad de los procesos y las contingencias judiciales de las entidades públicas.	102
2.4.	Normas procesales referentes al pago de condenas contra el Estado	106
2.4.1.	Código de Procedimiento Civil.	106
2.4.2.	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011.	108
2.5.	Hacia un acercamiento entre lo presupuestal y lo jurídico para Cumplir los fallos y ponderar las decisiones en ellos contenidas.	116

CAPITULO 3. Del impacto de los fallos judiciales y la sostenibilidad de las finanzas públicas. El incidente de impacto fiscal.	122
3.1. Del impacto fiscal de los fallos judiciales contra el Estado	124
3.1.1. Del trámite procesal y las herramientas previstas para la estimación de los montos de la condena.	134
3.1.1.1. Estimación razonada de la cuantía.	136
3.1.1.2. De la estimación razonada de la cuantía en desarrollo del proceso	140
3.1.1.3. Otros factores de estimación de la cuantía en los fallos judiciales. Sostenibilidad Fiscal y Progresividad.	143
3.2. La rama judicial y el criterio de sostenibilidad fiscal	150
3.3. El incidente de impacto fiscal	153
3.3.1. La propuesta del incidente de impacto fiscal	161
3.4. La estimación razonada del impacto fiscal en los fallos judiciales. Tiempo, forma y presupuesto como determinantes del impacto.	165
3.4.1. De los efectos del tiempo en relación con el cumplimiento de los fallos judiciales.	166
3.4.2. De la forma como deben cumplirse los fallos	169
3.5. Ley 1695 de 2013. Reglamentación del incidente de impacto fiscal	172
CAPITULO 4. Resumen y Conclusiones	181
4.1. Resumen del trabajo.	181
4.2. Conclusiones.	191
BIBLIOGRAFIA	197

“Los tribunales no están en posición de supervisar el complejo proceso de asignación de los recursos por parte de los agentes del poder ejecutivo, y tampoco pueden rectificar de manera sencilla las asignaciones erradas del pasado. Los jueces no tienen la preparación adecuada para desempeñar esas funciones, y necesariamente, operan con fuentes de informaciones inadecuadas y parciales.

Aunque los jueces pueden ser perfectamente competentes para descubrir violaciones manifiestas de derechos e incluso para anular asignaciones visiblemente equivocadas de recursos, en la mayoría de los casos no pueden decidir con inteligencia cuándo sería más conveniente canalizar los remedios imaginables hacia otras necesidades urgentes, debiendo reconocer con humildad que los derechos tienen costos, y que los fondos destinados a la protección de la inmensa variedad de derechos legales deben salir del mismo presupuesto, inevitablemente limitado. En general los derechos se describen como inviolables, perentorios y concluyentes. Nada que cueste dinero puede ser absoluto. Al fin y al cabo, ningún derecho cuya defensa presuponga un gasto selectivo de dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por el poder judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya responsabilidad recaerá sobre otras ramas del Estado.”

Stephen Holmes y Cass R. Sunstein.

EL COSTO DE LOS DERECHOS.

«El poder de crear, de manejar y de invertir el Tesoro Público es el resumen de todos los poderes, la función más ardua de la soberanía nacional. En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado un país.»

ALBERDI, JUAN BAUTISTA. —Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Buenos Aires, 1854.

INTRODUCCION

El derecho económico comprende todo el conjunto de principios, reglas y normas legales que definen, por una parte, el papel y la intervención del Estado frente a la actividad económica y, por otra, los instrumentos jurídicos para el desarrollo de esa actividad -tanto por el sector público como por los particulares-, del comportamiento de los mercados de bienes y servicios y la forma como se orientan, regulan, controlan y vigilan por parte del Estado.

El derecho económico posee variedad de perspectivas: la microeconómica, centrada en la eficiencia y que tiene por eje el mercado y las actividades que en él se despliega; corriente esta cuyo mayor difusor es Posner. Otra posible penetración es la que se puede hacer desde el ámbito institucional, la que tiene por referencia a Norton y que se aproxima a análisis hacendístico. El trabajo que presento tiene por objeto, el aspecto del impacto económico que el reconocimiento de derechos conlleva, bajo la línea demarcada por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, que posee la novedad de implicar a la rama judicial y a las sentencias en el análisis económico bajo condiciones de sostenibilidad fiscal, concepto económico que desde el año 2011 funge como criterio de actuación de carácter constitucional para todas las ramas del poder público en Colombia.

La actividad del Estado en ejercicio de la justicia distributiva, desborda su conocida condición de agente económico en función interventora o reguladora, e impone, con acentuada importancia en el Estado social de derecho, el reconocimiento de derechos que tienen un costo dentro de su estructura, en el sentido que, al asumir su reconocimiento y amparo, implican destinación de recursos públicos que inciden, no sólo en la sostenibilidad de sus finanzas y en su presupuesto, sino también en la dinámica de la economía.

El reconocimiento de derechos, cuando tienen la naturaleza de fundamentales, tienen una condición subjetiva; el reconocimiento de los derechos sociales, tienen una función de acceso a la propiedad, al trabajo, a la seguridad social donde su cobertura e impacto en los grupos beneficiados superan el aspecto individual de los primeros; los derechos colectivos tienen beneficiarios difusos en orden a que su objetivo no son sujetos o grupos específicos, sino la globalidad social y aun el conjunto de lo humano. Independientemente cual sea el tipo de derechos de los que se trate, que podrán expandirse a los llamados derechos de acceso a la información y a los desarrollos tecnológicos, todo derecho tienen un costo.

Cuando el reconocimiento del derecho hace parte del ejercicio distributivo que se realiza mediante instrumentos de planificación y gasto su costo está presupuestalmente respaldado y hace parte de una política de gobierno; situación diferente sucede cuando el reconocimiento del derecho es de fuente judicial; allí, en la pretensión del actor judicial y la sentencia que falla a favor de su petición, se origina el gasto. Quien tiene el poder es quien posee la disposición del gasto. Antes, en modelos estatales liberales, era al ejecutivo y a su actuación de gobierno, a quien le correspondía determinar en qué, cuándo y cuánto se gastaba, por lo que el plan y el presupuesto podían ser controlados; ahora, con la irrupción de la rama judicial, a quien Montesquieu la relegó a un poder neutro cuya función se limitaba a repetir las palabras de la ley¹, la decisión judicial no es simplemente un silogismo que permite una conclusión de quebranto o de ajuste normativo; es una decisión que impone actualizar los contenidos del Estado social de derecho y

¹ Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, El Espíritu de las Leyes.

que convierte a la rama judicial en un poder activo en la realización de los principios constitucionales. En este orden de ideas, si el que tiene el poder es quien ordena el gasto, evidentemente el juez ha dejado su condición neutra, para ser una rama que ordena el gasto, por lo que su actuación, no solo debe ser tenida en cuenta, sino racionalizada para evitar que se produzca un desbarajuste fiscal. Bajo esta perspectiva, la importancia del criterio de sostenibilidad fiscal que debe orientar su actividad introducido en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia.

La actividad de los poderes públicos tradicionales, es decir, las ramas ejecutiva, legislativa y judicial involucran la asunción de los costos que el reconocimiento de derechos conlleva para el Estado como consecuencia de tales actividades (expedición de leyes y actos administrativos, en el caso de las ramas legislativa y ejecutiva y, promulgación de fallos y sentencias en el caso de la rama judicial).

Toda la actividad del Estado, cualquiera sea la rama del poder público que la genere, debe observar una disciplina de gasto, aunque por principio se haya dejado en cabeza del poder ejecutivo la ordenación del gasto y al poder legislativo como la encargada de autorizarlo; disciplina de gasto que inicia con la preparación y aprobación de la Ley de Presupuesto y termina con el decreto de liquidación y asignación de las partidas que lo conforman en cada una de las entidades que están llamadas a ejecutarlo de tal manera que, toda entidad pública que constituya una sección del presupuesto debe observar una serie de normas para obtener y ejecutar recursos de ese fondo común que se denomina presupuesto general de la Nación.

En Colombia, la rama judicial del poder público no ha sido vinculada a la dinámica y compromisos presupuestales que obligan con mayor responsabilidad a las otras ramas del poder (Legislativa y Ejecutiva), pero cada vez su influencia en la forma como se deben destinar y ejecutar los recursos del presupuesto se ve reflejada en sus fallos.

Así que el trasfondo del trabajo que se presenta está en una redefinición del rol del juez en relación con la sostenibilidad fiscal. El costo del reconocimiento de los derechos puede romper con los equilibrios entre ingresos y gastos y puede echar al traste el ejercicio de justicia distributiva que tiene por instrumentos el plan de desarrollo y el presupuesto; por lo que se hace necesario armonizar la decisión judicial con los instrumentos macros y permitir una racionalización del costo de los derechos.

En el presente estudio, se analizará cómo la estimación del impacto o costo fiscal que conlleva el cumplimiento de los fallos judiciales proferidos por las altas cortes en el presupuesto del Estado deberá ser tenida en cuenta al momento de proferir un fallo, así mismo la incidencia de dichos fallos respecto de la sostenibilidad de

las finanzas públicas desde el punto de vista del impacto fiscal de la orden impuesta en cuanto a su cumplimiento y los mecanismos dispuestos presupuestalmente para tal finalidad, a partir del criterio de sostenibilidad fiscal introducido en la Constitución por el acta legislativo 03 de 2011 y del mecanismo denominado incidente de impacto fiscal y cómo estas figuras introducidas en el artículo 334 de la Constitución Política incidirán, no solo en la dinámica de las relaciones ramas ejecutiva y judicial, sino en la actitud de la justicia para observar ese criterio de sostenibilidad fiscal en sus decisiones y cómo debe ser su rol en materia presupuestal lo cual significa un nuevo elemento en la institucionalidad presupuestal colombiana.

La sostenibilidad fiscal y la ponderación del impacto fiscal de los fallos judiciales, pasa a convertirse en un criterio orientador de la labor de los jueces y los altos tribunales de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución; de esta manera, el sentido económico de la labor judicial de interpretar las normas y ponderar las razones de los derechos en conflicto que se llevan a su consideración deben ser analizados e incluir elementos, herramientas e instituciones propias de la hacienda pública, en particular las constitutivas del sistema presupuestal colombiano.

El presente trabajo pretende esbozar los elementos para la aprehensión de esta nueva disposición del principio de sostenibilidad fiscal que, como criterio de labor judicial tendrá carácter tanto sustantivo como procesal por la observancia que a él se obliga en el texto del artículo 334.

Desde esta perspectiva, al juez se le introduce en el campo del derecho económico, que le impone la carga de compaginar su fallo con los recursos que el Estado dispone para sufragar el costo del reconocimiento de los derechos que su fallo determina.

Lo anterior es el marco en que el presente trabajo se mueve bajo el esquema que a continuación se presenta:

Se parte del estudio estructural del presupuesto y su conformación, de los restantes componentes del sistema presupuestal colombiano, así como de los conceptos de planeación, déficit fiscal, regla fiscal y marco fiscal a mediano plazo que pasan a ser elementos determinantes en la comprensión y observancia del principio de sostenibilidad fiscal; en el capítulo primero se incluyen los conceptos y normas que los determinan.

En el capítulo segundo se entra a considerar la dinámica judicial de generación de fallos, la ponderación de efectos fiscales de los mismos y preparación presupuestal por parte de las entidades potencialmente afectadas en sus presupuestos por las ordenes impuestas. El conocimiento del proceso, de la dinámica y herramientas que lo conforman y permiten la estimación de sus efectos

fiscales se torna en un elemento indispensable en esta nueva dinámica de aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal en sus actuaciones. La rama judicial debe comprometerse más con las reglas del juego fiscales dispuestas para la observancia, aplicación y respeto por las normas presupuestales colombianas, bien sea como norma de conducta procesal, ya sea como actitud integral de su labor a título de colaboración armónica con las otras ramas del poder público como lo ordena el artículo 334 de la carta magna. Los recursos son de todos, dependen de todos y son afectados por las decisiones de todos, de ello la importancia de trabajar mancomunadamente desde sus propias y particulares funciones e intereses.

En efecto, desde tiempo atrás, se han venido presentando decisiones judiciales que, como consecuencia del reconocimiento de acciones u omisiones normativas o administrativas del Estado, disponen la dinámica de cómo, a su juicio, debe el gobierno en general o, una entidad en particular, proceder a implementar la orden impartida en el respectivo fallo sin una estimación y ponderación adecuada del impacto fiscal que conlleva el cumplimiento de dicha condena, convirtiéndose en un factor adicional en la estructuración y ejecución presupuestal de la Nación; frente a ello, la incorporación como norma constitucional del criterio de sostenibilidad fiscal que debe orientar la actividad de las ramas del poder público desde el año 2011 junto con el mecanismo del incidente de impacto fiscal a través del cual se puedan modificar, modular o diferir las circunstancias fiscales y presupuestales que conllevan cumplir el fallo en los términos y condiciones de modo y tiempo en él contenidas se tornan en indispensables los conocimientos de cómo trabaja y trabajará la rama judicial para asegurar la equidad y eficiencia de sus decisiones.

Tal como lo plantean los profesores Stephen Holmes y Cass R- Sunstein, en su obra "El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos."², el reconocimiento de los derechos no puede mirarse únicamente desde la Constitución de un Estado sino, muy especialmente, estudiando cuántos recursos se destinan para asegurar su cumplimiento o, mejor aún, cuántos recursos deberían destinarse para que se logre el reconocimiento total de los mismos en un momento histórico determinado.

En los todos los países y, en especial los países en desarrollo, los recursos son escasos y, es precisamente dentro del marco de esa escasez desde donde debe administrarse no sólo el ofrecimiento de los bienes y servicios esenciales por parte del Estado, sino también, el reconocimiento de los derechos por parte de la rama judicial en cuanto deben estimarse, no sólo el grado de amparo, sino también la cantidad de recursos a distribuir entre los diferentes tipos de derechos. Si bien la cantidad y grado de derechos, por Constitución deben ser otorgados por igual a

²HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. EL COSTO DE LOS DERECHOS. Por qué la libertad depende de los impuestos. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. Argentina.

todos los ciudadanos, frente a la escasez de recursos se ha introducido el concepto de progresividad en el sentido de ir ampliando la concesión de derechos, amparos y reconocimientos lo que, a su vez, implica destinación de nuevos y adicionales recursos públicos para alcanzar la plenitud de su goce (por lo menos en cuanto a la estadística de su cubrimiento), progresividad que ha sido reconocida en numerosos fallos judiciales.

Junto al concepto de progresividad de los derechos debe atenderse también el de sostenibilidad fiscal de los mismos. Dentro de la concepción liberal del Estado, es la rama ejecutiva quien determina el monto de los recursos para reconocer y asegurar el goce de derechos de contenido socio-económico y de cumplir con la orden constitucional de gasto público social que no es otra cosa que destinar recursos públicos para establecer medios y formas de prestación de servicios básicos (salud, agua potable, alcantarillado, etc.) este reconocimiento estatal a su vez generan derechos para la comunidad en general quien puede exigir del Gobierno de turno la real prestación de los mismos, la protección de su ejercicio, impedir su amenaza, vulneración o desconocimiento, etc.

Unido a lo anterior, la rama judicial ha venido ampliando el grado de reconocimiento de tales derechos sociales a través de acciones de tutela y de otras acciones constitucionales (populares, de grupo, de cumplimiento y de constitucionalidad) mediante las cuales, la deficiencia del gobierno en otorgar y brindar ese tipo derechos y actividades debe ser satisfecha de manera puntal, personal, concreta –puede ser para un grupo determinado de personas- en cumplimiento del amparo (injunction) o de las ordenes (mandamus) judiciales , decisión que conlleva afectar un monto de los recursos públicos requeridos para tal finalidad; esta determinación de alguna manera es una intromisión técnica en una labor propia de la rama ejecutiva que, como técnica, corre el riesgo de ser tomada en forma errónea o, al menos, imprecisa por parte de la rama judicial que no está en la mayoría de los casos preparada para ello y, aún estándolo, la estructura del proceso judicial propiamente dicho no le permite incluir en sus etapas la estimación del monto de recursos públicos requeridos para el cumplimiento de su decisión.

El juez está formado profesionalmente en actividades disociadas del gasto; la aplicación normativa a los casos particulares que se le presentan, están, en principio, desnudos de efectos económicos públicos, pues son los patrimonios particulares los que padecen los efectos de la sentencia; en caso de responsabilidad del Estado el título de imputación delimita el monto de indemnización del daño (reparación directa) o de compensación o restablecimiento a favor de quien padece el daño antijurídico. El papel del juez cambia cuando el Estado asume condiciones prestacionales pues el juez sanciona el incumplimiento del crédito social que el Estado tiene y le impone la satisfacción concreta del deber que se traduce en gasto.

La definición ontológica del Estado como social, se traduce en un aumento del gasto.

Surge entonces el concepto de planeación de actividades, el presupuesto de recursos y puesta en marcha de su real prestación, labores que por estructura jurídica y económica están a cargo del gobierno (nacional) o de la administración territorial y que por constituir, en algunos casos, derechos colectivos en razón del concepto de Estado Social de Derecho y de los fines constitucionales del Estado Colombiano, tienen un carácter primordial que gozan del reconocimiento y prestación aún por vía judicial cuando su ausencia, falta o incumplimiento pasan a ser considerados por los jueces o cuando el reclamo de su desconocimiento, amenaza o vulneración se efectúa por vías judiciales y de esta manera la ordenación del gasto, que su reconocimiento u obligada prestación implican, cae en la órbita judicial con efectos dentro del total de planes y presupuestos previamente determinados por el Gobierno en el sentido que una orden judicial implica aplazar realización de otros planes o, al menos, recortes presupuestales para otros programas gubernamentales generando un impacto fiscal que no tiene (o hasta ahora no tenía) herramientas para morigerar o disminuir sus efectos dentro del plan general de gobierno en materia económica.

El gasto de origen judicial está huérfano de un marco de planeación y presupuestario que de alguna manera viene a ser introducido con el criterio de sostenibilidad fiscal que debe ponderarse en las decisiones judiciales y en el mecanismo denominado incidente de impacto fiscal como medio de adecuar los órdenes judiciales con las necesidades presupuestales a cargo del ejecutivo frente a la orden imperativa de atender una orden judicial. El juez ordena y su orden tiene que ser cumplida.

El costo de la orden judicial está dissociado del recurso para atenderla. Si la ley y los actos administrativos generan obligaciones, estas hay que cumplirlas; si la constitución obliga a prestaciones sociales a cargo del Estado, estas deben ser satisfechas. Eso es lo que le importa al juez. Nada más. No obstante la práctica de la decisión judicial, impacta al presupuesto, lo desequilibra haciendo impracticable la planeación y el esfuerzo presupuestario. Es ahí, donde el Estado social impone una tarea de conciencia económica al juez, que le significa modular su sentencia para introducirla en la realidad económica de poderla pagar.

El capítulo tercero se dedica al tema de este incidente denominado de impacto fiscal que tiene la vocación de ser la herramienta procesal para brindar conocimiento y oportunidad adicional con miras al amparo y protección del erario público sin detrimento del reconocimiento de los derechos y situaciones objeto del fallo judicial. Con miras a diferir, modificar o permitir al Gobierno atender las órdenes judiciales que impliquen destinación de recursos públicos el Acto

Legislativo No. 3 de 2011 incorporó el concepto de sostenibilidad fiscal y la figura procesal del incidente de impacto fiscal, sobre los cuales gira el desarrollo del presente estudio en cuanto a la dinámica que deberán, en mi concepto, ser consideradas por la rama judicial, no solamente por su origen y respaldo constitucional, en cuanto a su posible orden de reconocimiento y/o su debida prestación por parte del Estado, sino también por la observancia que todas las ramas (en particular por parte de la judicial que hasta ahora no tenía la obligatoriedad de su observancia pues la practica obedecía a su discrecionalidad) deben realizar de los principios y normas de contenido presupuestal dispuestas en la Constitución Política Colombiana.³

Las conclusiones a las que se llegan con la investigación que sustenta el presente trabajo giran en torno a la nueva actitud de la rama judicial frente a la institucionalidad presupuestal en cuanto a que sus decisiones (fallos) pues deberán observar el criterio de sostenibilidad fiscal introducido desde el año 2011 en nuestra Constitución Política; criterio que define la importancia del manejo de recursos públicos cuando, a título de gasto un fallo redefine su uso, en término acordes a los principios de planeación y presupuestación que orientan la institucionalidad fiscal y hacendística y bajo la dinámica de la colaboración armónica de las ramas del poder público en particular las ramas ejecutiva (como encargada de la planeación y preparación del presupuesto de la Nación y la rama judicial como encargada de la redefinición y reconocimiento de derechos conculcados, vulnerados, desconocidos o amenazados por alguna acción, omisión, operación o hecho estatal.

Las conclusiones ofrecidas giran en torno de las labores presupuestales, económicas y fiscales que deben también ser consideradas en los procesos judiciales dentro de los cuales se definen actuaciones, reglamentaciones y decisiones de la administración pública. Los derechos tienen un costo y esos costos cuando son originados en fallos judiciales, conceptualmente ajenos a los ejercicios previos de planeación y presupuestación de los recursos públicos, deberán respetar la institucionalidad presupuestal so pena que ellos terminen

2 “Precisamente, desde la expedición de la Constitución de 1991 se consagraron nuevas acciones judiciales para reconocer y garantizar el goce efectivo de los derechos consagrados en la Carta, lo cual trajo como consecuencia, la redimensión de la actividad judicial que llamó a los operadores del derecho a evolucionar hacia el activismo judicial.

En materia de gasto público esto significó el aumento del espectro de su creación, haciendo que el Congreso no sea el único actor creador de gasto. De esta forma, se involucra también a los jueces, que como garantes de la Constitución, están llamados a establecer las condiciones en que el ejecutivo debe dar cumplimiento a la ley para hacer efectivos los derechos consagrados en ella. Sin tales condicionamientos no es posible para el juez garantizar la efectividad de los derechos, la justicia material y real que define al Estado Social.” *Exposición de motivos proyecto de ley reglamentación incidente de impacto fiscal Proyecto 139 de 2012 Senado.*

generando costos más gravosos para el interés público en términos de aplazamientos de inversiones, redefinición de planes y destinación de los escasos recursos con que cuenta el Estado colombiano al reconocimiento de derechos jerárquicamente inferiores a intereses y derechos sociales.

La dinámica de la rama judicial, los aportes académicos al tema, así como la nueva normatividad presupuestal y fiscal en Colombia permiten redefinir dentro de un marco de colaboración armónica y progresividad en el reconocimiento de los derechos sociales a niveles más universales para toda la nación colombiana bajo el criterio de sostenibilidad fiscal sin perjuicio del amparo a los derechos fundamentales a los cuales está comprometida Colombia como Estado social de derecho, este trabajo pretende hacer un aporte a esta nueva dinámica por parte de la rama judicial.

1. CAPITULO 1. EL PRESUPUESTO Y LA SOSTENIBILIDAD FISCAL.

Objetivo.

En este capítulo se esbozan los conceptos de los diversos instrumentos que constituyen el sistema presupuestal del Estado Colombiano y su dinámica así como el significado y relevancia de la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de las actividades estatales por expresa disposición constitucional. Adicionalmente, se trata lo relacionado con otros instrumentos fiscales como lo es la denominada Regla Fiscal y su incidencia en el manejo de las finanzas públicas como instrumento para enfrentar el déficit fiscal estructural que agobia las finanzas públicas colombianas.

A partir de la concreción del concepto de Sistema Presupuestal, el desarrollo de las instituciones e instrumentos que lo conforman y la incidencia financiera de su preparación y ejecución, se llegará a las precisiones y circunstancias de la observancia y efectos de la sostenibilidad fiscal y, en consecuencia, formar un concepto sobre la misma para todas las ramas de poder público, sin perder la noción determinante de Estado Social de Derecho que con la constitución de 1991 se le imprimió al Estado Colombiano.

La calificación de Estado Social de Derecho y el sentido de los principios y fines introducidos en la constitución determinan la “presupuestación” de gastos sociales o mejor dicho: el presupuesto de los gastos que demanda el ejercicio distributivo que al Estado le corresponde requiere de la concientización de que existen derechos y que su reconocimiento representan un gasto, implican una nueva actitud e institucionalidad, diferente a la que se estaba normatizada en la Constitución de 1886. En este punto, ha sido numerosa la producción literaria sobre el contenido y cambios de los paradigmas constitucionales dentro del análisis que se ha dado a la Constitución de 1991, personalmente comparto la interpretación dada por los estudiosos Rodrigo Uprimny y Cesar A. Rodríguez, en el sentido que la constitución del 91 tiene carácter normativo y valorativo, toda vez que incluye normas de obligada observancia pero también principios que orientan los fines de la actividad de todas las ramas del poder público del Estado en cuanto a los principios que para la actividad de las mismas incorpora en procura de lograr los fines estatales propuestos.⁴

⁴En este punto se comparte la tesis es que la Constitución colombiana de 1991 es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, a la que se refieren los profesores Uprimny y Rodríguez, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa; y es una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales. Así desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas (lo que muestra que la Constitución de 1991 es abierta), no es "un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos" Pero

El concepto de sistema presupuestal o institucionalidad fiscal es importante para llegar a comprender el de sostenibilidad fiscal y su importancia como marco de referencia para la actividad de las ramas del poder público, razón por la cual este primer capítulo se dedica al estudio de la normatividad que lo informa.

“Para entender la situación fiscal actual es indispensable analizar el presupuesto y, en particular, las instituciones presupuestales que regulan la interacción de los diferentes actores que intervienen en las etapas del presupuesto, imponen restricciones, y distribuyen poderes y responsabilidades con el fin de garantizar un equilibrio que optimice los resultados fiscales. En Colombia las instituciones presupuestales se pueden agrupar en un conjunto de normas incluidas especialmente en la Constitución y en el Estatuto Orgánico de Presupuesto que reglamentan la formulación del presupuesto por parte del poder ejecutivo, su aprobación en el Congreso y su posterior ejecución “CUADERNOS DE FEDESARROLLO NUMERO 27 Sobre teoría de juegos, proceso presupuestal y situación fiscal en Colombia - Mauricio Olivera Septiembre de 2008.

Con la Constitución de 1991 se incrementaron los factores que inciden en el proceso presupuestal y esencialmente se condenó al incremento de los gastos por cuenta de la disposición de ser un Estado social de derecho en virtud del cual se asumen las obligaciones de reconocer y satisfacer las necesidades básicas de todos los habitantes y los denominados derechos fundamentales.⁵

aunque la Constitución de 1991 es abierta, no es neutra y tiene fuerza normativa. De ahí que imponga límites a la política económica, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional. UPRIMNY, Rodrigo y RODRIGUEZ, Cesar Augusto. Constitución y modelo económico en Colombia. Ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004),

⁵ La reforma constitucional de 1991 afectó de diferentes maneras la institucionalidad presupuestal. Por el lado financiero, generó un monto importante de gasto permanente, sin incluir su financiación. Por el lado institucional, la constitución se convirtió en una camisa de fuerza frente a las iniciativas presupuestales de las políticas presidenciales con la introducción de rentas de destinación específica y de inflexibilidades en el gasto público (Cárdenas, *et.al.*, 2006, Echeverry *et.al.*, 2004). Adicionalmente, a pesar de que los poderes presidenciales sobre el presupuesto no se debilitaron frente al legislativo, la Constitución cambió la estructura del juego político. La restricción presupuestal generada por las inflexibilidades es tal vez el efecto más importante. En Colombia más del 95% del presupuesto es inflexible (Echeverry *et.al.*, 2004)³⁵. Estas inflexibilidades, sumadas a los fallidos intentos de aumentar los ingresos tributarios a lo largo de la década de los años noventa, dificultan aún más la gestión de las finanzas públicas, y son una de las principales causas de la crisis fiscal actual.

Las inflexibilidades se explican por problemas de inconsistencia temporal: por un lado, los beneficiarios actuales de una política prefieren crear reglas inflexibles que les aseguren ingresos futuros, restando así discreción sobre el presupuesto. Por otro, un gobierno puede crear inflexibilidades para asegurar la continuidad de sus programas cuando estos se ven amenazados ante el cambio de poder político. “CUADERNOS DE FEDESARROLLO NUMERO 27 Sobre teoría de juegos, proceso presupuestal y situación fiscal en Colombia - Mauricio Olivera Septiembre de 2008.

El tema de los ingresos y la forma como se ordena la utilización de ellos (gastos), no tiene una normatividad acorde con la dinámica que la rama judicial a través de los fallos de tutela y de los provenientes de las denominadas acciones constitucionales (acciones populares, de grupo y de cumplimiento) le ha venido imprimiendo a las disponibilidades presupuestales de las instituciones, órganos y entidades estatales, no desde el punto de vista normativo únicamente sino desde la misma dinámica judicial dentro de los respectivos procesos: No hay un orden ni criterio con base en el cual se podían tomar, y así mismo, entender e interpretar los fallos judiciales de contenido presupuestal y fiscal y la repercusión de los mismos en las finanzas públicas⁶

Finalmente, el tema de sostenibilidad fiscal como concepto y como criterio, que como se argumentará, es el resultado, no sólo del seguimiento y observancia del comportamiento fiscal de todas las instituciones y entidades estatales, sino de la correspondiente y debida observancia de las leyes y normas que determinan los componentes del sistema presupuestal por parte de todas las ramas del poder público, deteniéndonos en lo que implicará esta dinámica propuesta para la rama judicial.

La relación detallada del componente presupuestal que al inicio de este capítulo se incluye es indispensable para entender la importancia de la sostenibilidad fiscal y el origen de su dinámica para que de esta manera pueda entenderse y observarse por la rama judicial que de manera sostenida ha venido profiriendo sus fallos sin mayor consideración a la normatividad presupuestal.

La actividad de la rama judicial respecto del sistema presupuestal puede tener variados matices: Fallos que conlleven la erogación de recursos (condenas), fallos que declaren la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas de contenido presupuestal y fallos que devienen en replanteamiento de políticas económicas. Todos ellos tendrán un impacto fiscal y un efecto directo sobre la sostenibilidad de

⁶ “Quizás sería una buena idea comenzar a discutir cómo sería posible generalizar más los derechos esenciales de nuestra comunidad, antes de tornarnos en una sociedad plena de derechos y carente de deberes. Parecería que hemos escogido un entorno constitucional donde las pasiones se desatan sin restricciones, donde el gasto público corre en dirección contraria a los impuestos y donde la salud y las pensiones se alejan cada vez más de las cotizaciones. Se trata de un Estado milagroso al cual se le puede exigir que gaste por encima de los impuestos que recauda. El desafuero fiscal es evidentemente el norte que tiene la sociedad colombiana en la actualidad, lo cual unido a la intensa contienda civil, nos dirigirá hacia la inviabilidad económica y a la pérdida de la convivencia ciudadana, si no corregimos el rumbo a tiempo”. Salomón Kalmanovitz- El modelo antiliberal colombiano

las finanzas públicas, de ello la importancia de tener claro el panorama presupuestal de un Estado y la dinámica de su estructuración y ejecución.

1.1. Conceptos básicos acerca de la Planeación, el Presupuesto y la Sostenibilidad Fiscal.

El conjunto de ingresos y gastos del Estado abarca las labores de planeación, en primer término y, en segundo término, el de presupuestación. Lo uno va ligado con lo otro.

1.1.1. Planeación. La planeación en Colombia se introdujo en la reforma constitucional de 1968 y tiene como instrumento el denominado Plan Nacional de Desarrollo y en los Planes de Desarrollo Regionales. El artículo 339 de la Constitución Política establece la existencia y obligatoriedad de los Planes de Desarrollo. Dice la norma en mención:

“ARTICULO 339. Inciso 1o. modificado por el artículo 2. del Acto Legislativo 3 de 2011. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.”

Los Planes de Desarrollo son la culminación de los procesos de planeación que debe orientar la labor de los gobiernos tanto nacional como territoriales y, como tales, están sujetos a la normatividad que asegure su propósito cual es el de ser instrumento de manejo económico público en la medida en que se establezcan de forma estructurada y sistemática los frentes y proyectos en los cuales el Gobierno Nacional dispondrá de los recursos y determinará los gastos.

Los Planes de Desarrollo se establecen de acuerdo a la Ley Orgánica del Plan y se estructuran para períodos de cuatro años. Los presupuestos nacionales deben coordinarse con el Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo a lo que sobre este tema establece la Ley Orgánica del Presupuesto y, a su vez, determina el contenido de las leyes anuales de presupuesto así como de otras leyes que tocan el tema económico. A esta característica se le denominada “prelación legislativa del Plan Nacional de Desarrollo”.

De acuerdo con el artículo 151, habrá una ley, de carácter orgánico, de determinará el procedimiento de discusión, elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo, incluidos los territoriales.

“ARTICULO 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.”⁷

⁷ARTICULO 340. Habrá un Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales. El Consejo tendrá carácter consultivo y servirá de foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.

Los miembros del Consejo Nacional serán designados por el Presidente de la República de listas que le presenten las autoridades y las organizaciones de las entidades y sectores a que se refiere el inciso anterior, quienes deberán estar o haber estado vinculados a dichas actividades. Su período será de ocho años y cada cuatro se renovará parcialmente en la forma que establezca la ley.

En las entidades territoriales habrá también consejos de planeación, según lo determine la ley.

El Consejo Nacional y los consejos territoriales de planeación constituyen el Sistema Nacional de Planeación.

ARTICULO 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

La actual Ley Orgánica del Plan de Desarrollo es la Ley 152 de 1994. De ella quiero resaltar para efectos posteriores de complemento al propósito de este trabajo, el contenido del artículo 3 que establece:

“Artículo 3°. Principios generales. Los principios generales que rigen las actuaciones de las autoridades nacionales, regionales y territoriales, en materia de planeación son:

a) Autonomía. La Nación y las entidades territoriales ejercerán libremente sus funciones en materia de planificación con estricta sujeción a las atribuciones que a cada una de ellas se les haya específicamente asignado en la Constitución y la ley, así como a las disposiciones y principios contenidos en la presente Ley orgánica;

b) Ordenación de competencias. En el contenido de los planes de desarrollo se tendrán en cuenta, para efectos del ejercicio de las respectivas competencias, la observancia de los criterios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad;

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.

ARTICULO 342. La correspondiente ley orgánica reglamentará todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispondrá los mecanismos apropiados para su armonización y para la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales. Determinará, igualmente, la organización y funciones del Consejo Nacional de Planeación y de los consejos territoriales, así como los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo, y las modificaciones correspondientes, conforme a lo establecido en la Constitución.

ARTICULO 343. La entidad nacional de planeación que señale la ley, tendrá a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine.

ARTICULO 344. Los organismos departamentales de planeación harán la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo e inversión de los departamentos y municipios, y participarán en la preparación de los presupuestos de estos últimos en los términos que señale la ley.

En todo caso el organismo nacional de planeación, de manera selectiva, podrá ejercer dicha evaluación sobre cualquier entidad territorial.”

c) *Coordinación.* Las autoridades de planeación del orden nacional, regional y de las entidades territoriales, deberán garantizar que exista la debida armonía y coherencia entre las actividades que realicen a su interior y en relación con las demás instancias territoriales, para efectos de la formulación, ejecución y evaluación de sus planes de desarrollo;

d) *Consistencia.* Con el fin de asegurar la estabilidad macroeconómica y financiera, los planes de gasto derivados de los planes de desarrollo deberán ser consistentes con las proyecciones de ingresos y de financiación, de acuerdo con las restricciones del programa financiero del sector público y de la programación financiera para toda la economía que sea congruente con dicha estabilidad;⁸

e) *Prioridad del gasto público social.* Para asegurar la consolidación progresiva del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, en la elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo de la Nación y de las entidades territoriales se deberá tener como criterio especial en la distribución territorial del gasto público el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población y la eficiencia fiscal y administrativa, y que el gasto público social tenga prioridad sobre cualquier otra asignación;⁹

f) *Continuidad.* Con el fin de asegurar la real ejecución de los planes, programas y proyectos que se incluyan en los planes de desarrollo nacionales y de las entidades territoriales, las respectivas autoridades de planeación propenderán porque aquellos tengan cabal culminación;

g) *Participación.* Durante el proceso de discusión de los planes de desarrollo, las autoridades de planeación velarán porque se hagan efectivos los procedimientos de participación ciudadana previstos en la presente Ley;

h) *Sustentabilidad Ambiental.* Para posibilitar un desarrollo socio-económico en armonía con el medio natural, los planes de desarrollo deberán considerar en sus estrategias, programas y proyectos, criterios que les permitan estimar los costos y beneficios ambientales para definir las acciones que garanticen a las actuales y futuras generaciones una adecuada oferta ambiental;

⁸ Este principio de consistencia ofrece la génesis del concepto de sostenibilidad fiscal consagrado en la Constitución y un parámetro importante para la observancia del criterio introducido en el artículo 334 de la Constitución.

⁹ En este principio de prioridad del gasto social permite canalizar la legalidad e importancia de recursos tendientes a satisfacer los denominados derechos fundamentales.

i) *Desarrollo armónico de las regiones.* Los planes de desarrollo propenderán por la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios como factores básicos de desarrollo de las regiones;

j) *Proceso de planeación.* El plan de desarrollo establecerá los elementos básicos que comprendan la planificación como una actividad continua, teniendo en cuenta la formulación, aprobación, ejecución, seguimiento y evaluación;

k) *Eficiencia.* Para el desarrollo de los lineamientos del plan y en cumplimiento de los planes de acción se deberá optimizar el uso de los recursos financieros, humanos y técnicos necesarios, teniendo en cuenta que la relación entre los beneficios y costos que genere sea positiva;

l) *Viabilidad.* Las estrategias programas y proyectos del plan de desarrollo deben ser factibles de realizar, según, las metas propuestas y el tiempo disponible para alcanzarlas, teniendo en cuenta la capacidad de administración, ejecución y los recursos financieros a los que es posible acceder;¹⁰

m) *Coherencia.* Los programas y proyectos del plan de desarrollo deben tener una relación efectiva con las estrategias y objetivos establecidos en éste;

n) *Conformación de los planes de desarrollo.* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Nacional, los planes de desarrollo de los niveles nacional y territorial estarán conformados por una parte generales de carácter estratégico y por un plan de inversiones de carácter operativo. Para efectos de la elaboración de los planes de inversión y con el propósito de garantizar coherencia y complementariedad en su elaboración, la Nación y las entidades territoriales deberán en mantener actualizados bancos de programas y de proyectos,

Parágrafo. Para efecto de lo previsto en el literal d) de este artículo se entiende por:

Concurrencia. Cuando dos o más autoridades de planeación deban desarrollar actividades en conjunto hacia un propósito común, teniendo facultades de distintos niveles su actuación deberá ser oportuna y procurando la mayor eficiencia y respetándose mutuamente los fueros de competencia de cada una de ellas.

¹⁰ Este principio también alimenta el concepto de sostenibilidad fiscal como se desarrolla adelante.

Subsidiariedad. Las autoridades de planeación del nivel más amplio deberán apoyar transitoriamente a aquellas que carezcan de capacidad técnica para la preparación oportuna del plan de desarrollo.

Complementariedad. En el ejercicio de las competencias en materia de planeación las autoridades actuarán colaborando con las otras autoridades, dentro de su órbita funcional con el fin de que el desarrollo de aquéllas tenga plena eficacia.”

El contenido de esta norma constituye factor de enlace con el concepto presupuestal toda vez que estos principios orientarán en forma directa la elaboración, estructuración, aprobación y ejecución del Presupuesto y, en forma indirecta, la dinámica de interpretación posterior de las decisiones de cualquiera de las ramas del poder público a partir del concepto de planeación.

Con relación al plan de desarrollo y a la planeación en general, la función de elaborar y estructurar está en cabeza del Gobierno tanto nacional como territorial y, su aprobación está en manos del Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos Municipales.

El Plan de Desarrollo se presenta dentro de los seis meses siguientes al inicio del respectivo período presidencial por lo que tanto su planteamiento como preparación se inicia desde la misma campaña del candidato finalmente elegido Presidente de la República, todos adquieren el nombre del proyecto de su labor presidencial; para el período del presidente Juan Manuel Santos el Plan de Desarrollo 2010 – 2014 se denomina “Prosperidad para Todos.” Y, su contenido, determinará en alto grado el contenido de los presupuestos respectivos al período que dura su mandato.

1.1.2. Presupuesto. El presupuesto es el instrumento tradicional para poner en marcha la actividad del Estado como Agente de la Economía desde el punto de vista macroeconómico y, si bien forma parte de una estructura jurídica definida como Derecho Fiscal, Derecho de la Hacienda Pública o Derecho Presupuestal, estos, a su vez, pueden enmarcarse dentro del Derecho Económico que abarca, dentro de su campo de estudio, los efectos que su contenido y aplicación ejerce sobre el total de la economía del país.

El papel del presupuesto del Estado refleja cuatro (4) grandes aspectos: la obtención de ingresos públicos, la atención de gastos públicos, la realización de las inversiones que asume y el cumplimiento de sus compromisos crediticios (servicio de deuda); es respecto de este balance de los recursos frente a los conceptos anteriores donde se ubica el concepto de sostenibilidad.

Así mismo, la sostenibilidad fiscal de un Estado depende en alto grado del comportamiento del mercado de los bienes y servicios, de los factores internos y externos que determinan la dinámica económica y de las contingencias que afecten y comprometan recursos estatales.

1.1.2.1. Del Presupuesto y del Sistema Presupuestal.

Las definiciones habituales de presupuesto expresan que éste consiste en una relación de las previsiones anuales de ingresos y gastos de una organización, ya sea pública o privada. Desde el punto de vista del Estado, como institución por antonomasia del Derecho Público, el presupuesto es la herramienta que le permite establecer los parámetros en cuanto a la producción u obtención de bienes y servicios públicos para la satisfacción de las necesidades de la población de conformidad con roles y funciones asignados por la Constitución y las Leyes en procura de la obtención de los fines propuestos, mediante la estimación y ponderación de qué recursos va a obtener y cómo los va a destinar, según la priorización de metas y propósitos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo.

A través del presupuesto y de todo el ejercicio que conlleva su preparación y ejecución, el Estado debe cumplir unas actividades para lo cual, en derecho, se le dotan a las ramas del poder público, a los órganos y demás entidades que intervienen en la elaboración, estructuración y puesta en marcha del presupuesto de facultades y funciones que podemos denominar funciones de la actividad presupuestal.

Al lado de las funciones de la actividad presupuestal que obedecen a reglas de reconocimiento en el sentido de Hart, es decir a normas secundarias que determinan competencias, funciones, facultades y procedimientos, el presupuesto como un instrumento de primer orden y de gran impacto social, está sometido al escrutinio público, por lo cual hay un gran número de actores difusos que integran la constelación de intervinientes jurídicos y no jurídicos en la preparación, discusión y ejecución presupuestal.

Se puede afirmar a la luz de la doctrina en materia presupuestal que, más que de presupuesto, debe hablarse de un sistema presupuestal del cual se hará referencia más adelante. Sistema presupuestal en el sentido de la existencia de otros elementos de contenido financiero y de planeación en la obtención y uso de los ingresos públicos para la atención de los gastos en que debe incurrir en un período determinado el Estado.¹¹

¹¹ *“La tendencia actual en todas las legislaciones es la de ampliar el marco de información que precede, acompaña y sigue el presupuesto nacional. De tal manera que quienes analizan el presupuesto, ya sea el Congreso, ya sean los medios de comunicación, ya sean los administradores públicos o ya sea la ciudadanía en general dispongan de una seria de informaciones mucho más completas que las que solía brindar el presupuesto nacional. El presupuesto actual es una parte de un todo mucho más amplio, y ese todo entre nosotros se*

En primer término, dentro de ese sistema presupuestal debe mencionarse la función estatal de asignación de recursos entendida como *“aquel proceso mediante el cual se adelanta la provisión de bienes públicos o bienes sociales, en la terminología de R. Musgrave. Se entiende como tales a aquellos bienes cuyo suministro no puede estar a cargo exclusivamente de los particulares, es decir, que el mercado no puede garantizar una solución eficiente en el suministro de dichos bienes, lo que permite justificar que en su producción interviene el Estado”*¹², promoviendo con sus propios recursos la generación y cantidad requerida de los mismos para satisfacer su consumo e incentivando la participación privada en la propia generación de los mismos o en el aumento de su oferta en procura de satisfacer intereses públicos y privados.

Una segunda función esencial que cumple el sistema presupuestal es la de distribución, La precisión anterior apunta claramente al carácter macroeconómico público del Presupuesto, en que el mercado es insuficiente para atender y entender las demandas sociales de justicia distributiva que le corresponden al Estado constituyéndose éste en un promotor social de tal manera que hacía donde se dirija el gasto se logra un apalancamiento económico significativo. Otro tanto se puede decir de los ingresos; los ingresos son instrumentos que impactan los sectores económicos reales al punto de incentivarlos o desmotivarlos en la demanda de trabajo y producción de riqueza.

Con esta función se procura que las desigualdades no alcancen niveles que resulten, no sólo intolerables, sino que afecten la estabilidad política del sistema y el conjunto de la economía. No se trata de eliminar clases sociales, lo que se busca es satisfacerlas a todas o, desde una aproximación constitucional, atender al cometido fijado por el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución, de tal manera que se pueda disponer de recursos para la realización de acciones afirmativas de igualación real y efectiva, atendiendo a un menú de preguntas que cada gobierno responde de acuerdo a su entendimiento político: Qué es prioritario para la economía, qué debe prevalecer y qué medidas deben tomarse, contestaciones que armonizan el instrumento Presupuesto con la disposición legal de planificación (Plan Nacional de Desarrollo).

denomina “sistema presupuestal”. De acuerdo con el artículo 6 del Estatuto Presupuestal (Decreto 111 de 1996) el Sistema Presupuestal está constituido por un Plan Financiero, un Plan Operativo Anual de Inversiones y el Presupuesto Anual de la Nación” RESTREPO, Juan Camilo. DERECHO PRESUPUESTAL COLOMBIANO Editorial Legis. págs. 24 y 25. 2007.

Además, deben incluirse como parte del sistema presupuestal colombiano los denominados Marco Fiscal de Mediano Plazo MFMP creado por la Ley 819 de 2003, del cual hace parte el Plan Financiero Anual y, el Marco del Gasto a Mediano Plazo MGMP creado mediante Decreto 430 de 2005.

¹² ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. 2011

Una tercera función del sistema presupuestal es la estabilidad económica, en virtud de la cual el Estado define el adecuado manejo de sus recursos, destinando el monto requerido para la promoción de la economía, el manejo de los ciclos económicos y las fluctuaciones generadas por fenómenos internos o externos. En el sistema presupuestal se reflejan las políticas y medidas que el gobierno defina en un momento determinado para mantener el equilibrio y la sostenibilidad de sus finanzas frente a la atención de sus gastos de funcionamiento, servicio de la deuda e inversión en el desarrollo.

Esta tercera función se ve reforzada con otros instrumentos como los relacionados con el Sistema Nacional de Regalías que permiten articular políticas macroeconómicas que tienen como propósito la racionalización de los ingresos y gastos en obediencia a los principios de previsión, estabilidad y equilibrio.

Una última función asignada al sistema presupuestal, es la de ser motor del desarrollo, de reactivación de sectores básicos de la economía o de la promoción de los aquellos que en un momento determinado conlleven prosperidad tanto financiera como social. El gobierno, a través de sus órganos de ejecución y planeación, determina en qué campos de la economía se requiere de una participación más intensa de recursos de origen público.

En cuanto a los objetivos y funciones del sistema presupuestal colombiano el artículo 2 del Decreto 430 de 2005 (que es un decreto reglamentario de las normas orgánicas del presupuesto), establece que son:

*“El equilibrio entre los ingresos y los gastos públicos que permita la sostenibilidad de las finanzas públicas en el mediano plazo; la asignación de recursos de acuerdo con las disponibilidades de ingresos y las prioridades de gasto y la utilización eficiente de los recursos en un contexto de transparencia.”*¹³

1.1.2.1.1. Del Sistema Presupuestal Colombiano. Como resultado de la evolución que ha venido presentando la concepción de la Hacienda Pública, aquella visión inicial de reducirla a la obtención de ingresos y a la atención de gastos reflejadas en el presupuesto ha sido reforzada por una visión más amplia que el simple cálculo, estimativo y proyectivo de eventuales recaudos y apropiación de los recursos para atención de gastos.

¹³El desempeño del presupuesto se mide de acuerdo a los tres siguientes pilares: i) disciplina fiscal; ii) asignación de recursos basada en prioridades de política; y iii) eficiencia y eficacia en la ejecución de los recursos y en la entrega de los servicios públicos (Banco Mundial, 1998).citado por Mauricio Olivera CUADERNOS DE FEDESARROLLO NUMERO 27 Sobre teoría de juegos, proceso presupuestal y situación fiscal en Colombia - Mauricio Olivera Septiembre de 2008

El concepto tradicional de Presupuesto ha superado la visión tradicional y se ha estructurado actualmente como un conjunto de instrumentos que permitan, no sólo presupuestar, sino conocer la dinámica de esos ingresos y el comportamiento de los gastos, previstos y previsibles, en un período más amplio que la concepción anual que imperó por muchos lustros. De ello surge el sistema presupuestal y una importante aproximación al concepto de sostenibilidad fiscal. La sostenibilidad es una proyección del presupuesto en el tiempo bajo condición de previsibilidad. Es decir, tiene una condición proyectiva que permite dentro de ciertas condiciones asegurar una estabilidad, la que podría verse amenazada o vulnerada, sino se toman correctivos sobre el comportamiento de situaciones imprevistas.

Podemos observar como en el Presupuesto se refleja la tendencia general del derecho de nuestros días que, de elementos estáticos y fijos en una normatividad rígida, se ha tendido a flexibilizar para abrir espacio a la dinámica que hace del Presupuesto una norma que recoge realidades económicas y las proyecta como propuestas concretas de inversión, con la certeza propia de las normas jurídicas, pero con la ductilidad coherente con el reconocimiento de los movimientos sociales y las realidades cambiantes en una economía inserta en la realidad globalizada sujeta a cambios y obligada a ajustes como consecuencia de la dinámica que la caracteriza.

De acuerdo con el artículo 6 del Estatuto Presupuestal (Decreto 111 de 1996) el Sistema Presupuestal está constituido por un Plan Financiero, un Plan Operativo Anual de Inversiones y el Presupuesto Anual de la Nación. Con posterioridad se han adicionado al sistema, el denominado Marco Fiscal a Mediano Plazo MFMP creado por la Ley 819 de 2003, del cual hace parte el Plan Financiero Anual y, el Marco del Gasto a Mediano Plazo MGMP creado mediante Decreto 430 de 2005.

1.1.3. El Plan Financiero. Definido por el artículo 7 del decreto 111 de 1996 como *“un instrumento de planificación y gestión financiera del sector público, que tiene como base las operaciones efectivas de las entidades cuyo eje cambiario, monetario y fiscal sea de tal magnitud que amerite incluirlas en el plan. Toma en consideración las previsiones de ingresos, gastos, déficit y su financiación compatibles con el Programa Anual de Caja y las políticas cambiaria y monetaria”* (Ley 38/89, artículo 4o. Ley 179/94, artículo 55, inciso 5o.).

La característica esencial del Plan es entonces el ser un instrumento de planificación y gestión financiera; es un medio para realizar una proyección financiera respecto de las operaciones efectivas de aquellas entidades que por su ejercicio representan un factor de ingresos o de déficit que incide en el total de las finanzas del Estado. Aquí el tejido de la Ley 489 muestra un menú extenso de actividades en las que participan recursos públicos.

A través del Plan Financiero se busca obtener un consolidado del impacto fiscal del sector público agregado, es decir, en conjunto el Gobierno Nacional y el sector empresarial, tanto financiero como no financiero del Estado, tanto a nivel central como a nivel descentralizado. Con el Plan Financiero se obtiene un panorama del requerimiento de financiamiento para todo el conjunto del Estado.

La elaboración y preparación del Plan Financiero de conformidad con el artículo 48 del Decreto 111 de 1996, corresponde al Gobierno a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, que se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) previo concepto del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis).

“ARTICULO 48. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, preparará el Plan Financiero. Este plan deberá ajustarse con fundamento en sus ejecuciones anuales y someterse a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social Conpes previo concepto del Consejo Superior de Política Fiscal” (Ley 38/89, artículo 29).

Como instrumento de planeación, el Plan debe ajustarse con fundamento en sus ejecuciones anuales, a factores de gran dinámica como es el comportamiento de los ingresos públicos, gastos de funcionamiento y servicio de la deuda, que imponen una revisión periódica de fuentes de financiamiento lo cual permite determinar la estimación de superávits o déficits fiscales en un período determinado.¹⁴

La importancia del Plan Financiero es tal, que forma parte integrante del Marco Fiscal a Mediano Plazo (MFMP) por expresa disposición de la Ley 819 de 2003, Marco que también forma parte del Sistema Presupuestal Colombiano como veremos más adelante. Valga la pena mencionar que este instrumento presupuestal se erige de gran importancia dentro del criterio de sostenibilidad fiscal que debe observar no sólo el poder ejecutivo sino también el juez u operador judicial que tenga en su escritorio un proceso contra una entidad estatal en el sentido que el Plan Financiero le permite establecer el grado de superávit o déficit en que esté dicha entidad y prever los impactos fiscales de la determinación judicial que vaya a tomar frente a un caso que está sometido a su estudio.

¹⁴ La estimación del superávit o del déficit fiscal, como parte del Plan Financiero, se establece mediante la metodología denominada “por encima o por debajo de la línea.” Primero debe establecerse las posibilidades de financiamiento que tiene el Estado; después se define lo que va a pasar por encima de esa línea, es decir, los ingresos y los gastos. La cuenta por encima de la línea hace referencia a la medición del déficit o superávit del presupuesto, tomando en consideración los ingresos y los gastos del mismo, excluyendo los empréstitos u otras líneas de financiamiento. La cuenta por debajo de la línea establece el grado de financiamiento que requiere el presupuesto, puesto que todos los gastos requieren de otras fuentes de atención, toda vez que los ingresos corrientes no alcanzan a cubrirlos.

1.1.4. El Plan Operativo Anual de Inversiones. De conformidad con el artículo 8 del decreto 111 de 1996 *“El Plan Operativo Anual de Inversiones señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas.*

Este plan guardará concordancia con el Plan Nacional de Inversiones. El Departamento Nacional de Planeación preparará un informe regional y departamental del presupuesto de inversión para discusión en las comisiones económicas de Senado y Cámara de Representantes (Ley 38/89 artículo 5o. Ley 179/94.)”

Por otra parte, el artículo 49 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto orgánico del Presupuesto establece: *ARTÍCULO 49. Con base en la meta de inversión para el sector público establecida en el Plan Financiero, el Departamento Nacional de Planeación en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elaborarán el Plan Operativo Anual de Inversiones. Este Plan, una vez aprobado por el Conpes será remitido a la Dirección General del Presupuesto Nacional para su inclusión en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación. Los ajustes al proyecto se harán en conjunto entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación (Ley 38/89, artículo 30. Ley 179/94, artículo 22)”*

El segundo elemento constitutivo del Sistema Presupuestal Colombiano permite, por una parte, la coordinación entre el Presupuesto Anual y el Plan de Inversiones que debe contenerse y exponerse dentro del Plan Cuatrienal de Desarrollo y, por otra parte, facilita ilustrar al Congreso sobre la distribución de recursos en materia de inversiones contenida en el Presupuesto Anual.¹⁵

1.1.5. El Presupuesto General Anual. El tercer elemento constitutivo del Sistema Presupuestal, esto es, el Presupuesto de Ingresos y Gastos, es un instrumento que posibilita establecer, para el período de un año, el monto de los ingresos y los gastos que se esperan obtener y atender por parte del Estado. Es un cálculo

¹⁵Constitución Política de Colombia. ARTICULO 339. Inciso 1o. modificado por el artículo 2. del Acto Legislativo 3 de 2011. *“Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.*

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo.”

estimativo y proyectivo de eventuales recaudos, por una parte y, por otra, de los gastos que deberán atenderse.

El Presupuesto es el elemento tradicional y más antiguo del sistema presupuestal; históricamente considerado, ha sido concebido acorde con el momento y la época; Según el tratadista colombiano Juan Camilo Restrepo *“...de una inicial etapa denominada de incrementalismo cuyo principal teórico fue el profesor Aaron Wildasky, en la cual el énfasis estaba en cómo se preparaba, cómo se discutía y cómo se controlaba el presupuesto bajo una premisa que se daba por cierta: que cada año el presupuesto crecería de conformidad con las necesidades del país y la economía. Se aceptaba el concepto incrementalismo como una regla casi inexorable del fenómeno presupuestal, lo cual resultaba posible dentro de un contexto de inflaciones moderadas. Una segunda etapa puede denominarse como de orientación al gasto, a partir de los años sesenta y setenta del siglo XX, en torno a la idea que la calidad y la orientación del gasto es lo que más importa. Ya no se trata solamente de analizar cómo se forma, cómo se aprueba y cómo se ejecuta el presupuesto, sino que es necesario entrar a analizar con más detalle cómo se gasta. Se parte de la importancia de la eficiencia del gasto público...el desafío de las buenas finanzas públicas ya no se reducirá tan sólo a encontrar los recursos con los cuales financiar el gasto autorizado, sino que habrá que ir más lejos: habrá que establecer en qué se está gastando y qué tan bien se está gastando. Surge el concepto del gasto público social, que encontrará su eco en nuestra Carta Política de 1991. Finalmente, surge el concepto de disciplina presupuestal o de las leyes de responsabilidad fiscal, que es la etapa conceptual que hoy orienta la conformación del presupuesto de Ingresos (Rentas) y Gastos... Bajo esta concepción las leyes de disciplina fiscal se preocupan por entender el Presupuesto como elemento crucial para mantener unas finanzas públicas sin sesgos hacia la inflación o hacia los desajustes macroeconómicos. Qué tanto déficit se está generando y cómo rodear a la práctica presupuestal de más transparencia? Cómo considerar dentro de la elaboración del Presupuesto el manejo de las variables que inciden en los recursos y en los gastos?”*¹⁶.

Si se reflexiona en los conceptos antes transcritos y se los empareja con los conceptos de legitimidad, tenemos como de la legitimidad racional, la última de las legitimidades a las que Weber¹⁷ se refirió, legitimidad propia del Estado de derecho, se verá en el Presupuesto el instrumento normativo que garantiza la libertad en el sentido de asegurar la proveniencia de los recursos y la destinación del gasto; legitimidad que se complementa con la eficacia y eficiencia a la que se

¹⁶ RESTREPO, Juan Camilo. DERECHO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Págs. 2 – 5. Editorial LEGIS. Bogotá. 2007

¹⁷Max Weber, Economía y Sociedad- Esbozo de sociología comprensiva. Trad. L. Legaz Lagambra. Primera edición. FCE. México. 2003.

refiere García Pelayo¹⁸ en que el Presupuesto se convierte en un mecanismo de promoción de ciertos sectores prioritarios para el Estado social de derecho.

El presupuesto, como instrumento básico de las finanzas públicas, tiene una normatividad de origen constitucional, distinguiéndose dentro de ella tanto el manejo de los ingresos (Presupuesto de Rentas) como el de los gastos (Ley de Apropriaciones). Unos y otros contienen premisas fundamentales en su manejo legislativo y gubernamental. Los artículos 345 a 353 de la Constitución Nacional establecen los principios que deben orientar la elaboración y contenido del presupuesto anual

*“El marco jurídico de las diferentes etapas y procesos del presupuesto público en Colombia, además de lo contemplado en la Constitución Nacional, se encuentra recogido en las normas previstas en las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, compiladas en el Decreto 111 de 1996, que constituyen en conjunto el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Adicionalmente, el Congreso de la república al aprobar los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 de la Ley 617 de 2000 lo hizo advirtiendo que deberían considerarse como parte de las normas orgánicas del presupuesto. Con el mismo carácter aprobó la Ley 819 de 2003, Ley de Transparencia y Responsabilidad Fiscal. Esto significa que no existe una ley orgánica de presupuesto, sino un conjunto de normas con esta característica”.*¹⁹

A continuación, procederé a transcribir los textos de las normas constitucionales relacionadas con el Presupuesto con el propósito de extraer de ellas los aspectos y temas que permitan orientar el desarrollo conceptual del presente trabajo, y de algunas de las leyes y decretos que regulan otros asuntos del presupuesto sin profundizar sobre el manejo específico del presupuesto pues como se mencionó en la introducción de este capítulo no es el objetivo del mismo.²⁰

¹⁸García Pelayo, Manuel, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Alianza Editorial, 2003, Madrid. España.

¹⁹ ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Documento publicado Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Pág. 35. Bogotá D.C. 2011.

²⁰ Sobre implicaciones de la normatividad constitucional, los cambios introducidos con relación a las normas que contenía la Constitución Colombiana de 1886 existe numerosa literatura, entre otros pueden consultarse: GANDUR PORDOMINSKY, Miguel. Constitución Fiscal y equilibrio de las finanzas públicas. Efectos de la Constitución de 1991 sobre la economía política del financiamiento del gasto público en Colombia.. Colombia Internacional No. 68. Julio-Diciembre de 2008. Universidad de los Andes. Colombia.; UPRIMNY, Rodrigo y RODRIGUEZ, Cesar Augusto. Constitución y Modelo Económico en Colombia. Hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004), complementada por la ponencia de César A. Rodríguez en el seminario "Constitución y Modelo Económico", organizado por Fedesarrollo y el Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes (Bogotá, 22 de noviembre de 2005).

ARTICULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

Esta norma expresa básicamente lo que se conoce como la legalidad de los ingresos y de los gastos, en el sentido que ellos deben estar contenidos en una Ley, la del Presupuesto Anual. El contenido del principio de legalidad presupuestal, tiene su origen en la legalidad tributaria, entendida históricamente como la facultad impositiva del Estado, a través de sus autoridades, de ordenar la creación de tributos.

El contenido del artículo 345 debe complementarse con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 338 de la Constitución Política que establece:

ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.”

De lo anterior, la razón del origen tributario del concepto de legalidad del presupuesto y de su contenido.

En la Lucha por el Derecho, Von Ihering escribe: “*Todo derecho en el mundo debió de ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que hoy están en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no lo aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el del individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El derecho no es una idea lógica, sino una idea fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo.*”. En ese orden de ideas, la legalización del Presupuesto es una conquista social en que es el pueblo, a través de sus representantes, quien lo discute y lo aprueba, es el pueblo el que determina hacia donde se dirige el gasto público y de dónde provienen los ingresos que se gastan.

El tema del Presupuesto no se puede dissociar de la fuente principal de los recursos que son los impuestos y la carga tributaria ha sido el terreno fecundo en que se han librado luchas incesantes, para recordar no más la insurgencia comunera o el impuesto al té que fue la chispa de la independencia de las colonias británicas en América del Norte.

Ahora bien, en cuanto a la legalidad presupuestal de los ingresos que trata este artículo 345, está referida únicamente a los que se originan en contribuciones fiscales o impuestos, los cuales, no obstante estar ordenados previamente a la elaboración del presupuesto por leyes distintas (como prolongación de la legalidad tributaria de los mismos) deben ser incluidos expresa y puntualmente dentro de la Ley Anual de Presupuesto, con lo que se pretende confirmar su consideración como ingresos. *“En su componente de ingresos, esa ley es simplemente un estimativo de lo que se espera percibir, sin que tenga repercusiones jurídicas en caso de no alcanzar esa cifra...Según lo dispone la Constitución Política, las contribuciones e impuestos son los que, a pesar de su creación legal, deben ser confirmados por la Ley Anual de Presupuesto; para otros ingresos, si por una u otra omisión no se incluyen, tal circunstancia no impide su recaudo.”*²¹

A más de los ingresos de fuente fiscal, hay otros tipos de ingresos que son incluidos dentro de la Ley, pero para los cuales el concepto de legalidad de los mismos no significa que deban ser respaldados por una norma específica de creación de los mismos, pues los ingresos no son “creados o decretados” por norma alguna, su generación responde a la dinámica de la actividad económica o empresarial del Estado como sucede con los créditos bancarios o de organismos multilaterales, los rendimientos de sus inversiones, la venta de sus participaciones empresariales, regalías, etc.

Situación bien distinta ocurre con los gastos, los cuales deben responder al principio de legalidad presupuestal en el sentido que ellos sí deben estar específicamente discriminados y responden a la voluntad legislativa del Congreso que los ordena y autoriza a través del Presupuesto mediante una norma conexas denominada Ley de Apropriaciones a la cual deberá sujetarse el Ejecutivo Nacional dentro de un período determinado en lo que a destinación de los recursos presupuestales se refiere. El tema de la iniciativa legislativa del presupuesto, en cuanto a la facultad de estimar y determinar los ingresos y de los gastos está en cabeza del Ejecutivo, es decir, del Gobierno, quien, de conformidad con el artículo 346 lo confecciona, prepara y presenta al Congreso.

“ARTICULO 346. (Inciso 1o. modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 3 de 2019) El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.”

²¹ TRUJILLO ALFARO, Jorge Luis. “PRESUPUESTO, Una Aproximación desde el Gasto Público y la Planeación.” Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2007 pág. 126.

El Presupuesto Anual se compone de tres partes: el Presupuesto de Rentas, el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones y, una parte destinada a disposiciones generales.

El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional. (Numeral a. Artículo 11 Decreto 111 de 1996)

El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones (de Ordenación del Gasto) contendrá las apropiaciones de recursos para la atención de los gastos durante la vigencia respectiva distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos (Numeral b. Artículo 11 Decreto 111 de 1996).

El inciso 2º del artículo 346 de la Constitución Política dispone: *“En la Ley de Apropriaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.”*

En este inciso se consagra, conforme se expuso atrás, el principio de legalidad del decreto del gasto. Ahora bien, como dice el profesor JUAN CAMILO RESTREPO²², una cosa es decretar el gasto y otra muy distinta presupuestarlo. El decreto de los gastos bien proviene de la Ley, bien de una orden del Gobierno, bien de una orden judicial (crédito judicialmente reconocido), sobre este punto en los capítulos posteriores se profundizará sobre el tema del impacto fiscal de los fallos y la sostenibilidad fiscal. Por ahora quiero resaltar la diferencia entre decretar y presupuestar gastos, respecto de decretarlos, las fuentes de tal orden, sin embargo es columna vertebral del presente trabajo aquello que se ha dicho y ahora se recalca: el gasto puede tener origen en fallos judiciales que imponen una carga obligacional significada en la obligación de pago dinerario a cargo del erario público que impacta directamente el Presupuesto. .

“ARTICULO 347. El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

²² RESTREPO, Juan Camilo. DERECHO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Págs. 162 y siguientes. EDITORIAL LEGIS Bogotá 2007.

El presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente.

ARTICULO 348. Si el Congreso no expidiere el presupuesto, regirá el presentado por el Gobierno dentro de los términos del artículo precedente; si el presupuesto no hubiere sido presentado dentro de dicho plazo, regirá el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos, y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.

ARTICULO 349. Durante los tres primeros meses de cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la Ley Orgánica, el Congreso discutirá y expedirá el Presupuesto General de Rentas y Ley de Apropriaciones.

Los cómputos de las rentas, de los recursos del crédito y los provenientes del balance del Tesoro, no podrán aumentarse por el Congreso sino con el concepto previo y favorable suscrito por el ministro del ramo.

El presupuesto de inversión no se podrá disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones.

ARTICULO 351. El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.

El Congreso podrá eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341.

Si se elevare el cálculo de las rentas, o si se eliminaren o disminuyeren algunas de las partidas del proyecto respectivo, las sumas así disponibles, sin exceder su cuantía, podrán aplicarse a otras inversiones o gastos autorizados conforme a lo prescrito en el inciso final del artículo 349 de la Constitución.

ARTICULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así

como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

ARTICULO 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto.”

1.1.6 El Marco Fiscal a Mediano Plazo (MFMP). Mediante Ley 819 de 2003 se instituyó el denominado Marco Fiscal a Mediano Plazo, los Decretos 4730 de 2005 y 1957 de 2007 también regulan este elemento del Sistema Presupuestal Colombiano. El MFMP es un documento que proporciona el contexto macroeconómico y fiscal necesario para comprender el contenido del Presupuesto General de la Nación. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 819²³, debe ser

²³ **Artículo 1º.** *Marco fiscal de mediano plazo.* Antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, el Gobierno Nacional, presentará a las Comisiones Económicas del Senado y de la Cámara de Representantes, un Marco Fiscal de Mediano Plazo, el cual será estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate de la Ley Anual de Presupuesto.

Este Marco contendrá, como mínimo:

- a) El Plan Financiero contenido en el artículo 4º de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 del artículo 55 de la Ley 179 de 1994;
- b) Un programa macroeconómico plurianual;
- c) Las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2º de la presente ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad;
- d) Un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior. Este informe debe incluir, en caso de incumplimiento de las metas fijadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año anterior, una explicación de cualquier desviación respecto a las metas y las medidas necesarias para corregirlas. Si se ha incumplido la meta de superávit primario del año anterior, el nuevo Marco Fiscal de Mediano Plazo tiene que reflejar un ajuste tal que garantice la sostenibilidad de la deuda pública;
- e) Una evaluación de las principales actividades cuasi fiscales realizadas por el sector público;
- f) Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes;
- g) El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior;
- h) Una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación;
- i) En todo presupuesto se deben incluir indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto.

presentado antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal por el Gobierno Nacional a las comisiones económicas de Cámara y Senado, para que sea estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate a la Ley Anual de Presupuesto.

Según el referido artículo, el MFMP deberá contener:

- a) El Plan Financiero contenido en el artículo 4 de la Ley 38 de 1989, de cual se habló anteriormente como parte del sistema presupuestal;
- b) Un programa macroeconómico plurianual;
- c) Las metas de superávit primario²⁴ así como al nivel de la deuda pública y un análisis de su sostenibilidad;
- d) Un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior;
- e) Una evaluación de las actividades cuasi fiscales realizadas por el sector público;
- f) Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes;
- g) El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior;
- h) Una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación;
- i) Los indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto.

El MFMP es actualmente el principal instrumento que guía la política fiscal y en él se establecen unas metas indicativas de balance primario del SPNF para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública durante los siguientes diez años. Además, el MFMP incluye la estimación de los pasivos contingentes que afecten la situación financiera del país, el costo fiscal de los beneficios tributarios y unas pautas para la programación de las vigencias futuras.

Como puede colegirse de su contenido, el MFMP es un documento de suma importancia para concebir la real situación presupuestal de la Nación y base para la elaboración del Presupuesto General, pues este último debe ser consistente con las metas fiscales y macroeconómicas incluidas en el MFMP. Se quiere resaltar la importancia de este documento, que se erige como instrumento del sistema presupuestal, para relacionarlo, como adelante se hará, como normatividad que debe observarse en la ponderación judicial del marco de sostenibilidad fiscal al que se hace referencia en el artículo 334 del Constitución Política.

²⁴ Se entiende por superávit primario aquel valor positivo que resulta de la diferencia entre la suma de los ingresos corrientes y los recursos de capital, diferentes a desembolsos de crédito, privatizaciones, capitalizaciones, utilidades del Banco de la República (para el caso de la Nación) y la suma de los gastos de funcionamiento, inversión y gastos de operación comercial. (Parágrafo Art. 2 Ley 819 de 2003.)

Finalmente, el artículo 8 de la Ley 819 de 2003, establece: *“Reglamentación a la programación presupuestal. La preparación y elaboración del presupuesto general de la Nación y el de las Entidades Territoriales, deberá sujetarse a los correspondientes Marcos Fiscales de Mediano Plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso, las Asambleas y los Concejos puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente.”*

1.1.7 Marco del Gasto de Mediano Plazo (MGMP). El artículo 4 del Decreto 4730 de 2005 incorporó este instrumento como parte integrante del Sistema Presupuestal Colombiano. “El mismo permite construir un escenario más predecible para la asignación y ejecución de los recursos públicos, al hacer explícitos los efectos y restricciones que las decisiones de gasto anual pueden tener en el futuro. Ofrece un punto de referencia a los sectores sobre los recursos presupuestales con los que podrían contar en los siguientes tres años si no se presentan cambios en la coyuntura económica, política o social, tratando que se concentren esfuerzos en incrementar la eficiencia en el uso de los recursos y en reducir o eliminar el gasto no prioritario.”²⁵

Mediante el Marco de Gasto de Mediano Plazo, dice el tratadista JUAN CAMILO RESTREPO²⁶, se establecen niveles máximos de gasto más allá de los cuales de ninguna manera se puede ir. Por eso es que el artículo 2 del Decreto 4730 de 2005 dispone que el MGMP *“contiene proyecciones para un período de cuatro años de las principales prioridades sectoriales y los niveles máximos de gasto.”*; cada cuatro años se suprime el primer año y se incorpora un nuevo cuarto año. De tal manera que el programa de gastos del presupuesto nacional siempre tendrá como carta de referencia esta proyección del Marco de Gasto de Mediano Plazo. Se trata de una proyección sectorial de gastos, no de un programa específico de gastos. El Marco de Gasto de Mediano Plazo establecerá para el próximo cuatrienio un determinado cupo global para educación, otro para vías, otro para salud, etc.

Adicionalmente, el Marco de Gasto a Mediano Plazo, por tratarse de un instrumento presupuestal programado para un período de cuatro (4) años, orienta de manera puntual, además de los Presupuestos Anuales de Renta, de las Leyes de Apropiaciones o Presupuestos de Gastos, al Plan Nacional de Desarrollo que cada gobierno propone en sus inicios así como la ejecución anual del mismo.²⁷

²⁵ ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Documento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Págs.75 y 76. Bogotá 2011.

²⁶ RESTREPO, Juan Camilo. DERECHO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Págs. 75 y ss. Editorial Temis Bogotá 2007.

²⁷ Inciso 2 Artículo 10 Decreto 4730 de 2005. “El proyecto de Presupuesto General de la Nación coincidirá con las metas del primer año del Marco de Gasto de Mediano Plazo. Las destinaciones

Este documento también debe ser observado, tanto por los actores como por los determinantes del gasto (jueces y altos tribunales con sus fallos), dentro de la observancia que al sistema presupuestal implicará el criterio de sostenibilidad fiscal como se expondrá adelante.

1.2 Ciclo Presupuestal.

Por su naturaleza, el presupuesto es una sucesión de procesos que se repite en el tiempo, por lo que existe una correlación continua entre las diversas fases y elementos del sistema presupuestal; esta correlación y retroalimentación periódica se distingue como ciclo presupuestal que en la práctica inicia con la fase de preparación de los diferentes componentes del sistema anteriormente mencionado. El artículo 5 del Decreto 4730 de 2005 define qué comprende el ciclo presupuestal colombiano:

“Artículo 5. Ciclo Presupuestal: El ciclo presupuestal comprende:

- a) Programación del proyecto de presupuesto*
- b) Presentación del proyecto al Congreso de la República*
- c) Estudio y aprobación del proyecto por parte del Congreso de la República*
- d) Liquidación del Presupuesto General de la Nación*
- e) Ejecución*
- f) Seguimiento y Evaluación”*

Adicionalmente, los otros instrumentos que conforman el sistema presupuestal colombiano, a saber: El Plan Anual de Inversiones, El Plan Financiero, El Marco Fiscal a Mediano Plazo y el Marco de Gasto a Mediano Plazo también tienen reglamentado su ciclo de preparación, presentación, aprobación, ejecución y seguimiento con lo cual se completa y cierra el ciclo para mantener siempre la dinámica de retroalimentación entre ellos y se reflejo en la dinámica general del sistema mediante fases y tiempos alternos de acuerdo a la naturaleza de cada uno de ellos pero siempre reflejándose e incidiendo en el Presupuesto General de la Nación

1.3 De los Ingresos del Estado Colombiano.

De conformidad con el inciso 1 del artículo 11 del Decreto 111 de 1996, se distinguen las siguientes tipos de ingresos: Corrientes, de Contribuciones

definidas para los años siguientes del Marco de Gasto de Mediano Plazo son de carácter indicativo, y serán consistentes con el presupuesto de la vigencia correspondiente en la medida en que no se den cambios de política fiscal o sectorial, ni se generen cambios en la coyuntura económica o ajustes de tipo técnico que alteren los parámetros de cálculo relevante.”

Parafiscales, de los Fondos Especiales, Recursos de Capital y los Ingresos de los Establecimientos Públicos del Orden Nacional.

Artículo 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones para fiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional;

1.3.1. Ingresos Corrientes. Histórica, jurisprudencial y doctrinariamente en Colombia se han distinguido los ingresos públicos como corrientes y no corrientes.²⁸

Son ingresos corrientes, aquellos que llegan a las arcas públicas o del Estado de manera regular y predecible. Constituyen disponibilidades con las cuales puede contar el Estado de forma más o menos estable en cuanto a su generación y recaudo. La regularidad de los ingresos corrientes es su característica principal, aunque admite excepciones; regularidad significa que se reciben sin intermitencia. La predictibilidad hace relación a que es posible estimar su volumen con cierto grado de certidumbre.

Los ingresos corrientes a su vez se distinguen entre ingresos tributarios y no tributarios. (Art. 27 Decreto 111 de 1996).²⁹

Los tributarios, es decir, los impuestos, son los ingresos públicos más representativos: desde el punto de vista cuantitativo son los más relevantes dentro del presupuesto de rentas. Entre los impuestos se distinguen directos y no directos.

Los no tributarios, de acuerdo con el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), comprenden las tasas y las multas.

1.3.2. Contribuciones Parafiscales. Las Contribuciones Parafiscales están definidas en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996³⁰ como “*gravámenes*”

²⁸ Colombia, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-423 de 1995 MP. Fabio Morón Díaz; RESTREPO, Juan Camilo. Derecho Presupuestal Colombiano. Ob. Cit; TRUJILLO ALFARO, Jorge Luis. Presupuesto, Una Aproximación al Presupuesto desde el Gasto Público y la Planeación. Colección textos de Jurisprudencia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá 2007; Colombia. MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO. Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano. Publicación Oficial 2011.

²⁹ Artículo 27. Los ingresos corrientes se clasificarán en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos, y los ingresos no tributarios comprenderán las tasas y las multas (Ley 38 de 1989, art. 20, Ley 179 de 1994, art. 55, inciso 10, y arts. 67 y 71).

establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado o único grupo social y se utilizan para beneficios del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.”

La misma norma indica que *“las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.”*

1.3.3. Fondos Especiales. Los Fondos Especiales, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 111 de 1996, de carácter nacional, son aquellos ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador (Ley 225 de 1995 art. 27). Constituyen, junto con los tributos (impuestos directos), la excepción al principio denominado Unidad de Caja³¹, pues su determinación y recaudo se efectúa en cumplimiento de una decisión del legislador.

Jurisprudencialmente se han distinguido dos modalidades de Fondos Especiales: Los ingresos definidos por la ley para la prestación de un servicio público específico y los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador.³²

1.3.4. Recursos de Capital. Establecidos en el artículo 31 del decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto).

“Artículo 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos

³⁰Artículo 29. Son contribuciones para fiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable. Las contribuciones para fiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración (Ley 179 de 1994, art. 12, Ley 225 de 1995, art. 2°).

³¹ Artículo 16 Decreto 111 de 1996 “Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.”

³² Colombia, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-009/2002. MP Jaime Córdoba Triviño.

financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del Orden Nacional y de las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.

Parágrafo. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata este artículo (Ley 38 de 1989, art. 21, Ley 179 de 1994, arts. 13 y 67)”.

Por recursos del balance se entienden aquellas partidas o superávits que quedan del presupuesto del año anterior que no fueron objeto de utilización o ejecución; la ley permite que dichas partidas se trasladen al presupuesto siguiente, pero más que un ingreso, son remanentes de ingresos no ejecutados autorizándose su incorporación a la vigencia fiscal siguiente para que puedan ser ejecutados durante la misma.

Los recursos de crédito interno y externo, deben ser a un plazo mayor de un año para que puedan ser considerados como ingresos; se consideran recursos de crédito interno cuando los mismos se reciben en pesos colombianos y, serán de crédito externo cuando se han estipulado en moneda extranjera.

El excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorgan representan las utilidades que las mismas arrojan al final de sus respectivos ejercicios, en el caso de su incorporación como ingresos dentro del presupuesto ellas corresponden o bien a utilidades retenidas pendientes de distribuir o a un estimativo sobre su percepción futura.

No vamos a detenernos sobre la composición de estos rubros de ingresos, por no corresponder a la finalidad del presente trabajo, baste con referirnos a su importancia como partidas con respecto de las cuales se cargará el pago de los gastos dentro de un período determinado; de su capacidad de absorber el monto de estos últimos estaremos en situación de déficit o de superávit fiscal y, respecto de su comportamiento futuro, frente al concepto de sostenibilidad fiscal. Valga esta primera aproximación para tener la expectativa de este trabajo más al alcance del lector.³³

³³ Decreto 111 de 1996.

1.4. De los Gastos Públicos.

Tal como se expuso anteriormente, los gastos solamente pueden ser decretados por el Congreso, en el caso de aquellos de carácter nacional cuando tramita y decide sobre el Presupuesto General de la Nación, mediante una ley denominada de Apropriaciones.

Actualmente, tanto el Congreso como el Gobierno Nacional tienen iniciativa legislativa en materia de Gastos.³⁴

Como ya se mencionó, la naturaleza jurídica de la ley de presupuesto es adjetiva, vale decir, no se pueden incluir partidas al presupuesto que no obedezcan a un fundamento constitucional. En este sentido, el inciso 2 del artículo 346 de la Constitución Política Colombiana, establece:

“En la Ley de Apropriaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.”

Artículo 32. Cupos de endeudamiento global. El Gobierno Nacional podrá establecer para distintas instituciones del orden nacional del Estado un cupo de endeudamiento global, que les permita suprimir a éstas, algunos procedimientos individuales ante el Departamento Nacional de Planeación, CONFIS, Ministerio de Hacienda y demás instancias competentes. El Gobierno Nacional queda facultado para simplificar el actual procedimiento (Ley 225 de 1995, art. 31).

Artículo 33. Los recursos de asistencia o cooperación internacional de carácter no reembolsables, hacen parte del presupuesto de rentas del Presupuesto General de la Nación y se incorporarán al mismo como donaciones de capital mediante decreto del Gobierno, previa certificación de su recaudo expedido por el órgano receptor. Su ejecución se realizará de conformidad con lo estipulado en los convenios o acuerdos internacionales que los originen y estarán sometidos a la vigilancia de la Contraloría General de la República.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará de estas operaciones a las Comisiones Económicas del Congreso (Ley 179 de 1994, arts. 55, inciso 3 y 61, Ley 225 de 1995, art. 13).

Artículo 34. Ingresos de los Establecimientos Públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos. Para estos efectos entiéndase por:

a) Rentas propias. Todos los ingresos corrientes de los Establecimientos Públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación;

b) Recursos de capital. Todos los recursos del crédito externo e interno convencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiario, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones (Ley 38 de 1989, art. 22, Ley 179 de 1994, art. 14).

Artículo 35. El cómputo de las rentas que deban incluirse en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación, tendrá como base el recaudo de cada renglón rentístico de acuerdo con la metodología que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin tomar en consideración los costos de su recaudo (Ley 38 de 1989, art. 28).

³⁴ Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490 de 1994. MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Como desarrollo de este precepto, el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996) establece en igual sentido:

“Artículo 38. En el Presupuesto de Gastos solo se podrá incluir apropiaciones que correspondan:

a) A créditos judicialmente reconocidos;

b) A gastos decretados conforme a la ley;

c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y

d) A las leyes que organizan la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública.”

1.4.1. Créditos Judicialmente Reconocidos. Constituidos básicamente por las Sentencias Judiciales y las Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales. Con relación al concepto de sentencias judiciales, ellas abarcan las proferidas por los Jueces de la República, es decir, por la rama judicial propiamente dicha, pero también por los fallos arbitrales proferidos en desarrollo de los tribunales de arbitramento a los cuales el Estado haya sido convocado. También incluye los fallos que en contra del Estado Colombiano hayan sido proferidos por Cortes Internacionales mediante los cuales se le condene al pago de sumas de dinero a favor de sus nacionales o de extranjeros.

Los créditos judicialmente reconocidos están regulados por el artículo 45 del Decreto 111 de 1996 que establece:

“Artículo 45. Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales y las conciliaciones se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.

Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el Jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.

En caso de negligencia de algún servidor público en la defensa de estos intereses y en el cumplimiento de estas actuaciones, el juez que le correspondió fallar el proceso contra el Estado, de oficio, o cualquier ciudadano, deberá hacerlo conocer del órgano respectivo para que se inicien las investigaciones administrativas, fiscales y/o penales del caso.

Además, los servidores públicos responderán patrimonialmente por los intereses y demás perjuicios que se causen para el Tesoro Público como consecuencia del incumplimiento, imputables a ellos, en el pago de estas obligaciones.

Notificado el acto administrativo que ordena el pago de las obligaciones de que trata este artículo y encontrándose el dinero a disposición del beneficiario o apoderado, según el caso, no se causarán intereses. Si transcurridos 20 días el interesado no efectuó el cobro, las sumas a pagar se depositarán en la cuenta depósitos judiciales a órdenes del respectivo juez o el tribunal y a favor de él o los beneficiarios “

Ahora bien, los créditos judicialmente reconocidos si bien son sinónimo de preexistencia de un fallo judicial, también abarcan los compromisos de pagos que surjan con motivo del cumplimiento de dichos fallos. Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C- 354 de 1997 estableció:

“Los funcionarios competentes deben adoptar las medidas que conduzcan al pago de dichas sentencias dentro de los plazos establecidos en las leyes, siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia. No existe una justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley. Los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente validos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.”³⁵

³⁵ Decreto 111 de 1996. Artículo 19. “Inembargabilidad. Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

1.4.2. Los Gastos decretados conforme a la Ley. Como ya se ha mencionado, los gastos solamente pueden ser decretados por los órganos facultados por la ley para ello, es decir, en principio por las corporaciones de elección popular; en el orden nacional, el Congreso de la República; en el orden territorial, por las Asambleas Departamentales y por los Concejos Municipales. Esto se origina en el principio básico de la hacienda pública que dice “no hay impuesto sin representación” y de la simetría que debe existir entre los ingresos y los gastos, en cuanto a su forma de ordenarlos, es decir, ambos –ingresos y gastos- deben ser contenidos y recogidos en una ley, la del presupuesto.

Para el manejo organizado y planeado de los gastos, considerando la falta de recursos suficientes (ingresos) y la necesidad de atender ineludibles actividades ya sean a título de funcionamiento del Estado, de atención de compromisos crediticios (servicio de la deuda) o de la realización de inversiones se han establecido mecanismos de control de los mismos y de medición del comportamiento de los gastos como se verá adelante. Todo ello, como parte del sistema presupuestario y fiscal que oriente el comportamiento de las finanzas públicas de acuerdo a la normatividad existente y en torno a la política fiscal que en un momento determinado se haya dispuesto.

1.4.3. Las destinadas a dar cumplimiento a los Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional. Otro grupo de apropiaciones que se establecen dentro del presupuesto son las destinadas a la ejecución de los Planes y programas de desarrollo económico y social.

El artículo 10 del Decreto 111 de 1996 señala que es la Ley Anual de Presupuesto el instrumento para el cumplimiento de los planes y programas de desarrollo.

“Artículo 10. La Ley Anual sobre el Presupuesto General de la Nación es el instrumento para el cumplimiento de los planes y programas de desarrollo económico y social.”

La función de planificación económica resalta en este tipo de apropiaciones y constituye el instrumento básico para el manejo económico estatal pues mediante los planes de desarrollo el Estado promociona y promueve sectores específicos de

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el Capítulo 4 del Título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta.”

la economía y de ello la importancia de contar con los recursos mediante las apropiaciones necesarias que finalmente se establecen dentro del presupuesto anual correspondiente.

El Plan de Desarrollo debe mantener la armonía necesaria con las leyes anuales de presupuesto para garantizar el logro de sus metas y asegurar recursos para financiar los proyectos que allí se incluyan, al igual que los demás que permitan atender los gastos de funcionamiento del estado y del servicio de la deuda. Los gastos objeto de las apropiaciones que se mencionan en este numeral constituyen los denominados gastos de inversión como se verá más adelante.

1.4.4. Los destinados a la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional

Las leyes que se expiden para la organización de las ramas del poder público y de las diversas entidades constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública.

Las numerosas disposiciones de carácter legislativo y reglamentario al interior del estado deben contar con las apropiaciones necesarias para su puesta en marcha, abarcando todos aspectos contenidos en las mismas, desde aumento de planta de personal, atención de compromisos crediticios, ampliación de sedes, pago de condenas etc.

Finalmente, no obstante que el decreto de los gastos debe ser previo a la aprobación del presupuesto, su inclusión dentro del mismo no es obligatoria. En efecto, el artículo 39 del Decreto 111 de 1996, establece:

“Artículo 39. Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del Proyecto Anual del Presupuesto General de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la Ley 60 de 1993.

Los proyectos de ley mediante los cuales se decreten gastos de funcionamiento solo podrán ser presentados, dictados o reformados por iniciativa del Gobierno a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Ministro del ramo, en forma conjunta.

Artículo 46. Cuando en el ejercicio fiscal anterior a aquel en el cual se prepara el proyecto de presupuesto resultare un déficit fiscal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluirá forzosamente la partida necesaria para saldarlo. La no inclusión de esta partida será motivo para que la Comisión respectiva devuelva el proyecto.

Si los gastos excedieren el cómputo de las rentas y recursos de capital, el Gobierno no solicitará apropiaciones para los gastos que estime menos urgentes y, en cuanto fuere necesario, disminuirá las partidas o los porcentajes señalados en leyes anteriores.

Artículo 63. El Congreso podrá eliminar o reducir las partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el Servicio de la Deuda Pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración, las autorizadas en el Plan Operativo Anual de Inversiones y los planes y programas de que trata el numeral 3° del artículo 150 de la Constitución.”

1.5. Gastos Públicos de acuerdo con su destinación. En cuanto a la clase de gastos por su destinación, se tiene una clasificación a partir de su presupuestación; el artículo 36 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto) establece:

“Artículo 36. El Presupuesto de Gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión.

Cada uno de estos gastos se presentará clasificado en diferentes secciones que corresponderán a: la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, una (1) por cada Ministerio, Departamento Administrativo y Establecimientos Públicos, una (1) para la Policía Nacional y una (1) para el Servicio de la Deuda Pública. En el proyecto de presupuesto de inversión se indicarán los proyectos establecidos en el Plan Operativo Anual de Inversión, clasificado según lo determine el Gobierno Nacional.

En los presupuestos de gastos de funcionamiento e inversión no se podrán incluir gastos con destino al servicio de la deuda .”

En consecuencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo transcrito se tienen dentro del presupuesto de gastos tres grandes grupos: Gastos de Funcionamiento, del Servicio de la Deuda Pública y Gastos de Inversión.

1.5.1 Gastos de Funcionamiento. Son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir con las funciones asignadas en la Constitución y la ley. *“Incluye los gastos destinados a financiar las actividades inherentes al desarrollo del objetivo institucional, entendiéndose como tales, el pago de gastos corrientes, gastos de la propiedad, gastos financieros, gastos de operación comercial e industrial, subsidios y transferencias corrientes. Se aplica para acumular las operaciones que tienen la característica de representar pérdidas o disminuciones patrimoniales.”*³⁶

Los gastos de funcionamiento incluyen:

1.5.1.1. Gastos de Personal (que deben estimar y discriminarse dentro del presupuesto a través de subcuentas en las que se comprendan los servicios de sueldos y factores salariales, horas extras, primas, indemnizaciones, vacaciones, etc.);

1.5.1.2. Gastos por concepto de honorarios por servicios profesionales y servicios técnicos.

1.5.2. Los Gastos Generales. Aquellos relacionados con la adquisición de bienes o servicios tales como adquisición de bienes muebles y pago de servicios públicos, arrendamientos, mantenimiento, capacitación, bienestar social, viáticos y gastos de viajes, pago de impuestos y multas a que estén sometidos legalmente, etc.

1.5.3. Transferencias Corrientes. Son recursos que transfieren los órganos a entidades nacionales e internacionales, públicas o privadas con fundamento en un mandato legal. De igual forma, involucra las apropiaciones destinadas a la previsión y seguridad social, cuando el órgano asume directamente la atención de las mismas.

Actualmente el pago de las sentencias judiciales y conciliaciones a cargo del Estado se manejan como transferencias corrientes.

De conformidad con el documento preparado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público “Aspectos generales del Proceso Presupuestal Colombiano”³⁷, las transferencias corrientes se clasifican de la siguiente manera:

³⁶ ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Pág. 212. Bogotá D.C. 2011.

³⁷ Ob. Cit. Págs. 258 y 259

1.5.3.1. Transferencias por convenios con el sector privado. Estas transferencias corresponden a las apropiaciones que los órganos desarrollan en cumplimiento de sus funciones a través de convenios con entidades privadas.

1.5.3.2 Transferencias al sector público. Estas transferencias corresponden a las apropiaciones que los órganos destinan con fundamento en un mandato legal a entidades públicas del orden nacional o regional, o a empresas públicas financieras o no financieras o a otras entidades públicas del orden territorial para que desarrollen un fin específico.

1.5.3.3. Transferencias al exterior. Son recursos que transfieren los órganos a organismos y entidades internacionales con fundamento en los convenios suscritos por el Gobierno y aprobados por el Congreso.

1.5.3.4. Transferencias de previsión y seguridad social. Corresponden a las apropiaciones que se realizan con destino a pensiones y jubilaciones, cesantías, previsión y seguridad social.

1.5.3.5. Otras Transferencias. Son recursos que transfieren los órganos a personas naturales o jurídicas, con fundamento en un mandato legal, que no se pueden clasificar en las anteriores subcuentas de transferencias corrientes. En este rubro se incluyen las transferencias destinadas a las sentencias y conciliaciones, Fondo de Compensación Interministerial, y destinatarios de otras transferencias corrientes.

1.6. Sistema General de Participaciones. Constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales para la financiación de los aspectos autorizados por la ley (educación, salud, propósito general, etc).

1.7. Transferencias de capital. Comprende aportes a órganos y entidades para gastos de capital y la capitalización del ente receptor.

1.8. Del Servicio de la Deuda Pública. Tienen por objeto atender el cumplimiento de las obligaciones contractuales correspondientes al pago de capital, los intereses, las comisiones y los imprevistos originados en operaciones de crédito público, tanto interno como externo; incluyen los gastos necesarios para la consecución de los mismos.

1.9. Gastos de Inversión. Son aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que se materializan en bienes de utilización perdurable, llamadas también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinados por lo común a

extinguirse con su empleo. Así mismo, se incluyen como gastos de inversión aquellos gastos destinados a crear infraestructura social. La característica fundamental de éste debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y la productividad en el campo de la estructura física, económica y social., con el fin de crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción o de provisión de bienes y servicios por parte del Estado.

Estos gastos corresponden a erogaciones susceptibles de ser económicamente productivas, determinadas por el uso, explotación y adquisición de activos no financieros o reales. La característica conceptual de estos rubros es que no necesariamente representan disminuciones de la capacidad patrimonial de las instituciones públicas.

1.10 El Gasto Público Social. Como parte del presupuesto, concretamente, de la Ley de Apropriaciones, el artículo 350 de la Constitución Política dispone de la incorporación de una apropiación denominada Gasto Público Social.

“ARTICULO 350. La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

En la distribución territorial del gasto público social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley.”

El concepto de Gasto Público Social, es demasiado ambiguo y abarca en últimas todo gasto si nos detenemos en la definición que del mismo dispone el inciso 1 del artículo 41 del Decreto 111 de 1996. Dice la norma en mención:

Artículo 41. Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes, al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión.

Más que una clasificación de gasto, es la identificación de un propósito constitucional: tener unas apropiaciones definidas para la atención de las necesidades básicas, de tal forma que las importantes no acaben con las necesarias.

Concordante con la norma anterior, está el artículo 366 de la carta magna, establece dicha norma:

“ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”

El punto del gasto público social adquiere con la constitución de 1991 grandes dimensiones políticas, económicas y jurídicas; como consecuencia de alcanzar los fines del Estado Colombiano está la dimensión social de sus propuestas y sus logros y explica la dinámica judicial de muchos fallos de las altas Cortes, en especial de la Corte Constitucional que, como guardiana de las normas constitucionales en cuanto a su observancia, concreción y aplicación, interpreta, dispone y ordena acciones; declara contrarias a la Constitución leyes o ilegales decretos que proponen y estipulan formas de uso de los recursos públicos para alcanzar tales fines, en particular, el reconocimiento y ofrecimiento real de los denominados derechos sociales fundamentales, con los cuales, las implicaciones presupuestarias para atención de los mismos, ya sea por la orden de prestarlos o por la negación de las normas que disponían su prestación, generan grandes impactos fiscales.

Vale la pena traer a colación una importante apreciación sobre la posición estatal frente a los gastos destinados a la satisfacción de los derechos sociales y la dinámica que los fallos judiciales implican respecto de esta obligatoriedad constitucional. Se dijo en sentencia T-025 de 2004:

“La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que “promete” el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico.”

1.11. Apropriación del Gasto. Ahora bien para hacer realidad el gasto decretado conforme a una ley, expedida con anterioridad a la aprobación del presupuesto, debe decretarse su apropiación. Apropiar significa tomar de los ingresos la partida requerida para atender un gasto previamente ordenado a la elaboración del presupuesto anual. Para verificar esta apropiación presupuestal se requiere de una ley que tome dichos recursos de los ingresos y los destine a la atención de un gasto, y dicha ley es la Ley de Apropiedades que se aprueba anualmente por parte del Congreso de la República a iniciativa del Gobierno Nacional.

El monto del gasto puede ser establecido cuantitativamente por la ley o dejar su establecimiento a una ley o Decreto posterior. Pero si deberá estimarse el valor de la aplicación de la ley, es decir, una ley puede ordenar un gasto pero también implicar un gasto, en ambos casos deberá establecerse su costo fiscal. Esto es muy importante para efectos de la sostenibilidad fiscal como se verá más adelante.³⁸

1.12. Liquidación del Presupuesto. Una vez aprobado el Presupuesto Anual General por parte del Gobierno Nacional, y el Presidente de la República sanciona la respectiva ley, sus componentes deben desagregarse y establecerse dentro de los rubros contables que su disposición futura conlleva. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es el encargado de expedir el decreto de liquidación con base en el proyecto presentado al congreso y considerando las modificaciones realizadas durante su trámite ante esta corporación. (Art. 67 Decreto 111 de 1996.) Efectuada la liquidación, ya cada entidad que forma parte del presupuesto entra en la fase de la ejecución de los

³⁸Ley 819 de 2003.ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.

recursos que le fueron asignados conforme a los rubros, cuentas y subcuentas plasmadas en el decreto de liquidación.

1.13. De la Ejecución Presupuestal. El presupuesto asignado a cada órgano, como sección presupuestal, será ejecutado en virtud de su autonomía presupuestal y en desarrollo de su capacidad de ordenación del gasto, en cabeza del respectivo jefe o director y con plena observancia de las normas que sobre ejecución dispone el estatuto orgánico del presupuesto. Sobre el tema de ejecución las reglas para un control y transparencia efectiva son más estrictas que para cualquier otra etapa presupuestal. Se debe tener en cuenta las pautas que disponga la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien además determina los formatos y procedimientos sobre registros presupuestales y las etapas que se deben seguir en el proceso de afectación presupuestal.

En este ámbito preciso de la ejecución, la disciplina presupuestal adquiere un carácter paradigmático que se explica a partir de que es la disposición efectiva del recurso y como tal significa una ordenación del gasto y del pago que puede generar responsabilidad fiscal para quienes intervienen en la operación y profieren los actos administrativos correspondientes.

1.13.1. Ejecución de los Ingresos. De acuerdo con la Constitución, el Presidente es suprema autoridad administrativa, fundamento de las iniciativas que le corresponde al Gobierno en relación con el Plan, Presupuesto, los servicios a cargo de la Nación y las entidades territoriales –departamentos, municipios y distritos-³⁹, correspondiéndole velar por el debido recaudo de las rentas y recursos de capital, así como su adecuada asignación conforme con las leyes. Los recursos de la Nación se recaudan a través de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y una vez recaudados se sitúan para atender los compromisos adquiridos por cada órgano del Presupuesto General de la Nación.

1.13.2 Ejecución de los Gastos. Una vez decretados mediante ley y, liquidados en el decreto expedido por el Gobierno Nacional, el deber ser de lo apropiado, a título de gastos, es que se cumplan o se ejecuten. De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1957 de 2007 *“Los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o se ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago.”*

Los gastos se van atendiendo con los recursos apropiados previamente una vez se cumplan dos condiciones: En el caso de los contratos o convenios, una vez se reciban los bienes o los servicios objeto de los mismos y, siempre, es decir, en

³⁹ Arts. 115: 189; 341; 346, 356 C.P.

todos los eventos mediando o no contratos, que se llenen los requisitos para hacer exigible su pago, como es el caso de las sentencias o conciliaciones, por ejemplo, que medie solicitud de quien está legitimado para reclamar la condena, que se presente copia autentica del fallo o acta de conciliación, etc. como se verá más adelante.

Como se mencionó atrás en este mismo capítulo, los gastos, al igual que el presupuesto en general, tienen una especialización en cuanto a su destino en el sentido de estar precisamente definidas y relacionadas con el objeto y funciones del respectivo órgano y para el fin con el que fueron apropiados. (Art. 18 Decreto 111 de 1996).

La regla general para la ejecución de los gastos es que deben ser ejecutados o cumplidos dentro de la respectiva vigencia fiscal (Art. 89 Decreto 111 de 1996).

Para que un gasto apropiado pueda ser ejecutado o atendido debe estar previamente afectado dentro del respectivo órgano o entidad en ejercicio de la autonomía presupuestal que les reconoce la Constitución y la ley.

La respectiva apropiación debe respetar el monto máximo autorizado en el presupuesto del órgano estatal en cuyo favor le fuera reconocido y para un objeto determinado en la respectiva vigencia fiscal. Después del 31 de Diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse ni contracreditarse.

Toda ejecución de un gasto debidamente apropiado debe contar con un Certificado de Disponibilidad Presupuestal, mediante el cual se garantiza la existencia de los recursos con tal objeto y destinación dentro del respectivo presupuesto y debe respaldar todo acto administrativo mediante el cual se afecte una apropiación o pretenda ejecutar un gasto y afecta el presupuesto en el sentido que tales recursos quedan sometidos al perfeccionamiento del acto administrativo expedido por el órgano mediante el cual se pretende ejecutar o cumplir con el compromiso a atender con tales recursos y se efectúe el correspondiente registro presupuestal. (Art. 71 Decreto 111 de 1996).

El Certificado de Disponibilidad Presupuestal –CDP- *“Es un documento expedido por el jefe de presupuesto o por quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y garantiza la existencia de apropiación suficiente para atender el gasto que se va a efectuar.”*⁴⁰

⁴⁰ ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Publicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. Pág. 109. Bogotá 2011.

Los compromisos que van a ser atendidos, son los actos y contratos expedidos por los órganos públicos, en desarrollo de su capacidad de contratar y de comprometer el presupuesto, realizados en cumplimiento de las funciones públicas asignadas por la Ley. Dichos actos deben desarrollar el objeto de la apropiación presupuestal.

Finalmente debe efectuarse el Registro Presupuestal del Compromiso, (Decreto 568 de 1996) entendida como *“la imputación presupuestal mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que esta sólo se utilizará para ese fin.”*⁴¹

Realizadas estas gestiones presupuestales sólo falta la realización efectiva del pago del compromiso u obligación, esta se realiza, previa la deducción de las retenciones y descuentos de ley, a través de la expedición del cheque o del giro a la cuenta del beneficiario del pago. Este procedimiento de ejecución de gastos tendientes al pago de compromisos y obligaciones también se aplica para el trámite del pago de sentencia y conciliaciones.

Algunas situaciones, dentro de la atención de compromisos y obligaciones implican la constitución de reservas presupuestales y las cuentas por pagar. Esto sucede cuando por algunas circunstancias, o los hechos que constituyen los compromisos no se dan en el momento requerido, o las diligencias administrativas para el pago no se producen en el momento requerido; el momento requerido está determinado por la respectiva vigencia fiscal que inicia el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año calendario.

De acuerdo con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, esto es, el Decreto 111 de 1996, las reservas presupuestales son los compromisos legalmente constituidos que tienen registro presupuestal, pero cuyo objeto no fue cumplido dentro del año fiscal que termina y, por lo mismo, se pagarán dentro de la vigencia siguiente con cargo al presupuesto de la vigencia anterior, es decir, con cargo al presupuesto que las originó. Para que puedan ser ejecutadas, las reservas deben ser constituidas y enviadas antes del 20 de enero de la vigencia siguiente a la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las denominadas Cuentas por Pagar *“son aquellas obligaciones que quedan pendientes de pago para la siguiente vigencia fiscal y se presenta en los casos en que el bien o servicio se ha recibido a satisfacción o cuando en desarrollo de un contrato se han pactado anticipos y estos no han sido cancelados a 31 de*

⁴¹Ob Cit. Pág. 111

*diciembre de esa vigencia fiscal a pesar de que el contrato cuenta con acta de inicio anterior a dicho 31 de diciembre.*⁴²

Tanto las cuentas por pagar como las reservas presupuestales afectan el presupuesto de la vigencia en las que fueron constituidas y, las cuentas por pagar y las reservas constituidas que no se ejecuten dentro del año siguiente al de la vigencia en que fueron constituidas, fenecen (artículo 38 Decreto 568 de 1996).

Las reservas presupuestales y las cuentas por pagar no son consideradas como buenas prácticas dentro de las normas del manejo presupuestal y ellas deben justificarse para su constitución, son el resultado de situaciones fuerza mayor que deben ser explicadas por la entidad y, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1957 de 2007 “...en cada vigencia fiscal, el Gobierno Nacional reducirá el presupuesto en el 100% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto del año inmediatamente anterior, que excedan el 2% de las apropiaciones de funcionamiento y el 15% de las apropiaciones de inversión del presupuesto de dicho año.” A las reservas presupuestales y a las cuentas por pagar se les reúne y considera como rezago presupuestal.

Este es otro rasgo disciplinario y tiende a castigar prácticas de aplazamiento en la ejecución presupuestal que a través de los rezagos, a los que se ha aludido, generan traslapes inconvenientes que deforman el presupuesto y rompen con el principio de anualidad.

1.14. Afectaciones, Modificaciones y Autorizaciones al Presupuesto. Las variaciones que pueden presentarse tanto a la ley del Presupuesto como al Decreto de Liquidación del mismo pueden alterar o no alterar los valores inicialmente aprobados en la ley de presupuesto y para cada caso las actuaciones tendientes a su afectación o su modificación varían.

En el primer caso, es decir aquellas modificaciones que alterarían los valores inicialmente aprobados en la Ley de Presupuesto, obviamente sería necesario que el Gobierno Nacional presente al Congreso un proyecto de ley para que se aprobara una modificación a la Ley de Presupuesto de la vigencia respectiva. En tal evento, deberá contarse con concepto previo y obviamente favorable de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación; En el segundo caso, esto es, cuando la modificación a introducir no varía el valor inicialmente incluido en la ley de Presupuesto, se requerirá de Acuerdo o Resolución de la Junta Directiva, del Consejo Directivo, no del Jefe del respectivo organismo, con refrendación de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del

⁴² ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO PRESUPUESTAL COLOMBIANO. Publicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. Pág. 112.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.

Valga finalmente la pena decir que, en materia de conformación del presupuesto, como ley y como instrumento de estimación de ingresos y apropiación para gastos, no sólo inciden variables de inflexibilidades económicas, el peso de los intereses periódicos de la deuda, las bonanzas minero energéticas, las condenas contra el Estado de manera imprevisible (como sucede con las tutelas), entre otras, sino también la influencia de la política y los políticos con lo cual se determina finalmente el uso y abuso presupuestal. Sobre el tema existe el documento denominado: “La Economía Política del Proceso Presupuestal en Colombia”, elaborado, entre otros, por el Ministro de Hacienda y Crédito Público de Colombia Dr. Mauricio Cárdenas Santa María. El documento analiza las diferentes etapas del proceso presupuestal, los actores de cada una de ellas y los incentivos bajo los cuales actúan. Los datos para el período 1970-2005 indican que la mayor influencia política se presenta durante la etapa de adiciones y otras modificaciones a lo largo de la ejecución del presupuesto, concluyendo que:

Los resultados fiscales colombianos en términos de sostenibilidad, adaptabilidad y eficiencia son menos favorables a los que se podrían predecir de acuerdo a las reglas formales del proceso presupuestal, lo que sugiere que existen otros elementos que explican el desempeño fiscal. Entre estos se encuentran las inflexibilidades (p. ej. gasto predeterminado y rentas de destinación específica). Otro factor, y el tema central de esta investigación, se relaciona con la economía política del proceso presupuestal en la práctica.⁴³

1.15. La Sostenibilidad Fiscal y su influencia en el Sistema Presupuestal. Concepto y Naturaleza Jurídica.

El comportamiento del Presupuesto, además de su dinámica estructural expresada en la necesidad de recursos (siempre insuficientes) y en la imperatividad de gastos (es escaso el margen de cambio o variación en cuanto a los gastos periódicos que deben atenderse) ha mantenido a Colombia en un casi permanente déficit fiscal; déficit en el que de alguna manera se refleja el impacto presupuestal que producen las actuaciones de las diferentes ramas del poder en cuanto a la necesidad de más y más recursos para su operatividad y a la generación de gastos producto de sus correctas o incorrectas decisiones (Leyes, Actos Administrativos y Fallos Judiciales).

⁴³CARDENAS, Mauricio; MEJIA, Carolina; OLIVERA, Mauricio. LA ECONOMIA POLITICA EN EL PROCESO PRESUESTAL COLOMBIANO. FEDESARROLLO. Versión Final: Septiembre 2006

La condición deficitaria tiene dos posibles lecturas: la ausencia real de recursos frente a la demanda creciente del gasto o, una cultura de restricción para evitar los desbordes exagerados; cuando el déficit se convierte en una condición normal, hay que entenderlo parte de la cultura fiscal conforme a la cual el déficit es una condición predecible con la cual se ha aprendido a convivir y manejar.

El manejo de déficit fiscal es distinto de acuerdo a las doctrinas económicas que se apliquen; así para corrientes de orientación keynesiana o cepalista, el déficit fiscal en sí mismo no es malo pues los recursos públicos que generan el déficit son dinamizadores económicos, por lo que la causa del déficit dirigida hacia efectos generadores de empleo, de infraestructura o de cualquier tipo de valor, es conveniente y muchas veces necesario. La censura se formula cuando el déficit fiscal simplemente cubre gastos de funcionamiento de una burocracia ampliada por razones de clientela política que no se convierte en generación de valor sino simplemente en mantenimiento artificial de la estabilidad política. Cuando no existían controles a la emisión monetaria, el déficit se compensaba con emisión y envilecimiento consecuente de la moneda⁴⁴.

Los modelos neoliberales para controlar la inflación tienden a calificar el déficit fiscal como práctica no recomendable. Sin embargo, a partir del 2008, los Estados Unidos han tenido que atender presiones económicas provenientes de la recesión y consecuente tasa significativa de desempleo que ha obligado a condiciones deficitarias del presupuesto que se alivian con las alianzas políticas que ha tenido que pactar el presidente Obama.

En el juego de estos dos factores, estructurales y operativos, se mueve el concepto de sostenibilidad fiscal.

Previo al análisis del concepto de sostenibilidad fiscal y de los criterios que implican su institucionalidad, observancia y aplicación, deben considerarse otros dos conceptos: el déficit fiscal y el de la denominada regla fiscal.

1.15.1. El déficit fiscal. El objeto de este trabajo no es analizar el déficit fiscal, en cuanto a sus causas y soluciones dispuestas para atenderlo; se menciona exclusivamente para ir esbozando y como forma de aproximación, al concepto de sostenibilidad fiscal, por lo tanto, en lo que a continuación se escribe, no se hará sino menciones someras de su existencia y el sentido de necesidad de la sostenibilidad fiscal que procura el artículo 334 de la Constitución, para poderlo

⁴⁴ Vale la pena mencionar el cambio constitucional que representan los artículos 371 y 373 de la Constitución Política que determinan, respectivamente, como función del Banco de la República: “regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales”, instrumentos estos que permiten cumplir con el cometido estatal: “El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda.”

enlazar con el objeto del trabajo y apreciar cómo impactan las decisiones judiciales el principio de sostenibilidad fiscal.

Desde la última década del siglo XX, Colombia mantiene un déficit fiscal, entendido como la insuficiencia de ingresos frente a los gastos que demanda el funcionamiento de la administración central, el servicio de la deuda y los recursos para realizar inversiones.⁴⁵ En los últimos cinco años, el déficit ha venido disminuyéndose conceptualmente considerado y estadísticamente sustentada, pero su equilibrio y fugaces superávits dependen en gran parte del comportamiento global de la economía internacional, independientemente a las estructuras y mecanismos que se han venido disponiendo, de aquí la importancia del criterio de sostenibilidad en las actividades de las ramas del poder público.⁴⁶

Se presenta un déficit fiscal cuando el Estado gasta más dinero del que recibe. El dinero que recibe el Estado lo obtiene, por ejemplo, de los impuestos que cobra a los ciudadanos, de las ganancias que recibe por vender petróleo y otros recursos naturales, de préstamos que pide en el exterior o en el país, etc. Sin embargo, tal

⁴⁵Desde mediados de los años noventa los analistas de las cuentas fiscales han venido alertándonos sobre los graves desequilibrios que muestran las finanzas públicas, particularmente las del Gobierno central (Comisión de Gasto Público, 1997). Pues bien, hoy se reconoce con tristeza que, lentamente, las termitas del desordenado gasto público han logrado socavar nuestra estructura fiscal. No solo se tiene un déficit fiscal de tipo estructural que bordea cerca de 5% del PIB en el caso del Gobierno central, sino que el grueso de ese faltante corresponde a pagos corrientes (principalmente de transferencias territoriales, de fuerza pública, seguridad social e intereses). Dicho de otra manera, el Gobierno central viene desobedeciendo, desde 1995, la regla de oro fiscal de sólo endeudarse para asumir gastos de inversión (Clavijo, 1998). Actualmente cerca del 80% del financiamiento del Gobierno central se destina a pagar gastos de funcionamiento (incluidos los intereses). De esta forma, no debe sorprender que la deuda del Gobierno central haya pasado de representar tan solo 14% del PIB en 1995 a cerca del 53% del PIB al cierre de 2003 (Confis, 2004; Banco de la República, 2004). CLAVIJO, Sergio. Requisitos para la sostenibilidad Fiscal. ENSAYOS SOBRE POLITICA ECONOMICA. Banco de la República. Bogotá Colombia Septiembre de 2004.

⁴⁶Durante la última década los indicadores fiscales de Colombia registraron un mejoramiento sustancial. El balance fiscal del sector público no financiero (SPNF) pasó de un déficit de 4,9% del PIB en 1999 a una situación de equilibrio en 2008. Este resultado incluye los balances del Gobierno Nacional Central (GNC), de los gobiernos territoriales, las entidades descentralizadas y las empresas públicas. Durante dicho período el déficit del GNC se redujo de 6% a 2,3% del PIB, mientras que, en conjunto, el resto del SPNF registró balances superavitarios que compensaron parcialmente el desequilibrio de la administración central.

Los continuos ajustes que se adelantaron para aumentar los recaudos tributarios y moderar el crecimiento del gasto público ayudan a explicar el ajuste. Dentro de éstos se incluye cuatro reformas tributarias, reformas al sistema de pensiones, dos reformas al sistema de transferencias territoriales y otras normas para limitar el crecimiento del gasto de funcionamiento, como fueron la Ley 617 hasta el año 2003 y el programa de reforma al Estado. Las mejores condiciones internas y externas de la economía, así como la eliminación del subsidio a los combustibles, que en el pasado absorbía un porcentaje importante del presupuesto general de la nación, también favorecieron estos avances en el frente fiscal. REGLA FISCAL PARA COLOMBIA. Documento preparado por el Comité Técnico Interinstitucional como preámbulo al proyecto de Ley 1473 de 2011 que incorporó la regla fiscal en Colombia. Julio de 2011.

como arriba se explicó, el Estado también tiene una gran cantidad de gastos: funcionamiento (los sueldos que le paga a sus funcionarios), inversión social e infraestructura, pagos de la deuda, seguridad nacional etc.

En cuanto al manejo del déficit se tienen las herramientas y mecanismos que dispone la política fiscal. La política fiscal es la política que sigue el sector público respecto de sus decisiones sobre gasto, impuestos y sobre el endeudamiento. Esta política tiene como objetivo facilitar e incentivar el buen desempeño de la economía nacional para lograr niveles aceptables o sobresalientes de crecimiento, inflación y desempleo, entre otras variables. Igualmente, busca evitar fluctuaciones en la economía (ciclos económicos) y hacer inversiones contracíclicas que permitan paliar las consecuencias negativas de etapas de crecimientos negativos o inferiores a lo esperado.

Las herramientas con las que cuenta la política fiscal para cumplir con sus objetivos están relacionadas con los ingresos y los gastos sobre los cuales tiene influencia el Estado, y dentro de este el Gobierno. De forma tal que siempre hay una decisión política que guía el quehacer fiscal. Desde el punto de vista del ingreso, el Estado puede controlar a quién y en qué cantidad se le cobran impuestos, a la vez que puede desarrollar mecanismos para garantizar el pago de éstos (evitar la evasión), etc. Desde el punto de vista del gasto, el Estado puede tener influencia sobre el nivel de los salarios, el aumento de éstos año tras año, las contrataciones y los dineros que se transfieren a los departamentos y municipios o a otras entidades, etc.

Antes se ha visto cómo el Gobierno tiene la iniciativa para el Plan, el presupuesto, los servicios los servicios a cargo de la Nación y las entidades territoriales – departamentos, municipios y distritos-. No obstante, el tema de gastos generados por condenas o por declaraciones de ilegalidad de actuaciones administrativas contenidas en leyes o decretos que estaban llamadas a generar ingresos, escapa al control del encargado de la obtención de ingresos y programación de gastos, situación que se trae a colación para ir trazando la perspectiva de la sostenibilidad fiscal, en consideración al déficit estructural del Estado colombiano y las herramientas presupuestales y fiscales dispuestas para lograr tal sostenibilidad; esta determinación estratégica constituye la política fiscal reflejada en normas tanto constitucionales y legales que permiten, no sólo la toma de decisiones, sino el respeto a las mismas por parte de todas las ramas del poder público; dinámica que no debe ser ajena a la rama judicial que, no solo debe velar por la legalidad de la normatividad dispuesta para desarrollar la política fiscal que en un momento determinado se decida, sino también atender y asegurar la observancia de las mismas por ser parte de la denominada institucionalidad y orden jurídico dispuesto por las otras ramas del poder para el logro y alcance de los fines del Estado.

La lenta reducción del déficit fiscal de alguna manera, y bastante notoria, se ha visto influenciado por los gastos sociales ordenados constitucionalmente y, alentados por fallos judiciales de la Corte Constitucional⁴⁷

El manejo del déficit, no sólo para reducirlo, sino para ser eficiente dentro de su presencia, ha incentivado la creación de otras herramientas fiscales y presupuestales, ya introducidas como norma constitucional, ya a través de leyes orgánicas.

Frente a la dinámica de ingresos y al incremento de gastos, como herramienta que permite manejar las bonanzas de la economía nacional y aprovechar el aumento de recursos para la atención futura de gastos en época de recesión económica, así mismo para evitar el impacto que un mal manejo de dicha bonanzas signifique, se ha dispuesto la denominada regla fiscal.

1.15.2. La regla fiscal. Las reglas fiscales no son nuevas en Colombia y de tiempo atrás han existido reglas que afectan el sendero de las finanzas de los gobiernos sub-nacionales. Así por ejemplo, la Ley 358 de 1997 introdujo límites cuantitativos a su endeudamiento y la Ley 617 de 2000 estableció límites al crecimiento de sus gastos. Los efectos de estas nuevas instituciones fiscales han sido significativos: mientras en 1999 el déficit de los gobiernos sub-nacionales fue el equivalente al 0.3% del PIB nacional, para 2008 se alcanzó un superávit de 1.1% del PIB.⁴⁸

“Las reglas de manejo de la política fiscal se emplean en la mayoría de los países de la OCDE y en varios países de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y Perú). Colombia inició la reglamentación fiscal a finales de la década pasada, en particular a nivel subnacional. Se adoptaron reglas fiscales para limitar el crecimiento del gasto y el endeudamiento de los entes territoriales, fortaleciendo su solvencia financiera, y se emitieron normas para propiciar la transparencia y la responsabilidad fiscal del sector público consolidado. Las reglas fiscales están asociadas a las virtudes que

⁴⁷Las decisiones que ha tomado la honorable Corte Constitucional con relación al sistema de salud público, a la administración electoral y a otros entes estatales han repercutido en ampliar el gasto público en forma injustificada. En cada decisión, la Corte se muestra generosa con los recursos de estos organismos, ordenando a ISS que atienda enfermos que no le cotizan o con tratamientos que vejan su cálculo presupuestal, que la Registraduría regale las cédulas, aún si son perdidas en repetidas ocasiones por el ciudadano, que los trabajadores logren nivelaciones salariales que atentan contra el balance de las empresas y en que los deudores de Upac sean compensados totalmente. De esta manera, la Corte entra en la categoría de las instituciones que inducen a la mala asignación de muy escasos recursos públicos, colocándose incluso por encima del deber del funcionario público para con el contribuyente, en el sentido de cuidar sagradamente sus recursos. KALMANOVITZ, Salomón. Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. Revista Economía Colombiana y Coyuntura Política. Noviembre de 1999.

⁴⁸ROBERTO STEINER Regla Fiscal y el Principio de Sostenibilidad Fiscal en Colombia. , 2011

la teoría y la práctica atribuyen a la disciplina fiscal.. Según sus defensores, la política fiscal basada en reglas aboga por un manejo prudente de las finanzas públicas que la hace superior a la política discrecional con sesgo hacia déficit fiscales. El sesgo obedece a que en las sociedades democráticas, donde los electores no entienden plenamente en qué consiste la restricción presupuestal, los gobiernos tienden a ampliar autónomamente el gasto para tratar de mantenerse en el poder. La consecuencia del manejo laxo de las finanzas del Estado es la acumulación de déficit y deudas que comprometen la estabilidad macroeconómica y el crecimiento.

Las reglas son necesarias para reducir la discreción de las autoridades y disciplinar el manejo fiscal. Las reglas fiscales se suelen entender como una restricción legal al gasto o a la acumulación del sector público. El diseño de reglas bien concebidas y la existencia de instituciones sólidas que faciliten su cumplimiento limitan las políticas fiscales laxas y ayudan a prevenir el gasto público excesivo. Con su adopción, los países buscan dar credibilidad a su política económica, en particular, a la política fiscal, para que ganen reputación y las economías obtengan beneficios permanentes que se reflejan en estabilidad y crecimiento. A fin de lograr estos resultados no sólo se requiere que las reglas estén bien definidas sino que tengan el respaldo íntegro de la sociedad

Según la teoría clásica, ni en los análisis macroeconómicos tradicionales ni en los principios de finanzas públicas se concibe a las reglas fiscales como elementos que orientan la política fiscal. Se señala que para cumplir los principios de asignación eficiente de los recursos, redistribución del ingreso y estabilización económica, no se requieren tales reglas, pues éstas limitan el manejo anticíclico de la política fiscal y restan flexibilidad al manejo fiscal. Existen muchas economías que manejan prudentemente su fisco sin necesidad de reglas.⁴⁹

Pero el tema del manejo de las finanzas públicas y en particular el comportamiento del déficit se hace más intenso y contradictorio en materias a cargo del gobierno central, de esta manera, si bien se logró “hacer entrar en orden” a las entidades territoriales, el nivel central del gobierno sigue presentando problemas en su comportamiento fiscal generados, entre otras razones, por el aumento de gastos sociales, entiéndase reconocimiento y puesta en marcha de otorgamiento de derechos básicos fundamentales

⁴⁹Lozano Ignacio, Rincón Hernán, Sarmiento Miguel, Ramos Jorge. Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia. Revista de Economía Institucional, vol. 10, núm. 19, segundo semestre, 2008, pp. 311-352, Universidad Externado de Colombia. Colombia

*ordenados por la Constitución en procura de las fines del Estado y, también, por fallos de la Corte Constitucional.*⁵⁰

Mediante la Ley 1437 de 2011 se estableció en Colombia una regla fiscal llamada a constituirse en una herramienta que permita manejar las finanzas públicas en los ciclos económicos que se vayan presentando teniendo como objetivo reducir el déficit fiscal para el año 2015 y crear un ambiente de sostenibilidad futura que permita la atención progresiva de los gastos y un manejo eficiente de los recursos.

De acuerdo con los estudios previos a la expedición de la mencionada ley “*la regla se aplicará sobre el balance primario, como porcentaje del producto interno bruto (PIB), el cual se define como el balance fiscal neto del pago de intereses sobre la deuda.*”

La regla fiscal establece un balance primario que permitirá reducir progresivamente la deuda del Gobierno Nacional desde el nivel de 39,4% del PIB proyectado para 2010 a uno de 28,4% del PIB en el año 2020. Para que esto sea posible se requiere que en el transcurso de la próxima década se alcance, en promedio por año, un superávit primario de 1,3% del PIB. Teniendo en cuenta los nuevos compromisos de gasto derivados de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de salud y desplazados, que se suman a las obligaciones de gasto relacionadas con pensiones y transferencias territoriales, se consideró prudente incorporar un período de transición entre 2011 y 2015, durante el cual hay menor exigencia sobre este indicador.

⁵⁰*La ampliación del catálogo de derechos, la fuerza normativa y la prevalencia de la Constitución constituyen el cambio más importante de la Constitución de 1991. Ahora bien, lo cierto es que esos nuevos derechos implican, no una abstención del Estado, sino, por el contrario, una conducta activa, positiva y diligente del Estado para hacerlos realidad. Y cuando digo “conducta activa, positiva y diligente”, léase una enorme inversión de recursos públicos.*

Como consecuencia, tenemos un catálogo de derechos a los que no se les puede tomar del pelo. Y para hacerlos cumplir se han creado en todas las constituciones modernas instituciones semejantes a nuestra Corte Constitucional.

El constitucionalismo reconoce, sin embargo, que no es materialmente posible garantizar todos esos derechos, a todos los colombianos, de manera inmediata. Ello sería, por supuesto, el mundo ideal: todos los colombianos tendrían una vivienda digna, un servicio de salud integral, una educación primaria gratuita, y un trabajo fijo y estable, con remuneración justa. No es una utopía inalcanzable: los países nórdicos, por ejemplo, se acercan a ese ideal. Pero, por lo pronto, estamos en la obligación de construir una serie de criterios que permitan –dentro del marco de la Constitución– priorizar, moderar y limitar el cumplimiento de esos derechos, en atención a la precariedad de nuestras arcas públicas y según las prioridades de las mayorías democráticas. CUELLAR, María Mercedes. La Prueba de Razonabilidad y la estabilidad de las reglas de juego. Artículo publicado en Revista de Economía Institucional. Vol. 7 Núm. 12 Primer Semestre 2005. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Entre las razones que explican que la cobertura institucional de la regla abarque exclusivamente las operaciones del Gobierno Nacional Central, se destaca el hecho de que su desbalance explica el desequilibrio fiscal del sector público no financiero (SPNF), y que la deuda del Gobierno representa actualmente alrededor del 87% de la deuda pública total. Adicionalmente, las entidades territoriales (ET) ya cuentan con una normatividad adecuada, la cual les ha permitido sanear y equilibrar sus finanzas, así como mantener controlado el crecimiento de sus gastos.

La regla fiscal considera cuatro aspectos fundamentales que deben ser claramente definidos: la cobertura institucional; el indicador fiscal sobre el cual se fija la meta cuantitativa; la definición de la propia regla, y su implementación, operatividad y monitoreo.⁵¹

La regla que el Gobierno Nacional Central seguirá en cada momento del tiempo t , a partir del año 2011, está dada por la siguiente expresión (las variables son definidas en porcentajes del PIB):

$$bt = b^* + 0,3yt + ccipt$$

donde b es el balance fiscal primario; b^* es el nivel del balance fiscal primario objetivo que hace sostenible la deuda en el mediano plazo; y es la brecha del producto, definida como la diferencia entre el PIB observado y el PIB potencial, y $ccipt$ es el componente cíclico de los ingresos petroleros recibidos por el Gobierno Nacional. Este último se define como la diferencia entre los ingresos efectivos provenientes del petróleo en cada año entendidos como los pagos de Ecopetrol al Gobierno por impuesto de renta y el giro de dividendos, más los pagos por impuesto de renta de las compañías petroleras privadas—, menos los ingresos proyectados por este mismo concepto para 2011 (año base).

La fórmula de la regla establece el nivel del balance fiscal primario que debe lograr la autoridad fiscal en cada momento del tiempo, una vez descontados los efectos del ciclo económico y de los ingresos petroleros sobre sus finanzas. Así, se requerirá un mayor superávit (o menor déficit) cuando el crecimiento de la economía se ubique por encima de su nivel potencial y/o los ingresos petroleros estén por encima de su senda de largo plazo y, por el contrario, se permitirá un menor superávit (o mayor déficit) cuando el crecimiento de la economía se ubique por debajo de su nivel potencial y/o los ingresos petroleros estén por debajo de su senda de largo plazo.

⁵¹ LA REGLA FISCAL PARA COLOMBIA. COMITÉ TÉCNICO INTERINSTITUCIONAL. Documento preparado para establecimiento de una Regla Fiscal para Colombia. Comité conformado por funcionarios del Banco de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Consultores y Asesores Nacionales y Extranjeros.

La regla fiscal se materializa a través del Marco Fiscal de Mediano Plazo. El Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo, el Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, deben ser consistentes con la regla fiscal, contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo. (art. 4 Ley 1437 de 2011), de esta manera, como se ha venido exponiendo es, dentro de un sistema presupuestal, desde donde se debe esbozar el criterio de sostenibilidad fiscal introducido como marco de referencia y debida observancia por parte de todas las ramas del poder público.

La pauta contenida en la regla fiscal (artículo 5 de la Ley 1437 de 2011) dispone:

“El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido.

El déficit estructural del Gobierno Nacional Central no será mayor a 1% del PIB a partir del año 2022.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *El Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural de 2,3% del PIB o menos en 2014, de 1.9% del PIB o menos en 2018 y de 1.0% del PIB o menos en 2022.*⁵²

Además de la dinámica propia de ordenar el gasto y la disposición de recursos por parte del gobierno central, la regla fiscal está llamada a su vez a ser criterio de

⁵²Ley 1437 de 2011 **Art 3 Definiciones.** Únicamente para los efectos de la presente ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

- a) Balance Fiscal Total: Es el resultado de la diferencia entre el ingreso total y el gasto total del Gobierno Nacional Central, de acuerdo con la metodología que para tal efecto defina el Confis;
- b) Ingreso Total: Equivale a la suma del ingreso estructural y los ingresos provenientes por efecto del ciclo económico, los efectos extraordinarios de la actividad minero-energética y otros efectos similares;
- c) Gasto Total: Corresponde a la suma del gasto estructural y el gasto contracíclico;
- d) Balance Fiscal Estructural: Corresponde al Balance Fiscal Total ajustado por el efecto del ciclo económico, por los efectos extraordinarios y transitorios de la actividad minero-energética y por otros efectos de naturaleza similar. Equivale a la diferencia entre ingreso estructural y gasto estructural del Gobierno Nacional Central;
- e) Ingreso Estructural: Es el ingreso total del Gobierno Nacional Central, una vez ajustado por el efecto del ciclo económico y los efectos extraordinarios de la actividad minero energética y otros efectos similares;
- f) Gasto Estructural: Es el nivel de gasto consistente con el ingreso estructural, en las condiciones establecidas en la presente ley;
- g) Gasto Contracíclico: Gasto temporal que contribuye a que la economía retorne a su senda de crecimiento de largo plazo, según se autoriza en el artículo 6 de la presente ley.

sostenibilidad y estabilidad fiscal de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1437 de 2011, norma que tiene carácter orgánico.⁵³

ARTÍCULO 7o. El artículo 8 de la Ley 179 de 1994 quedará así:

“Sostenibilidad y estabilidad fiscal. El presupuesto tendrá en cuenta que el crecimiento del gasto debe ser acorde con la evolución de los ingresos de largo plazo estructurales de la economía y debe ser una herramienta de estabilización del ciclo económico, a través de una regla fiscal”.

La regla fiscal se establece en un momento en que el comportamiento fiscal del gobierno central venía desalineado respecto del comportamiento fiscal de las entidades territoriales que de alguna manera ya habían sido puestas en orden a más de que recoge las positivas expectativas de la dinámica petrolera y minera del país.

“Es importante destacar dos características de la regla. La primera es que permite un espacio para la política fiscal contracíclica, lo cual significa que la autoridad fiscal podrá ahorrar en momentos de auge y desahorrar en momentos de recesión, sin que se comprometa su meta de mediano plazo. Esta característica permitirá una mejor coordinación entre las políticas fiscal y monetaria del país, ya que durante las expansiones de la economía, o bonanzas de un sector específico, la regla promueve una política fiscal contraccionista, apoyando así los esfuerzos de estabilización de la autoridad monetaria a través del incremento de las tasas de interés. Por el contrario, durante las recesiones la regla permite una política fiscal expansionista, lo cual ayudaría a la política monetaria en su propósito de estimular la economía mediante menores tasas de interés.

Una segunda característica de la regla es que posibilita un manejo macroeconómico adecuado sobre los posibles excedentes que se generen en el sector petrolero, ya que deberán ser ahorrados cuando excedan cierto umbral (por medio de una menor deuda o de un fondo de ahorro), y podrán ser desahorrados en el caso contrario. Ésta es una propiedad crucial, dados los efectos macroeconómicos no deseados que podría producir una eventual apreciación de la tasa de cambio ante la expansión prevista de las actividades minero-energéticas.”⁵⁴

⁵³Las leyes orgánicas tienen un sentido ordenador y autolimitante de las funciones ejercidas por el Congreso de la República. Una ley orgánica es "un mandamiento al Congreso en orden a regular su función legislativa, señalándole límites y condicionamientos entre otras quórum cualificados para su aprobación y modificación. Gaceta Constitucional No. 79, V, 1991, p. 13.

⁵⁴LA REGLA FISCAL PARA COLOMBIA. COMITÉ TÉCNICO INTERINSTITUCIONAL. Documento preparado para establecimiento de una Regla Fiscal para Colombia. Comité conformado por funcionarios del Banco de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Consultores y Asesores Nacionales y Extranjeros.

Para el seguimiento de la correcta aplicación de la regla fiscal y el asesoramiento en su adecuación (cláusulas de escape⁵⁵) se ha previsto un Comité Consultivo.⁵⁶

El diseño de la regla tuvo en cuenta la existencia de restricciones de carácter legal, que limitan la capacidad del Gobierno para ajustar sus finanzas y generar un resultado fiscal dentro de los niveles deseados. Estas restricciones se derivan de la inflexibilidad presupuestal, que reduce significativamente la autonomía del GNC para modificar el gasto, y de un conjunto de beneficios tributarios que han ganado mayor participación en los últimos años. También se consideraron nuevas exigencias de gasto, principalmente asociadas con sentencias recientes de la Corte Constitucional, que demandarán recursos adicionales del Estado durante los próximos años. Finalmente, en los últimos años, y a pesar de la expedición de muchas normas sobre descentralización de funciones y recursos, el GNC ha asumido

⁵⁵Para que una regla fiscal perdure se requieren cláusulas de escape que permitan que la autoridad fiscal la incumpla en situaciones específicas, por lo general en casos de emergencia nacional o internacional.

El incumplimiento o abandono temporal de la regla en las situaciones extremas establecidas debe en general ser justificado en un informe al congreso.

Una ventaja de las cláusulas de escape es que previenen los problemas de “contabilidad creativa”. Cuando las normas son muy rígidas la autoridad fiscal puede mejorar el balance fiscal a través de la exacerbación de las fluctuaciones macroeconómicas o la inclusión de ingresos temporales¹¹. Cuando se usan prácticas contables “creativas” para reducir el déficit fiscal, se resta transparencia a las instituciones fiscales, lo que lleva a una pérdida de credibilidad en la política fiscal. Otra de las ventajas es que evitan sobreajustes de la economía en momentos de emergencia para cumplir una regla determinada.

⁵⁶Artículo 14 Ley 1437 de 2011. *COMITÉ CONSULTIVO PARA LA REGLA FISCAL*. El Gobierno Nacional consultará un Comité de carácter técnico independiente que se pronunciará sobre los siguientes temas:

- a) La metodología y definición de parámetros básicos requeridos para la operación de la regla fiscal;
- b) Las propuestas que formule el Gobierno sobre cambios metodológicos para la definición de la regla fiscal;
- c) El informe de cumplimiento de la regla fiscal que el Gobierno debe presentar ante las Comisiones Económicas del Congreso de la República, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley;
- d) La suspensión de la regla fiscal de que trata el artículo 11 de la presente ley.

El Comité estará conformado por representantes de los decanos de las facultades de Economía de diferentes universidades del país, por miembros de centros de investigación, por expertos y consultores de reconocida trayectoria e idoneidad y por los presidentes de las comisiones de asuntos económicos del Congreso de la República. En ningún caso los pronunciamientos del Comité Consultivo para la Regla Fiscal serán vinculantes. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de selección de los miembros del Comité, así como el funcionamiento del mismo.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público publicará la metodología, las estimaciones, los detalles técnicos del diseño de la regla fiscal, los cuales deben ser consistentes con las metas, límites y características establecidas en la presente ley, así como las cuentas fiscales del Gobierno Nacional Central en los términos del artículo 2o de la presente ley. Los cambios a la metodología deben hacerse públicos, junto con su justificación técnica.

cada vez más obligaciones a cargo de las ET, retrasando el esfuerzo tributario de las regiones.

La inflexibilidad es uno de los rasgos característicos del presupuesto público colombiano. Ésta se origina en las normas de carácter constitucional y legal que asignan previamente el gasto, y establecen rentas con destinación específica. Con ello se restringe la capacidad del Gobierno para realizar los procesos de ajuste fiscal y para orientar los recursos del Estado en función de sus prioridades de gasto⁵⁷.

Dentro de las conclusiones contenidas en el documento preparado por el Comité Interinstitucional conformado para realizar los estudios previos a la implementación de la regla fiscal, que si bien, esta llamada a ordenar el endeudamiento del Gobierno central como factor de su déficit estructural está una que a continuación se transcribe para ir ambientando el tema de la sostenibilidad fiscal propiamente dicho:

“La regla fiscal sólo se aplica a las finanzas del Gobierno Nacional Central. Esto se justifica porque las normas que operan sobre las entidades territoriales les han permitido alcanzar niveles sostenibles de deuda y lograr estabilidad fiscal. El objetivo principal de la regla es reducir progresivamente la deuda del Gobierno Nacional desde el nivel de 39,4% del PIB proyectado para 2010 a uno de 28,4% del PIB en el año 2020. Para que esto sea posible se requiere que en el transcurso de la próxima década se alcance, en promedio por año, un superávit primario de 1,3% del PIB. Sin embargo, la Nación enfrenta presiones de gasto relacionadas no sólo con el pasivo pensional y con las transferencias a las regiones, sino con aquellas provenientes de nuevas sentencias de la Corte Constitucional que demandan cuantías importantes para desplazados y para el sector salud. Por esta razón, la regla incorpora un período de transición entre 2011 y 2015, con una menor exigencia de balance primario.”⁵⁸

De lo expuesto se puede colegir que la regla fiscal, como instrumento que determina el monto total de gastos en que puede incurrir en un momento determinado el gobierno nacional, para efecto de mantener una estabilidad y sostenibilidad en cuanto al uso de los ingresos percibidos, debe ser observada

⁵⁷LA REGLA FISCAL PARA COLOMBIA. COMITÉ TECNICO INTERINSTITUCIONAL. Documento preparado para establecimiento de una Regla Fiscal para Colombia. Comité conformado por funcionarios del Banco de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Consultores y Asesores Nacionales y Extranjeros.

⁵⁸LA REGLA FISCAL PARA COLOMBIA. COMITÉ TECNICO INTERINSTITUCIONAL. Documento preparado para establecimiento de una Regla Fiscal para Colombia. Comité conformado por funcionarios del Banco de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Consultores y Asesores Nacionales y Extranjeros.

igualmente por las otras ramas del poder público, legislativa y judicial, para efectos de lograr otra finalidad esencial al Estado, mantener el poder de gasto de sus ingresos y destinarlos de manera eficiente y eficaz a la atención de los gastos de inversión y de prestación de los derechos sociales fundamentales. En consecuencia, las decisiones de la rama judicial no pueden continuar siendo una rueda suelta en el sistema presupuestal de forma tal que las ordenes que imparta en sus fallos desvíen las claras premisas fiscales que mediante normas deben ser observadas por la rama ejecutiva principalmente.

1.15.3. El Concepto de Sostenibilidad Fiscal y su naturaleza. La sostenibilidad básicamente es el balance que se proyecta en cuanto al uso de los recursos en el corto y mediano plazo, de tal manera que la dinámica de ingresos y gastos no sólo guarde fidelidad con las previsiones contenidas en la ley del Presupuesto y, en general, en todo el sistema presupuestal, sino también que los agentes estatales que determinan dicha dinámica, actúen conforme a las previsiones fiscales que orientan, no solo su actuar, sino el desenvolvimiento futuro de las finanzas públicas en relación con el comportamiento de la economía y la previsión del monto de ingresos, de tal manera que no se generen gastos o se afecten ingresos por fuera de los objetivos, dimensiones y alcances establecidos, no sólo para la vigencia fiscal correspondiente, sino para las venideras en el corto y mediano plazo buscando siempre que se cuenten con recursos a futuro para la atención de los gastos que implica el mantenimiento de las condiciones ofrecidas a los derechos previamente reconocidos en vigencias anteriores, de otra forma: Que en el futuro un manejo inadecuado hoy, en términos de planeación y previsión de ingresos y gastos, afecte la sostenibilidad de lo logrado .

La sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica deben ser observados por todos los estamentos del Estado. La afirmación ontológica conforme a la cual el Estado somos todos y nos compete a todos, adquiere respecto a la sostenibilidad fiscal una concurrencia de las tres ramas del poder público, de tal manera, que las actividades legislativa, ejecutiva y judicial tenga en consideración la disponibilidad de recursos al momento de proferir sus actos y decisiones.

“La sostenibilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país en la medida en que el sector público busca que, ante una determinada y limitada capacidad de recaudar ingresos y para acceder a recursos de financiamiento, la política de gasto pueda mantenerse o sostenerse en el tiempo...” (Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo de Sostenibilidad Fiscal).

Analizada como se hizo anteriormente la dinámica del presupuesto, el concepto de sostenibilidad surge como respuesta a la mencionada dinámica, en el sentido de ser un amortiguador que protege la frágil estabilidad fiscal que acompaña el devenir del Estado colombiano, de los golpes que el gasto pueda ocasionar; la

desestabilidad que proviene de decisiones judiciales de reconocida tendencia creciente, en la medida que los términos de responsabilidad estatal aumentan y la conciencia de los derechos que asisten a las persona logra mayor difusión. De esta manera a la responsabilidad social sucede un tema, antes invisible, del costo que lo social demanda, de tal forma que, no se trata simplemente de atender los derechos que la comunidad demande, sino de ser consciente de las posibilidades fiscales para hacerlo.

Es una visión realista de lo social en atención a que lo social se enmarca en lo económico; lo social adquiere una racionalidad, la atención de las necesidades se priorizan de tal manera que requieren una proporcionalidad con la disposición de recursos. En la medida que se reconocen y normatizan como derechos las aspiraciones estatales, ya expresadas en los fines que persigue consagrados en la Constitución Política, ya expresadas en programas de gobierno, planes de desarrollo, leyes, decretos y resoluciones surgen razones para demandar su real prestación en razón a las expectativas de tener derecho a ellas que se han venido proclamando en numerosos fallos judiciales.

El monto de los ingresos con que cuenta el Estado y la variabilidad de las fuentes de los mismos (tributos, exportaciones y créditos, principalmente) deben responder y atender un monto de gastos permanentes y constantes en su periodicidad y cantidades lo cual conlleva al establecimiento de políticas fiscales y económicas tendientes al mantenimiento de los ingresos y control y planeación de gastos en la forma como se estudió en el capítulo primero de este trabajo, todo ello buscando la sostenibilidad de las finanzas públicas frente a condiciones de un Estado social de derecho en donde las atenciones a los derechos económicos, sociales y culturales adquieren un interés constitucional que se refleja desde los programas de gobierno de los candidatos a cargos públicos hasta los fallos judiciales que resuelven los reclamos para el ampro y ofrecimiento real de los mismos. Todo con el sustrato y requerimiento presupuestal muchas veces poco estimado y siempre sobredimensionado en su real capacidad futura.

En consideración a que el Estado adquiere una condición servicial cada vez más acentuada y un carácter de garante, sus responsabilidades crecen y se ve más expuesto a reclamaciones y demandas por el daño antijurídico que ocasiona; una deficiente previsión de riesgo y un manejo inadecuado de las contingencias extreman la vulnerabilidad presupuestal, por lo que la sostenibilidad aparece como el recurso de rango constitucional que exige una observancia permanente, tanto en tiempos de bonanza económica como en tiempos de recesión. Acompaña esta dinámica la política macroeconómica por la que se opte en momentos determinados por parte de los entes encargados de su Dirección, lo cual relativiza aún más el mantenimiento permanente del concepto de sostenibilidad en virtud de la dinámica de la economía nacional y mundial, pero que deja, así sea en un porcentaje reducido parte del manejo que se le pueda dar al Presupuesto en la

operatividad y capacidad decisoria de las ramas del poder público como elementos que inciden en el monto final de los recursos disponibles y el uso que de ellos se haga.

La Constitución del año 1991, introdujo importantes reglas y principios para el manejo presupuestal como se mencionó anteriormente⁵⁹, pero quedó el rezago en el aspecto del compromiso por parte de los agentes estatales, entendido como la actuación de las ramas del poder público, para prever y determinar el impacto de sus decisiones⁶⁰.

⁵⁹“La Constitución introdujo varias inflexibilidades que han tenido particular efecto sobre las finanzas públicas. La primera de ellas está asociada al artículo 350, según el cual “La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, *el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación* (itálica nuestra) (...) El presupuesto de inversión no se podrá disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones” (subrayado nuestro). Como mencionan Echeverry et al. (2004), el inconveniente de esta norma es que no precisó la definición de gasto público social, lo que en la práctica ha quedado en manos del Congreso, que ha favorecido definiciones amplias y laxas⁵⁹. El último intento por acotar la definición de gasto público social por medio de un nuevo EOP fracasó en 2005.

Ahora bien, ¿por qué han proliferado las inflexibilidades desde 1991? La explicación a este fenómeno está relacionada con los cambios en las instituciones políticas que aumentaron la competencia, rotación y fragmentación en el Congreso (Cárdenas et al., 2006). En este tipo de escenarios, se favorece la adopción de reglas que tienden a ser inflexibles, pues los jugadores buscan que los acuerdos logrados no sean objeto de renegociaciones futuras donde seguramente participarán otros y más diversos actores políticos. Ante la dificultad de cooperar, la estrategia ha sido restringir la posibilidad de modificar las normas.

En línea con la argumentación de Echeverry et al. (2004), el problema de las inflexibilidades se puede analizar desde la teoría de la tragedia de los comunes. Cada grupo que introduce una inflexibilidad no asume el costo fiscal (expresado no solo en términos de sostenibilidad sino también de eficiencia) que representa para la sociedad como un todo.” LA ECONOMIA POLITICA DEL PROCESO PRESUPUESTAL EN COLOMBIA. CARDENAS, Mauricio; MEJIA, Carolina; OLIVERA, Mauricio. DOCUMENTO FEDESARROLLO 2006. Pág. 18

⁶⁰En Colombia existen principios generales de manejo fiscal y reglas cuantitativas y cualitativas que emanan de la propia Constitución Política, o que están aprobadas mediante leyes y decretos. La normatividad vigente es aplicable a las finanzas del GNC y de las entidades territoriales (ET). Algunas de las reglas son de carácter cualitativo, o de procedimiento, como las que tienen que ver con elaboración, aprobación, ejecución y control del presupuesto, y otras restringen cuantitativamente el endeudamiento, limitan el crecimiento del gasto y condicionan las fuentes del financiamiento.

Las reglas fiscales de carácter constitucional están relacionadas con el presupuesto general de la nación (PGN), el sistema general de participaciones (SGP) y con la relación entre el ejecutivo y el banco central, a través del mandato que prohíbe otorgar crédito al Gobierno con recursos de emisión monetaria, salvo cuando se logre un acuerdo unánime por parte de la Junta Directiva del

La Constitución de 1991, impulsó un cambio drástico en las tareas y funciones del Estado y en el concepto de responsabilidad. La primera Corte Constitucional amarró la Constitución a la sociedad a través de la acción de tutela que anticipó otras acciones de rango constitucional desarrolladas por leyes. La acción de tutela fue el primer logro tangible de la nueva constitución, que adoptada por decreto sirvió de canal de muchos reclamos sociales a los que el juez accedió sin medir sus consecuencias fiscales. Así se ordenó la construcción de necesidades sociales insatisfechas por su vinculación con el derecho a la vida o a la dignidad humana; el mérito social de estos fallos sin embargo impactó la disciplina presupuestal; con el pasar del tiempo, las sentencias de tutela entraron en una racionalidad mayor pues aparecieron en el abanico de acciones constitucionales las colectivas o de grupo, como la de cumplimiento, estas sumadas a las acciones de contenido patrimonial (nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa) golpean de manera directa el presupuesto y hacen indispensable la incorporación de mecanismos estabilizadores para que en sede judicial se le planteen al juez cuestiones de posibilidad y viabilidad económica para poder enjugar y absorber el monto de la decisión económica judicial.

Para el año 2011, mediante el Acto Legislativo 03, se introduce el principio de sostenibilidad fiscal como criterio de actuación de las ramas del poder público, en particular para las determinaciones de los órganos que las representan frente a la Economía del país, a la realidad de sus finanzas públicas y al impacto fiscal de sus decisiones.

Dice la reforma contenida en el Acto Legislativo 03 de junio de 2011:

“Artículo 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, 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. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como

BR. Las normas sobre el presupuesto corresponden a principios generales que se recogen y desarrollan en el Estatuto orgánico del presupuesto. Las normas sobre el SGP anunciadas en la Constitución de 1991 se han venido ajustando para atender, en condiciones sostenibles, la prestación de los servicios de educación, salud y saneamiento básico de las regiones. LA REGLA FISCAL PARA COLOMBIA. COMITÉ TÉCNICO INTERINSTITUCIONAL. Documento preparado para establecimiento de una Regla Fiscal para Colombia. Comité conformado por funcionarios del Banco de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Consultores y Asesores Nacionales y Extranjeros.

instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. 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.

Artículo 2°. El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución. dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Artículo 3º, El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.”

Es trascendente que dentro de la arquitectura constitucional se hayan introducido las disposiciones que atañen a la sostenibilidad fiscal, en una conjunción interesante entre la definición dogmática de Estado social de derecho y la parte orgánica en que se prescribe cómo esa definición se vuelve operativa. La sostenibilidad fiscal cierra la puerta a sentencias populistas que desconectadas de las posibilidades de recursos para atender sus órdenes, potencialmente generan expectativas sociales respaldadas por decisiones judiciales pero de imposible cumplimiento en descredito de la rama ejecutiva.

De las normas transcritas, así como de los numerosos escritos (motivos del Acto, documentos del Gobierno, etc.), se puede concluir que la sostenibilidad fiscal es una condición necesaria para alcanzar las metas que tiene Colombia como Estado social de derecho pues en la medida que optimice los recursos, y haga de ellos un uso racional y no concentrado, puede entrar a cubrir las necesidades básicas de su población y alcanzar de manera progresiva los fines que lo impulsan frente a sus nacionales. Debe resaltarse que el mismo Acto Legislativo que introduce la sostenibilidad fiscal como principio constitucional le define su sentido así:

“Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho.”

De esta manera el concepto de Sostenibilidad Fiscal se erige como criterio para orientar el gasto público y elemento para obtener un crecimiento económico en la medida que dichos gastos sean previsibles a partir de la dinámica que su generación presenta desde el mismo origen de la decisión de contraerlo, es decir, la expedición de las leyes y actos administrativos para el caso del poder legislativo y ejecutivo y, desde la promulgación del fallo judicial de condena contra el Estado para el caso de la rama judicial, aunque en este caso (como para las leyes y actos administrativos) el impacto fiscal de la decisión debe surgir y esbozarse dentro del trámite procesal que determina el fallo; en otras palabras, que no coja por sorpresa al Presupuesto, no sólo en el sentido del desconocimiento de la presupuestación de la contingencia, sino en el grado y medida de la cantidad de recursos que conlleve la condena. Los jueces, congresistas y gobernantes deben, a partir de su

conocimiento del volumen de recursos, las necesidades propias del Estado social de derecho y la progresión en el cubrimiento real de los derechos fundamentales, priorizar cómo y por qué deben destinarse recursos para otros aspectos no considerados inicialmente pero que su reconocimiento si menguaran los recursos para la atención de otras prioridades sociales como sucede con las condenas impuestas por los jueces al Estado y las circunstancias y condiciones para su cumplimiento.

“La sostenibilidad fiscal es importante para el progreso económico y fiscal de un país en la medida en que el sector público busca que, ante una determinada y limitada capacidad para recaudar ingresos y para acceder a recursos de financiamiento, la política de gasto pueda mantenerse o sostenerse en el tiempo, de manera que en el mediano y largo plazo se logren importantes objetivos públicos, como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad intergeneracional, y un crecimiento económico estable. En otras palabras, el Gobierno protege la sostenibilidad fiscal cuando la senda de gasto que adopta en el presente no socava su capacidad para seguir gastando en la promoción de los derechos sociales y en los demás objetivos del Estado en el mediano plazo.”⁶¹

En este sentido, cuando el Gobierno Nacional inició la presentación del proyecto del Acto Legislativo tendiente a introducir el principio de sostenibilidad fiscal dentro de nuestra Constitución Política, entre los numerosos motivos que invocó, manifestó:

“Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.

No existe una disposición constitucional que consagre en forma directa y clara dicho principio, con un alcance general, formulado de tal manera que tenga en cuenta las diversas circunstancias derivadas de los ciclos económicos domésticos o de la dinámica de la economía mundial. Esas crisis y la evolución de la tecnología y los cambios en las circunstancias sociales o económicas pueden afectar la prestación y el contenido de algunos de los derechos, pero, pese a ello, no puede renunciarse a la

⁶¹ LA SOSTENIBILIDAD FISCAL, Un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. NOTAS FISCALES No. 3. Publicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Colombia. Enero 2011.

*progresividad de los mismos en su conjunto, y la sostenibilidad fiscal es el instrumento para asegurar esa progresividad en el conjunto.*⁶²

Los recursos escasos o limitados, en el mejor de los casos, frente a las inflexibilidades de numerosos gastos ya sean de orden constitucional o legal, hacen necesario que la ordenación de nuevos gastos, sin importar lo imperativo y necesario de los mismos, consideren la real capacidad presupuestal del Estado para hacerlo (o mantenerlo) viable en el mediano y largo plazo. La dinámica de la sostenibilidad fiscal, más que un marco rígido de presupuestación del gasto, se constituye como una actitud política y jurídica en su ordenación y una conciencia de que los recursos de que dispone el Estado no son ilimitados.

Así como mucho tiempo convivimos con la inflación, hasta que no llegó el correctivo constitucional, le llegó el tiempo a corregir el déficit fiscal mediante la creación de una conciencia del gasto en las ramas del poder público y especialmente en la judicial en el entendido que la aplicación del derecho cuando el sujeto pasible de la decisión judicial es el Estado, conlleva gasto y que el mismo puede traer una consecuencia negativa para la planeación y gasto. Así como la propiedad tiene una función social, que no significa desconocer el derecho sino subordinarlo a las exigencias sociales, así también, cuando la sentencia impone una prestación a cargo de una entidad estatal, esta prestación queda sometida al interés general representado en la sostenibilidad fiscal.

“Por no detentar el monopolio de la iniciativa de gasto, el gobierno colombiano, atinadamente a mi juicio, ha considerado deseable que la Regla Fiscal sea complementada con una enmienda a la Constitución que establezca la sostenibilidad fiscal como un principio que debe ser tenido en cuenta por todas las instancias del poder público con capacidad de decretar gasto. Evidentemente, lo ideal sería devolver al Ejecutivo el monopolio de la iniciativa de gasto, fortalecer los partidos y el legislativo y tener una Corte Constitucional concentrada en lo jurídico y no en lo legislativo. Mientras allá llegamos, parece razonable concentrarse en mejorar las instituciones fiscales. La regla fiscal apunta en el sentido correcto, pero difícilmente será exitosa si no se establece un mecanismo que de cierta manera discipline a aquellas instancias del poder público, diferentes al gobierno nacional, que pueden ordenar gasto. De hecho, la regla fiscal sin una institucionalidad que introduzca el principio de sostenibilidad fiscal podría conducir a una situación bastante preocupante en que al gobierno, para cumplir con la regla fiscal, no le quedaría alternativa distinta a recortar el gasto público más flexible (la inversión en infraestructura) cada vez que otro órgano del poder público decreta gasto que no estaba contemplado en el presupuesto.

⁶² Exposición de Motivos Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2011 por medio del cual se introduce el principio de Sostenibilidad Fiscal.” Publicación que se puede acceder en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

*El proyecto de enmienda a la Constitución que introduce el principio de sostenibilidad fiscal goza del apoyo de varios economistas, pero enfrenta gran oposición por parte de los juristas. Según estos últimos, lo que pretende el gobierno es poner el Principio de Sostenibilidad Fiscal por encima de los Derechos Económicos y Sociales asociados al Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991. Aducen los críticos que gran parte de las decisiones de la Corte Constitucional que han tenido impacto fiscal no han hecho más que reflejar la obligación que tiene el tribunal constitucional de velar porque se cumplan los principios económicos y sociales de la Constitución, incluidos el derecho a la salud, a la vivienda digna y a una remuneración móvil. Creo que tiene razón el gobierno cuando señala que la introducción del Principio de Sostenibilidad Fiscal no atenta.*⁶³

La conciencia del impacto fiscal ha adquirido rango constitucional para permitir acciones de equilibrio y disciplina mayores, esto no significa que tenga una condición novedosa dentro de nuestro ordenamiento jurídico pues el estudio del impacto fiscal de las leyes de carácter tributario opera desde tiempo atrás en nuestro ordenamiento; en efecto, en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 estableció:

“ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁶³ROBERTO STEINER, Regla Fiscal y el Principio de Sostenibilidad Fiscal en Colombia. , 2011

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

Así que de lo que se trata es de darle rango constitucional que permite una mayor difusión y exigencia a una norma de espectro restringido pero ya existente en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los gastos públicos están (o deberían estar) presupuestados, es decir, incluidos en el presupuesto, pero no es posible en todos los casos pues existen gastos presupuestados y no presupuestados no necesariamente por falta de planeación fiscal sino por lo imprevisto de su generación, por una parte o, por la dificultad de estimarlos al momento en que se elabora una norma o se proyecta una sentencia, por otra. Se han establecido registros presupuestales para incorporar estos gastos futuros, sean originados en una ley, en un acto administrativo o en una sentencia judicial, entre los cuales están los denominados pasivos contingentes.

Sobre pasivos contingentes, el artículo 3 de la Ley 819 de 2003, establece:

ARTÍCULO 3o. PASIVOS CONTINGENTES. 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.

De acuerdo con la Ley 448 de 1998, los pasivos contingentes son las obligaciones pecuniarias sometidas a condición, es decir, aquellas en virtud de las cuales la entidad estipula a favor de otra persona natural, jurídica o entidad estatal, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores indicados (contratos, créditos o sentencias), por la ocurrencia de un hecho futuro incierto.

En lo que hace referencia a las sentencias y conciliaciones, la valoración de estos pasivos debe realizarla cada entidad siguiendo la metodología que para el efecto tiene establecido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tema que se analizará en el capítulo siguiente, por ahora se menciona para resaltar su papel dentro del manejo de los gastos y, por ende, dentro de la sostenibilidad fiscal.

Ahora bien, continuando con el tema introducido en el Acto Legislativo 03 de 2011, se tiene que en materia de sentencias y fallos judiciales mediante los cuales se impongan condenas al Estado y, como factor relevante en la sostenibilidad fiscal, se estableció el denominado Incidente de Impacto Fiscal a través del cual permite solicitar a las Altas Cortes module, difiera o modifiquen los efectos de dichas decisiones, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal, sin que en ningún con su uso se puedan afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Al respecto, a la fecha se cuenta con un pronunciamiento de la Corte Constitucional por medio de la cual declaró ajustado a la Constitución el Acto Legislativo 03 de 2011.⁶⁴

⁶⁴C-288 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. Es así como, los fines esenciales del Estado descritos en el artículo 2º de la Constitución no fueron objeto de reforma, de manera tal que no existe un precepto según el cual la sostenibilidad fiscal sea un objetivo del Estado Social y Democrático de Derecho, sino que simplemente alcanza el estatus de herramienta para la consecución de los objetivos que dan identidad a la Constitución. Este carácter instrumental se afirma en el artículo 1º del Acto Legislativo demandado, al disponer que “dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”. A juicio de la Corte, carecería de sentido, en tanto interpretación contra legem, considerar que a pesar de que existe una regla constitucional específica que confiere a la sostenibilidad fiscal el carácter de “instrumento”, en realidad se está ante un principio constitucional que redirecciona los fines del Estado, al punto de obligar a las autoridades del Estado a garantizar, sobre cualquier otra consideración, la disciplina fiscal y la reducción del déficit.

Por otra parte, la Corte resaltó que el criterio de sostenibilidad fiscal se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos. Observó que el principio de progresividad es uno de los aspectos relacionados con la eficacia de los derechos constitucionales que la jurisprudencia de esta Corporación ha analizado, en especial, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo prescribe el artículo 93 de la Constitución. En ese sentido, el Acto Legislativo 3 de 2011 no plantea un principio de regresividad de naturaleza diferente, sino que debe entenderse a partir de las reglas que la Corte ha fijado sobre la materia, al definir su contenido y alcance, de tal manera que la sostenibilidad fiscal no puede convertirse en un instrumento para negar la protección efectiva de los derechos constitucionales, aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales o garantizar la faceta prestacional que tienen todos los derechos consagrados en la Carta Política. A juicio de la Corte, el párrafo adicionado al artículo 334 de la Constitución, según el cual, la aplicación de la sostenibilidad fiscal debe ser compatible con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales, debe leerse de manera armónica con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para determinar la *iusfundamentalidad* de una posición jurídica particular. Por ende, debe rechazarse, por ser contraria a la Constitución, una interpretación de la prohibición del menoscabo de tales derechos basada en la distinción, ya superada, entre derechos fundamentales de la primera generación y derechos sociales, económicos y culturales, de la segunda generación, de manera que la sostenibilidad fiscal tenga por objeto aplazar o restringir el alcance de los derechos sociales, en oposición a los derechos fundamentales. Esta interpretación, a su vez, es consonante con otras previsiones del Acto Legislativo, como aquella que subordina el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal al logro de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho.

De igual modo, la Corte destacó que el Acto Legislativo 3 de 2011 contiene cláusulas de intangibilidad de los derechos sociales y del gasto público social. En efecto, el análisis conceptual, sistemático e histórico demuestra que el Acto Legislativo acusado contiene diversas cautelas,

Sobre el uso y aplicación del mencionado Incidente se tratará en el capítulo tercero de este trabajo.

Ahora bien, el concepto de la sostenibilidad fiscal tiene una acogida normativa relativamente reciente en cuanto se erige como institución dentro del orden jurídico del Estado colombiano y de la mayoría de países del tercer mundo, promovida por instrucciones impartidas por organismos mundiales recogidas por la legislación interna de las naciones a quienes se les sugiere. El instrumento de la regla fiscal o del Marco Fiscal a Mediano Plazo son un ejemplo claro de cómo se ha normatizando el tema de sostenibilidad fiscal, culminando en el caso colombiano, con su incorporación como criterio de actuación estatal en el artículo 334 de la Constitución Política.

Desde principios de la década de los noventa, en los Estados, tanto en Europa y Estados Unidos como en América Latina, desde la firma por los países europeos del Tratado de Maastricht⁶⁵ y del aporte doctrinal económico-fiscal contenido en la teoría del public choice⁶⁶ (“selecciones Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho o

unívocamente dirigidas a determinar que el criterio de sostenibilidad fiscal es un instrumento subordinado al logro de los fines propios del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los que encuentra lugar central, la protección de los derechos constitucionales. Este propósito es reforzado por la inclusión de cláusulas prohibitivas específicas, dirigidas a evitar que una errónea comprensión de la sostenibilidad fiscal lleve a desvirtuar dichos objetivos esenciales, a saber: a) el gasto público social tiene carácter prioritario, de manera que la sostenibilidad fiscal no puede servir de base para posponer su ejecución; b) la aplicación del incidente de impacto fiscal introducido en el Acto Legislativo en ningún caso afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Por último, en relación con el incidente de impacto fiscal, que consiste en un procedimiento de índole constitucional, dirigido a permitir que los Ministros del Gobierno o el Procurador General de la Nación expresen ante las altas cortes las explicaciones acerca de la afectación que se evidencie a la sostenibilidad fiscal, respecto de los efectos de una sentencia en particular, la Corte consideró que constituye un escenario reglado de interlocución que no desvirtúa la separación de poderes. En efecto, la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de las sentencias de las cortes tiene carácter potestativo. Precisó que lo obligatorio es el trámite del incidente, en las condiciones fijadas en la Constitución y la corte correspondiente tiene la competencia para evaluar si modifica, modula o difiere los efectos de su decisión, pues el incidente no obliga a adoptar una decisión particular en algún sentido. Así mismo, es claro que el incidente se circunscribe a los efectos del fallo, de manera que ni los promotores del incidente, ni las cortes podrán reversar el sentido de la decisión.

⁶⁵Al final de la década de los noventa, los países de la Unión Europea adoptaron una decisión trascendental: darse una autoridad monetaria única (el Banco Central Europeo) y una moneda única (el euro); sin embargo en lo atinente a la política fiscal, los impuestos, el manejo de la deuda y la gestión presupuestal de gastos y de ingresos, los países de la UE mantuvieron autonomía a nivel de cada gobierno.

⁶⁶La teoría de las escogencias colectivas, cuyo principal expositor ha sido el Premio Nobel de Economía James Buchanan, ha sostenido que la estabilidad presupuestal no puede alcanzarse si se le deja simplemente al cuidado de las normas tradicionales que solían aparecer en las constituciones del siglo XIX o comienzos del siglo XX. Se necesita, según esta teoría, un grupo de normas más modernas que hagan avanzar las instituciones fiscales en tal dirección (Restrepo, 2008).

escogencias colectivas”), se viene consolidando una corriente en el derecho de la hacienda pública tendente a i) introducir en los ordenamientos jurídicos principios o reglas de la más alta jerarquía normativa que establezcan parámetros de “prudencia”, “moderación”, “síndéresis”, en fin, “pautas prudentes” de gestión presupuestal, para asegurar que las variables presupuestales se mantengan dentro de una senda de sostenibilidad —“se trata de normas que, más que definir competencias en materia presupuestal, buscan propiciar la prudencia, la moderación, evitar el excesivo déficit o el excesivo endeudamiento de las instancias de las entidades estatales. Y, por tanto, son normas más afines al cumplimiento de los propósitos de la **estabilidad presupuestal**” (Restrepo, 2008)—; además, ii) se trata de sustraerles discrecionalidad en el manejo de las finanzas públicas a las autoridades económicas para, en su lugar, introducir parámetros estables y permanentes.

*La introducción de normas, con categoría de principios constitucionales, por las que viene abogando la corriente del pensamiento económico-fiscal aludido, se direccionan a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los gastos, que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales y al desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales. Limitante o condicionamiento que va dirigido a todas las autoridades públicas, incluidas, como es obvio, a los jueces.*⁶⁷

1.15.3.1 La Colaboración Armónica entre las ramas del poder público como requisito para lograr la sostenibilidad fiscal. Como requisito de actuación en procura de alcanzar de sostenibilidad fiscal introducido en el artículo 334 de la Constitución Política en virtud del cual este fungirá como principio de actuación estatal, se reiteró en dicha norma la importancia del concepto de colaboración armónica por parte de todas las ramas del poder público en materia económica, lo cual conlleva la estimación de recursos del presupuesto como elemento estructural de la sostenibilidad que deben procurar con sus actuaciones las tres ramas del poder público. En el artículo 113 de la Constitución Colombia se reconoce el principio de tridivisión de poderes, pilar fundante del Estado de Derecho, con el cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

“ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

⁶⁷ GUERRERO VINUEZA, Alvaro Pío. Sostenibilidad Fiscal y Principios en el Estado Social de Derecho. Trabajo publicado en la revista Criterio Jurídico. Vol. 12 Núm. 1 pag 79 – 126.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

Esta colaboración armónica recibe, con la introducción dentro del artículo 334 de la Constitución del principio de sostenibilidad fiscal, un matiz presupuestal por su entronización como marco o criterio de referencia para todas las ramas del poder público frente a la disposición de recursos que sus decisiones conllevan. Y es que no fue otro el sentido de su incorporación:

“Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos, que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.

No existe una disposición constitucional que consagre en forma directa y clara dicho principio, con un alcance general, formulado de tal manera que tenga en cuenta las diversas circunstancias derivadas de los ciclos económicos domésticos o de la dinámica de la economía mundial. Esas crisis y la evolución de la tecnología y los cambios en las circunstancias sociales o económicas pueden afectar la prestación y el contenido de algunos de los derechos, pero, pese a ello, no puede renunciarse a la progresividad de los mismos en su conjunto, y la sostenibilidad fiscal es el instrumento para asegurar esa progresividad en el conjunto.

El propósito del Acto Legislativo que ahora se presenta, es señalar al Congreso, así como a los demás órganos del Estado en todos los niveles, y según sus competencias, el deber de buscar, en forma deliberada, que sus diferentes decisiones faciliten el logro de una sostenibilidad fiscal, como instrumento de protección de los derechos sociales de los colombianos, y como tal, de la realización de los fines del Estado Social de Derecho.”⁶⁸

En este punto de la colaboración armónica que conllevara a todas las ramas del poder público actuar en un marco de sostenibilidad fiscal, es pertinente traer a colación los argumentos expuestos en la aclaración de voto de la sentencia C-132 del 29 de febrero de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

⁶⁸ Exposición de Motivos Acto Legislativo No. 03 de 2011 por medio del cual se introduce el principio de sostenibilidad fiscal en la Constitución.

“SOSTENIBILIDAD FISCAL COMO CRITERIO ORIENTADOR DE LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS. Como se ha explicado, la voluntad del Congreso fue aquella de que todas las ramas y órganos del poder público en Colombia, actuando dentro de sus respectivas competencias, colaboren armónicamente para alcanzar un propósito o fin deseable, consistente en que se preserve la sostenibilidad fiscal del Estado, es decir, a efectos de evitar la ocurrencia de situaciones de insolvencia en las cuales los gastos superan los ingresos o que, en definitiva, no exista forma de asumir estos compromisos.

Sobre el particular, la Corte advierte que se trata de un complemento del artículo 113 Superior, según el cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero “colaboran armónicamente para la realización de sus fines”, entre los cuales se encuentra, precisamente, la sostenibilidad fiscal.

Quiere ello significar que, en adelante, la sostenibilidad fiscal se erige como un mandato de actuación coordinada entre todas las entidades del Estado, incluidos los jueces. Para ello, será necesario contar con información veraz y actualizada acerca de la situación económica de la Nación y de las entidades territoriales, a efectos de que los jueces, al momento de decidir, puedan tomar como elemento de juicio o criterio orientador, la preservación de la sostenibilidad fiscal. Aquello, como se puede observar, no atenta contra su autonomía, por cuanto se trata, como se ha explicado, de cumplir con un mandato de actuación coordinada, mas no como una intromisión en la decisión. Todo ello dentro de un concepto de legalidad estricta.

El sentido de la “sostenibilidad fiscal”. ¿Qué debe entenderse realmente por sostenibilidad fiscal en relación con la actividad judicial? Una respuesta simple, de sentido común, apunta a que exista un equilibrio fiscal, es decir, que los gastos previstos u ordenados para el pago de una sentencia estén previstos o presupuestados. Otra forma de entenderla sería que, aunque no estén previstos o presupuestados tales gastos, puedan solventarse en un futuro. Puede igualmente significar que, sea que existan o puedan existir los recursos, la orden de utilizarlos no suponga que se altere de manera importante la forma como se tenía previsto invertir por los otros órganos del Estado. Implica igualmente que las decisiones judiciales no impiden que se ejecute lo decidido en el Plan Nacional de Desarrollo o en el presupuesto aprobado. Así mismo, que mediante sentencias no se configure un plan de gobierno alterno, que no se enerven las competencias del Ejecutivo y del Congreso en materia de gasto, es decir, que no exista un cogobierno judicial.”

La Corte Constitucional al conocer sobre la demanda de inexecutable propuesta contra el Acto Legislativo 03 de 2011, se pronunció sobre la necesidad de la sostenibilidad fiscal en estos términos:

“...tenemos que la sostenibilidad fiscal es un requisito para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales como parte esencial del Estado Social de Derecho y que la misma facilita la progresividad en la atención del conjunto de los derechos, teniendo como marco la disponibilidad de recursos destinados para ello, encontrando como fundamento superior la prevalencia del interés general y atendiendo las prioridades de gasto de acuerdo con las disposiciones constitucionales tal y como lo prevé, por ejemplo, el artículo 350 de la Constitución.

De esta manera, un elemento crucial de las políticas públicas es la velocidad que se pueda dar a la ¿progresiva efectividad¿ del conjunto de derechos económicos y sociales y a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, a las que se refieren las Naciones Unidas y la jurisprudencia de la Corte.

Un ingrediente clave de esa velocidad es la sostenibilidad fiscal. Sobre este punto la historia económica y los eventos económicos recientes en muchos países del mundo presentan amplia evidencia:

i. La ausencia de sostenibilidad fiscal crea, tanto en Colombia como a lo largo de las economías desarrolladas y emergentes, situaciones de crisis económica que aumentan la pobreza (por ejemplo entre 1987-2000 en Colombia, y actualmente en los países mediterráneos de Europa y en los Estados Unidos). Las crisis fiscales y cambiarias no solo detienen el desarrollo, sino que generan retrocesos en la provisión de las necesidades de los individuos y familias.

ii. El exceso de deuda pública resultante de sendas insostenibles de gasto público aumenta los intereses financieros, y desvía recursos escasos de su función social y económica. Por esto, es fundamental tener un nivel ¿óptimo¿ de deuda y dirigir la política fiscal a acercar la deuda pública a dicho nivel; ese será el espíritu de la Regla Fiscal que ha venido socializando el Gobierno Nacional.

iii. La prontitud con la cual se logren esos objetivos depende, entre otros factores, de la capacidad de creación de riqueza de la sociedad, la cual a su vez requiere de un ambiente propicio para los emprendimientos económicos. Un ambiente de estabilidad y sostenibilidad fiscal es un prerrequisito para dicho ambiente de prosperidad.

iv. El costo del capital en una sociedad, y con él el volumen de inversiones y emprendimientos, dependen de la tasa de interés. Sólo un ambiente de sostenibilidad fiscal promueve bajas tasas de interés.

v. La estabilidad cambiaria tiene, como una precondition, que el Estado, que es el mayor prestatario de un país, tenga finanzas sostenibles. La insostenibilidad crea presiones en los mercados internos y externos que conduce a crisis cambiarias, y a pérdidas de ingreso y riqueza de las familias, en especial las más pobres, que carecen de mecanismos económicos para defenderse de tales crisis. ⁶⁹

1.15.3.2. Progresividad como regla en el reconocimiento de derechos sociales. La cobertura de los derechos sociales en virtud de los fines propios de un Estado social de derecho como lo es el Estado colombiano, ha sido entendido como de aplicación progresiva, es decir, que al no contar con todos los recursos suficientes para brindar la totalidad de derechos que la Constitución reconoce e indica que el Estado debe ofrecer, su prestación real y su disfrute debe ser irremediamente de manera progresiva (y aquí surge un tema de valiosa importancia frente al caudal inmenso de acciones de tutela que venían obligando a las autoridades reconocimientos imperativos de derechos en forma individual socavando los presupuestos públicos).⁷⁰ Ya desde la crisis del sistema de salud y el efecto negativo que a su presupuesto venían generando las numerosas acciones de tutela, jurisprudencias de la Corte Constitucional proclamaban la necesidad de dicha progresividad.

“La Corte no desconoce que el control constitucional de los desarrollos legales de los derechos prestacionales es muy complejo, por cuanto esos derechos son de amplia configuración legal e implican difíciles decisiones financieras. Además, la base normativa que brindan la Carta y los tratados de derechos humanos para estudiar la legitimidad de los desarrollos legislativos en esta materia es en ocasiones exigua. Así, la Constitución no dice cuáles son los servicios de salud que el Estado debe prestar, ni señala en cuanto tiempo debe la seguridad social alcanzar la plena universalidad, ni indica con precisión el alcance de los principios que rigen la salud y la seguridad social, como la solidaridad o la eficiencia, que son entonces conceptos jurídicos indeterminados.

“El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a

⁶⁹ Sentencia C-1052 Corte Constitucional Colombiana. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Dic de 2012. Tomado de página web Corte Constitucional.

⁷⁰ Sobre la obligatoriedad de la progresividad de los derechos el Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales PIDESC, suscrito por Colombia, en su artículo 2 establece: “Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los 'derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico' (Principio de Limburgo No 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar 'todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles', por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales, por lo cual 'al determinar si se han adoptado las medidas adecuadas para la realización de los derechos reconocidos por el Pacto, se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles (Principio de Limburgo No 27).' Conforme a lo anterior, según el Principio de Limburgo No 72, un Estado Parte comete una violación de los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, 'no logra adoptar una medida exigida por el Pacto, no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho, no logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige, no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado, o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo .'"⁷¹

La progresividad de los derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución dentro de los fines del Estado Colombiano, si bien tiene origen en los derechos a la salud y a la seguridad social, ha venido siendo desarrollada a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en su labor de intérprete y guarda de la constitución. Uno de los alcances y condiciones a la progresividad es la no regresividad de su reconocimiento y amparo por parte del Estado, tanto en lo que al poder legislativo se refiere como al poder ejecutivo.

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección

⁷¹ C-1984 de 2000

que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.”⁷²

Para determinar la progresividad y su necesidad de recorte o regresividad, se ha establecido el denominado test de proporcionalidad que está llamado a ser la herramienta conceptual para determinar el alcance mayor o menor para el reconocimiento de los derechos consagrados en la Constitución que, independiente a la materia sobre la que versen esos derechos (sociales, culturales o económicos) se erige como un derrotero que invita a ser incluido en el marco de la sostenibilidad fiscal recientemente incorporado en el artículo 334 de la Constitución.

“El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste. Así por ejemplo en la Sentencia C-038 de 2004 se dijo que si se utiliza como presupuesto de justificación de la regresividad de un derecho social el fomento del empleo se debe constatar, “(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo... Cuando una medida regresiva es

⁷² C-2881 DE 2011, Corte Constitucional Colombia. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Página Web Corte Relatoría. Constitucional.

sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareaja”⁷³

Es precisamente sobre la obligación de reconocer progresivamente, con excepciones razonables para su regresión, que los derechos económicos, sociales y culturales deben ingresar, sin importar la rama del poder público que los promueva y asegure, al marco de sostenibilidad fiscal. De esta forma, la sostenibilidad fiscal se acompasa con los principios de progresividad, proporcionalidad y razonabilidad en el sentido que sin aquella, la progresividad se podrá ver afectada ante la reducción por mal uso de los recursos públicos llamados a sostenerlos en el tiempo y a lograr su maximización en términos de cobertura.

No forma parte de este trabajo, entrar a ponderar cómo se ha ido y cómo debería estructurarse la dinámica del reconocimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y el alcance de cada grado de reconocimiento, sobre el tema puede consultarse, entre otros, un interesante trabajo, desarrollado por un grupo de investigadores de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá Colombia titulado “La Obligación de Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: El caso de los servicios públicos en Colombia.”⁷⁴

El actuar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal por parte de todas las ramas del poder público implicará no sólo una apreciación de lo fiscal o presupuestal, deberá incluir además lo jurídico con lo económico en un ejercicio ponderado de todos los elementos a la luz de la razonabilidad y progresividad en el reconocimiento de los derechos. Incluso su alcance deberá llegar a los fallos por medio de los cuales se declaran inconstitucionales algunas leyes o ilegales algunos actos administrativos habida cuenta que con ellos también se puede afectar la sostenibilidad fiscal en un momento determinado. Este actuar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal dada consideración de la orden también inmersa en el artículo 334 de la Constitución Política en el sentido que el criterio de sostenibilidad fiscal no puede convertirse o invocarse como obstáculo o excusa para negar el reconocimiento de derechos fundamentales, implicará, no solo la

⁷³ *Ibíd*em

⁷⁴ LOPEZ MURCIA, Julián Daniel y GARCIA DAZA, Lina María. Publicado en Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá (Colombia) N° 12: 217-252, Edición Especial 2008

colaboración armónica entre las ramas del poder público para llevar adelante los fines que como Estado la Constitución les indica, sino la actuación puntual en casos determinados, de aquí la razón de ser del denominado incidente de impacto fiscal que acompaña el principio de sostenibilidad fiscal como se verá en el capítulo tercero de este trabajo.

Valga por el momento resaltar que la labor de los jueces en el futuro, por la orden que les imparte la Constitución de actuar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal en desarrollo de sus actividades, siendo la principal de la rama judicial, que al momento de proferir sentencias y fallos, deberá mirar hacia la ponderación de lo fiscal y por ende de lo presupuestal y de lo económico con miras a que sus efectos no vulneren, lesionen o desconozcan la sostenibilidad de las finanzas públicas en el corto plazo. Aquí un paso decisivo de aproximación de la racionalidad instrumental propia del derecho económico, hacia la esfera de aplicación del derecho. Nuestros jueces, generalmente absortos en la comprensión del inciso, ven abierta su tarea a un horizonte hasta el momento extraño a sus consideraciones: el del impacto fiscal de sus decisiones desde dos puntos de vista: el hacendístico, que inserta las repercusiones de la decisión judicial en la política pública del gasto y, desde el punto de vista jurídico económico, desde el criterio del desarrollo progresivo de los derechos que genera una reflexión sobre lo que debe ser y lo que se puede ser, desde el punto de vista de los recursos con que se cuentan para costear el reconocimiento de derechos. Evidentemente el quehacer judicial descende del mundo de los conceptos, al de las realidades económicas prácticas que asienta la decisión en la realidad económica determinada por espacios fiscales ciertos que hacen posible el reconocimiento inmediato o dilatado y progresivo de los derechos.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el criterio de sostenibilidad fiscal obliga a toda la rama judicial, no solo a las altas cortes aunque estas por su jurisdicción y competencia legal son los llamados a ser instancias de cierre del debate judicial y profieren fallos que se convierten en precedentes y reglas de actuación para los jueces de todo el territorio nacional, deberá ponderarse el contenido jurídico de sus fallos de tal manera que las órdenes que en ellos se impartan permiten ilustrar, no sólo los casos parecidos en el futuro, sino el desarrollo conceptual de los principios y valores constitucionales.

“El conocimiento del derecho no puede reducirse a la determinación de la estructura lógica de la norma jurídica y su ubicación en alguna de las gradas del orden jurídico, más aún si se trata de fortalecer una idea de derecho inmersa en el contexto de Estado constitucional en el que se afirma el poder directamente vinculante de una Constitución que se expresa a través de un lenguaje jurídico, moral y, lógicamente, político. Jurídico, evidenciado en la determinación de la constitución como norma de normas; el estimativo o moral, con la incorporación de valores al

ordenamiento; y político, con la presencia de ideas relacionadas con la configuración del poder, su ejercicio, límites, entre otros problemas.

La incorporación de un modelo de Estado constitucional dio lugar a una profunda transformación de la cultura jurídica a partir, concretamente, del discurso referido a los principios y a los valores. Ese proceso representó nuevos retos para la teoría y filosofía del derecho. La adopción de los principios entendidos como límites al ejercicio del poder del Estado, fundamentos de los derechos fundamentales y normas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento generó, como simple consecuencia lógica, cambios en la teoría jurídica derivados de la necesidad de adaptar el discurso jurídico legalista-formalista a uno axiológico-deontológico a través, a modo de ejemplo, de una reformulación de las fuentes del derecho. Así, los principios pasan de ser considerados como normas morales o auxiliares a la ley a las principales normas del ordenamiento jurídico configuradoras de la ratio de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas.”⁷⁵

⁷⁵ ESTRADA VELEZ, Sergio. La noción de los principios y valores en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. Trabajo publicado en la revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- Vol 41 Num 114. Enero-Junio 2011. Págs 41-76. Pontificia Universidad Bolivariana. Medellín Colombia.

CAPITULO 2. DE LA DINAMICA, EL MANEJO Y LA ESTIMACION PRESUPUESTAL DE LOS PROCESOS JUDICIALES. COMO SE CUMPLEN LOS FALLOS CONTENTIVOS DE CONDENAS DE CARACTER PECUNIARIO.

Esbozado en el capítulo anterior la estructura del Presupuesto y la composición del Sistema Presupuestal Colombiano con sus instrumentos y herramientas financieras y de planeación, y el concepto de sostenibilidad fiscal desde el punto de vista del gasto público, pasamos en este capítulo a determinar la forma como se generan y atienden los gastos consecuencia de los procesos judiciales y las sentencias, los mecanismos procesales, las razones y consideraciones que desde el punto de vista presupuestal y contable frente a las decisiones judiciales se disponen, tanto por parte de los operadores judiciales, como de las entidades estatales así como los mecanismos de estimación del impacto fiscal de los mismos desde la perspectiva procesal.

Dentro del Presupuesto General de la Nación, como se vio anteriormente, deben existir partidas destinadas al pago de los procesos que cursan en su contra, esto es el resultado de la planeación y previsión de gastos dentro de una vigencia fiscal determinada, lo cual conlleva la determinación de los ingresos que serán destinados para dicha atención, así mismo, dentro de cada entidad su respectivo presupuesto debe reflejar las apropiaciones destinadas a la atención de estas eventualidades o contingencias judiciales; estos son los aspectos que serán objeto del presente capítulo.

Con la finalidad de visualizar el monto de recursos que del presupuesto general de la Nación, se han venido destinando desde el año 1990 hasta el año 2013, para el pago de las contingencias judiciales de las entidades del gobierno central y establecimientos públicos del orden nacional, es decir, sentencias y conciliaciones se presenta la información que brinda el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así:

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION 1990 - 2013
 EJECUCION PRESUPUESTAL - SENTENCIAS Y CONCILIACIONES
 GOBIERNO CENTRAL Y ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS
 Millones de pesos

Año	Apropiación (1)	Acuerdos y/o Compromisos (2)	Porcentaje de ejecución (2,0)
1990	5.353	3.792	70,8
1991	15.134	11.151	73,7
1992	24.757	21.981	88,8
1993	35.805	29.731	83,0
1994	80.412	67.898	84,4
1995	206.930	176.059	85,1
1996	231.913	214.556	92,5
1997	263.828	215.215	81,6
1998	400.150	193.352	48,3
1999	241.457	159.715	66,1
2000	206.432	153.616	74,4
2001	201.367	147.520	73,3
2002	194.611	164.989	84,8
2003	201.047	168.095	83,6
2004	247.160	204.542	82,8
2005	319.995	228.179	71,3
2006	322.835	276.211	85,6
2007	458.070	360.067	78,6
2008	500.850	407.523	81,4
2009	1.045.783	495.371	47,4
2010	739.027	624.788	84,5
2011	922.218	842.924	91,4
2012	1.350.960	1.196.328	88,6
2013	1.029.431	1.040.757	101,1

FUENTE: Dirección General del Presupuesto Público Nacional - Grupo Consolidación Presupuestal

Nota: 1990-1994 acuerdos de gasto, 2013 ejecución a 31 de mayo

Sobre el tema de estimación de la cuantía de una acción judicial, así como del registro presupuestal que como contingencia ellas conllevan, existen normas agrupadas bajo los distintos aspectos que determinan y rigen, por una parte, las actuaciones generadas con las acciones judiciales propiamente dichas y, por otra, los efectos que contable y presupuestalmente dichas acciones judiciales contra el Estado generan, agrupadas bajo la denominación contingencias judiciales que incluyen el pago de sentencias que también está incluido el contenido a tratar a continuación.

Además del escenario propio de generación de gastos por concepto de fallos judiciales ordinarios o tradicionales, es decir, producto de las acciones contencioso administrativas, laborales y civiles ordinarias, desde el año 1991 con la promulgación de la actual Constitución y la incorporación de las acciones de tutela y constitucionales (populares, de grupo y de cumplimiento) así como el establecimiento de la Corte Constitucional para el estudio de la constitucionalidad de las leyes y la guarda e interpretación de nuestra Constitución Política se tiene otro frente de generación de gastos y/o de eliminación de fuentes de nuevos

ingresos públicos que deben estimarse en su impacto dentro del presupuesto, reflejadas como órdenes para realizar o suspender alguna normatividad. En este capítulo se esbozaran estos dos escenarios.⁷⁶

2.1. Del Control Constitucional a las leyes y actos administrativos. Alcance y expectativas.

Como se mencionó anteriormente, la Constitución de 1991 estableció una Corte dedicada al control y guarda de la Constitución para que ella, mediante acciones de constitucionalidad, definiera la concordancia de las leyes sometidas a su juicio,

⁷⁶“Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, las normas con efecto sobre el gasto se definían, en general, únicamente en el Congreso. La Constitución de 1991 introdujo mecanismos de protección de derechos, en particular el mecanismo de la acción de tutela, que le han conferido a las decisiones judiciales un poder mayor al que detentaban bajo el anterior ordenamiento constitucional, al tiempo que redujeron la capacidad del Ejecutivo para decidir en esa materia. Esto se debe a varios factores. En primer término, la creación de la acción de tutela propició dos cambios fundamentales en cuanto a la redistribución de tales derechos de decisión. El primero de ellos fue la ampliación de la capacidad del poder judicial para hacer cumplir las obligaciones del Gobierno, con respecto a las acciones judiciales ordinarias. Esta modificación redujo los costos de acceder a la instancia judicial, la dotó de procedimientos expeditos para emitir fallos, le dio efecto inmediato a los mismos y aumentó los costos de no acatarlos. El segundo cambio se refiere al carácter obligatorio y de alto impacto fiscal que pueden llegar a tener los fallos emitidos por los jueces de tutela, particularmente los emitidos por la Corte Constitucional en sede de revisión, ya que las reglas que son creadas a través de sentencias judiciales no pueden ser objetadas por el Ejecutivo, a diferencia de aquellas expedidas por el poder legislativo.

La Constitución de 1991 abrió la posibilidad de que los jueces de tutela se pronuncien sobre demandas relativas a derechos de amplio contenido prestacional, v.g. salud, educación, vivienda, trabajo, pensiones, y, por otra parte, la acción de tutela dotó a la jurisdicción de mayores herramientas para hacer cumplir sus decisiones, lo cual ha tenido importantes repercusiones a nivel fiscal.

En primer lugar, un aumento sustancial para el Gobierno del costo de incumplir sus obligaciones relativas a los derechos fundamentales de contenido prestacional de los ciudadanos, tales como el derecho al pago oportuno de la pensión. Con ello el Ejecutivo tuvo que prescindir de una alternativa de ajuste de gasto a la que solía acudir con frecuencia. El segundo efecto fue la reducción de la capacidad del Ejecutivo para asignar derechos de contenido prestacional, tales como el reconocimiento de pensiones, y, por esta vía, la reducción de su capacidad en materia de asignación de gasto.

En la medida en que el Gobierno no adecuó sus esquemas de defensa a este nuevo escenario judicial, los costos fiscales de los fallos han tendido a ser más onerosos. La idea de que los jueces adquirieron mayores derechos de decisión con la Constitución ha contribuido, quizá, a que se sobrestime su capacidad de decisión y a que se le preste poca atención al rol del Gobierno en el escenario judicial. Resulta entonces más preciso hablar en términos de la mayor relevancia de la jurisdicción en las decisiones de gasto. Ello permite atender al hecho de que los fallos de los jueces tienen lugar en una institucionalidad y que el Gobierno juega un papel fundamental dentro de la misma en términos de la defensa de sus actuaciones.” GANDUR PORDOMISKY, Miguel. CONSTITUCION FISCAL Y EQUILIBRIO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS. Efectos de la Constitución de 1991 sobre la Economía Política del financiamiento del gasto público en Colombia. Artículo Publicado en la revista Colombia Internacional No. 68. Julio – Diciembre 2008. Págs. 68 – 91. Universidad de los Andes Colombia.

con los principios y normas constitucionales y con los fines propuestos para el Estado dentro de las mismas.⁷⁷

⁷⁷**ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento.

La Corte Constitucional como órgano jurisdiccional especial, pues su labor recae sobre la protección y guarda de las normas constitucionales en cuanto a su respeto por parte de las leyes y, excepcionalmente de los decretos legislativos dictados en ejercicio de los estados de excepción –guerra exterior, conmoción interior y perturbación o amenaza grave e inminente del orden económico, social y ecológico del país- o los decretos dictados en ejercicio de facultades extraordinarias y, en cuanto a la aplicación y observancia de los principios que la informan –vía de tutela-, detenta funciones que abarcan temas económicos, respecto de los cuales, no solamente ha generado controversias, sino también que ha tenido que disponerse para tratarlos⁷⁸.

El manejo dado por la Corte Constitucional a temas económicos ha sido razón de enfrentamientos entre economistas y juristas, y dentro de ellos, dos bandos: los que la apoyan y los que la contradicen. Sobre este punto me permito citar lo

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

ARTICULO 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.
2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.
3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.
4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.
5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.

⁷⁸El control constitucional tiene como problema central la ponderación de principios, escenario en el cual el pragmatismo del análisis neoclásico encuentra algunos reparos, en la medida en que, desde esta perspectiva, la función de las sentencias de control constitucional (abstracto y concreto) sobre temas económicos debe estar orientada a tener en cuenta como valor central la eficiencia en la asignación de los recursos como generador del bienestar general. QUIROGA NATALE, Edgar. LA PONDERACION DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO DE ESCASEZ .Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica. Rev. Econ. Ros. Bogotá (Colombia) Vol10 (1): 75–93, junio de 2007

mencionado en el trabajo denominado “Ponderación de los derechos en el estado de escasez” del profesor Edgar Quiroga Natale:

“Por un lado, se afirma que los magistrados de la Corte Constitucional no tienen la preparación económica suficiente para entender los grandes problemas que aborda la economía, que violan permanentemente el principio de separación de poderes cuando “legislan” positiva y negativamente, que sus decisiones son populistas y que conculcan el principio democrático, debido a la naturaleza contra mayoritaria de sus pronunciamientos (Clavijo, 2001; Carrasquilla, 2001; Kalmanovitz, 2001).

Por el otro, existen postulados que sostienen que los jueces acuden a los peritos en la materia para fallar los casos de los cuales no detentan el pleno conocimiento, que el poder genérico del control de constitucionalidad emana del mandato superior de la guarda y supremacía constitucional, que la democracia no es el poder omnímoto de las mayorías y, por lo tanto, las minorías encuentran el reconocimiento de sus derechos en el amparo constitucional y que la actuación legislativa y administrativa no puede conculcar los postulados constitucionales so pretexto de ampararse en su naturaleza democrática (Uprimny Yepes, 2001; Arango Rivadeneira, 2004).

Las anteriores posiciones son un ejemplo de la fuerte tensión que existe entre ambas disciplinas sobre el tema. Pero, ¿por qué se suscita tanto problema entre economistas y abogados, cuando se trata del control constitucional? Aunado a lo expuesto en el acápite anterior (respecto de la divergencia de lenguaje disciplinar), es necesario referir que a partir de 1991 la Constitución no sólo representa un pacto político, sino que se reviste de valor jurídico, por lo tanto, sus mandatos se erigen en normas de obligatorio cumplimiento, normas que tienen una especial categoría, pues casi en su totalidad se tratan de principios.”⁷⁹

La realidad de los fallos de la Corte Constitucional, principalmente y, del Consejo de Estado que también ha proferido fallos significativos en su contenido económico por la generación de los impactos fiscales intrínsecos a los efectos de sus pronunciamientos, motivó en gran parte la incorporación constitucional del principio de sostenibilidad fiscal.

La interpretación de la Constitución de 1991 y las nuevas exigencias sociales al Estado, no sólo implica una nueva postura judicial, sino legislativa y ejecutiva que hasta ahora, algo más de veinte años después, conlleva al replanteamiento de la

⁷⁹ QUIROGA NATALE, Edgar LA PONDERACION DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO DE ESCASEZ .Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica. Rev. Econ. Ros. Bogotá (Colombia) Vol 10 (1): 75–93, junio de 2007

institucionalidad presupuestal en donde los roles de cada rama deben adecuarse, más que normativamente, a una nueva actitud institucional, entendida como la forma en que asumen sus actividades a la luz de los escasos recursos con que cuenta el Estado y a las herramientas e instrumentos fiscales que la misma Constitución ha dispuesto y las leyes han implementado, es decir, la regla fiscal, el marco fiscal a mediano plazo y la propia ley de presupuesto frente a los cuales la rama judicial ha estado bastante alejada.

“Estamos ante una dura realidad de un país en el que los jueces ordenan gasto sin haber sido elegidos para ello. El principio de la no tributación sin representación, que gestó el derecho político en tiempos del rey Juan (1215), es creativamente roto en Colombia: algunos jueces niegan que ordenen gastos, simplemente se dedican a enfatizar en qué aspectos se requiere el diseño de políticas públicas para la protección de los derechos de los ciudadanos, lo que conlleva reformar los presupuestos del Estado y diversas entidades. Pero ese hecho en sí mismo constituye el cruce de la frontera de las funciones institucionales entre el juez y el legislador, quebrando el principio democrático sobre tributación y determinación del gasto en instituciones y cargos de origen democrático.

A través de las decisiones de tutela y de constitucionalidad, los letrados han buscado aplicar la constitución como mejor la entienden; y creemos que lo hacen de buena fe. Pero lo que se puede observar es que cada cirugía ordenada, cada inclusión en los programas de ayuda del estado de quien dice ser desplazado, cada vez que se ordena priorizar gasto para atender una necesidad, implica poner a esperar otra; cada vez que se dice que una política pública no es adecuada ni suficiente para atender la necesidad de una persona o grupo de ellas, implica que con una restricción presupuestal –el estado no es un bolsillo sin fondo como suponen algunos– es necesario priorizar gastos para dejar otros aplazados. La diferencia entre una democracia liberal y Colombia, es que en la democracias las determinaciones sobre la priorizaciones de gastos las hacen los funcionarios elegidos popularmente para ello, normalmente los legisladores y el ejecutivo –tanto en sistemas presidencialistas como parlamentarios-. En Colombia, además lo hacen los jueces, por la vía de las decisiones sobre acciones constitucionales

Paradójicamente, a pesar del mar de propuestas, muchas veces no existe consenso sobre las causas del problema; aquí algunas de las causas propuestas –algunas demasiado simplistas, otras de una mayor elaboración-: (i) la arrogancia de los magistrados de la Corte Constitucional y su desconocimiento de la separación de poderes y extralimitación de competencias; (ii) choque entre el derecho tradicional o formalista y el “nuevo derecho” producto de la constitucionalización del derecho; (iii) ineficacia del legislativo y del ejecutivo en su labor de cumplimiento de los

derechos y principios constitucionales y, (iv) falta de claridad en las competencias constitucionales..»⁸⁰

No cabe duda que con la Constitución de 1991, se introducen nuevas instituciones y se varía la normatividad presupuestal, así mismo, con leyes posteriores que las desarrollan, se generan nuevas consideraciones las que a su vez ocasionan pronunciamientos judiciales bien sea declarándolas inexequibles, bien sea condicionando su validez o variando su aplicación; en todo caso, proponiéndoselas o no, se han dispuesto nuevas reglas del juego para todos los estamentos del Estado, a veces previstas y pactadas, a veces (desafortunadamente en la mayoría de los casos) imprevistas y por ende generadoras de compromisos presupuestales inesperados. Sólo a medida que se van solucionando los conflictos generados se van acomodando las relaciones entre los poderes públicos, en particular entre el ejecutivo y el judicial. En ese contexto, con la mediación del legislativo, en una clara expresión de los frenos y contrapesos que son la esencia mecánica del Estado democrático de derecho, se logró que respecto de fallos con impacto fiscal se introdujera el principio de sostenibilidad fiscal y el mecanismo procesal del incidente de impacto fiscal.

Habrá que esperar la dinámica que toma la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal, las reglas de juego político, económico y legal que se plantean para su observancia y cómo serán los resultados de la aplicación del mecanismo del incidente de impacto fiscal para determinar su real eficacia.

“El problema es que no existe una definición ampliamente aceptada de las instituciones; y si no podemos estar de acuerdo en lo que entendemos por instituciones, es difícil imaginar un acuerdo sobre lo que se supone que éstas deben hacer, como promover el desarrollo económico. Podemos evadir este problema argumentando que las instituciones deben cumplir ciertas funciones para promover el desarrollo económico, y que ciertas instituciones cumplen mejor esas funciones. Infortunadamente, no hay acuerdo acerca de cuáles son esas funciones “esenciales” ni de que haya un emparejamiento obvio entre esas funciones y formas particulares de las instituciones... si miramos algunos de los denominados índices de gobernancia, encontramos que estos índices suelen mezclar variables que captan las diferencias de las formas de las instituciones (democracia, independencia del sistema judicial, ausencia de propiedad del Estado) y de las funciones que desempeñan (imperio de la ley, respeto por la propiedad privada, estabilidad de precios, represión contra la corrupción, etc). Estas condiciones relacionadas con la gobernancia, sobre las cuales se establecen los índices son propuestas por organismos internacionales

⁸⁰ANÁLISIS CRÍTICO DEL IMPACTO ECONOMICO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA. Fundación Konrad Adenauer págs. 7 - 8 – Bogotá Colombia 2011.

como el banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional como modelos de Instituciones Globales Estándar (Kapur y Weber 2000).⁸¹

En materia de aplicación y reconocimientos de principios constitucionales, de obligatoriedad y oportunidad de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales y del respeto por el diseño, implementación y puesta en marcha de los planes de desarrollo tenemos aún mucho por observar y analizar por parte de todas las ramas del poder público; el criterio de sostenibilidad fiscal es una invitación a pensar respecto de los recursos con que cuenta el Estado para emprender el camino a lograr sus fines como social de derecho. Cuando del Estado se enfatiza que es de derecho, esto significa que la observancia de las normas es la base para alcanzar el desarrollo social y en este sentido, las normas no son solamente se hallan en su texto legal, sino en su aplicación jurídica acorde a la realidad social y económica del grupo al cual se aplica.

Hay pues dos momentos significativos fiscalmente: el de la discusión, aprobación y sanción legal y el de su aplicación. Si bien las leyes al crearse deben considerar como parte de su trámite aprobatorio el impacto fiscal que generan, la posterior aplicación de las mismas conlleva la ponderación de su oportunidad y conveniencia tanto social como económica, decisión que deberá convocar a todas las instancias estatales en forma armónica y coordinada y no como resultado de un pronunciamiento judicial sin miramiento distinto a que si se está violando o no la constitución o, en la jurisdicción contencioso administrativo, una norma de rango superior o se ha ocasionado daño antijurídico resarcible. Respecto a otras acciones constitucionales, el juez deberá enmarcar su fallo en el desarrollo progresivo de los derechos que se le pide reconozca. Algo a lo que invita el profesor Salomón Kalmanovitz que ha denominado “justicia fiscal” en virtud de la cual los recursos también sean objeto de decisiones tomadas por la rama judicial que los consideren en forma cuantitativa y cualitativa en procura no sólo de brindar los derechos que la ley ha reconocido sino respetando los derechos de otras índoles que también requieren el apoyo fiscal y presupuestal del Estado.

“El estado colombiano parece estar colgado en la esfera de los milagros. El gasto público aparece desprendido del recaudo, de tal modo que no solo la gente sino altos funcionarios, que deberían saber más que eso, piensan que es maná que cae del cielo en manos de los más avezados de ellos. No hay una idea de que el Estado son los impuestos; que la justicia fiscal pasa por relacionar de alguna manera el gasto con las contribuciones; que el pago de impuestos debe ser proporcional a la riqueza; que la corrupción

⁸¹LA RELACION ENTRE LAS INSTITUCIONES Y EL DESARROLLO ECONOMICO. Problemas teóricos claves. Ha-Joon Chang. Profesor de la facultad de Economía y Política de la Universidad de Cambridge. hjc@econ.cam.ac.uk. Marzo de 2006. Artículo publicado en la revista de Economía Institucional Vol. 8 No. 14 Primer Semestre 2006. Universidad Externado de Colombia. Págs. 125-136.

estatal no exime a los ciudadanos del pago de sus impuestos; que el contrabando es un delito contra el Estado y que, de nuevo, este no puede permitir tan flagrantes excepciones a sus leyes, que es la majestad del Estado arrastrada por el suelo. No es posible la propiedad sin impuestos porque además de financiar la seguridad, estos le prestan legitimidad, en tanto el gasto público en educación, salud y seguridad social contribuye a reducir las desigualdades sociales y reparte oportunidades de surgimiento entre toda la población que deberá tener acceso también a la propiedad privada.

La mayoría de la Corte Constitucional actúa bajo la doctrina que informa que el derecho está por encima de las restricciones económicas y que los impuestos constituyen una veta inagotable. Como en todas partes, acá “los derechos son proclamados como inviolables, prioritarios y absolutos. Pero estos son meros excesos retóricos. Nada que cueste dinero puede ser absoluto” nos informan Holmes y Sunstein. Para hacerlo la Corte debía por lo menos seguir una lógica del derecho constitucional y no basarse en premisas arbitrarias. Cuando una sentencia no tiene como base la propia constitución sino lo que “ordena” o “vincula” un comité técnico de la OIT, que es una organización multilateral, ni remotamente elegida por los ciudadanos colombianos, estamos ante una Corte que vulnera el estado de derecho para favorecer determinado interés, desplazando a toda la justicia laboral colombiana, cuando es la Corte misma la que debe proteger rigurosamente al estado de derecho y desarrollarlo. Si antes se hubiera podido observar un sesgo de los tribunales laborales a favor de los patronos, ahora sucede exactamente lo contrario y en ninguno de los casos obtenemos justicia.”⁸²

En este mismo sentido, de cómo abordan los altos tribunales la ponderación de los efectos presupuestales y fiscales de sus decisiones es importante considerar la dinámica de su análisis. Para la Corte Constitucional, en su labor de interpretar las cuestiones jurídicas de confrontación de las normas constitucionales y principios frente a los cuestionamientos que se le ponen en conocimiento, ya sea por vía de acciones de constitucionalidad ya sea por vía de revisiones de tutelas, ha tomado una línea de apreciación axiológica de los valores y principios en disputa que le da una perspectiva filosófica que en últimas va a incidir en el fallo que profiera. Se critica que la Corte y el grupo de juristas que la integran, se basan estrictamente en un razonamiento deontológico y que para dar cabida a una apreciación más económica deben introducir elementos de tipo razonamiento instrumental que

⁸² KALMANOVITZ, Salomón. El Modelo Antiliberal Colombiano.

atienden a los efectos o consecuencias de la sentencia; desde esta perspectiva, el fallo puede variar considerablemente⁸³.

Sobre este punto debe aclararse que ambos tipos de razonamiento han sido incluidos por la Corte:

“tanto la equidad horizontal como la vertical deben examinarse al amparo de los dos momentos que protagoniza toda norma de derecho, a saber: 1) el momento de su promulgación, o de mera expectativa; 2) el momento de su aplicación práctica, o del circuito dinámico. Así las cosas, en primera instancia el operador jurídico deberá identificar la forma y condiciones en que los elementos de la obligación tributaria tienen asiento en una norma determinada. Seguidamente, deberá constatar la eventual concreción práctica de dichos elementos en presencia de un determinado hecho económico. De lo cual se infiere que, en sentido estricto, la ponderación de un hecho económico a la luz de una particular obligación fiscal implica una averiguación previa sobre su identidad individual, a la par que una indagación acerca de sus relaciones de conexidad para con los demás hechos económicos que le son pertinentes o semejantes en un contexto espacial y temporal. No entra la Corte a controvertir las razones de conveniencia invocadas con un elevado grado de generalidad, puesto que ello escapa a su ámbito de competencia. Y se reitera que la estabilidad económica de la Nación fundada en estructuras institucionales sólidas tiene relevancia constitucional.”⁸⁴

El trabajo de la Corte Constitucional ha determinado, en gran parte, la readecuación institucional en materia presupuestal, pues sus órdenes ya sean positivas (en cuanto determinan condenas en dinero o actuaciones administrativas) o sean negativas (declaran inconstitucionales normas expedidas por el gobierno nacional que impiden por ejemplo nuevos recaudos o nuevos esquemas fiscales) inciden en la dinámica de las funciones de las otras ramas del poder público, en particular en la forma como deben presupuestarse las órdenes que el fallo les impone cumplir.

⁸³ Se dice que la Corte razona deontológicamente y los economistas del gobierno consecuencialmente. Deontológicos hacen referencia a una decisión tomada a partir del deber ser de las normas, mientras que el consecuencialista pretende considerar las consecuencias de la decisión. De tal manera que una decisión correcta desde el punto de vista deontológico es aquella que refleja el deber ser, mientras que una decisión correcta desde el punto de vista consecuencialista es aquella que genera efectos favorables, morales, éticos y jurídicamente considerados. Sobre el tema de cuál de este tipo de razonamientos debería observar la Corte Constitucional puede consultarse un trabajo del profesor Everaldo Lamprea M, profesor de la Facultad de derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá Colombia titulado “Derechos Fundamentales y Consecuencias Económicas. Revista de Economía Institucional. Vol. 8 Núm. 14. Primer Semestre 2006.

⁸⁴ C-776 de 2003. Corte Constitucional Colombiana

Con la inserción del criterio de sostenibilidad fiscal como principio, se llena un vacío en cuanto a la apreciación fiscal, presupuestal y económica de las decisiones judiciales, inclusive las que corresponden al control de constitucionalidad, generando espacios procesales, para que se examine la razonabilidad fiscal del fallo y se realice un análisis ponderado de carácter económico, pues no existe, en el proceso constitucional dentro del cual la Corte Constitucional adelanta sus análisis, ya sea por vía acción de constitucionalidad o revisión de tutelas, una etapa procesal de estimación de cuantías y de impactos fiscales del tema que se le lleva a su consideración, como sí sucede con los procesos contencioso administrativos que conocen los jueces administrativos, Tribunales Administrativos y Consejo de Estado.

La incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal como principio de actuación de las ramas del poder público y, en particular, en la actividad de la rama judicial no puede considerarse como un obstáculo o impedimento a la discrecionalidad y libertad de decisión de jueces y altos tribunales, sino un ejercicio dentro del principio de colaboración armónica, en reconocimiento que las decisiones judiciales tienen tanto impacto como las legislativas o las ejecutivas en materia del gastos. No se trata pues de un juez neutro, sino de un juez activo que impacta, no solo en el desarrollo del reconocimiento de derechos, sino en el gasto, no para el cumplimiento de sus funciones como rama del poder público, sino aquel inherente al reconocimiento de derechos.

“Es inadmisibile que tan oportuno como importante Acto Legislativo de reforma a la Carta Política, como el que aquí se comenta, se pretenda vislumbrar simple y exclusivamente como un instrumento para restarle poder a la Corte Constitucional y poner límites insuperables a la acción de tutela que en buena hora fue acogida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los asociados. Se hace una mala lectura de la reforma constitucional sobre sostenibilidad fiscal cuando se la aprecia como una suerte de cortapisa perversa contra los derechos fundamentales de contenido económico, social y cultural, identificados también como derechos prestacionales⁸⁵, derechos sociales o derechos de justicia, cuya atención demanda recursos de la hacienda pública, porque en lo que atañe a tan elevada perspectiva de nuestra Constitución, como es la de los derechos, la sostenibilidad fiscal es precisamente el contexto indispensable para que todos los asociados, en función de sus debilidades y

⁸⁵ La denominación *derechos prestacionales*, o “*de prestación*”, no nos parece la más adecuada porque sugiere que los únicos *derechos* que entrañan la posible acción en su defensa son los de contenido “*económico, social y cultural*”. Por ese motivo, a lo largo de este trabajo se alude a los *derechos económicos, sociales y culturales*. En ocasiones acudimos a la referencia genérica de los *derechos sociales* o *derechos de justicia*, de la mano de Bobbio, pero creemos que lo más aconsejable es su mención completa.

requerimientos individuales, tengan acceso a los recursos públicos de manera justa y sin exclusiones.

*La atención de los derechos fundamentales es y seguirá siendo una premisa esencial de nuestro orden jurídico y social y, por tanto, un juez no estará en condiciones de negarse a tutelar un derecho fundamental simplemente porque, a su juicio, se lo impida la sostenibilidad de las finanzas públicas. Nada más equivocado que una conclusión como esa, porque lo que en realidad se pretende con la consagración constitucional de ese principio es, en lo que a la tutela atañe, que las finanzas públicas se estructuren y consoliden de tal manera que las falencias en la atención y garantía de los derechos fundamentales disminuyan en grado sumo y, por esa misma razón, la necesidad de acudir a esa excepcional vía de protección constitucional se reduzca significativamente.*⁸⁶

2.2. De los procesos contra el Estado. Procesos ante jueces, Tribunales y Consejo de Estado.

Históricamente, replicando el modelo francés, ha existido una jurisdicción específica para atender las demandas contra el Estado que se conoce como jurisdicción administrativa o contencioso administrativa.

Repasando la evolución de la jurisdicción se tiene que al principio se le atribuyó el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos, para luego ampliarla a los temas contractuales y de responsabilidad, hasta entonces reservadas a la jurisdicción ordinaria. A partir de la Ley 1437 se recogen en un solo código los medios que incluyen los medios de control tradicionales -nulidad⁸⁷, nulidad y restablecimiento del derecho⁸⁸, contractual⁸⁹, reparación directa⁹⁰- a las que se suman las antes dispersas en las cuales sobresalen las constitucionales colectivas⁹¹ y de grupo⁹² a la que se adiciona el control de los decretos autónomos susceptibles del medio de control nulidad por inconstitucionalidad⁹³. Respecto a este menú, tienen impacto económico directo por conllevar reconocimientos de derechos subjetivos indemnizables: la de nulidad y restablecimiento del derecho, la contractual, la de grupo, la de reparación directa e indirectas las otras, en tanto que la protección de derechos colectivos, puede generar inversiones cuantiosas⁹⁴ o las acciones de nulidad en la versión simple o por inconstitucionalidad que

⁸⁶ PLAZAS VEGA, Mauricio. La Sostenibilidad Fiscal. Comentarios al Acta legislativo 03 de 2011. Artículo.

⁸⁷ Art. 137 CPACA.

⁸⁸ Art. 138 CPACA.

⁸⁹ Art. 141 CPACA.

⁹⁰ Art. 140 CPACA.

⁹¹ Art. 144 CPACA.

⁹² Art. 145 CPACA.

⁹³ Art. 135 CPACA.

⁹⁴ Como sucede con el fallo dentro de la acción popular de recuperación ambiental del Río Bogotá, proferido en el mes de Marzo de 2014 por la Sección primera del Consejo de Estado

pueden derivar en acciones de reparación directa. Fuerza la conclusión de que los fallos contencioso administrativos respecto al menú de medios de control referenciado, tienen efectos fiscales.

Atendiendo al principio de legalidad, el legislativo, en ejercicio de su facultad configurativa, precisa el comportamiento de las autoridades en la actuación administrativa que termina con un acto que resuelve de fondo la actuación o hace imposible que continúe. Esta actuación administrativa obedece al debido proceso y ofrece una serie de garantías a los administrados en forma tal que el desconocimiento de la preceptiva legal que somete a la Administración da lugar a la nulidad del acto administrativo.

La decisión con que concluye la actuación administrativa es impugnabile a través de los recursos que en Código de lo Contencioso Administrativo se conocían como vía gubernativa⁹⁵, que en caso del recurso de apelación es condición necesaria para recurrir a la jurisdicción.

La jurisdicción atiende, no sólo las demandas que en contencioso objetivo (nulidad) o subjetivo (nulidad y restablecimiento), sino las de reparación directa que por su naturaleza no están precedidas de actuación administrativa que concluya en actos administrativos.

El sistema legal colombiano desarrolla de manera sistemática y codificada las condiciones de acceso a la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los requisitos sustanciales y formales de la demanda misma, el objeto y trámite procesal de las acciones judiciales que pueden interponerse contra una acción, omisión, hecho o actuación imputable a las autoridades estatales generadoras de un daño antijurídico. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo incluye la acción de cumplimiento, la acción de grupo y la acción popular que están dispuestas para ser activadas contra el Estado.

Este es el grupo de medios de defensa de los cuales proviene el porcentaje significativo de demandas y condenas contra el Estado.

Junto a la jurisdicción administrativa o contencioso administrativa, está la acción de tutela, que antes del desarrollo legal de las acciones de grupo o populares (Ley 472) se convirtió en fuente de sentencias que ordenaban gasto al vincular

⁹⁵Este mecanismo busca proteger el principio de legalidad, dándole la oportunidad a los ciudadanos de acudir de manera directa ante la misma administración para manifestar y sustentar las razones de su desacuerdo a través de recursos de reposición y apelación en sede administrativa (contrario a la sede judicial que son las actuaciones judiciales) y, a su vez, también darle la oportunidad a las autoridades para que, de ser necesario, enmienden sus propios errores antes de acudir a los jueces a que definan las controversias suscitadas con motivo de una actuación estatal que culmina con la expedición de un acto administrativo de carácter particular.

derechos difusos con derechos fundamentales. Así en los albores de la Corte Constitucional, se ordenó la construcción de redes de acueducto y alcantarillado, la construcción de hospitales, la atención de derechos típicos de contenido social y económico, por su vinculación con derechos fundamentales, en tanto que no se había articulado el criterio de progresividad y en cuanto se vinculaban con el mínimo de dignidad y el mínimo vital. Este paso al Estado social de derecho, que compensaba el rezago de muchos años, tuvo un costo fiscal de gran dimensión que generó la necesaria reflexión sobre el costo de los derechos.

Respecto de la denominada jurisdicción ordinaria que comprende la civil, agraria, laboral, penal y comercial, definida también históricamente como la justicia contra y entre particulares, en algunos casos puede ser activada contra el Estado como sucede en los eventos de relaciones laborales concretas (levantamiento del fuero sindical, controversias surgidas con trabajadores oficiales, etc.), asuntos de índole civil (servidumbres), etc. Así mismo, en virtud de las normas internas, el Estado Colombiano puede ser demandado a través de tribunales arbitrales en donde se cuenta con procedimientos especiales para definir controversias de carácter contractual que obligan con sus fallos a quienes por decisión voluntaria han derogado la jurisdicción ordinaria y se han sometido a la competencia arbitral.

Finalmente, con motivo de las relaciones de derecho internacional público y privado el Estado Colombiano también puede ser sometido a jurisdicciones internacionales como sucede con las Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, entre otros.

Sin entrar a definir las formas propias de cada uno de estos tipos de justicia y procesos, interesa para este trabajo el contenido pecuniario o económico de los fallos que se profieran contra el Estado como resultado de los mismos y este es el punto objeto de este trabajo de grado: el contenido económico y el impacto fiscal de los fallos contra el Estado independiente del órgano judicial que lo profiera y la forma como son atendidos en lo que ha su cumplimiento se refiere.

2.3. El manejo estadístico, contable y presupuestal de los procesos contra el Estado.

Una vez se notifica al Estado de una demanda en su contra, sea cual fuere la jurisdicción ante la cual se adelante, se activan específicos y concretos trámites que conllevan la realización de registros que tendrán sus expresiones en las diferentes herramientas que conforman, tanto el sistema presupuestal en general, y el presupuesto de la entidad estatal demandada, en particular, como otros instrumentos contables, estadísticos y de proyección fiscal.

En efecto, existen varias actividades que se realizan una vez se tiene conocimiento de una demanda. Por una parte, el sistema denominado “Litigob” que recoge toda la información de la actividad litigiosa contra el Estado así como de la gestión jurídica del Estado, por otra, el registro contable y presupuestal al

interior de la respectiva entidad estatal vinculada al proceso y, finalmente, la estimación fiscal de las demandas, globalmente consideradas dentro del denominado Marco Fiscal a Mediano Plazo.⁹⁶

2.3.1. Sistema “Litigob.”: Creado por la Ley 790 de 2002, constituye el sistema único de recaudo y administración de la información relacionada con la actividad litigiosa, Interna e Internacional del Estado, debiendo ser utilizado y alimentado por todas las entidades y organismos estatales del orden nacional, cualquiera sea su naturaleza jurídica, y la calidad en que actúe dentro del respectivo proceso, es decir, independiente a que sea demandante o demandada.

Entre sus varias funciones debe resaltarse la generación de estadísticas e informes con relación al número, naturaleza, objeto y estado de los procesos judiciales en los cuales interviene el Estado como demandante o demandado, pero para efectos de el presente estudio se torna como fundamental la función que tiene como propósito el permitir a la Dependencia de Riesgo del MHCP, obtener los reportes con la información unificada y actualizada que facilitará el cálculo del pasivo contingente judicial del Estado Colombiano o los denominados contingentes judiciales que proyectan el monto de los recursos que eventualmente deba sufragar el Estado de verse condenado dentro de un proceso judicial o arbitral.

2.3.2. Normas de Contabilidad de los procesos y contingencias judiciales de las Entidades Públicas.

El registro y manejo contable de las demandas (procesos) en las que sean parte las entidades del Estado y las contingencias que surjan con motivo de ellas deben observar las normas y disposiciones que para el efecto expide y señala la Contaduría General de la Nación⁹⁷, bajo el denominado Sistema Nacional de Contabilidad Pública (SNCP), esto es consecuente con el entorno jurídico de todo el Estado: Todas sus actuaciones y actividades tanto funcionales como operativas están reguladas por normas; la contabilidad de los procesos y contingencias judiciales no está exenta de esta característica.

⁹⁶ En materia de tutelas y de acciones de inconstitucionalidad, procesos judiciales que han generado el mayor número de fallos con impactos fiscales (a cargo de la Corte Constitucional), la aplicación del sistema “litigob”, así como de los registros contables y presupuestales por la dinámica de las mismas (brevedad en el caso de las tutelas y ausencia de estimación cuantitativa de lo reclamado, en el caso de la acción de constitucionalidad), no es posible, razón por la cual el cumplimiento de estos fallos conlleva un impacto reflejado en la imposibilidad de prever el monto que una condena implicará o el efecto fiscal o presupuestal de una decisión de inconstitucionalidad.

⁹⁷ Creada por el Constituyente del año 1991, introducida en el artículo 354 de la Constitución Nacional tiene como funciones básicas la de unificar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país. La estructura de la Contaduría Pública de la Nación se desarrolla mediante Ley 298 de 1996 y normas posteriores.

Es propio de las demandas la incertidumbre sobre la forma en que fallará el juez, y según el estudio jurídico que la entidad estatal realice sobre el caso, la incertidumbre puede ser mayor o menor, y en la medida en que se pueda anticipar su resultado, se podrá realizar una provisión adecuada. Siempre que exista la posibilidad de ocurrencia de un hecho que pueda implicar la obligación por parte del Estado de pagar a terceros, esa situación se debe reconocer en la contabilidad.

El pago de sentencias, conciliaciones o fallos arbitrales no escapa al manejo contable propio de los recursos públicos, razón por la cual, desde el momento en que una entidad del Estado es notificada de una acción judicial en su contra debe proceder a registrar esta situación dentro de su contabilidad. El pago que finalmente realice debe responder a la previsiones contables y financieras que rigen el manejo presupuestal de sus recursos, no puede aparecer dicho pago sin un respaldo contable de la existencia del proceso dentro del cual se profiere el fallo cuyo pago se debe atender.

El registro adecuado de los procesos judiciales permite reconocer y revelar a través de los estados contables la situación, los resultados y la capacidad de servicio o generación de flujos de fondos de la entidad contable pública en forma confiable, con base en los cuales puede atender la contingencia de un resultado desfavorable durante el periodo fiscal respectivo.

Una vez se tiene conocimiento de un proceso en su contra, la respectiva entidad estatal procede a registrar el hecho en las cuentas de orden toda vez que en este momento está frente a la incertidumbre de ganar o perder el proceso (contingencia) sin que pueda saber a ciencia cierta si será o no condenada a pagar las pretensiones de tal acción en la cuantía en que se señala en la respectiva demanda.

“Las cuentas de orden deudoras y acreedoras contingentes registran hechos, condiciones o circunstancias existentes, que implican incertidumbre en relación con un posible derecho u obligación, por parte de la entidad contable pública. Estas contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas, tratándose de las cuentas de orden deudoras contingentes y eventuales o remotas, tratándose de las cuentas de orden acreedoras contingentes. En ambos casos, dependiendo de la probabilidad de su ocurrencia, determinada con base en la información disponible.”⁹⁸

⁹⁸ PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD PÚBLICA. Contaduría General de la Nación. Pág. 62. BOGOTÁ 2009. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras representan la estimación de hechos o circunstancias que pueden afectar la situación financiera, económica, social y ambiental de la entidad contable pública, así como el valor de los bienes, derechos y obligaciones que requieren ser controlados. También incluye el valor originado en las diferencias presentadas entre la

El hecho contable de registrar los procesos judiciales contra la entidad como un cuenta de orden se explica por la incertidumbre de salir o no condenada respecto de las pretensiones de la demanda correspondiente que no la obligan a destinar desde ese momento (notificación de la demanda) recursos en un monto determinado, pero sí reflejar la eventualidad de un pago en caso de un fallo en contra.

De acuerdo con el Catálogo General de Cuentas expedido por la Contaduría General de la Nación⁹⁹ (Resolución 356 de 2007), las contingencias judiciales (Responsabilidades Judiciales) deben registrarse en las cuentas de orden acreedores (9) del grupo Responsabilidades Contingentes (91) cuenta Litigios y mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (9120). El catálogo la describe así:

“Representa el valor de las demandas interpuestas por terceros en contra de la entidad contable pública. También incluye las pretensiones económicas originadas en conflictos o controversias que se resuelven por fuera de la justicia ordinaria.

La contrapartida corresponde a la subcuenta 990505 - Litigios y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

DINÁMICA

SE DEBITA CON:

- 1- El menor valor estimado durante el proceso.*
- 2- El valor provisionado durante el proceso, momento en el cual se refleja en el balance.*
- 3- La extinción de la causa que dio origen al proceso.*

SE ACREDITA CON:

- 1- El valor estimado de las pretensiones económicas.*
- 2- El mayor valor estimado durante el proceso.”*

Ahora bien, como dentro de la dinámica procesal, los fallos tiene recursos para ser interpuestos en caso de una primera instancia negativa para la entidad estatal, de

información contable pública y la utilizada para propósitos tributarios. Cuentas de orden creadoras. Cuentas representativas de los compromisos o contratos que se relacionan con posibles obligaciones y que por lo tanto pueden llegar a afectar la estructura financiera de la entidad contable pública.

⁹⁹CATALOGO GENERAL DE CUENTAS. Contaduría General de la nación. Versión 2007. Manual de Procedimientos. Página 321. Versión ADOBE PDF.

tal manera que la condena proferida en su contra no queda en firme hasta tanto no se resuelva el recurso que interponga frente a un fallo en su contra, la práctica contable tiene una manera para registrar esta situación. El trámite procesal de una acción, independiente a su naturaleza civil, laboral, administrativa, etc., contablemente opera así:

Una vez se tenga conocimiento de una demanda contra el Estado, conocimiento que llega legal y válidamente a través de la notificación judicial del auto admisorio de la demanda, y una vez agotados los medios procesales para confirmar la real vinculación de la entidad al respectivo proceso, la entidad constituye la responsabilidad contingente, registrando un crédito a las subcuentas 912001-Civiles, 912002-Laborales, 912004-Administrativos, 912005-Obligaciones Fiscales y 912090-Otros litigios y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Para este registro la entidad debe evaluar el riesgo, en este caso, distinto a como se hace en el registro al sistema "Litigob" tratado anteriormente, en el cual, el monto a registrarse dentro del mismo es el valor de las pretensiones; en el caso del registro como responsabilidad contingente en la contabilidad de la entidad, la evaluación del riesgo que ella estima respecto de la acción judicial en la que ha sido vinculada debe ser el resultado de la aplicación de metodologías de reconocido valor técnico o del estado en que recibe el proceso, *"el riesgo se determina en términos de probabilidad o no de la condena; en caso de determinarse que es probable ser sujeto de una condena la reconoce como pasivo estimado, con un debito a la subcuenta 531401-Litigios, de la cuenta 5314- Provisión para Contingencias y un crédito a la subcuenta 271005- Litigios de la cuenta 2710- Provisión para Contingencias, previa cancelación de las cuentas de orden acreedoras constituidas."*¹⁰⁰

En la práctica, el paso de cuentas de orden acreedoras a pasivo estimado opera en cuando el fallo condenatorio es proferido en primera instancia. Si un fallo es proferido contra una entidad estatal y, dicho fallo es objeto de recursos, ya sea de reposición o de apelación, contablemente se considera que la incertidumbre inicial del proceso registrada en las cuentas de orden de la contabilidad de la entidad ya se ha revelado en una condena aunque la misma esté pendiente de ser confirmada, modificada o revocada por otra autoridad judicial distinta a la que falla inicialmente (primera instancia) y por lo tanto deberá ser asumida como un pasivo estimado a cargo de la entidad y provisionar recursos para su eventual pago.

Con la sentencia definitiva condenatoria, es decir, ya se han agotado todos los recursos procesales contra ella, la entidad contable pública dará a la misma el tratamiento de un crédito judicialmente reconocido es decir un pasivo que de

¹⁰⁰ LIBRO II MANUAL DE PROCEDIMIENTOS CONTABLES. REGIMEN DE CONTABILIDAD PÚBLICA. Contaduría General de la Nación. 2012. Págs. 51 y 52..

estimado pasa a ser un pasivo real en la medida que ya se está frente a una obligación cierta de pagar una suma líquida de dinero.

En el evento en que la sentencia definitiva sea favorable para la entidad demandada y dicha sentencia ya esté en firme se deben ajustar contablemente las cuentas afectadas durante el litigio, esto es, cancelando el registro en las cuentas de orden acreedoras en caso que el fallo de primera instancia siendo absolutorio para la entidad no haya sido apelado por la parte interesada y por lo tanto queda en firme o, cancelando los registros efectuados como pasivo estimado cuando es en segunda instancia que se exonera a la entidad estatal respecto de la condena inicialmente proferida en su contra (fallo de primera instancia). Los pormenores de la actividad de registros contables no se tratarán en este trabajo pero para su consulta puede acudir al Libro II Manual de Procedimientos Contables de la Contaduría General de la Nación.

En resumen, la entidad estatal debe reconocer en su contabilidad la existencia en su contra de un proceso judicial mediante el registro de la misma en cuentas de orden acreedores, como pasivo estimado o como un crédito judicialmente reconocido (pasivo real).

2.4. Normas procesales referentes al pago de condenas judiciales contra el Estado.

Dentro del grupo de normas de carácter procesal que tratan el tema de pago de sentencias judiciales contentivas de condenas contra el Estado se encuentran los Códigos de Procedimiento Civil, de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso, así como de algunos decretos y Resoluciones que orientan a las entidades para efectuar los pagos de las condenas a su cargo.

El Código de Procedimiento Civil está considerado como la norma procesal de referencia para todos los procesos judiciales que se adelantan ante cualquier clase de jurisdicción, en la medida que, ante los vacíos normativos, los diferentes códigos remiten al Código de Procedimiento Civil la aplicación de normas en él contenidas que se erigen como supletivas en temas no regulados directamente por aquellos. En materia de cumplimiento de sentencias a través de las cuales se condene al Estado al pago de sumas de dinero (ejecución) no es una excepción a la remisibilidad a sus normas. Por esta razón se estudia a continuación el articulado contenido en el Código de Procedimiento Civil relacionado con el tema.

2.4.1. Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil, comprende las normas para la atención de procesos generados por procesos que versan sobre asuntos generados por

acciones, omisiones, hechos u operaciones que no son propias de las actividades públicas del Estado, pero que si bien corresponden al giro ordinario de las actividades privadas o propias de los particulares pueden en un momento determinado vincular a alguna entidad estatal, como serían los casos de reclamaciones de carácter ejecutivo, de arrendamientos, responsabilidad civil por accidentes de tránsito, etc., dentro del cual se tiene previsto el contenido y forma de ejecutar un fallo que de esta naturaleza civil se expida contra una entidad del Estado.

Por su carácter general y ser normas que tratan de asuntos generalmente denominados civiles, su aplicación se ha extendido a temas laborales y comerciales para llenar los vacíos que en un tema determinado se presenten en la normatividad procesal propia de dichas ramas del derecho. Esta figura de aplicar normas civiles a temas laborales y comerciales, incluso a temas de procesos administrativos se denomina remisibilidad. De aquí la razón de su estudio.

“ARTÍCULO 336. EJECUCION CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO. Artículo modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Numeral 158 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:

La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo 335

El término de seis meses que establece el inciso anterior, se contará desde la ejecutoria de la sentencia o de la providencia que la complemente; pero cuando se hubiere apelado de aquélla o de ésta, comenzará a correr desde la ejecutoria del auto de obediencia a lo resuelto por el superior. “

El artículo 177 fue derogado por el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Adelante se estudiara esa norma, por el momento quiero resaltar la existencia de normas sobre cumplimiento de fallos contra el Estado contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Con relación al artículo 335 que forma parte del Código de Procedimiento Civil, en él se establece que las sentencias proferidas en la jurisdicción ordinaria (es decir aquella dispuesta para resolver controversias entre particulares o por asuntos civiles contra alguna entidad pública por asuntos expresamente excluidos de la jurisdicción contencioso administrativa cuyas diferencias se expusieron al inicio de este capítulo) pueden ser ejecutadas una vez se encuentren en firme, ante el mismo juez que la profirió; ejecutar significa solicitar que se condene al afectado

con el fallo, a cumplir con la entrega de una suma determinada de dinero mediante un mandamiento de pago con la posibilidad de embargo y secuestro de los bienes que sea propietario, de esta opción se excluye al Estado por específica disposición del artículo 336.

Esta dinámica simplemente significa que una condena originada en un proceso civil, e incluso laboral o comercial, pues por remisión de normas frente a una condena proferida contra el Estado con motivo de una relación laboral o comercial se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil, puede ser objeto de un pago forzoso a través de una acción ejecutiva contra la entidad estatal condenada en caso de no cumplirse voluntariamente con su pago. Pero, desde el punto de vista presupuestal, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, la entidad demandada y posteriormente condenada, como consecuencia de un proceso adelantado en su contra por la jurisdicción ordinaria, ya sea civil o laboral, de haber sido vinculada legal y oportunamente a dicho proceso ha debido registrar como contingencia judicial esta situación para poder disponer en su momento de los recursos necesarios para cumplir con el fallo, esto es, efectuar la cancelación de las sumas de dinero a la que ha sido condenada.

2.4.2. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Ley 1437 de 2011)

Esta reciente codificación de las normas relacionadas con la actuación, tanto en sede administrativa, como con las acciones que contra el Estado se interpongan ante la justicia contencioso administrativa, introdujo cambios respecto de la anterior normatividad (Decreto 01 de 1984). Con relación a la vigencia de unas y otras normas, es decir, las contenidas en el Decreto 01 de 1984 y las contenidas en la Ley 1437 de 2011, debe hacerse la precisión que estas últimas, es decir, las contenidas en la Ley 1437 de 2011 se aplican respecto de los procesos judiciales contenciosos administrativos iniciados a partir del 2 de julio de 2012 y, las contenidas en el Decreto 01 de 1984 se aplican a todos aquellos procesos iniciados antes del 2 de julio de 2012, en consecuencia se analizarán los dos grupos de normas en lo que respecta al pago de las sentencias condenatorias contentivas de órdenes de pago de sumas de dinero.

Empecemos con las normas de la Ley 1437 de 2012. Los artículos 192 a 195, inclusive, hacen mención de la forma como se ejecutan las condenas judiciales contra el Estado.

“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su

ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.

Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.”

Este artículo establece el tiempo en que una entidad pública debe efectivamente realizar el pago de las condenas judiciales de carácter contencioso administrativo que le hayan sido impuestas. Pero antes de entrar al estudio jurídico de esta norma recordemos que en este momento histórico – procesal ya la entidad ha debido realizar los registros contables que se trataron en los numerales anteriores, es decir, presupuestal y contablemente existen las consideraciones y antecedentes

necesarios para imputar al presupuesto de la entidad el pago respectivo pues ya se deben contar con los registros que permitan tal operación; cosa distinta es la forma y momento en que se desembolsaran los recursos para atender el pago efectivo de dicha responsabilidad judicial.

El artículo 192 de la Ley 1437 otorga a las entidades públicas hasta diez (10) meses, contados desde la ejecutoria de la sentencia, para el pago o devolución de sumas líquidas de dinero, esto se explica, por una parte, por la obligación para la entidad pública condenada de efectuar estudios respecto de la documentación que respalda la obligación judicial que se le cobra (primera copia autentica del fallo, lleno de formatos respecto del beneficiario y de la cuenta bancaria a la que se hará la consignación, pedir reporte a la Dirección de Impuestos Nacionales sobre la existencia o no de obligaciones tributarias del beneficiario del pago, etc.) y, por otra, la de programar los pagos dentro de la entidad así como la ubicación respecto del respectivo Certificado de Disponibilidad Presupuestal, los recursos de caja necesarios, etc.

En el Decreto 01 de 1984 el plazo para que la entidad proceda a pagar o devolver los dineros a las que refiere la condena es de dieciocho (18) meses contados desde la ejecutoria de la respectiva sentencia¹⁰¹.

Una vez ejecutoriado el fallo, el interesado en recibir el pago de la condena a su favor e impuesta a una entidad estatal deberá presentar la solicitud de pago a la entidad obligada a su cumplimiento. Según el artículo 192 ya citado, esta diligencia se deberá realizar dentro de los tres (3) meses siguientes. Este término es

¹⁰¹ARTICULO 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS.

Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

El Congreso, las Asambleas, los Concejos, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Municipales y Distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender al pago de todas las condenas que haya relacionado el Ministerio Público.

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

importante para el reconocimiento de intereses por parte de la entidad estatal; si presenta la solicitud dentro de los tres (3) meses a que hemos hecho referencia, se reconocerán intereses sobre la suma impuesta en la condena hasta que su pago se realice; si, por el contrario, los presenta después de pasados los tres (3) primeros meses contados desde la ejecutoria, la causación de intereses cesará desde que terminan dichos tres (3) primeros meses hasta cuando sea presentada la solicitud de pago.

Los intereses se causarán hasta la fecha en que efectivamente se pague la condena o se devuelvan los dineros referidos en la respectiva sentencia.

Dentro del Decreto 01 de 1984 (Art. 177) el plazo que tiene el beneficiario de la condena para presentar la solicitud de pago es de seis (6) meses y la causación de intereses opera igual a lo que se expone en la Ley 1437 de 2011.

Vale la pena citar la decisión tomada por la Honorable Corte Constitucional sobre la causación de los intereses de mora en el pago de fallos contra el Estado y de la posibilidad de reconocer intereses remuneratorios sobre los mismos durante el plazo que, o bien el juzgador otorgue para su cumplimiento, o bien cuando se convengan como resultado de una conciliación, a propósito de lo señalado en el artículo 177 del decreto 01 de 1984. Dice la sentencia C-188 de 1999 con ponencia del Magistrado JOSE GREGORIO HERNANDEZ.

“En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago - evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria.

Ahora bien, si por alguna razón la entidad no conocía del proceso dentro del cual le fue impuesta una condena, aunque esto suene extraño ocurre por razones lógicas de carácter procesal, ya sea porque no fue vinculada como demandada al proceso, o no se hizo parte o el Juez o Tribunal decide imponer la condena en cabeza de la entidad nacional que lidera el sector al que pertenecía la entidad inicialmente obligada o responsable de la omisión, acción, hecho u operación que generó la demanda por una especie de solidaridad legal ante su extinción jurídica antes o durante el proceso respectivo y, en algunos casos por caprichos judiciales que no es del objeto de este trabajo entrar a cuestionar, la entidad respectiva deberá realizar el trámite tendiente a la obtención de recursos para o desde su presupuesto; para su presupuesto, es decir, que si dentro de la vigencia fiscal no contaba con recursos en el presupuesto de gastos deberá efectuar la solicitud de recursos para atender el pago con cargo al presupuesto de la siguiente vigencia fiscal o adicionar el actual y, desde su presupuesto, en el caso que la entidad,

previando contingencias judiciales en abstracto las hubiere incluido y así pueda tomar recursos de estas partidas del presupuesto vigente al momento en que se le radica la solicitud de pago por parte del beneficiario de la sentencia.

Finalmente, el artículo 192 eleva a causal disciplinaria la mora o incumplimiento en el pago de un fallo judicial proferido contra el Estado, cuando o no se paga o se incurre en demora en la atención y trámite del mismo al interior de la entidad obligada. Además, la causación de intereses, en este caso, de carácter moratorio puede significar un detrimento patrimonial con la consecuente responsabilidad fiscal contra el funcionario ordenador del respectivo gasto incrementando también el impacto fiscal del fallo en las finanzas públicas.

ARTÍCULO 193. CONDENAS EN ABSTRACTO. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

Este artículo hace referencia a la dinámica que puede darse en un proceso determinado cuando, o bien en virtud del tipo de pretensiones demandadas, de diligencias de carácter liquidatorio especiales para llegar a una determinación cuantitativa de su monto o de un alto grado de contenido financiero un fallo condenatorio no puede establecer dentro de su texto la cuantía a la que se eleva la condena impuesta, en este caso, dentro del proceso y a continuación del fallo, una vez quede en firme, se procede a realizar las operaciones matemáticas, financieras y económicas tendientes a lograr el establecimiento de un cifra concreta que permita el resarcimiento pecuniario para el reconocimiento de la condena impuesta a través de una suma líquida de dinero.

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.

Esta disposición también se aplicará a las entidades territoriales y demás descentralizadas de todo orden obligadas al manejo presupuestal de contingencias y sometidas a dicho régimen de conformidad con la Ley 448 de 1998 y las disposiciones que la reglamenten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La presente disposición no se aplica de manera inmediata a los procesos judiciales que a la fecha de la vigencia del presente Código se adelantan en contra de las entidades públicas. La valoración de su contingencia, el monto y las condiciones de los aportes al Fondo de Contingencias, se hará teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos y de acuerdo con las condiciones y gradualidad definidos en la reglamentación que para el efecto se expida.

No obstante lo anterior, en la medida en que una contingencia se encuentre debidamente provisionada en el Fondo de Contingencias, y se genere la obligación de pago de la condena, este se hará con base en el procedimiento descrito en el artículo siguiente. Los procesos cuya condena quede ejecutoriada antes de valorar la contingencia, se pagarán directamente con cargo al presupuesto de la respectiva entidad, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia, previa la correspondiente solicitud de pago.

Las entidades priorizarán, dentro del marco de gasto del sector correspondiente, los recursos para atender las condenas y para aportar al Fondo de Contingencias según la valoración que se haya efectuado.

Esta norma introduce un nuevo esquema para el pago de las contingencias judiciales originadas en procesos contra la Nación; la fórmula es aplicar el mismo método que desde el año 1998, a través de la Ley 448 se dispuso para la atención de las obligaciones a cargo de la Nación por concepto de reclamaciones contractuales originadas por operaciones de endeudamiento público¹⁰².

Aunque como se expresa en el artículo 194 de la Ley 1437 de 2011, la reglamentación de este Fondo de Contingencias para la atención del pago de las condenas judiciales contra las entidades estatales está por reglamentar; en

¹⁰² Mediante la Ley 448 de 1998 se expidieron normas para el manejo presupuestal de las deudas surgidas por pérdidas de las contingencias a su cargo por concepto de operaciones de endeudamiento tanto interno como externo que asumen las diversas entidades estatales, entre las cuales se tiene la creación de un Fondo de Contingencias.

principio, dada la remisión que se hace a las normas de la Ley 448 de 1998, su operación y estructura será la de un patrimonio autónomo a cargo de una Fiduciaria o grupo de sociedades fiduciarias al cual se llevan aportes de la Nación y de las entidades vinculadas a un proceso judicial para que de alguna manera el pago de las respectivas condenas, una vez en firme, no sea otra diligencia que, aparte del compromiso administrativa que al interior de cada entidad el pago representa, el mismo conlleve reclamaciones judiciales adicionales (procesos ejecutivos) por la demora o incumplimiento en el desembolso de los recursos correspondientes o que presupuestalmente no se cuenten con los recursos necesarios para el pago.

En el caso del manejo del Fondo de Contingencias, el envío de los recursos por parte de la entidad estatal respectiva, será una vez conozca de una condena en primera instancia en su contra y que haya sido apelada, pues esto significa que aún no está en firme y, contable y presupuestalmente, deja de ser considerada como una cuenta de orden para ser registrada como pasivo estimado, independiente a la valoraciones contables que debe hacer en términos de grado de riesgo en cuanto a la pérdida (condena), naturaleza de las pretensiones (con indexación, perjuicios inmateriales que deben estimarse dentro del proceso, etc).

Es de resaltar que el Fondo de Contingencia opera como medio de pago y no como parte dentro del respectivo proceso, razón por la cual, las obligaciones de registro permanecen en cabeza de cada entidad, es decir, en su contabilidad y presupuesto deben continuarse con los registros de la contingencia judicial como tal, en los términos en que se han venido exponiendo y con relación al Fondo de Contingencias registra el traslado de los recursos que, de su presupuesto, debe girar con destino al Fondo para que sea a través de este por donde el beneficiario del fallo reciba su pago. Esta reglamentación deberá ser expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, situación que al momento de elaboración del presente trabajo no ha sucedido.

Un aspecto a resaltar del manejo presupuestal de las contingencias por procesos judiciales, relacionado con los Fondos de Contingencias, en cuanto a planeación y presupuestación de las mismas lo constituyen, las valoraciones que periódicamente deben realizar sobre las contingencias en términos de riesgos y montos eventuales ante un fallo adverso.

Desde la expedición de la Ley 448 de 1998 se tiene establecido la obligación de efectuar valoración sobre las contingencias independiente a la causa u origen de las mismas. Dice el artículo de la ley 448:

“ARTÍCULO 3o. PASIVOS CONTINGENTES. 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 Ley448 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.”

El flujo de recursos para atención de contingencias, aparte de significar que las entidades no tendrán las labores propias de la revisión de los documentos que deben acompañar la solicitud de pago que respeto de un fallo les sean radicados en sus oficinas, significará el traslado de los recursos al Fondo de Contingencias con antelación a la misma solicitud de pago, es decir, para la entidad el desembolso opera independiente a la realización del pago propiamente dicho el cual lo realiza el Fondo de Contingencias.

ARTÍCULO 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.*
- 2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.*
- 3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.*
- 4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.*

La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para el Fondo de

Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento necesario con el fin de que se cumplan los términos para el pago efectivo a los beneficiarios. El incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 2o. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria.”

2.5. HACIA UN ACERCAMIENTO ENTRE LO PRESUPUESTAL Y LO JURIDICO PARA CUMPLIR CON LOS FALLOS Y PONDERAR LAS DECISIONES EN ELLOS CONTENIDAS.

Analizado todo el esquema contable, financiero y presupuestal de cómo las entidades estatales se preparan para atender fiscalmente los fallos en su contra desde la perspectiva de la contingencia que durante su trámite ellos implican, es del caso entrar a considerar cómo va a ser ese trabajo futuro a la luz del criterio de sostenibilidad fiscal. No podemos, como Estado, seguir atendiendo obligaciones prestacionales a través de acciones de tutela, debe también atenderse cumplidamente ese tipo de obligaciones constitucionales con los escasos recursos con que se cuente, trazar políticas eficientes y efectivas para lograr su progresivo y real ofrecimiento de una manera, no sólo legalmente respaldada, sino judicialmente respetada en el sentido de observar todo el esquema presupuestal que el Estado en general dispone y la entidad en particular cuenta. La invitación del principio de sostenibilidad fiscal es al respeto de la hacienda pública pero a su vez al orden y estructuración técnica de la misma, que las reglas para estimar la de incidencia y ponderación de las distintas actividades de las ramas del poder observen y respeten el sistema presupuestal y conozcan cómo y con qué se cuenta para el cumplimiento de sus deberes, funciones y órdenes.

“Muy censurable resulta, por otra parte, que la atención y garantía de los derechos fundamentales se haga depender, en definitiva, de la acción de tutela la cual fue concebida en nuestro orden constitucional como una alternativa excepcional ante situaciones extraordinarias que pongan en peligro un derecho fundamental. Lo que en realidad ha de procurarse, a partir de la exigencia constitucional de la sostenibilidad fiscal, es que en el ámbito de unas finanzas públicas sanas y en orden sea posible que el plan de desarrollo, las leyes anuales de presupuesto y en general las instituciones de la hacienda, se orienten decididamente a una cobertura

amplia y eficaz en pos de los derechos fundamentales de la población más vulnerable de Colombia.

La acción de tutela seguirá siendo de crucial importancia para los colombianos pero no podrá concebirse como el único presupuesto alrededor del cual gire la efectividad de los derechos fundamentales. Si así ocurriera, se consolidaría el absurdo de que la comentada efectividad sólo sería viable para los actores de tutela y únicamente en lo que atañe a lo que haya sido materia de sus reclamaciones, con lo cual la justicia en la destinación de los limitados recursos con que cuenta el Estado se desquiciaría de modo inmensurable. Mal se puede pretender que por la atención efectiva de los derechos de unos, los actores en las tutelas, se pierda cada vez más el horizonte universal y general de la dimensión social de la actividad pública.

Los responsables del buen curso de la política fiscal y de la hacienda, al estructurar los planes de desarrollo y los presupuestos públicos, tendrán que incluir apropiaciones presupuestales razonables para que la tutela, cuando sea el caso, logre los efectos que ha previsto la Carta Política. Y en ese orden de ideas, si bien el juez que conoce en particular de una tutela no es el llamado a trazar los lineamientos de la sostenibilidad fiscal sí ha de contar con un contexto de hacienda pública sana, y en orden, que garantice que lo que ordene se cumpla, sin la recurrente necesidad que hoy impera de acudir a incidentes de desacato para que se logre la efectividad del amparo.

Así las cosas, la Corte Constitucional, en el ámbito de la guarda de la integridad de la Carta Política, que le compete, deberá coadyuvar activamente para que sea efectiva la sostenibilidad fiscal. Participará, como tal, de la responsabilidad de los altos funcionarios del Estado por una hacienda pública racional y estable y así deberá tenerlo presente cuando haya de pronunciarse mediante sentencias que tengan que ver con la actividad financiera pública y con los derechos fundamentales en particular.”¹⁰³

Los esquemas actuales de ponderación de derechos a la luz exclusiva de la normatividad, como un deber ser imperativo, están llamados a ser estimados armónicamente en un marco de recursos disponibles no para elevarlo como excusa de su no reconocimiento sino, por el contrario, para asegurar la progresividad de su cobertura, la sostenibilidad de su prestación y la no regresividad de su amparo, presupuestalmente considerados.

¹⁰³ PLAZAS VEGA, Mauricio. La Sostenibilidad Fiscal. Comentarios al Acto legislativo 03 de 2011. Artículo publicado en revista de derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia.

Si bien los jueces y magistrados pueden hoy todavía adolecer de formación avanzada en finanzas públicas y economía, esta falencia es posible de diluirse; queda la otra parte, una ausencia de información y elementos de juicio necesarios dentro del respectivo proceso judicial que puede tener el carácter de asimetría en la información toda vez que en algunos casos no toda la información se presenta dentro del proceso, ya sea por interés del gobierno o la entidad respectiva en no mostrarla como una estrategia de defensa, ya sea que el respectivo juez o magistrado no la solicita de oficio, ya sea que no se le dio oportunidad a dicha información de mostrar su verdad, su realidad financiera y presupuestal o dándosele una lectura tergiversada o una interpretación errónea. Es necesario crear nuevos espacios procesales dentro de las respectivas acciones, ya ante la Corte Constitucional, ya ante el Consejo de Estado, ya ante el juez administrativo que permita (u obligue) la estimación judicial de sus efectos y realidades para sopesar dentro de un criterio de sostenibilidad fiscal los impactos favorables o desfavorables de una decisión determinada.

La decisión judicial deberá observar el criterio de sostenibilidad, no como criterio de orientación de su decisión judicial (similar a los criterios jurídicos) sino como criterio de ponderación del contenido fiscal de su pronunciamiento frente a un caso concreto de conflictos de derechos, de reconocimiento de derechos o de control constitucional de una situación normativa concreta (Ley o decreto) al tenor de lo señalado en el inciso primero del artículo 334 de la CP. En adelante, todo razonamiento judicial deberá ponderar el razonamiento jurídico de lo económico, de lo presupuestal en términos de los recursos que el Estado verá disminuidos o apropiados del total de sus finanzas frente a la decisión judicial que lo afecta.

El razonamiento jurídico que debe acompañar el razonamiento judicial propiamente dicho, conllevará la ponderación y estimación de las normas presupuestales que sustenta fiscalmente una situación directa o indirectamente relacionada con el estudio que se adelanta en sede judicial. Los jueces deben tomar sus decisiones en el marco de una normatividad previamente dada y en ella se incluye el criterio de sostenibilidad fiscal que está representando en las normas que constituyen el sistema presupuestal colombiano y que en el momento procesal en que se ejerce y se decide la acción judicial fueron o han sido dispuestas por el poder legislativo y el ejecutivo; criterio que surge, por expresa disposición constitucional como expresión de la colaboración armónica que debe orientar al estado social de derecho. La orden dada en el artículo 334 de la Constitución Política Colombiana lleva a las tres ramas del poder público a considerar el impacto fiscal de sus decisiones entendido como los efectos que su decisión y la forma en que debe cumplirse o ejecutarse generan en el total de los recursos del Estado que representan y que con su actividad promueven para el logro de los fines que lo determinan.

Un juez impone su decisión, pero también debe sustentarla y explicarla a la luz de la normatividad que la respalda y que debe respetar. *“Pero lo que deben hacer es*

más que eso, puesto que más que tratar de probar sus decisiones como verdaderas, deben mostrar validez, eficacia de tal manera que puedan ser tenidas como correctas desde el punto de vista del derecho preexistente que regula la materia sometida a conocimiento y decisión del juez, puesto que un juez se encuentra vinculado a ese derecho, aunque siempre deba interpretarlo para aplicarlo a la situación que conoce. En caso contrario, si el juez no reconociera su vinculación al derecho preexistente y la consiguiente obligatoriedad que tiene de observarlo en orden de aplicarlo, se esfumaría el valor más propio del derecho, a saber, la seguridad jurídica.” VALENZUELA CORI, Rodrigo. “Justificar Decisiones Jurídicas y Justificar decisiones Judiciales” Revista de Derecho Vol. XIX núm. 1 Julio 2006 pp 277-292 Universidad Austral de Chile.

Existen tantas clases de decisiones como clases de acciones existen contra el Estado; las originadas en las acciones de constitucionalidad de una Ley; de legalidad de decretos; las que resuelven acciones de tutela, acciones populares, acciones de cumplimiento; las que resultan de las acciones contenciosas administrativas de reparación directa o contractuales, etc.; como expresión de ellas se encontrarán condenas a pagar sumas de dinero, condenas a cumplir con actividades que se obligó a realizar, declaratorias de nulidad de normas, etc. Pero cada una de ellas, en sus efectos conllevará de alguna manera un impacto fiscal, entendido como la destinación de recursos que, previstos o no para tal finalidad (contingencia judicial) afectaran el balance final de las finanzas públicas. Ese factor deberá ser ponderado por el fallador como consecuencia de la incorporación en el artículo 334 de la Constitución Política Colombia de la sostenibilidad fiscal como criterio de todas las actividades del poder público.

En lo relacionado con los fallos de la Corte Constitucional que por la naturaleza de los mismos, muchos de ellos comprometen y determinan situaciones económicas, el criterio de sostenibilidad contenido en el artículo 334 de la Constitución se erige como factor determinante en la argumentación jurídica de la decisión judicial que ella tome. El control constitucional que ejerce la Corte y, como órgano máximo de interpretación de las normas constitucionales, deberá incluir dentro de sus niveles de argumentación pragmática, axiológica y normativa el factor económico que este criterio conlleva. La institucionalidad de lo fiscal y del sistema presupuestal, expresadas en las normas que lo determinan (Ley de Presupuesto, Ley de Gastos, Regla Fiscal, etc) deberá ser considerado y ponderado pues integran el concepto de sostenibilidad fiscal que el artículo 334 de la Constitución le obliga observar como criterio en su actuación. *“La función del juez constitucional, en fase de control difuso o abstracto de constitucionalidad, no puede ser desarrollada bajo una idea pura del derecho. La incorporación de nuevos elementos fácticos y axiológicos no puede significar la impureza del Derecho sino el reconocimiento de lo que es el Derecho mismo...Si la Constitución representa un universo de posibilidades políticas, axiológicas y jurídicas, el control de constitucionalidad deberá estar caracterizado por la imbricación o relación armónica entre estos tres elementos... una argumentación que demuestre que se tuvo en cuenta el contexto*

real de la situación a la luz de lo político, lo axiológico y lo jurídico que contienen las normas constitucionales. La discrecionalidad del juzgador no se puede eliminar pero puede ser efectivamente controlada mediante la exigencia de una argumentación armónica que elimine la posibilidad de sentencias justas pero ajenas a la realidad, legales pero injustas, o muy convenientes pero injustas o ilegales.” ESTRADA VELEZ, Sergio. “Los límites a la Corte Constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden institucional: propuesta de control a partir de la teoría de los principios jurídicos y la metodología de la argumentación jurídica” *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 6 Núm. 11. Enero –Junio de 2007. Pp. 15-29. Universidad de Medellín. Colombia.

En este aspecto, no se comparte la idea de virtualismo del razonamiento judicial promovido por John Rawls¹⁰⁴ que sería el óptimo de la labor de los jueces constitucionales; por el contrario, a la luz de la normatividad constitucional con sus principios y reglas, la argumentación de los jueces debe estar enriquecida con la opinión especializada de economistas y administradores públicos en cuanto al criterio de sostenibilidad fiscal que deben ponderar previa a la toma de la decisión judicial que se les encomiende.

El criterio de sostenibilidad fiscal surge de la necesidad, precisamente, de incluir los temas presupuestales en la ponderación y argumentación de sus decisiones pues hasta ahora, tanto los debates sobre las sentencias definitivas, como su contenido particular, son decididos exclusivamente por los magistrados sin intervención significativa alguna por parte de aquellos afectados por las mismas.

Detrás de estas decisiones, el criterio de sostenibilidad fiscal deberá estar ponderado en cada una de ellas sin consideración al monto de los recursos involucrados en el debate que se decide, muchos o pocos va a tener una incidencia en el presupuesto de los recursos de la entidad estatal en particular o de todo el Estado en general; la incidencia de tal decisión fiscalmente considerada determinará el grado del impacto en el total de los recursos expresado en la forma de aplicarlos al cumplimiento de lo decidido como al monto requerido u ordenado por el juez o el tribunal.

El incidente de impacto fiscal como se verá en el capítulo que sigue se erige como una valiosa posibilidad de estimación presupuestal de los impactos fiscales y presupuestales de los fallos en procura de su modificación, modulación o diferimiento, pero junto a él se hace necesario una nueva actitud judicial y una

¹⁰⁴ “Los magistrados no pueden invocar su propia moralidad personal, ni los ideales o virtudes que hacen parte de la moral en general. Igualmente, no pueden apelar a las perspectivas filosóficas o religiosas propias o de otras personas. Tampoco pueden citar valores políticos sin restricción alguna; deben apelar a los valores políticos que consideran que hacen parte del entendimiento más razonable de la concepción pública y sus valores políticos de justicia y razón pública que, de buena fe, consideran que sería razonable esperar que todos los ciudadanos suscriban, en tanto seres razonables y racionales.” John Rawls. “Political Liberalism.” New York Columbia University Press. 1997 pag 217. Versión castellana de Sergio René Madero Báez publicada en 1995 por el Fondo de Cultura Económica y la UNAM. Ciudad de México.

nueva dinámica procesal que dé cabida al criterio de sostenibilidad fiscal introducido en el artículo 334 de la Constitución Política mediante Acto Legislativo del año 2011 de manera tal que no quede para el final del proceso, es decir, para lograr afectar la forma de cumplir el fallo (el incidente de impacto fiscal surge contra el fallo) sino para incidir en su estimación procesal previa a su pronunciamiento, labor para la cual los jueces y magistrados de los altos tribunales podrán acudir a peritos o expertos economistas o de conceptos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Banco de la República o de Planeación Nacional que les permitan proyectar las consecuencias fiscales de uno u otro tipo de decisión y modular “en el propio estrado” las consecuencias fiscales de su pronunciamiento

Finalmente, debemos considerar en esta nueva dinámica que implica la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal, la influencia enorme de los pronunciamientos de organismos internacionales, judiciales o no, en materia de reconocimiento y prestación de derechos económicos sociales y culturales que de forma directa y obligatoria se vienen constituyendo en supra normatividad que debe observarse¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sobre el tema puede consultarse a PLAZAS VEGA, Mauricio. LA SOSTENIBILIDAD FISCAL. Comentarios al Acta legislativo 03 de 2011. Artículo publicado en revista de derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia.

“Es reconocido que los derechos económicos, sociales y culturales, todos los cuales cabe encuadrar entre los de la segunda y la tercera generación, son de desarrollo progresivo y no necesariamente de aplicación inmediata, especialmente en los países en vías de desarrollo caracterizados por la insuficiencia de los recursos de sus finanzas públicas. Y ese desarrollo progresivo ha sido previsto en los pactos y convenciones internacionales sobre la materia, a los cuales adhirió Colombia y, por tanto, hacen parte de nuestra normativa. Por tal motivo, todos los órganos de nuestro Estado deben actuar en pos de la creciente e ininterrumpida garantía de esos derechos con estricta sujeción a las condiciones que para tal fin ofrezca la Hacienda Pública. “

CAPITULO 3. DEL IMPACTO DE LOS FALLOS JUDICIALES Y LA SOSTENIBILIDAD DE LAS FINANZAS PUBLICAS. EL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

El pago de la condena genera, de por sí, un impacto fiscal, pero un impacto de alguna manera previsto y presupuestado para atender esa contingencia judicial independiente a la aceptación o no por parte de la respectiva entidad estatal de su imposición por vía judicial.

Evidente es que los recursos que se destinan al pago de la sentencia podrían haberse destinado a inversiones públicas, de tal manera que el solo hecho de la condena genera una suspicacia sobre el comportamiento de la Administración que llevó a la decisión judicial, de allí la conveniencia de cortar por lo sano reclamaciones que pueden ser conciliadas, evitando que el pago dilatado en el tiempo genere actualizaciones e incluso intereses que aumentan el valor de la condena. Y siempre, se genera un espacio de duda sobre los funcionarios implicados a efecto de precisar la pertinencia o no de la acción de repetición. Temas estos interesantes, pero ajenos al objeto que nos ocupa.

Ahora bien, una cosa es la condena proferida que de alguna manera disuelve la incertidumbre propia de toda acción judicial (se gana o se pierde) y otra es la magnitud de la condena, es decir, el grado de compromiso de recursos públicos que genera la atención y cumplimiento de la condena impuesta al Estado; es precisamente sobre este punto al que se refiere este capítulo: el ex post de la sentencia, es decir, el impacto de la cosa juzgada en el fisco.

En ex antes, queda como tema superado la forma como dentro del proceso judicial el Estado defendió su acción u omisión que se le imputa y demanda como judicialmente condenable y presupuestalmente relevante. Así que aparte de la mecánica procesal de la defensa sustantiva de los derechos que se debaten dentro del litigio, lo que queda, como realidad incontrovertible por la fuerza de la cosa juzgada, es que el Estado condenado debe desembolsar los recursos para cumplir el fallo. Frente a este último punto, el cumplimiento del fallo, es donde surge el impacto fiscal y sus consecuencias en la sostenibilidad de las finanzas públicas toda vez que la consideración que el juez, Tribunal o Consejo de Estado efectúe respecto del monto de la condena y la forma como la misma debe ser satisfecha escapa, como se ha visto en los fallos de los últimos años en materia de tutelas y acciones de cumplimiento, a las previsiones presupuestales que las entidades efectúan en desarrollo de las pautas contables y presupuestales a las que se ha referido en el capítulo segundo de este trabajo, así como a las previsiones normativas contenidas en los artículos estudiados.

Junto a este tipo de fallo (condenas que implica erogación de recursos por parte del Estado o entidad condenada) existen fallos mediante los cuales la orden es de suspender la aplicación de una norma (programa o política) a través de la cual el

Estado generaba ingresos o manejaba sus recursos; en este caso también es predicable un impacto fiscal por la consecuencia directa de la pérdida de la legalidad en cuanto su aplicación. Ante este tipo de decisiones judiciales, si bien no se deben activar mecanismos presupuestales para su atención, en términos de disponer con recursos para atención de una condena, si significan una interrupción en su obtención o forma de manejo que puede generar un impacto en las finanzas públicas.

Ante estas eventualidades surgió, dentro del Acto Legislativo 03 de 2011 la figura del Incidente de Impacto Fiscal, mediante la cual se pretende diferir, modificar o modular el impacto fiscal de las condenas contra el Estado en cuanto su cumplimiento, pues al tenor de la orden judicial en ellas contenidas, las finanzas públicas podrían verse afectadas o algunos programas de inversión obstaculizados al tenerse que destinar recursos, o dejar de contar con ellos hacia el futuro, en montos y formas que escapan a cualquier previsión y presupuestación técnica dada la independencia y autonomía de que goza la jurisdicción para tasar el perjuicio, imponer una condena u ordenar la exclusión del ordenamiento una norma, programa o política gubernamental de contenido fiscal o presupuestal.

Como herramienta procesal, el Acto Legislativo 03 de 2011 al introducir en la Constitución Política el criterio de sostenibilidad fiscal como principio orientador de las actividades de todas las ramas del poder público, estableció el denominado incidente de Impacto Fiscal. Durante el transcurso del año 2013, fue sometido a aprobación del Congreso de la República un proyecto de ley de iniciativa gubernamental tendiente a reglamentar dicho incidente¹⁰⁶.

“Esta iniciativa es resultado de la reforma constitucional del año 2011, mediante la cual se establece el criterio de sostenibilidad fiscal y se instaure el incidente de impacto fiscal como un mecanismo que permita materializar dicho criterio.

En efecto, la sostenibilidad fiscal entendida como una garantía indispensable para realizar los postulados del Estado Social de Derecho, requiere de un criterio de rango constitucional que indique a los diferentes órganos del poder público el uso racional de los recursos públicos, para garantizar una disponibilidad sostenible y progresiva de los mismos y, con ello, la consecución de los fines y materialización del Estado Social de Derecho. De esta forma, el constituyente derivado al modificar el artículo 334 de la Constitución Política, consideró el principio de colaboración armónica al establecer que “la sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”.

¹⁰⁶ Entre Mayo de 2013 y Noviembre de 2013, se agotaron los cuatro debates ante las dos cámaras legislativas.

Por lo tanto, el incidente de impacto fiscal se configura como la herramienta idónea para la realización y desarrollo del principio de colaboración armónica que consagra la Constitución en su artículo 113, toda vez que permite al Procurador General de la Nación o los Ministros del Gobierno, solicitar ante cualquiera de las máximas corporaciones judiciales modular, modificar o diferir los efectos de sus providencias, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Sobre este aspecto, el Magistrado Luis Ernesto Vargas señaló en la sentencia C-288 de 2012 que:

“la SF basada en (i) el reconocimiento de la vigencia de las “competencias” de las ramas y órganos del poder público, esto es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 C.P., con sujeción a las previsiones constitucionales y legales que definan tales funciones; y (ii) el reconocimiento del modelo de separación de poderes explicado en este fallo, fundamentado en la autonomía de las distintas ramas, bajo un criterio de controles recíprocos y de colaboración armónica, el cual valida aquellas normas del ordenamiento que facilitan la operación del sistema de frenos y contrapesos, pero que al mismo tiempo se oponen a preceptos que usurpan las funciones constitucionales de los mismos órganos y ramas del poder público”¹⁰⁷

3.1. Del Impacto Fiscal de los Fallos Judiciales contra el Estado.

El impacto fiscal no es otra cosa que los efectos adversos que un fallo judicial produce dentro del presupuesto, bien de una entidad en particular o bien de la Nación. Esto dependerá de si la entidad tiene patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica, para la primera hipótesis, o por no tener los atributos de la personalidad, es la Nación la de que de manera directa absorbe el impacto que lo sitúa en el presupuesto de la entidad o entidades que en nombre de la Nación ha concurrido al proceso.

En Colombia sucede algo atípico, se demanda a la Nación; en otros ordenamientos jurídicos, el Estado es la persona jurídica de la Nación y es al Estado al que se demanda. Igual sucede en los casos de responsabilidad declarada por cortes internacionales, donde es el Estado como sujeto de derecho público internacional es el que soporta los efectos de una sentencia adversa. Independientemente de quien ostente la titularidad de la personalidad jurídica, la sentencia condenatoria debe ser pagada con recursos públicos que, como se explicó en el primer capítulo, están presupuestados; de tal manera que una

¹⁰⁷ Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley No. 326 de 2013 Cámara, 139 de 2012 Senado, “por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Noviembre 2013

sentencia sobrevenida, no estimada como contingencia o cuyo valor supere lo estimado, rompe el equilibrio presupuestal.

Con la estimación del impacto fiscal se trata de atenuar los efectos de un fallo adverso de magnitud no previsible bajo el cálculo logrado mediante el empleo de los instrumentos adecuados. Nunca habrá suficientes recursos para atender todos los compromisos estatales ya sean aquellos asumidos dentro de un programa de planeación y presupuestación de gastos de funcionamiento, atención de la deuda pública y plan de inversiones; ya sean aquellos asuntos que surgen por cuenta de un fallo judicial en donde la previsión de su monto y forma de atenderlo no fueron incluidas ni por vía de planeación ni por vía de presupuestación.

En consecuencia, cualquier condena proferida contra una entidad del Estado, que desborde las provisiones de los recursos para su eventual atención genera un efecto adverso contra las finanzas públicas. Se puede formular un axioma: toda sentencia contraria al Estado –entendido en sentido global- genera impacto.

Este trabajo no tiene por objeto cuestionar o profundizar sobre cómo y porque algunos jueces y, en especial, las altas cortes, particularmente la Corte Constitucional estructura filosófica y conceptualmente sus decisiones en temas económicos, pero de alguna manera el impacto fiscal de las mismas, más que explicarse, debe considerarse durante el respectivo proceso judicial para que sea debidamente ponderado en sus fallos. Así pues que podría sostenerse que hay una consideración fiscal preventiva, dentro del proceso, previa sentencia, de tal manera que el juez, mediante la alegación de defensa, tenga suficiente información fiscal, de forma tal que al momento de proferir sentencia, la misma introduzca dentro de sus consideraciones el aspecto fiscal y, de ser el caso, module los efectos económicos de una eventual sentencia condenatoria. Otra, es el incidente de impacto fiscal, que como cuestión accesoria al proceso surge en momento posterior a la sentencia, en que ya de lo que se trata, no es de prevenir el efecto económico de la sentencia, sino de remediar sus efectos presupuestales. En este el sentido de la institucionalización del criterio de sostenibilidad fiscal mediante su incorporación en el artículo 334 de la Constitución Política y este es el propósito de este trabajo: plantear las formas procesales que conlleva la consideración planteada en la Constitución de tener como criterio el principio de sostenibilidad fiscal por parte de la rama judicial en su actividad. Sobre este tema, vale la pena traer a cita el texto que elaboró el economista Salomón Kalmanovitz:

“La mayoría de la Corte Constitucional actúa bajo la doctrina que informa que el derecho está por encima de las restricciones económicas y que los impuestos constituyen una veta inagotable. Como en todas partes, acá “los derechos son proclamados como inviolables, prioritarios y absolutos. Pero estos son meros excesos retóricos. Nada que cuesta dinero puede ser absoluto” nos informan Holmes y Sunstein. Para hacerlo la Corte debía por lo menos seguir una lógica del derecho constitucional y no basarse en

premisas arbitrarias. Cuando una sentencia no tiene como base la propia constitución sino lo que “ordena” o “vincula” un comité técnico de la OIT, que es una organización multilateral, ni remotamente elegida por los ciudadanos colombianos, estamos ante una Corte que vulnera el estado de derecho para favorecer determinado interés, desplazando a toda la justicia laboral colombiana, cuando es la Corte misma la que debe proteger rigurosamente al estado de derecho y desarrollarlo. Si antes se hubiera podido observar un sesgo de los tribunales laborales a favor de los patronos, ahora sucede exactamente lo contrario y en ninguno de los casos obtenemos justicia.

En aras de la concesión de derechos de última generación, se dictan sentencias intrusivas en las áreas de agencias estatales especializadas, imponiéndole regulaciones que desequilibran sus presupuestos - resquebrajando también el balance fiscal de la nación - basadas en una extensión ilógica de las normas abiertas de la constitución que deben ser reguladas por el legislativo. Se llega al exabrupto de que el estado deba proveer el Viagra para proteger la dignidad de la persona que incluye su sexualidad, sin siquiera preguntarse si el sujeto tiene los medios para adquirirlo por su cuenta. La misma “jurisprudencia” aplica a la cirugía plástica. No sé qué tan digno es parasitarle al Estado y depender del mismo en tantos aspectos de la vida. En la medida en que el Seguro tenga que pagar por lujos tendrá menos presupuesto para atender las necesidades básicas de la mayoría de sus afiliados. Las sentencias muestran poco respeto por las cotizaciones de los afiliados al Seguro Social y por los impuestos que pagan los contribuyentes.

La Corte define de esta manera como reasignar el presupuesto público de manera irracional y caótica. Ella no acepta que tiene limitaciones obvias para conocer y entender la regulación de cada una de las agencias públicas y, por lo tanto, diseña malas reglas que debilitan la acción del Estado en cada una de ellas y terminan perjudicando a los usuarios de los servicios así intervenidos. En el terreno económico y financiero, la Corte ha tejido regulaciones que son un peligro para el bienestar de la comunidad puesto facilitan la llegada de otra crisis financiera de posibles devastadoras consecuencias.

En un país como los Estados Unidos no hay cortes tan poderosas como las hay en Colombia. Primero que todo, las cortes conocen que “tomar los derechos en serio significa tomar en serio la escasez de recursos”. Segundo, que “las cortes no están posicionadas para apreciar el difícil proceso de asignación eficiente de recursos que con mayor o menor pericia hacen las agencias del poder ejecutivo, ni pueden ellas corregir asignaciones equivocadas en el pasado. Los jueces no tienen el

entrenamiento adecuado para llevar a cabo tales funciones y trabajan con fuentes de información que son inadecuadas y sesgadas” (énfasis agregado). Pero además las cortes no pueden abrogarse funciones que le corresponden al poder legislativo. “A diferencia de una legislatura, una corte está aherrojada a un caso particular en cada momento. Ellas no pueden examinar un espectro amplio de necesidades sociales alternativas y entonces decidir que recursos asignar a cada una. Por eso mismo, los jueces están institucionalmente impedidos para considerar las consecuencias potencialmente serias en la distribución de la riqueza que tengan sus decisiones”. (Holmes, Sunstein, 94-95) Aquí en Colombia, sin embargo, tenemos la curiosa teoría de que la “la ley es ciega”, que el poder judicial debe mostrarle a los otros poderes cómo ejecutar sus funciones que los magistrados no entienden y a que esos poderes tengan que responder por las enormes gastos y consecuencias que implican sus sentencias.

Y es que nuestros jueces no reconocen que los derechos son costosos. Ellos creen que los derechos son demandas absolutas y no relativas. Con ello están debilitando al Estado, propiciando un creciente déficit fiscal o imponiendo un aumento desmesurado de cotizaciones de seguridad social e impuestos a los que los ciudadanos van a resistir con buena razón. La perspectiva desde la que operan es de muy corto plazo y parecen beneficiar al individuo usuario, logran los aplausos, pero deterioran las finanzas de los entes involucrados en el mediano y largo plazo. Se puede deducir de lo anterior que un país donde sus cortes respetan los otros poderes civiles hace que su estado sea armónico y poderoso, mientras que un poder excesivo de los magistrados, como el que diseñó la Carta de 1991, implica un debilitamiento del conjunto estatal.”¹⁰⁸

El contexto del escrito anterior se ubicaba en tiempos en los cuales no existía sino un impacto directo de los fallos proferidos por la Corte Constitucional, sin ninguna herramienta de contrapeso o de ordenación en la ponderación fiscal de los fallos judiciales proferidos por las altas cortes. Es evidente en que en el ayer y el ahora subsiste un elemento común, nuestros jueces no están formados en criterios económicos que les permitan visualizar y analizar los efectos de sus fallos desde el aspecto de la asignación eficiente de recursos y, lo que es más, bajo criterios de utilidad pública de la sentencia. El criterio aislado de un fallo entre partes, no se ha asociado al impacto colectivo que la sentencia trae consigo. Hay que pasar de la función social de la propiedad a la función social del fallo.

¹⁰⁸ KALMANOVITZ, Salomón. El modelo antiliberal colombiano. Escrito para el seminario de la Universidad de los Andes “Hacia la construcción del modelo de desarrollo económico y social para Colombia”, 2 y 3 de mayo de 2000. Disponible en [<http://www.hacer.org/pdf/modeloantiliberal.pdf>]

Lo que es distinto, entre el momento en que Kalmanovitz escribe y la actualidad institucional, es la introducción del criterio de sostenibilidad fiscal que debe orientar a partir del Acto Legislativo 03 de 2011 a la rama judicial y, con él, la atención del incidente de impacto fiscal cuando le sea propuesto, implicará una estimación y ponderación procesal del impacto de los fallos respecto del presupuesto general de la Nación o respecto del presupuesto de la entidad estatal respectiva. Ya la rama judicial no podrá seguir actuando por fuera de la institucionalidad presupuestal que orienta al Estado colombiano, debiendo buscar no sólo el precedente y futuro de la planeación presupuestal frente al cumplimiento de su decisión sino asegurarse también de la eficiencia y eficacia de la misma en cuanto a reconocimiento efectivo de un derecho que su decisión se cobije dentro la realidad presupuestal de su implementación.

El impacto fiscal puede tener diferentes graduaciones:

Un primer nivel en que el monto de la condena que finalmente se imponga puede responder al monto de lo que se demanda o pretende, en este sentido podremos afirmar que lo presupuestado como contingencia judicial asume lo correspondiente al monto de la condena que, aunque no deja de impactar en el fisco, estaba previsto y presupuestado.

Un segundo nivel se presenta cuando se supera considerablemente lo presupuestado como contingencia por el monto de la condena impuesta. Considerablemente significa que escapa a toda previsión de la entidad la estimación de los montos finalmente obligada a asumir, generándose un desfase presupuestal, que se agrava por el monto remuneratorio y moratorio al que antes, en este escrito, se ha aludido.

Un tercer nivel, anómalo por desconocer la normatividad que obliga a la contingencia, es el que surge por falta de previsión en el manejo presupuestal de una eventual sentencia en contra; es decir, que nunca se efectuaron los registros contables como pasivo estimado. Aquí surgen dos situaciones una explicable la otra reprochable.

La primera alude a que por razones de carácter procesal, la entidad afectada por el fallo no tuvo oportunidad de realizar las reservas contingentes, tal es el caso que se presenta cuando en la condena se imputa la obligación de pagar a una entidad en principio ajena al hecho, acción u omisión que generó el conflicto. Parece absurdo que una entidad que no fue parte dentro del proceso resulte condenada, pues tal situación sería contraria al derecho de defensa, sin embargo casos se han visto como sucede en muchos conflictos contra entidades liquidadas en donde se llama al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a sufragar reconocimientos judiciales frente a situaciones ajenas al sector hacienda.

La segunda, la que está pro fuera de lo normativo, se genera por descuido administrativo al no haber considerado la contingencia dentro de su contabilidad o no haber efectuado una real valoración de la contingencia en términos de

indexaciones, ajustes cambiarios, aumento de las pretensiones indemnizables (acciones de grupo), etc.;

Un cuarto nivel de generar impacto fiscal surge por razón del tiempo en que se profiera la condena, es decir, la duración del proceso o de los beneficiados por la misma, cuando se trata de derechos difusos. Explico: Las acciones de tutela por su misma naturaleza expedita (en términos de resolución) generan impacto fiscal; las acciones de grupo, en las cuales la estimación del número de afectados y su consiguiente amparo presupuestal también escapa a previsiones de cuántos son los beneficiados y cuánto será el monto final a reconocerles.

La delimitación y estimación del impacto fiscal depende de la naturaleza de las acciones propuestas contra el Estado, como se vio en el capítulo anterior, las acciones judiciales pueden ser de carácter ordinario, administrativo o constitucional; en este sentido, las de carácter ordinario o administrativo de alguna manera, dentro de su estructura conceptual y procesal, permiten de antemano estimar cuánto puede costar una condena en contra toda vez que en la demanda respectiva el demandante debe señalar la cuantía de sus pretensiones o la forma para llegar a liquidarla. En este aspecto el juramento estimatorio previsto por el Código General del Proceso y que genera una carga procesal para quien demanda¹⁰⁹, es una útil herramienta de aviso del valor de la pretensión, al tiempo

¹⁰⁹ Art.206 CPG. La Corte Constitucional en sentencia C-279 del 15 de mayo del 2013, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt CHaljub, precisó: “La jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido en este sentido de manera clara los deberes, las obligaciones y las cargas procesales:

“Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.

Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130).

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

(...)

La finalidad de la introducción del juramento estimatorio en la regulación procesal se mencionó en la ponencia para primer debate en el Senado de la República del Código General del Proceso, en la cual se señaló que “Esta institución permite agilizar la justicia y disuade la interposición de demandas “temerarias” y “fabulosas”, propósitos que claramente se orientan a los fines de la administración de justicia.

Por su parte, en la Sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional analizó el parágrafo del artículo 206 señalando que al aplicar los parámetros establecidos por la jurisprudencia

constitucional, para determinar si la norma preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobre estimadas o temerarias resulta acorde con el ordenamiento constitucional, toda vez que la norma demandada se refiere a las sanciones impuestas por la falta de demostración de los perjuicios, no por su sobreestimación. Por lo anterior estimó que presentar este tipo de pretensiones no puede cobijarse ni en el principio de buena fe, que defrauda y anula ni en los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

3.8.2.2. En segundo lugar se requiere que la carga vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.)[88]. En este caso, la norma establece un procedimiento para la aplicación y contradicción del juramento estimatorio que garantiza el derecho de defensa y al debido proceso y que es muy similar al que analizó la Corte en la sentencia C – 472 de 1995.

“Se requiere que la norma permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)[89]. En este sentido, la norma demandada permite el esclarecimiento de los hechos, pues el juramento estimatorio no se trata de una determinación definitiva de lo reclamado, sino que existe un proceso para su contradicción y en especial se le permite al juez ordenar pruebas de oficio si advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. En este sentido, el juez es el garante de la realización material de los derechos y de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.

3.8.2.3. En tercer lugar es necesario que la carga permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.). El juramento estimatorio tiene por objeto precisamente hacer prevalecer la buena fe y la lealtad procesal sobre las formas procesales, otorgándole un valor especial a lo señalado por las partes. Por otro lado, en relación con la realización material de los derechos deben tenerse en cuenta tres (3) circunstancias: (i) la inexistencia de recursos económicos no impide la realización de un juramento estimatorio, pues en caso de requerirse asesoría especializada se podría solicitar un amparo de pobreza, (ii) la solicitud del amparo de pobreza no implica una demora que pueda concluir en la prescripción o en la caducidad de la acción, pues según lo dispuesto en el artículo 154 del Código General del Proceso la presentación de la solicitud de amparo “interrumpe la prescripción que corría contra quien la formula e impide que ocurra la caducidad” y (iii) según los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, la prescripción de la acción puede suspenderse en caso de imposibilidad absoluta de hacer valer un derecho, situación que podría aplicarse en aquellos eventos en los cuales exista imposibilidad temporal y justificada de realizar el juramento estimatorio, con el objeto de hacer prevalecer el derecho sustancial.

3.8.2.4. Finalmente, es necesario que la disposición obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas, frente a lo cual es necesario destacar que la norma tiene tres (3) partes:

(i) La primera parte se consagra en el inciso primero y desarrolla los aspectos generales del juramento estimatorio, exigiendo su realización cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras y le otorga mérito probatorio. Sobre este aspecto, el actor señala que en un test de razonabilidad y proporcionalidad se ve sacrificado el derecho a acceder a la administración de justicia, pues la norma demandada estableció una presentación obligatoria de expertos como requisito de procedibilidad para acudir a la justicia ordinaria, sin percatarse que ello desconoce la realidad del país, pues en muchos casos el demandante o el demandado no cuentan con los medios económicos para presentar el juramento estimatorio exigido o para objetarlo.

Sin embargo, la ausencia de recursos económicos no constituye un obstáculo para realizar un juramento estimatorio, pues en la mayoría de los casos es el propio demandante quien conoce el valor de los frutos, las mejoras y los perjuicios y si requiere de asesoría técnica puede solicitar el amparo de pobreza, tal como dispone el artículo 152 del Código General del Proceso, según el cual “el amparo podrá solicitarse por el presunto demandante antes de la presentación de la demanda, o por cualquiera de las partes durante el curso del proceso”.

De esta manera, tal como señalan algunos intervinientes, quien pretenda presentar una demanda y considere necesario contar con asesoría especializada para la determinación de los perjuicios puede solicitar el amparo de pobreza para lograrla, lo cual salvaguarda su derecho a la administración de justicia.

(ii) Los incisos segundo, cuarto y quinto de la norma consagran el procedimiento aplicable al juramento estimatorio: otorga cinco (5) días para aportar o solicitar pruebas; permite al juez decretar pruebas de oficio si aprecia la existencia de injusticia, ilegalidad o fraude; impide el reconocimiento de una suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete y; señala que el juramento estimatorio no será aplicable a la determinación de daños extrapatrimoniales ni cuando el que reclame sea incapaz.

Estos incisos se refieren a aspectos de procedimiento y por ello no afectan el derecho a la administración de justicia, sino que por el contrario, otorgan garantías a las partes y establecen medidas para evitar el fraude y la colusión. De otro lado, la limitación de la condena a lo estimado en el juramento estimatorio es una consecuencia de la seriedad y lealtad que caracterizan a la administración de justicia y a los principios constitucionales de economía, celeridad, eficacia y buena fe que se predicán del ejercicio legítimo de la actividad jurisdiccional, los cuales se hacen extensivos, sin excepción a todos los sujetos que integran la relación jurídico- procesal.

La justicia es uno de los elementos esenciales del Estado y acudir a la misma exige el cumplimiento de cargas mínimas que deben acreditarse antes de poner en marcha el aparato judicial, para evitar que la justicia se utilice para realizar reclamaciones sin sentido, desproporcionadas o fraudulentas, reiterando que “la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la exigencia de sus derechos en un término procesal específico, o con requerimientos relacionados con la presentación de la demanda, - circunstancia que se analizará con posterioridad en el caso de la prescripción y de la caducidad o de las excepciones previas acusadas-, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos predichos”

(iii) Finalmente el inciso cuarto y el párrafo de la norma establecen sanciones específicas por haber realizado una estimación incorrecta de las pretensiones: del diez por ciento (10%) de la diferencia si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) de la que resulte probada y del cinco por ciento (5%) si las pretensiones fueron desestimadas. La primera sanción se encontraba desde el propio Código Judicial de 1931 cuyo artículo 625 señalaba que “si la cantidad estimada por el interesado excede en más del doble de la en que se regule, se le condena en las costas del incidente y a pagar a la otra parte el diez por ciento de la diferencia” y fue conservada en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil; mientras que la sanción por desestimación de las pretensiones fue una creación del Código General del Proceso.

En la sentencia C–157 de 2013, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del párrafo declarando su exequibilidad condicionada, considerando que cuando la causa por la cual no se satisface la carga de la prueba es imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente, pues en este evento la sanción resultaba excesiva y desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

Por el contrario, la sanción contemplada en el inciso cuarto no es excesiva ni desproporcionada y se diferencia claramente de la sanción analizada en la sentencia C–157 de 2013, por dos (2) razones: (1) en el caso de la sanción consagrada en el párrafo, el demandante no obtiene el pago de sus pretensiones y por ello debe cancelar el valor de la sanción directamente con su propio patrimonio, mientras que en el evento de la sanción contemplada en el inciso cuarto si se obtiene un pago pero debiendo descontar un diez por ciento de la diferencia entre lo estimado y lo probado; (ii) la sanción del párrafo se aplica sobre el valor total de la pretensión, mientras que la contemplada en el inciso cuarto se impone solo sobre la diferencia entre la suma pretendida y la probada.

Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano. En este marco, la sanción se fundamenta en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, el cual puede ser afectado a través de la inútil,

que evita los excesos en su estimación. No obstante, ciertos sectores del Consejo de Estado han manifestado la posición de que la norma del juramento estimatorio no tiene aplicación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo pues el artículo 162 del CPACA no lo determina como contenido de la demanda, cuando es en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para efecto de la determinación de la contingencia y como mecanismo de disuasión de las demandas excesivas, en que tendría mayor significación.

A su vez, al Estado, a través de la entidad demandada al momento de contestar la demanda podrá también cuestionar el monto demandado o esgrimir las razones para que la cuantía de las pretensiones sea considerada dentro del trámite del respectivo proceso.

De alguna manera, la institucionalidad presupuestal tiene previsto los mecanismos para provisionar los recursos tendientes a la atención de un fallo adverso, sin que su cumplimiento dispuesto en la respectiva sentencia implique el impacto de su obtención y, en consecuencia, de destinar recursos que no se tenían presupuestados para tal evento, como se explicó en el capítulo anterior.

En el caso de las acciones denominadas constitucionales (tutela, de cumplimiento, popular o de grupo) las cuantías más que de la estimación que haga el actor (demandante) en cada caso particular, depende en gran parte de la apreciación y estimación que de los derechos desconocidos, vulnerados o amenazados realice el respectivo operador judicial toda vez que, dado el carácter de derechos fundamentales que cobijan algunas de ellas, la ponderación pecuniaria de los mismos tiene una tendencia de ampliar el espectro de atención del Estado sin mayores miramientos al presupuesto general de recursos con que este cuenta para la atención de sus múltiples compromisos.

fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia, que no solamente se condena penalmente, sino también con la imposición de sanciones al interior del propio proceso civil a través del sistema de responsabilidad patrimonial de las partes cuyo punto cardinal es el artículo 80 de acuerdo con el cual “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida”.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa.”

En ese orden de ideas observa la Corte que el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia debe acompañarse con deberes, obligaciones y cargas procesales que el legislador en desarrollo de mandatos como los contenidos en el artículo 95-7 constitucional puede imponer a quienes acuden a la organización judicial del Estado; deberes, obligaciones y cargas que se orientan a garantizar los principios propios de la administración de justicia (art. 228 C.P.). [Sentencia de la Corte Constitucional C-204 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-662 de 2004, M.P. (E). Rodrigo Uprimny Yepes.]

El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.” (Sentencia de la Corte Constitucional C-204 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-662 de 2004, M.P.(E). Rodrigo Uprimny Yepes.)

Puede afirmarse que, mientras las acciones ante la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, responde a perjuicios generados por acciones, omisiones, hechos u operaciones particulares del Estado a través de sus entidades y funcionarios que reflejan de alguna forma derechos ciertos o vulneraciones reales, en el caso de las tutelas, acciones de cumplimiento y acciones populares, la ponderación de si un derecho se vulneró o no responde más a la interpretación de cómo deben entenderse los derechos y cómo debe esperarse su aplicación y reconocimiento por parte del Estado. Al respecto de las acciones de cumplimiento y su naturaleza de conllevar una ejecución, del acto o actuación que ella implica, el Consejo de Estado ha manifestado que ella se limita a los actos de carácter general, pues lo actos administrativos de carácter particular tienen su propio trámite procesal como lo son los procesos ejecutivos¹¹⁰.

¹¹⁰Cuando se trate del cumplimiento de actos administrativos de contenido particular y concreto, el deber omitido debe ser tan preciso, que se pueda asimilar a un título ejecutivo a favor del solicitante, es decir, que el acto que contenga una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento. En cuanto al cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos de contenido general que otorgan competencias a la autoridad, el título para el mandamiento es diferente, porque es la ley o el acto administrativo el que impone la obligación de ejercerlas. Sin embargo, cuando del ejercicio de éstas se trata, debe distinguirse si el cumplimiento del deber que se reclama cabe dentro de la facultad discrecional del funcionario, o si su cumplimiento es obligatorio, y puede concretarse en una acción determinada que pueda ser susceptible de cumplirse en el término previsto por la ley y en la forma ordenada por el juez. No caben dentro de esta posibilidad, a juicio de esta Sala, las órdenes de cumplir con eficiencia las funciones propias de su competencia, no porque sea ésta una obligación de todo funcionario, sino porque la orden sería tan abstracta y genérica que no se tendría eficacia distinta a una simple

Así pues, que son las acciones constitucionales las que más incertidumbre generan y de las que proviene el mayor impacto fiscal. Lo que podría coincidir con el diagnóstico de los analistas económicos conforme el cual, el costo del Estado social de derecho es más alto que el de formas de organización política desconectadas o no comprometidas con lo social y con la protección de derechos ligados a la dignidad o de carácter difuso con derechos colectivos.

Baste decir que cada estudio que se deba adelantar de lo jurídico dentro de la respectiva acción procesal tiene su propia y especial racionalidad dependiendo del objeto del debate planteado, la obligación de observar y aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal por parte de la rama judicial en sus actuaciones conllevará el incorporar a la racionalidad jurídica del derecho debatido, la ponderación presupuestal para el cumplimiento de la orden que resuelva dicho debate, sin menoscabo ni desconocimiento de los derechos fundamentales cuando ellos estén siendo objeto del debate. Aquí surge un punto muy importante en relación con la sostenibilidad fiscal y el propio incidente de impacto fiscal que se estudia en este capítulo: lo fiscal, sea en términos de sostenibilidad del sistema como criterio de actuación judicial, como dinámica presupuestal que se deba aplicar para el cumplimiento de la orden judicial emitida se predica de todo derecho, particular, colectivo, ordinario o fundamental que en un momento determinado deba reconocer el Estado como consecuencia de una decisión judicial. Lo que manifiesta el artículo 334 de la Constitución es que no puede invocarse la sostenibilidad fiscal como razón para negar el reconocimiento de los derechos fundamentales y frente a este aspecto el incidente de impacto fiscal es coherente con esta orden pues con el incidente no se va a cuestionar la decisión judicial que ordena su reconocimiento y real prestación; con el incidente se va a tratar de adecuar al presupuesto el cumplimiento eficiente de tal fallo.

A continuación pasaremos a considerar como se puede estimar y de alguna manera delimitar el impacto fiscal de los fallos judiciales dentro del trámite procesal correspondiente para finalizar este capítulo con la consideración del incidente de impacto fiscal que es una actuación posterior al fallo o sea finalizado el proceso judicial propiamente dicho.

3.1.1. Del trámite procesal y las herramientas previstas para la estimación de los montos de la condena.

Como se ha expuesto, una vez se conoce, a través de la notificación del auto admisorio de una demanda contra una entidad estatal, se tiene la información necesaria para efectuar los registros contables que permiten incorporar las consideraciones financieras y presupuestales básicas para que la respectiva demanda pase –contablemente- a la categoría de contingencia judicial respecto de

recomendación del juez, sin ejecutividad alguna. Consejo de Estado. MP Dolly Pedraza de Arenas. 1997-ACU-017.

la entidad demandada, pero, como también se expuso, esa inicial consideración presupuestal puede y es objeto de variaciones a lo largo del trámite correspondiente¹¹¹.

Una variación es originada por las normas contables y presupuestales que se mencionaron en el capítulo anterior en el sentido de la valoración de las cuantías de las pretensiones en términos de la calificación del riesgo –alto, medio o bajo– según se trate de un evento que permite suponer que se tienen altas posibilidades de perder o ganar el proceso, de proyección de los valores en el tiempo, de considerar los intereses, rendimientos o indexaciones que generen los valores que se reclaman, etc. que se ha mencionado en el capítulo anterior.

La otra variación ocurre por razones del debate procesal propiamente dicho y tiene sus razones en las instituciones y figuras que pasamos a considerar, en las que se conjugan las razones de demanda y de defensa, la estrategia que se despliegue por las partes (excepciones), el debate probatorio, los alegatos y los recursos contra las decisiones proferidas por el juez o tribunal distintos al fallo propiamente dicho pues con ellas, de alguna manera, se pueden lograr variaciones respecto del monto y, en consecuencia, respeto del impacto fiscal que representa la condena finalmente impuesta.

Dentro del proceso judicial se presentan asimetrías en la información, asimetrías generadas por la estrategia de defensa, o bien por ocultar ciertos eventos o bien por adecuar los hechos a los intereses de cada una de las partes, frente a esto el fallador (jueces o altas cortes) cuentan con la facultad de ordenar pruebas tendientes a revelar la verdad oculta o intencionalmente direccionada tras los argumentos expuestos por las partes en las pretensiones para el caso del demandante y, en las excepciones para el caso de la entidad estatal demandada, que tergiversan la realidad fiscal del derecho debatido y, como consecuencia de ello, el impacto fiscal de la decisión que se tome, independientemente al reconocimiento del derecho que en ella se incorpore.

El proceso judicial ofrece, como trámite ordenado que él implica, etapas tendientes a mostrar y estudiar los argumentos y pruebas que dentro de él se pretenden hacer valer por las partes, unos que operan como requisito indispensable de la demanda o de la contestación, otros que son a voluntad de las partes (algunas pruebas) y otras de oficio (vinculación de otras personas no inicialmente llamadas a participar en el proceso, pruebas, etc.). La estimación razonada de la cuantía es un requisito procesal que tiene un desarrollo determinante en cuanto a la ponderación final de cuánto es el valor del derecho a reconocer, indemnizar, proteger o respaldar con la decisión a tomar.

¹¹¹ En acciones constitucionales (que tienen como objeto obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley) y aquellas que pretenden obtener la nulidad de un acto administrativo (Decreto, resolución u otra forma de decisión administrativa) esta posibilidad de estimación del quantum no es un factor determinante dentro del proceso razón por la cual presupuestalmente no son consideradas contingencias al no haber una reclamación pecuniaria en sus pretensiones.

3.1.1.1. Estimación razonada de la cuantía.

La cuantía de los procesos es un elemento esencial en toda demanda por que, por una parte, determina la competencia del operador judicial para conocer y tramitar una acción en particular, así como la jerarquía de las decisiones en términos de instancias (única, primera y segunda instancia) y, por otra, determina inicialmente los valores a los cuales se deben hacer los registros de la contingencia judicial por parte de la entidad estatal demandada.

La cuantía entendida como la valoración económica razonada de las pretensiones denota el contenido económico del derecho en debate judicial. La cuantía no es un elemento de sustancia, pero si es trascendente al menos por tres razones:

Una, determina la competencia y en muchas ocasiones, a partir de la competencia, los recursos de que es posible interponerse la sentencia.

Dos, determina la congruencia de la sentencia, en tanto que el juez tiene en la cuantía de la pretensión, una barrera que no puede trasgredir. No obstante, para saltar el obstáculo, el demandante generalmente evade fijar una suma cierta y abre el espacio a una condena conforme a lo que se acredite en el proceso.

Tres, fija uno de los elementos de la Litis, independientemente de la materialidad jurídica del derecho sustantivo debatido, este tiene un valor y ese valor otorga certeza a quien se opone a la demanda. En este orden de ideas, la demanda fija una línea base respecto a la materialidad de la pretensión como a su cuantía, de manera que debe ser criterio de admisión de la demanda que el demandante fije razonadamente la cuantía de su pretensión, pues de allí derivará la seguridad para la entidad estatal demandada de cuál es el monto pie de la contingencia.

Así pues que la determinación de la cuantía no es un asunto puramente formal de poca monta, por el contrario, es un asunto de alta trascendencia y así lo ha ido considerando el legislador de manera paulatina a través de la Ley 1395 y ahora del Código General del Proceso, tal como más adelante se explica.

La cuantía está determinada por el valor de las pretensiones que busca la acción correspondiente. Doctrinaria y jurisprudencialmente se distinguen pretensiones principales y subsidiarias, aquellas son las que determina el valor estimado de la demanda y el punto de partida para valorar las contingencias judiciales. Así mismo, en las pretensiones principales se entre mayores y menores en los casos que medie o se proponga acumulación de las mismas en una misma acción.

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137, numeral 6º, del Código Contencioso Administrativo, las demandas que se presentan ante la jurisdicción administrativa deben contener, entre otros requisitos, “la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia”. Para el efecto, debe recurrirse al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en estos asuntos por remisión del artículo 267 del Código Contencioso, en cuyo numeral 2º señala que la cuantía se

determinará “por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen pretensiones”. Es claro, entonces, que la estimación de la cuantía tiene como finalidad determinar la competencia del juez, pues de ella dependerá si conoce en única instancia, en primera instancia o si corresponde al superior jerárquico, todo lo cual debe estar suficientemente establecido desde el inicio del proceso en aplicación del debido proceso y del derecho de defensa de las partes involucradas.” T-766 de 2008. MP. Monroy Cabra, Marco Gerardo.

La estimación de la cuantía se erige como requisito de toda demanda, cuando es un criterio que hace diferencia respecto a la competencia funcional o cuando es determinante de una pretensión indemnizatoria en contencioso subjetivo; en las acciones de simple nulidad, no hay necesidad de estimar la cuantía pues por definición no tienen carácter resarcitorio o de reparación, por lo que son procesos sin cuantía y las sentencias que resuelvan la nulidad impetrada, no tienen efectos económicos y por lo tanto no son relevantes para el objeto de este trabajo.

En los procesos de restablecimiento o de reparación la cuantía es requisito de la demanda y, su observancia, debe ser confirmada por los jueces al momento de admitirla, pues como se ha mencionado, de su revisión dependerá la fijación de la competencia desde el punto de vista procesal y, desde el punto financiero y contable, de ella surge el monto de los registros contables al interior de la respectiva entidad.

La estimación razonada de la cuantía, como requisito de la demanda, tiene su concreción normativa en la forma de juramento, es decir, que la mención que hace el demandante dentro del escrito de demanda tiene la solemnidad de una manifestación seria de voluntad y conocimiento. El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil que como se expresó anteriormente por remisión se aplica a toda clase de procesos en lo que a este tema de la estimación razonada de la cuantía se refiere, expresa:

“ARTÍCULO 211. JURAMENTO ESTIMATORIO. Modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión. Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.”

En igual sentido, la figura del Juramento Estimatorio también fue incluida dentro del Código General del Proceso, dice el artículo 206 de la mencionada codificación:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.”

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”

Antes se hizo una cita a pie de página de la posición de la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad del juramento estimatorio y se aludió a cómo, a esta altura del tiempo, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo existe la tendencia de negar la aplicación del mismo por no ser requisito de la demanda.

Dada la importancia que procesalmente tiene la estimación de la cuantía en forma razonada, el demandado, en nuestro caso, la entidad estatal demandada, puede

desde el comienzo de la litis, es decir, dentro de la contestación o como un incidente solicitar que se regule y establezca la cuantía para lo cual expondrá sus razones con el fin de lograr la disminución de la misma toda vez que de su establecimiento dependerá, no sólo el monto del litigio procesalmente hablando, sino los efectos patrimoniales y contables inmediatos que se reflejaran en sus registros y contingencias como se ha venido exponiendo.

En cuanto a las acciones constitucionales (tutela, de cumplimiento, populares y de grupo) los procedimientos judiciales dispuestos para su trámite no tienen dispuesto, como requisito de la respectiva demanda, una estimación razonada de la cuantía; en términos de sostenibilidad fiscal y de su manejo como contingencia judicial constituye un defecto grave pues no permite disponer una controversia inicial respecto del monto que significa lo demandado en términos de ejecución o suspensión de las acciones, hechos, omisiones u operaciones que constituyen el objeto del derecho reclamado. En este punto, es importante el significado de sostenibilidad fiscal que pueda dársele al principio incorporado en la Constitución Política como criterio que debe orientar la actividad de la rama judicial en el sentido que, si bien el trámite no lo tiene previsto, el juzgador (sea juez, sea magistrado de la altas cortes) si puede disponer de actividades concretas en el proceso para llegar a tener una estimación del valor del derecho debatido, de los efectos fiscales actuales de las actuaciones de la administración cuestionadas y de esta manera emprender la recolección de elementos que le permitan ponderar el aspecto fiscal y presupuestal de su eventual fallo.

Con relación a la entidad estatal demandada y al equipo gubernamental que directa o indirectamente pueda afectarse con la decisión, la tarea debe radicar en ponderar los efectos adversos de un fallo en términos del impacto fiscal que una determinada medida judicial pueda representar. La sostenibilidad fiscal no debe reducirse a un asunto que se trate a través del incidente de impacto fiscal, sino de una actitud que debe influir en el trámite procesal y en la toma de decisión judicial que termine el proceso; el incidente es algo posterior al fallo.

La estimación razonada de la cuantía como elemento a concretar dentro del proceso judicial que asuma una entidad estatal (o el Estado en general) debe ser un constituirse en un criterio que determine aún más la actitud presupuestal tanto del juzgador como de la entidad estatal vinculada como demandada, sin importar el tipo de acción judicial (constitucionales, contenciosas administrativas u ordinarias) a las que se enfrente; además de los registros contables, apropiación de partidas presupuestales de la actual vigencia presupuestal o solicitud de para apropiar de las vigencias fiscales futuras, la estimación razonada de la cuantía debe erigirse como una alerta respecto del eventual impacto fiscal contra el Presupuesto ya de la entidad ya de la Nación considerado este último como un fondo común contra los cuales van a tomarse los recursos para la atención de los fallos considerados (la sostenibilidad fiscal no sólo se ve necesariamente afectada

por un fallo en particular sino por el conjunto de condenas que durante un periodo determinado deba ser asumido).¹¹² Para la vigencia 2013 se tienen 273.399 procesos activos registrados por un valor de \$190.9 billones en pretensiones. Como se analizó anteriormente, existe riesgo de perder \$102 billones de estas pretensiones, de acuerdo con los cálculos estadísticos realizados por el MHCP.

Las cifras de procesos judiciales activos en contra de entidades públicas reflejan un incremento de 39.128 procesos en contra de entidades públicas de orden nacional, con unas pretensiones de \$12.9 billones en pretensiones, en septiembre de 2013 con respecto a diciembre de 2012.¹¹³

3.1.1.2. De la estimación de la cuantía durante el trámite procesal.

La propia concepción del proceso como debate entre partes opuestas conlleva a que la sola manifestación que hace el demandante en su demanda no es per se la única sustentación del fallo que resuelva la litis; una vez conocida la demanda en su contra, la entidad estatal, en ejercicio de su derecho de defensa y en observancia del derecho al debido proceso, tiene oportunidad para pronunciarse sobre los hechos que sustentan la acción en su contra y las pretensiones que busca el demandante. En este momento puede controvertir la estimación que respecto a la cuantía se hizo dentro de la demanda (según el tipo de acción que se trate), frente a esta eventualidad tiene dos expresiones: una de carácter legal, en el sentido que formará parte de su defensa el desvirtuar los hechos de la demanda negándolos ya sea por su inexistencia real o material ya sea por las condiciones de modo, tiempo y lugar en el que ellos se presentan por el demandante, de esta forma la oposición a los mismos mediante su negativa o desconocimiento implicarán de alguna forma la negación de los montos que con la presunta realidad de los mismos aspira el actor (demandante) a obtener se reconozcan en el fallo. Otra forma de debatir la cuantía es a través de medios probatorios que de alguna manera, frente a los hechos que no pueda la entidad estatal desconocer o negar, debe desplegar y solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar total o parcialmente la estimación que a las pretensiones realiza el demandante.

Tanto en el punto anterior, como en este, queda en manos del juez o Tribunal ponderar las razones de cada una de las partes tanto desde el punto de vista

¹¹² Tan solo entre el 2011 y el 2012 los pagos realizados se incrementaron en un 40%. Mientras en el año 2000 se cancelaron alrededor de \$201.032 millones, para el 2013 se tienen previstos \$1.07 billones. Para Agosto de 2013 se han realizado pagos por \$565.158 millones, equivalentes a una ejecución del 53%.

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. INFORME SOBRE LA ACTIVIDAD LITIGIOSA DEL ESTADO. Documento de la Agencia Nacional de Defensa del Estado. Septiembre de 2013.

¹¹³ INFORME SOBRE LA ACTIVIDAD LITIGIOSA DEL ESTADO. Documento de la Agencia Nacional de Defensa del Estado. Septiembre de 2013

material como desde el punto de vista legal y probatorio. La posición que asuma se conocerá solamente hasta que profiera el fallo respectivo.

Los aspectos anteriores son recogidos por las partes en los denominados Alegatos de Conclusión, etapa procesal que permite que cada una exponga nuevamente sus razones de demanda y de defensa pero esta vez enriquecidas por un pronunciamiento sobre las pruebas que cada una solicitó, en un ejercicio que permitirá invocar los puntos a favor y controvertir las situaciones que de alguna manera lo desfavorezcan o favorezcan a la contraparte.

Tradicionalmente, la cuantía termina siendo un efecto de la dinámica procesal: tiene un punto de partida –el monto de lo pretendido- un desarrollo -lo que se prueba- y un momento conclusivo –la sentencia- que resulta condenatoria total o parcial o contraria a las pretensiones.

Ahora, según se escribió, las disposiciones procesales otorgan el protagonismo que se merece a la estimación de la cuantía, de forma tal que están reforzadas por un juramento que puede ser objeto de contradicción por la parte demandada y que puede conllevar a pérdidas económicas cuando resulta exagerado –lesivo por exceder en más del 30% (Ley 1395) o 50% (Código General del Proceso) la cantidad condenada-, caso en el cual el demandante perderá el 10% de la diferencia; digo perderá porque existirá una compensación respecto de la suma condenada.

La determinación final de la cuantía que hace el juez o el Tribunal en la sentencia obedece a lo que se haya probado como monto del perjuicio (pagos parciales, intereses a partir de una fecha distinta a la que dice la demanda, exoneración de algunos hechos generados de condenas, etc.). En ese momento cierra el proceso.

Dentro de la relación jurídica procesal, la contención no permite apreciar la integridad de las repercusiones fiscales y patrimoniales para la entidad, no sólo en el monto final de la condena, sino en las condiciones en que se haya reconocido en términos de número, tiempo, alcance de los derechos y forma de cumplir con el pago o los pagos impuestos en la condena. No porque no se cuenten con elementos para ello, sino precisamente porque dentro del proceso y hasta tanto no se profiera el fallo respectivo, el juzgador no ha realizado el ejercicio de ponderación legal y fiscal de la situación que se le ha planteado; únicamente recoge información a medida que agota las diferentes etapas procesales.

En esta parte, debe reducirse la apreciación que se acaba de exponer en el sentido que algunos procesos son concretos y claros en sus pretensiones limitando al fallador (juez o Tribunal) a condenar únicamente respecto a lo que se demanda, sin ir más allá de lo solicitado por el demandante (condenas ultra y extra petita) como sucede con los procesos propios de la justicia ordinaria en donde se

debaten acciones u omisiones concretas en su contenido y alcance en tiempo y espacio que permiten establecer el rango de imposición que finalmente tendrá la condena.

Por el contrario, y a esto se dirige, aunque no se limita a ellos, la figura del incidente de impacto fiscal, en el sentido que han surgido procesos y acciones en los cuales desde el mismo inicio el alcance de la eventual condena escapa a la previsión inicial que pueda estimarse como cuantía razonable por el actor en su escrito de demanda. Me refiero a las acciones constitucionales de tutela, popular, de cumplimiento o de grupo en las cuales el rango de apreciación financiera del juez se amplía, pues en dichas acciones lo que muchas veces se debate son el desconocimiento, vulneración o amenaza de derechos de rango fundamental cuya observancia y reconocimiento es todavía objeto de determinación por parte de los jueces y Tribunales.

Toda labor judicial de aplicación legal a casos concretos que se someten a su decisión requiere de operaciones lógicas argumentales de interpretación y de resolución que se enmarcan en los estrictos cánones legales que determinan el debido proceso. La actuación judicial, no escapa a lo que es común a todas las ramas del poder público, al principio de legalidad.

Ahora bien, Kelsen mismo advierte que la actuación judicial es altamente discrecional tanto en la interpretación normativa como en la apreciación de los hechos; a partir de esta evidencia, las teorías iusfilosóficas se han dado a la tarea de disminuir la discrecionalidad para someter a los fallos a una técnica argumental que dota de razonabilidad las decisiones adoptadas.

Así como la doctrina le exige razonabilidad al fallo, la ley le exige razonabilidad a la cuantía. El proceso, es entonces, un juego reglado por normas preexistentes que marcan el debido proceso y por un diálogo de razones que se exponen y soportan probatoriamente y que el juez resuelve en una pieza también soportada argumentalmente en que hace una valoración crítica de las pruebas que le permiten una aplicación normativa precedida de razones que terminan en un juicio. En este sentido, una premisa de este trabajo es a la invitación a la rama judicial a considerar las normas y leyes presupuestales, así como a las instituciones que conforman el sistema presupuestal colombiano, como normatividad a considerar en sus decisiones: una decisión judicial no puede ignorar la preexistencia y normatividad de leyes presupuestales y legalidad de decisiones en cuanto a programación, planeación y presupuestación de los recursos vinculados al tema debatido y como una expresión ampliada al principio del debido proceso, al principio de progresividad y, en el tema que nos ocupa, a la sostenibilidad fiscal del Estado en la expresión social de su finalidad.

El fallo es, pues, el resultado de un debido actuar tanto de las partes como del juez en el sentido que a todos se les respeta y deben observar el sistema de preceptos que constituyen el debido proceso. En este aspecto, el amparo tutelar al derecho al debido proceso es un significativo avance que ha permitido identificar situaciones en que el juez puede incurrir en vulneración de este cuando comete vías de hecho con su actuar por fuera de los parámetros legales de instrucción, interpretación y decisión¹¹⁴.

Constituye vía de hecho condenar a una suma que excede lo probado o carente de prueba, como también a una cuantía que no sea razonablemente proporcional conforme a los parámetros que los precedentes han fijado. En el futuro, considero que también será causal de vía de hecho el desconocimiento de la normatividad fiscal en el tema debatido en el sentido de ignorar o desconocer la preexistencia de presupuestos, apropiaciones o planes de implementación relacionados con el asunto objeto de debate, no para que no puedan reconocerse derechos sino para que precisamente ese reconocimiento sea dentro de las previsiones fiscales del Estado en procura de observar el principio de sostenibilidad fiscal.

3.1.1.3. Otros factores de estimación de la cuantía en los fallos judiciales. Sostenibilidad Fiscal y Progresividad.

El concepto de sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la tarea del juez o del Tribunal introducido en el Acto Legislativo No. 03 de 2011 de alguna manera incorpora a la dinámica procesal una nueva forma de estimación de la cuantía frente a la contingencia de imponer eventualmente en una condena contra el

¹¹⁴ T-1026/2010. CORTE CONSTITUCIONAL. MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. “Esta vulneración sustancial del derecho al debido proceso se materializa en los distintos defectos identificados por la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, entre los que se cuentan:

1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.
2. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido.
3. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
4. Defecto fáctico por no haberse decretado, practicado o valorado pruebas debidamente solicitadas o recaudadas en el curso de proceso, o por haberse valorado pruebas nulas o vulneradoras de derechos fundamentales.
5. Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.
6. Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.
7. Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, también cuando se aparta del precedente sentado por los órganos de cierre de su respectiva jurisdicción o de su propio precedente.”

Estado. Y, constituye, dado su carácter de criterio orientador, un factor de instrucción, interpretación y consideración en la dinámica de los procesos contra una entidad estatal, que puede y debe erigirse como un factor de vulneración, desconocimiento o amenaza contra el derecho al debido proceso cuando su consideración es omitida en la actuación judicial en cualquiera de las etapas procesales.

Vale la pena mencionar dos apartes del artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 que incorporó a la normatividad constitucional colombiana el criterio de sostenibilidad fiscal: Por una parte, *“Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”* y, que *“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.”*

La cita es elocuente: La actuación judicial al propender por la adecuada observancia y reconocimiento de los derechos que se llevan a su consideración debe armonizarlos con algo que trasciende a quienes litigan: con las determinantes sociales. Así como la propiedad sede al interés general, la aplicación del derecho que realiza el juez a través de la sentencia no puede erosionar el gasto público social que atiende al beneficio general.

La labor judicial de aplicación concreta del derecho se ajusta a la finalidad de todo Estado social de derecho de manera que el beneficio de unos no puede sacrificar a la generalidad. El juez, al observar y garantizar procesalmente la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal está poniendo en marcha una nueva actitud de colaboración armónica, de tal manera que sus sentencias no pueden generar una nota discordante con las restantes ramas del poder público y de todas las actuaciones conjuntas y coordinadas en procura del logro de los fines propuestos en la Constitución. El criterio de sostenibilidad fiscal incorporado en la Constitución nacional (Art. 334) no debe reservarse para ser tenido en cuenta a partir del incidente de impacto fiscal, debe aprovecharse el escenario del proceso, es decir, durante su trámite para empezar a ponderar su respeto y observancia.

La sentencia cambia de horizonte, no sólo el juez tiene la responsabilidad de aplicar el derecho respecto de aquel que implora su intervención, sino que su fallo no debe desenchajar los recursos de que dispone el Estado, para atender las demandas sociales. Así que el juez adquiere una dimensión que trasciende al proceso mismo y mira a los efectos presupuestales de sus decisiones, allí, en la función social de sus sentencias, debe observar y aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal.

Lo expuesto adquiere mayor aplicación cuando el párrafo del mencionado artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 dispone: *“PARÁGRAFO. 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”.

Sobre este aspecto, el de la concreción y respeto de los derechos fundamentales de primera y segunda generación y el sentido del criterio de sostenibilidad fiscal frente a dichos reconocimientos existen posiciones a favor y en contra, en el sentido que los recursos (escasez) no deben ser excusa para frenar el reconocimiento de los mismos en procura de la igualdad y el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho.¹¹⁵ Pero así como la Constitución respeta la propiedad y las situaciones jurídicas consolidadas, también respeta los derechos sentenciados como consecuencia de la lid procesal.

No se trata entonces de desconocer las situaciones jurídicas que el juez resuelve con fuerza de cosa juzgada, sino de darle una adecuación proporcional y razonable del interés privado reconocido y protegido por la sentencia con el interés general que ve en el presupuesto el instrumento económico para el logro de las metas sociales. En el momento en que se privilegie el interés de parte favorecida sobre el interés general presupuestal, se estará echando al traste el fundamento mismo del Estado social de derecho. En este sentido, la sostenibilidad fiscal, desde el punto de vista de la rama judicial adquiere un sentido de criterio: el fallo no puede menoscabar, no obstante la razonabilidad jurídica de su sustento y el amparo que a un derecho individual contiene, la progresividad y el reconocimiento de otros derechos individuales que el Estado está llamado en el tiempo a ofrecer y brindar a los restantes ciudadanos que no han acudido a los estrados judiciales a

¹¹⁵A favor de la ponderación del monto de los recursos frente el reconocimiento de los derechos están los profesores Kalmanovitz, Sergio Clavijo, el exministro de Hacienda Juan Carlos Echeverry; entre los que están a favor de la desestimación que deben primar la estimación de los recursos para reconocer derechos fundamentales están los ex magistrados Carlos Gaviria, José Gregorio Hernández y los profesores Uprimny Yepes y Rivadeneira Arango.

“Por un lado, se afirma que los magistrados de la Corte Constitucional no tienen la preparación económica suficiente para entender los grandes problemas que aborda la economía, que violan permanentemente el principio de separación de poderes cuando “legislan” positiva y negativamente, que sus decisiones son populistas y que conculcan el principio democrático, debido a la naturaleza contramayoritaria de sus pronunciamientos (Clavijo, 2001; Carrasquilla, 2001, Kalmanovitz, 2001).

Por el otro, existen postulados que sostienen que los jueces acuden a los peritos en la materia para fallar los casos de los cuales no detentan el pleno conocimiento, que el poder genérico del control de constitucionalidad emana del mandato superior de la guarda y supremacía constitucional, que la democracia no es el poder omnímodo de las mayorías y, por lo tanto, las minorías encuentran el reconocimiento de sus derechos en el amparo constitucional y que la actuación legislativa y administrativa no puede conculcar los postulados constitucionales so pretexto de ampararse en su naturaleza democrática (Uprimny Yepes, 2001; Arango Rivadeneira, 2004).” QUIROGA NATALE, Edgar. La ponderación de los derechos en el Estado de escasez. Revista de Economía del. Rosario. Bogotá (Colombia) 10 (1): 75–93, junio de 2007.

su reconocimiento, obligando al Estado a estructurar reconocimientos puntuales en una forma que si bien es legal y justo, individualmente un derecho concreto considerado, mengua, distrae o afecta la dinámica presupuestal y los programas previstos para el reconocimiento general y universal del mismo por la generación de efectos contrarios a los planes, programas y presupuestos dispuestos por una entidad estatal en el corto o mediano plazo.

En este sentido, es decir, en el de la aplicación y consideración de la sostenibilidad fiscal por parte de los jueces al emitir sus decisiones, el inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011, modificatorio entre otros, del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia incorporó una figura netamente procesal como es el denominado Incidente de Impacto Fiscal que a manera de último recurso para considerar la disponibilidad de recursos públicos para el cumplimiento de un fallo judicial y el efecto adverso que tal decisión puede generar a las previsiones fiscales del Estado, dispuso:

“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.”

Como se ha mencionado, la decisión judicial, independiente a la acción que se someta a su consideración aparte de razonable, discrecional y ajustada a derecho, debe ponderar, en muchos casos, la forma como se afectan, con esa decisión, las finanzas públicas en el sentido que, si bien su labor es salvaguardar los derechos que a su estrado se llevan a título de reclamo para su declaración y amparo, también debe ponderar el impacto fiscal de la decisión; recordemos que el contenido de las decisiones no es siempre la de indemnizar al demandante por una falla del Estado con la cual se vulnera, amenaza o desconoce un derecho, sino que a través de la decisión judicial, en algunos casos, se pretende el reconocimiento de un derecho colectivo que, dadas las características fiscales del Estado Colombiano, requiere de una consideración integral de sus alcances frente a el resto de la población y el monto de los recursos disponibles. En estos casos, la progresividad en cuanto a la prestación y reconocimiento de derechos por parte del Estado y la estabilidad macroeconómica de sus finanzas constituyen el criterio de sostenibilidad fiscal, incorporado en nuestra Constitución por medio del Acto Legislativo 03 de 2011, que hoy día también obliga como criterio de actuación a la rama judicial.

Así que es labor de gobierno y tema de dirección política presupuestaria darle una atención progresiva a los derechos colectivos de tal manera que no todos se hallan

en el mismo plano de atención, sino que se ordenan conforme a prioridades que escapan a la aplicación técnico jurídica del juez para situarse en determinaciones de tipo político.

Vale leer los antecedentes del Acto Legislativo:

“El propósito del Acto Legislativo que ahora se presenta, es señalar al Congreso, así como a los demás órganos del Estado en todos los niveles, y según sus competencias, el deber de buscar, en forma deliberada, que sus diferentes decisiones faciliten el logro de una sostenibilidad fiscal, como instrumento de protección de los derechos sociales de los colombianos, y como tal, de la realización de los fines del Estado Social de Derecho.

Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos, que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.

No existe una disposición constitucional que consagre en forma directa y clara dicho principio, con un alcance general, formulado de tal manera que tenga en cuenta las diversas circunstancias derivadas de los ciclos económicos domésticos o de la dinámica de la economía mundial. Esas crisis y la evolución de la tecnología y los cambios en las circunstancias sociales o económicas pueden afectar la prestación y el contenido de algunos de los derechos, pero, pese a ello, no puede renunciarse a la progresividad de los mismos en su conjunto, y la sostenibilidad fiscal es el instrumento para asegurar esa progresividad en el conjunto.” Presentación del proyecto de Acto Legislativo 03 de 2011 por parte del Ministro de Hacienda y Crédito Público al Congreso de la República.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido amplia en cuanto a la obligación que tiene el Estado de hacer efectivos los derechos económicos y sociales, y satisfacer las necesidades básicas de las personas, lo cual ha de cumplirse de manera progresiva, y no siempre en forma inmediata. La Carta Constitucional da un tratamiento diferente a los derechos de primera generación o fundamentales que tienen aplicación inmediata que ni siquiera requieren desarrollo legal para su exigibilidad (Art. 85 C.P.), de los derechos de segunda y tercera generación que requieren desarrollos legales e implementaciones presupuestales.

La Corte Constitucional ha reconocido las limitaciones económicas que subyacen a la realización de estos derechos y dispone como principal obligación del Gobierno la implementación de las medidas necesarias para avanzar en ese sentido. Al respecto, la sentencia C-1052 de diciembre de 2012 de la Corte Constitucional ha

recogido, a propósito de una acción de inconstitucionalidad sobre el Acto Legislativo 03 de 2011, reconociendo la importancia de adecuar la normatividad nacional con los pactos internacionales que sobre derechos económicos y sociales ha suscrito y acogido el Estado Colombiano de forma tal que los pronunciamientos judiciales de toda índole deben atemperar en sus consideraciones estas proyecciones normativas recientes al manifestar en el fallo mencionado:

“ la importancia que tiene en el ámbito internacional la progresividad en el otorgamiento de los derechos económicos, sociales y culturales entendidos en su conjunto y que el cumplimiento de dichos postulados se soporta en el aprovechamiento máximo de los recursos con que cuenta el Estado, lo cual justifica constitucionalmente la modificación superior que se propone, puesto que sólo dentro de un ambiente de sostenibilidad fiscal, es posible la realización plena del Estado Social de Derecho privilegiando el interés general sobre el particular, tal como ya exige el artículo 1° de nuestra Constitución.

...tenemos que la sostenibilidad fiscal es un requisito para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales como parte esencial del Estado Social de Derecho y que la misma facilita la progresividad en la atención del conjunto de los derechos, teniendo como marco la disponibilidad de recursos destinados para ello, encontrando como fundamento superior la prevalencia del interés general y atendiendo las prioridades de gasto de acuerdo con las disposiciones constitucionales tal y como lo prevé, por ejemplo, el artículo 350 de la Constitución.

De esta manera, un elemento crucial de las políticas públicas es la velocidad que se pueda dar a la progresiva efectividad del conjunto de derechos económicos y sociales y a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, a las que se refieren las Naciones Unidas y la jurisprudencia de la Corte.

Un ingrediente clave de esa velocidad es la sostenibilidad fiscal. Sobre este punto la historia económica y los eventos económicos recientes en muchos países del mundo presentan amplia evidencia:

i. La ausencia de sostenibilidad fiscal crea, tanto en Colombia como a lo largo de las economías desarrolladas y emergentes, situaciones de crisis económica que aumentan la pobreza (por ejemplo entre 1987-2000 en Colombia, y actualmente en los países mediterráneos de Europa y en los Estados Unidos). Las crisis fiscales y cambiarias no solo detienen el desarrollo, sino que generan retrocesos en la provisión de las necesidades de los individuos y familias.

ii. El exceso de deuda pública resultante de sendas insostenibles de gasto público aumenta los intereses financieros, y desvía recursos escasos de su

función social y económica. Por esto, es fundamental tener un nivel ¿óptimo¿ de deuda y dirigir la política fiscal a acercar la deuda pública a dicho nivel; ese será el espíritu de la Regla Fiscal que ha venido socializando el Gobierno Nacional.

iii. La prontitud con la cual se logren esos objetivos depende, entre otros factores, de la capacidad de creación de riqueza de la sociedad, la cual a su vez requiere de un ambiente propicio para los emprendimientos económicos. Un ambiente de estabilidad y sostenibilidad fiscal es un prerrequisito para dicho ambiente de prosperidad.

iv. El costo del capital en una sociedad, y con él el volumen de inversiones y emprendimientos, dependen de la tasa de interés. Sólo un ambiente de sostenibilidad fiscal promueve bajas tasas de interés.

v. La estabilidad cambiaria tiene, como una precondition, que el Estado, que es el mayor prestatario de un país, tenga finanzas sostenibles. La insostenibilidad crea presiones en los mercados internos y externos que conduce a crisis cambiarias, y a pérdidas de ingreso y riqueza de las familias, en especial las más pobres, que carecen de mecanismos económicos para defenderse de tales crisis.

....

Desde el punto de vista de la distribución de competencias en el Estado, corresponde ante todo al legislador, en coordinación con el ejecutivo, definir el contenido y alcance concretos de los derechos sociales y económicos, sin dejar de tener en cuenta la situación fiscal y de la política económica general. Dicho alcance deberá, en cada caso particular e incluso en ocasiones de manera general, ser aplicado por los jueces, lo cual resalta la importancia de la colaboración de todas las ramas y órganos del poder público de alcanzar una sostenibilidad fiscal que garantice, de manera efectiva la prestación y el goce de los derechos, dentro de las garantías y limitaciones impuestas al Estado.»¹¹⁶

La importancia del anterior pronunciamiento no sólo por lo reciente y actual de su contenido, sino por las directrices que en forma clara hace sobre la actitud de los jueces, tiene importancia para el propósito de este trabajo pues expresa una nueva actitud a los jueces dentro de su actividad de ponderación e interpretación, y es la de incluir el concepto de sostenibilidad fiscal en la labor de aplicar justicia, lo que de alguna manera implicará una capacitación más profunda sobre temas económicos para la rama judicial del poder público en Colombia, toda vez que serán temas no sólo de debate procesal sino de fondo para la estructuración de sus decisiones, pues uno de los principales riesgos fiscales del Estado colombiano

¹¹⁶Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1052 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

son las demandas en contra de la Nación para el amparo y reconocimiento de derechos económicos y sociales que de alguna manera escapan temporalmente a las proyecciones y políticas sociales del Estado no por insensibilidad de los gobernantes sino por escasos recursos para la atención de todos los frentes de necesidades.

Esta actitud de los falladores hacia la estimación de la sostenibilidad fiscal al momento de proferir sus fallos, no puede estar sola, es decir, no debe estar por fuera de la dinámica procesal propiamente dicha, esperando únicamente a su estimación al momento de fallar; ella debe apoyarse en la indicación que las normas en el futuro hagan de esa nueva e indispensable ponderación durante las etapas del respectivo proceso, introduciendo pautas para que dicha ponderación pueda ser por una parte, alegada y, por otra parte, reclamada por recursos o incidentes por las partes, en especial, por la entidad estatal. Mientras se expidan dichas normas, pues es cierto que la figura de la sostenibilidad fiscal es nueva y, aún más, para la rama judicial pues, salvo algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional ha efectuado alguna aproximación a la real dimensión de este marco de referencia constitucional, a propósito de las revisiones que han llegado por vía de acciones de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 03 de 2011, hasta ahora se está implementando.

3.2. La Rama Judicial y la Sostenibilidad Fiscal como criterio orientador de sus decisiones. El debate sobre los derechos es también un debate sobre los recursos destinados para su reconocimiento.

La incorporación del criterio de Sostenibilidad Fiscal como marco para la actuación de las ramas del poder público implica que de manera directa se conozca por parte de las mismas, en especial los jueces y altos tribunales como representantes de la rama judicial, del sentido que tiene el sistema de planificación y presupuestario del gasto. Este que es un tema que debe introducirse en la formación básica de los abogados: la conexión que existe entre las políticas con los recursos presupuestarios. Una sentencia tiene la potencialidad de descarrilar el Estado de su cometido, por lo que el juez debe ser consciente de toda la conformación presupuestal de los recursos públicos en cuanto a sus fuentes y usos, respetando por una parte, la disposición legal que de ellos se hace a través del presupuesto general de rentas y gastos y, por otra, el uso de dichos recursos dentro de un marco de planeación y estructuración presupuestal para el reconocimiento y atención de los derechos cobijados por sus decisiones judiciales (condenas contra una entidad estatal).

Por eso insistimos: El debate de los derechos es también un debate sobre los recursos que requieren para el amparo y reconocimiento de esos derechos y, más aún, de ponderar el total de los recursos con que se cuenta para la atención de todo el conjunto de derechos que se esperan del Estado lo que debe ser dentro de un marco de estimación de costos y beneficios observando los criterios de progresividad y prestación de los mismos, por una parte y, por otra, conociendo de

la capacidad presupuestal de la entidad estatal comprometida en primera instancia y, del total de recursos estatales, en segunda instancia pues ante un fallo contra una entidad que no pueda responder con los recursos de una vigencia determinada, la única salida es adicionar su presupuesto actual o acudir a recursos extraordinarios en vigencias posteriores para lo cual, ante una obligación judicial ya ineludible, será del Presupuesto General de donde se deben tomar esos recursos adicionales, restando capacidad financiera y presupuestal para otras entidades o programas estatales. Y en ese momento es donde los indicadores de la sostenibilidad fiscal comienzan a considerarse en el sentido de si permiten o no viabilizar un nuevo esquema de gastos para atender la orden judicial, los cuales deben ser financiados con los ingresos tributarios o no tributarios con que se cuentan presupuestalmente o a través de endeudamiento, lo cual incide en la estabilidad futura de toda sostenibilidad al comprometer en el futuro los ingresos tradicionales a la atención o servicio de esa deuda.

“La sostenibilidad fiscal depende de todos los actores involucrados en la creación del gasto público. Bajo este entendido, la rama judicial, que es la encargada de aplicar el derecho, también tiene el compromiso de ayudar a mantener la sostenibilidad de las finanzas públicas, toda vez que los jueces en las democracias modernas, también son garantes del pacto político en el largo plazo.

Precisamente, desde la expedición de la Constitución de 1991 se consagraron nuevas acciones judiciales para reconocer y garantizar el goce efectivo de los derechos consagrados en la Carta, lo cual trajo como consecuencia, la redimensión de la actividad judicial que llamó a los operadores del derecho a evolucionar hacia el activismo judicial.

En materia de gasto público esto significó el aumento del espectro de su creación, haciendo que el Congreso no sea el único actor creador de gasto. De esta forma, se involucra también a los jueces, que como garantes de la Constitución, están llamados a establecer las condiciones en que el ejecutivo debe dar cumplimiento a la ley para hacer efectivos los derechos consagrados en ella. Sin tales condicionamientos no es posible para el juez garantizar la efectividad de los derechos, la justicia material y real que define al Estado Social.

En este orden de ideas, el criterio de sostenibilidad fiscal reconoce la importancia de la rama judicial en la garantía de los derechos que consagra la Carta y busca proveer, mediante el Incidente de Impacto Fiscal, ilustraciones a los jueces, sobre los efectos de sus decisiones y las condiciones financieras necesarias para garantizarlas.

Ello es aún más relevante si se tiene en cuenta el nuevo papel del juez en las democracias. Como se anunció anteriormente, ese nuevo rol judicial ha significado la transformación del juez como aplicador del derecho a juez como garante del pacto político en el largo plazo. En las democracias contemporáneas la aplicación del derecho está permeada por la transversalidad de la decisión del juez. Al contrario de lo que sucede con gobernantes y congresistas, los jueces no son elegidos popularmente y su ejercicio no está restringido en el tiempo por periodos de gobierno. Por estas condiciones, están llamados a estabilizar el pacto político reflejado en los derechos y garantías consagrados en la Constitución, aislarlos de los vaivenes de las decisiones políticas que dependen de los gobernantes de turno y garantizar que las mismas reflejen siempre el llamado contrato social consignado en la Carta.”¹¹⁷

Desde el punto de vista de la distribución de competencias en el Estado, corresponde (o debería corresponder) ante todo al legislador, en coordinación con el ejecutivo, definir el contenido y alcance concretos de los derechos sociales y económicos, sin dejar de tener en cuenta la situación fiscal y de la política económica general para que ya la interpretación judicial que se haga posteriormente de los mismos ante discrepancias, pretendidas vulneraciones, desconocimientos o violación de los mismos tenga de antemano un marco de referencia del cómo, cuándo y con qué el Estado debe garantizar el reconocimiento efectivo de los mismos. Dicho alcance deberá, en cada caso particular e incluso en ocasiones de manera general, ser aplicado por los jueces, lo cual resalta la importancia de la colaboración de todas las ramas y órganos del poder público de alcanzar una sostenibilidad fiscal que garantice, de manera efectiva la prestación y el goce de los derechos, dentro de las garantías y limitaciones impuestas al Estado.

La decisión justa es aquella en que los derechos de millones de ciudadanos priman sobre los de unos pocos oportunistas y no genera malos incentivos. La Corte debe asumir responsabilidades fiscales cuando esté fallando en torno a los servicios del Estado colombiano, del cual ella es pieza fundamental y cuya viabilidad ella debe defender. Debe reconocer que existe una restricción presupuestal y debe darse una racionalización en la asignación del gasto, de lo cual deriva una mayor justicia en su distribución. Pero sobre todo que ella no puede substituir al Congreso de la República en sus atribuciones fundamentales porque estaría dando origen a una dictadura de los magistrados.¹¹⁸

¹¹⁷ Exposición de motivos proyecto de ley reglamentación incidente de impacto fiscal. OCTUBRE 2012. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

¹¹⁸KALMANOVITZ, Salomón. Las Consecuencias Económicas de los fallos de la Corte Constitucional. Artículo publicado en la revista de la Contraloría General de la República ECONOMIA COLOMBIANA Y COYUNTURA POLITICA Noviembre de 1999.

3.3. El Incidente de Impacto Fiscal.

Tal como se ha mencionado con este mecanismo procesal, de origen constitucional e instituido como forma de asegurar la sostenibilidad fiscal en relación con la forma como deben cumplirse los fallos de las altas, se cierra el propósito normativo del Acto Legislativo 03 de 2011.

La rama judicial del poder público, concretamente, la Altas Cortes han venido produciendo sentencias de efecto económico que determinan la destinación de grandes cantidades de recursos o la imposibilidad de contar con ellos (caso de las reformas declaradas inexecutable o inconstitucionales) con lo cual se obstaculiza o impide la disposición de recursos o la destinación de los mismos a proyectos definidos por parte del Gobierno o del Congreso. Ejemplo de ello han sido las numerosas acciones de tutela en materia de Salud y de Seguridad Social, para mencionar un solo tema.

El incidente de Impacto Fiscal versa sobre un aspecto económico relevante de la sentencia que es de carácter puramente fiscal-sin entrar en el meollo financiero-; esto es que tiene la potencialidad de desequilibrar el presupuesto. La materialidad de la sentencia seguramente tendrá un objeto económico donde otros instrumentos propios del análisis económico del derecho y del derecho económico propiamente dicho pueden ser tomados en cuenta para emplear las herramientas económicas para su apreciación, más esta es una argumentación de defensa y no incidental. El incidente, se itera, está reservado exclusivamente al impacto fiscal. En este orden, el incidente de Impacto Fiscal no tiene una pretensión de discusión del razonamiento económico sino, tal como lo dice su denominación, de disminuir el impacto que en las finanzas públicas deriva de una sentencia en uno de los instrumentos macroeconómicos, el presupuesto.

No se trata pues de un tema de mercado, no tiene por objeto un análisis de maximización de los beneficios, ni es asunto relacionado con la determinación de elecciones públicas. Es un tema que tiene que ver con la viabilidad presupuestal en vista a una preocupación de optimización de los recursos públicos a partir de la forma y mecanismos para atender el cumplimiento de un fallo judicial.

Una vez producida la sentencia, el tema de su cumplimiento no plantea un problema en un mercado perfecto, ni tiene que ver con la condición óptima de Pareto. Los bienes que se mueven en el mercado son escasos y tienen usos alternativos por lo que el análisis de eficiencia está orientado por el Teorema de Coase en donde la transferencia de bienes a usos más eficientes dependerá de la ausencia de costos de transacción. Tratándose del pago de sentencias, sucede lo mismo que con el pago de impuestos, no hay un consumo rival, no hay un costo de oportunidad, no hay libertad de elección, es una transferencia de recursos en que el pago del tributo se cumple con una obligación de índole legal y en el de la sentencia una obligación que tiene por fuente una decisión judicial que vincula al

patrimonio público con un o unos patrimonios (cuando se trata de derecho subjetivos o de grupo) o el bienestar colectivo, cuando se impone obligaciones en el marco de decisiones judiciales que fallan acciones colectivas. En estas condiciones no existe beneficio, utilidad o enriquecimiento de parte del patrimonio, grupo o colectividad favorecida por la sentencia, lo que existe es una compensación en el sentido de Kaldor pues en las acciones de restablecimiento y reparación contencioso administrativas o en las constitucionales con efectos económicos, de lo que se trata es de restituir un equilibrio roto por una acción u omisión administrativa derivada o no de un acto administrativo, pero que desestabilizó una condición de equilibrio previa (Pareto).

Así que la sentencia restablece un equilibrio perdido a través del pago que ordena, pago que no enriquece sino que compensa el daño antijurídico causado imputable a la acción u omisión administrativa atribuible a cualquiera de los títulos propios de responsabilidad, según se trate de las distintas acciones por las que el o los accionantes elevaron su pretensión o defensa. En sentido contrario, frente a fallos que disponen no seguir o no aplicar una determinada normatividad (acciones de inconstitucionalidad o de nulidad de actos administrativos) el efecto de desmonte genera un impacto fiscal generado por la imposibilidad de continuar con un esquema (desmonte de tributos por ejemplo)

Así que el incidente de impacto fiscal no tiene que ver con el iter decisorio del juez, su objeto no apunta a la lógica de la decisión. Por eso, no es un recurso.

El incidente de Impacto Fiscal, tiene que ver con el efecto presupuestal de la sentencia, no con la materia de la sentencia, y desde ésta perspectiva, es un evento puramente incidental, secundario –en tanto que lo primario es la definición del derecho-, sobreviniente en el trámite del proceso –que aparece ocasionado por la sentencia condenatoria- con un carácter dependiente del efecto de la decisión judicial.

Situado el incidente dentro de su alcance y propósito, surge la inquietud de cómo van a ser los mecanismos para modular, modificar o diferir los efectos económico de los fallos judiciales contra el Estado y si con ello se logra optimizar el uso de los recursos públicos tanto por el órgano judicial que impone el fallo como por el órgano gubernamental a cargo de cumplirlo.

En el texto de la sentencia C-1052 de 2012 se menciona la razón de ser de este incidente, surgido dentro de los debates al interior del Congreso; el fallo mencionado se profiere en razón de una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso que lo incorpora que vale la pena traerlo a colación, dice la Corte Constitucional:

“El incidente de impacto fiscal fue una figura introducida por el legislador como una respuesta concreta frente a la preocupación evidenciada en los

debates acerca de los efectos de las decisiones judiciales en las finanzas públicas. Aunque se advierte que el incidente de impacto fiscal es una categoría con autonomía propia, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia, dicha característica no implica que su inclusión como texto normativo en segunda vuelta hubiese desconocido el principio de identidad flexible, de hecho, fue una modificación introducida como manifestación del contenido 113 de la Constitución Política, según el cual todos los órganos del Estado deben colaborar armónicamente para realizar los fines del Estado, entre ellos, el de sostenibilidad fiscal. Esta conclusión se fundamenta en las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación sobre el principio de identidad relativa, las cuales aplicadas al caso concreto evidencian que el incidente de impacto fiscal: (i) es una fórmula que concreta una de los temas centrales del proyecto, esto es, la sostenibilidad fiscal debe orientar las ramas y órganos del poder público dentro de sus competencias en un marco de colaboración armónica, y sin desconocer la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial; (ii) se trata de una figura instrumental por medio de la cual se pretende que las altas corporaciones de la rama judicial, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que puede tener el cumplimiento de la misma, y las invita a reflexionar sobre cómo lograr el cumplimiento efectivo en un marco de sostenibilidad; (iii) es una consecuencia directa de las discusiones que se efectuaron sobre el inciso que le precede, el cual establece: “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”, del cual se derivó, en concreto para la rama judicial, y en los términos que se precisan en el inciso demandado, la posibilidad de proponer el referido incidente.”

Adicional a lo anterior, es importante citar la sentencia C-288 del 18 de abril de 2012, en la cual se analizaron las características de la figura del incidente fiscal, como instrumento para realizar la categoría del Estado social de derecho, así:

“...Se trata de un procedimiento de índole constitucional, que faculta al Procurador General de la Nación o a los Ministros del Gobierno para promover dicho incidente, respecto de las sentencias proferidas por las altas cortes. El procedimiento propio de ese incidente, cuyo trámite es obligatorio para estos tribunales, cuenta con dos etapas definidas, a saber (i) la presentación de los argumentos de quienes proponen el incidente, acerca de las consecuencias de la sentencia respectiva a las finanzas públicas y el plan concreto para el cumplimiento de la misma; y (ii) la deliberación y decisión del tribunal correspondiente, a fin de determinar si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Por último, se señala que la aplicación del

incidente de impacto fiscal no podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales...”

El inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo No. 03 de 2011 modificatorio del artículo 334 de la Constitución introduce el denominado Incidente de Impacto Fiscal, dice el mencionado inciso:

“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.”

El incidente de impacto fiscal es un procedimiento judicial sui generis que debe ser desarrollado y reglado por el Congreso de la República, cuyo marco normativo vinculante se encuentra establecido en el Acto Legislativo 03 de 2011, (A la fecha de elaboración del presente trabajo abril de 2014 se cuenta ya con una norma que lo reglamente, la Ley 1695 de 2013, cuya análisis y estudio se presenta adelante,).

Del análisis del inciso que consagró el denominado Incidente de Impacto Fiscal antes transcrito, la Corte Constitucional hizo las siguientes consideraciones:¹¹⁹

- 1. “La legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos; El incidente de impacto fiscal es consagrado como un espacio de interlocución entre los servidores públicos antes referidos y las altas corporaciones judiciales, en donde se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a las altas cortes. Sumado a lo anterior, al tratarse de una decisión judicial, el incidente de impacto fiscal se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones procesales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que en el marco del procedimiento del incidente se adopte, máxime si se opta por la modificación, modulación o se difieren los efectos del fallo objeto de análisis;*
- 2. Si bien la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador para determinar los efectos de los fallos, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones, análisis que*

¹¹⁹ C-288 de 2012. Corte Constitucional.

- corresponde efectuar a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el incidente de impacto fiscal;*
- 3. Los asuntos sometidos al trámite del incidente fiscal se encuentran restringidos a los efectos de la sentencia no al contenido de la providencia en sí misma considerada, esto es, la decisión adoptada por el juez está protegida por el principio de la cosa juzgada;*
 - 4. En virtud de lo anterior, el Acto Legislativo realiza una diferenciación entre la sentencia y sus efectos, esto es, "...Mientras el primer momento está cobijado por los efectos estrictos de la cosa juzgada constitucional, lo que significa la imposibilidad de revesar la decisión de amparo, no sucede lo mismo con las órdenes de protección. En este caso incluso resulta admisible que el juez, de manera excepcional, modifique el sentido de las órdenes originalmente proferidas, cuando concurren razones de primer orden, que así lo exijan en aras de proteger los derechos fundamentales concernidos. A su vez, esa distinción se explica en que muchos de los fallos de protección de derechos constitucionales no son simples, de ejecución inmediata y de una sola actuación, sino que pueden involucrar órdenes complejas, las cuales pueden extenderse por un periodo de tiempo, requerir varias actuaciones administrativas para su cumplimiento o estar precedidas de importantes operaciones presupuestales."*

Los textos anteriores permiten fijar claramente cómo una sentencia, cuya validez material o formal no se discute en el incidente de impacto fiscal, sino que se tiene como un axioma indiscutible, siendo lo relevante sus efectos, debe de integrarse en un conjunto mayor del simple tema litigioso que ha llevado a la adjudicación del derecho. El derecho ya ha sido reconocido con fuerza de cosa juzgada que permanece intangible al resultado del incidente, lo que se trata no es entonces de una discusión sobre el derecho material discutido, sino sobre el impacto económico en las finanzas públicas del reconocimiento judicial del derecho.

Es claro el sentido de la incorporación del incidente de impacto fiscal dentro del artículo 334 de la Constitución que, debe recordarse, es el de la Dirección General de la Economía labor en la cual tradicionalmente se ha dejado a cargo del poder ejecutivo, pero que dadas las proyecciones presupuestales que tienen todas las ramas del poder público sobre los recursos del Estado y, en consecuencia, sobre sus impactos positivos o negativos en la economía deben colaborar armónicamente unos con otros. El incidente es un vehículo de colaboración a mediante la atención de las observaciones que el Estado, a través del Procurador General de la Nación o de uno de los Ministros de Gobierno, promuevan y presenten a las altas cortes para considerar la forma como puede y debería cumplirse con un fallo.

Ya no es excusa la independencia y soberanía del ejercicio de las ramas del poder público para echar mano de los recursos públicos a través de las decisiones

autónomas de cada una; la colaboración armónica en términos de definición de partidas presupuestales para el cumplimiento de sus decisiones, llámese leyes, decretos o sentencias implicará en el futuro medir las consecuencias de tales decisiones en procura del beneficio colectivo. Aquí surge un tema pigouviano, si los impuestos o recursos con que cuenta el Estado están destinados a corregir las externalidades, la atención a una sentencia genera una distracción de recursos focalizada, tal vez individualizada, agrupada o colectiva, pero nunca con el rango de bienestar que se pretende con el presupuesto en la teoría de Pigou.

Evidentemente cuando se paga una sentencia desconectada del conjunto presupuestal, lo que se genera es una contradicción entre el producto social marginal neto con el producto privado (individuo, grupo o colectivo) marginal neto. En estos casos el rendimiento neto total del incremento marginal de un recurso proveniente del pago de la sentencia no reporta los mismos beneficios sociales que si el recurso no fuese afectado a la atención del pago de la obligación judicial. En esta situación, el recurso conforme a la condición presupuestal prevista –sin mediación de la sentencia-, se destina a un uso que cumpliría con la condición conforme a la cual el producto social neto marginal se conserva igual para todos los empleos de un recurso de tal manera que, en términos bienestar social, la transferencia del recurso al pago de la sentencia a un uso que, si bien cubre una obligación estatal, reporta un producto social marginal neto menor, por lo no genera la condición deseable de elevar la producción total.

Ahí se localiza la racionalidad económica del incidente de impacto fiscal que no es más que el reconocimiento de la utilización limitada de los recursos escasos frente a necesidades ilimitadas y cada vez más exigentes por parte de la ciudadanía que ve en el Estado social de derecho y en los fines del Estado un inagotable derecho a pedir la satisfacción de sus necesidades que, en la medida que estén respaldados por las decisiones de jueces y tribunales, romperían con el criterio de dirección económica, pues la pretensión individual, disociada del conjunto, anarquiza el gasto y pierde el sentido de bienestar social para convertirse en una apropiación privada de ese bienestar en detrimento del conjunto.

Pigou consideró como instrumentos los subsidios o cierto tipo de beneficios fiscales para poder compensar las condiciones de desequilibrio y poder elevar el producto privado marginal neto hasta el nivel del producto social marginal neto. Cuando la situación de desequilibrio muestra un producto marginal neto superior al social, operan los impuestos que recaen sobre el privado.

El incidente de Impacto Fiscal no es una medida impositiva, es una carga procesal que pesa sobre el beneficiario de la sentencia que tiende a equilibrar mediante modulación el uso social distraído del recurso presupuestal.

No debe seguirse actuando en forma independiente por parte de cada rama del poder público y, si bien, siempre habrá errores legislativos o gubernamentales que el juez estará llamado a corregir mediante un fallo que imponga la solución a los

mismos, se debe armonizar el interés del litigante beneficiado con el conjunto de lo social.

La cuestión de descompensación presupuestal –social- con respecto a los reconocimientos subjetivos, grupales o colectivos, se acentúa tratándose de las acciones constitucionales como las tutelas y las acciones populares efectos que escapan a la relación error-consecuencia y constituyen más una relación necesidad-solución que implica la asignación de recursos a tomar de un presupuesto escaso a través de soluciones judiciales que hasta ahora no ponderan el agotamiento fiscal de los mismos frente al reconocimiento judicial muchas veces inmediato de exigir acciones o actividades del Estado que afectan a otros frentes y programas del gobierno.

Es preciso fijar la diferencia: mientras que en las acciones reparatorias –nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa- el Estado resarce un daño antijurídico y por lo tanto restablece un equilibrio perdido por su acción u omisión, en las acciones populares lo que existe es un camino alterno judicial para lograr reconocimientos y reivindicaciones. Evidentemente el juez deja de operar como el poder neutro pretendido por Montesquieu, para convertirse en actor fundamental dentro de procesos sociales, eso le otorga grandes réditos personales y a la rama un gran nivel de aceptación social. No obstante, el impacto de las decisiones, tienen un efecto telúrico frente al presupuesto que se ve altamente expuesto al cogobierno de los jueces.

“Es de destacar que, los diversos mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva permiten la fiscalización de las políticas públicas por diversos actores sociales, en especial grupos o comunidades afectadas por situaciones estructurales que vulneran sus derechos. Así, las acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, mandatos de seguridad y de injuncao brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones, organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos -como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo-- han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones ha impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas con relación a los lineamientos de reformas de la seguridad social; de políticas masivas de reducción de pensiones y salarios; de políticas de provisión de medicamentos frente al HIV/SIDA; de sistemas de cupos para la población afrodescendiente en el ámbito de la educación; de la distribución de partidas presupuestarias para la educación pública; de la exclusión de

*sectores sociales del alcance de planes asistenciales alimentarios; de prácticas de discriminación de inmigrantes en el acceso a servicios sociales y planes de vivienda; y del incumplimiento de las políticas sociales para la población desplazada en un conflicto armado. Estas acciones, además, han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas.*¹²⁰

En orden a la Constitución, es claro que el Estado interviene en la economía, pero por mandato de la ley; es decir, mediante decisiones que tienen una iniciativa, un debate y una decisión plural, que permiten darle una racionalidad. La decisión judicial, unipersonal o colegiada, no goza de procesos complejos de decisión política.

La decisión judicial debe tener un compromiso social, pero no puede estar disociada del reconocimiento de que todo lo que se quiere no siempre se puede y que la imposición de deberes focales al Estado, puede acarrear un desarticulación a la economía presupuestal y planificada propia de lo macroeconómico y consagrada en instrumentos como el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto.

Cuando los recursos son escasos, hay necesidad de priorizar sus usos y ponderar los efectos de beneficio, de tal manera que es posible que haya necesidades insatisfechas, pero que su atención no reporte tantos beneficios sociales como la derivadas de otras que se priorizan por ser de alcance social mayor.

Si el juez irrumpe el orden de prioridades, desarticula el sistema Plan-Presupuesto, generando una incoherencia de los instrumentos macroeconómicos y una ruptura de los propósitos sociales que generan una escala de atención a las múltiples necesidades insatisfechas desde una concepción y conceptualización económica global.

Los jueces deben entrar a participar de esa estimación razonada del uso de los recursos pues de manera directa sus decisiones los afectan. Cómo puede un juez medir la urgencia de un problema social concreto que le llega por reclamación puntual de un ciudadano o grupo de ciudadanos, frente a las necesidades no

¹²⁰El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Documento de la comisión interamericana de derechos humanos. pág. 284. <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescv.sp.htm>

reclamadas pero sentidas del resto de la población que, sin ser ignoradas por el gobierno, no están presupuestadas por el mismo para su redención próxima dada la necesidad de escoger a cuál de ellas se enfrentará primero dada la escases de recursos?

Mediante el Incidente de Impacto Fiscal se respeta la autonomía de la rama judicial y no se limita su capacidad decisoria frente a problemas concretos que se le llevan a título de demanda, pero si se les incluye en la obligación de ponderar el uso de los recursos públicos de forma tal que puedan considerar las consecuencias distributivas potencialmente serias que de los recursos públicos generan sus decisiones. Al fin y al cabo, ningún derecho cuya defensa presuponga un gasto selectivo del dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por la rama judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya responsabilidad recaerá sobre la rama ejecutiva.

El derecho económico que surge como disciplina académica muy imbuida por la microeconomía y orientada hacia el mercado; con el incidente de impacto fiscal, se reorienta hacia la atención de los mecanismos macroeconómicos como partitura armonizadora del quehacer de la rama judicial, en que el reconocimiento de los derechos a través de la sentencia, en condiciones propias de la relación jurídico litigiosa, no puede desconocer el conjunto de tal manera que el impacto fiscal que deviene de la sentencia debe modularse para que guarden armonía con lo que el complejo económico busca a través del Plan Nacional de Desarrollo y el instrumento presupuestal.

Una vez que se ha determinado la racionalidad económica del incidente de impacto fiscal, vale la pena entrar a estimar como será la dinámica del Incidente de Impacto Fiscal en esta parte final del trabajo. Por una parte, está la propuesta de Incidente propiamente dicha y, por otra, el trámite del mismo.

3.3.1. La Propuesta del Incidente de Impacto Fiscal. No vamos a entrar a considerar las cuestiones de forma, es decir, el cómo del Incidente pues este tema está pendiente de reglamentación en estos momentos y, no es propósito de este trabajo entrar a proponer la forma como debería ser la reglamentación del mismo, sino sus efectos dentro del esquema de la sostenibilidad fiscal.

Ante todo debe contarse con un fallo en contra de una entidad del Estado proferido por una de las Altas Cortes, entendidas como Corte Constitucional, Consejo de Estado o Corte Suprema de Justicia excluyéndose de entrada fallo proferidos por Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos o Jueces.

El fallo en contra debe contener una orden que implica la disposición de recursos públicos de tal manera que comprometa la presupuestación que de los mismos a dado el Gobierno Nacional; en este punto, bien vale la pena detenerse a pensar si el Incidente de Impacto Fiscal puede ser invocado por una entidad territorial que vea afectada su sostenibilidad fiscal frente a la orden de cumplir un fallo proferido

por una de las Altas Cortes. En principio todo parecería indicar que sólo podría invocarse bajo la intervención del procurador o del Ministro del ramo que se vea afectado una entidad territorial, lo que significa que son las autoridades nacionales las que están legitimadas bien como ente de control o como autoridad central, en este evento, con la vocería de la Procuraduría o del Ministerio, las entidades territoriales no estarían excluidas de acceder pero de manera intermediada.

Ahora bien, el contenido del incidente, independiente a que se reúnan los requisitos procedimentales necesarios para su tramitación, que están reglamentados mediante la reciente ley 1695 de 2013, tiene gran importancia sustantiva.

Hay una parte de sustanciación que determina la razonabilidad de la petición de modulación y otra parte propositiva que contiene la ofrecimiento concreto de cómo se puede cumplir el fallo.

Así que en primer término, deberá contener una explicación concreta y clara al mínimo de los factores presupuestales de la forma en que son estructurados y ejecutados los recursos del Estado (o del Ministerio, Instituto, Entidad o dependencia del Estado afectada directamente con el fallo) en cuanto a la materia del fallo (ambiental, de infraestructura, de servicios públicos básicos, etc) que expliquen en primera lugar el impacto fiscal del fallo en términos de: i) cantidad y disponibilidad; ii) la forma como se afectaría la sostenibilidad de tenerse que cumplir en la forma y tiempo contenidos en el fallo a partir de la cual se pretende que el alto tribunal modifique, module o difiera la manera como ordenó al Estado en el fallo proceder a cumplirlo.

En segundo término, la propuesta presupuestal que se pone en consideración del alto tribunal para que reconsidere la forma como ordenó el cumplimiento del fallo a la entidad estatal, poniendo de presente los criterios que permitan tomar tal decisión dentro de un criterio de sostenibilidad fiscal tanto para la entidad como para los derechos reconocidos por la corporación judicial en su fallo.

Es importante destacar la argumentación. La sustentación del incidente, desde el punto de vista presupuestal, debe considerar el tema objeto de la condena, a partir del cual la entidad estatal construya sus argumentos de reflexión y conveniencia buscando demostrar la incidencia negativa que en su presupuesto conllevaría atender el fallo en los términos indicados en el mismo así como la consecuente necesidad de variar dicha forma de cumplirlo solicitando modificar, modular o diferir la orden y la forma de cumplirla; en efecto, el incidente debe tener como finalidad el ilustrar al alto tribunal sobre el real estado del presupuesto de la entidad, su capacidad de atender con la orden de acuerdo al monto y flujo de recursos que se requieren en los términos dados en dicha orden, los efectos que ello genera en la ejecución de su presupuesto y los planes y proyectos que tiene para la vigencia respectiva y, como consecuencia de ello, la necesidad de modular,

modificar o diferir la forma como se ordenó cumplirla de tal manera que, sin dejar de atender la condena, tampoco que se afecten los flujos de los recursos de tal manera que se malogre mantener la sostenibilidad fiscal debe ser el criterio.

En consecuencia, esta primera parte del incidente deberá hacer saber las consecuencias de la sentencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas de cumplirse en los términos impuestos en el fallo, señalando y sustentando las condiciones y circunstancias específicas que explican dichas consecuencias.

De esta primera aproximación se debe pasar a la ilustración de la capacidad de la entidad para que su propuesta de modular, modificar o diferir la forma de atender presupuestalmente el fallo, de ser aceptada, pueda atenderse de manera cumplida en los términos propuestos por la entidad en el incidente de impacto fiscal y de esta forma se logren los objetivos de colaboración armónica entre la entidad estatal y el alto tribunal en términos de mantener la sostenibilidad fiscal de la entidad condenada.

Recordemos que el propósito del incidente no es cuestionar el sentido del fallo (condena) sino la forma más óptima y eficiente económicamente considerada de cumplirlo frente a la disposición de los recursos públicos que se verán comprometidos. Por lo tanto, como parte del documento por medio del cual se proponga el incidente deberá dedicarse una parte a la inclusión de planes concretos para el cumplimiento de la sentencia de tal manera que se aseguren los derechos reconocidos en ella en un marco de sostenibilidad fiscal.

Considero como recomendación sana de defensa que la puesta en conocimiento de la real capacidad presupuestal de la entidad no sea aplazada a la etapa incidental, en la cual no queda más que atender el fallo. El tema presupuestal en la etapa de sustanciación y debate probatorio, está en un punto ciego. En efecto, el actual régimen de los procesos judiciales mediante las que se ventilan las acciones frente al Estado no permiten y no se ocupan de esa averiguación, es decir, de solicitar por parte del juez ni de dar a conocer por parte de la entidad del flujo de recursos que, por una parte, ha destinado la entidad y el Estado para la atención y/o ejecución de proyectos, políticas o planes relacionados con el tema objeto del debate y, por otra, los recursos que a futuro se dispondrán para el mismo.

De allí mi llamado de atención, es importante como línea de defensa poner en conocimiento del juez, al momento de contestar la demanda para que se incluya como cuestión litigiosa, la planeación del gasto, en términos de presupuestación y ejecución por parte de la entidad, orientada a dar mayores elementos de juicio al fallador para que de esta manera el fallo que se profiera, de ser condenatorio, proponga la forma de cumplirlo atendiendo la sostenibilidad fiscal de la entidad de una manera factible y eficiente. De esta manera se irá generando en el fallador una conciencia sobre las condiciones presupuestales de tal manera que una sentencia consciente de las limitaciones presupuestales o de cómo la atención de la

necesidad insatisfecha tiene un orden dentro de las prioridades del Plan y conforme a disponibilidad de recursos, es entendida, tiene la potencialidad de evitar un incidente de Impacto Fiscal, pues desde el momento en que se profiere la sentencia el juez tiene un panorama presupuestal claro. De tal manera que el fallador, sin perder su independencia, si conoce la capacidad fiscal de la entidad estatal demandada, está en condición de proferir una sentencia que disponga la forma de su cumplimiento sin afectar los restantes proyectos que ella tiene presupuestados.

De aprovecharse esta etapa anterior al fallo, para ilustrar el Juez, se evitará o encauzará en el peor de los casos la interposición del incidente de impacto fiscal con lo cual se habrá adelantado el camino de su trámite.

Así que la sugerencia de traer el tema presupuestal al proceso y no aplazarlo al incidente, evita un gasto innecesario de recursos, atendiéndose de esa manera a la economía procesal, a la eficacia y eficiencia de la decisión, principios todos asociados de manera directa con criterios de derecho económico.

Ahora bien, la línea de defensa debe ser meditada con la cautela propia de las actividades de cuidado pues en muchos casos la estrategia de defensa consiste precisamente en evitar dar a conocer la capacidad presupuestal y fiscal para no suministrar información que pueda ser aprovechada en contra de la entidad o crear expectativas que puedan revertirse en fallos más onerosos o estrictos en su forma de ser atendidos.

En todo caso, lo que se sugiere es que durante el proceso, en etapas anteriores al fallo y, por supuesto, al incidente, se propongan mecanismos para colaborarle al juez en su deber de atender y ponderar el criterio de sostenibilidad fiscal que a todas las ramas del poder público debe orientar por disposición del artículo 334 de la Constitución (Acto Legislativo 03 de 2011).

Esta actitud procesal puede ser de oficio o a solicitud de parte en el sentido que tanto, la entidad estatal como el magistrado que atiende el proceso, ofrezcan y cuenten con los elementos necesarios para ir enmarcando la decisión final dentro del marco de la sostenibilidad fiscal, evitando alteraciones en el mismo que deben finalmente atenderse mediante el incidente de impacto fiscal.

La futura reglamentación del artículo 334 de la Constitución Política, en lo que al Incidente de Impacto Fiscal hace referencia, deberá prever espacios procesales en el sentido de abrir oportunidades mediante traslados para alegar, audiencias para escuchar, conocer y debatir y, facilitar la vinculación de expertos ya sean oficiales o privados en materia financiera, económica y presupuestal que enriquezca el debate y promuevan la observancia eficaz del criterio de sostenibilidad fiscal, elevándola a reglas de actuación administrativa y judicial en bien de las finanzas públicas, sin deterioro y con la plena observancia de los principios constitucionales

propios del carácter que tiene Colombia de Estado Social de Derecho en cumplimiento del deber de colaboración armónica que se reitera en el inciso tercero del artículo 334 incluido por el Acto Legislativo 03 de 2011 que expresa: *“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.”* Adelante se hará un análisis del contenido reglamentario dado mediante la Ley 1695 de 2013 sobre el incidente de impacto fiscal, expedida durante la realización del presente trabajo.

Es evidente tal como se ha escrito antes que el tema de este trabajo está íntimamente vinculado con el derecho económico. Por resaltar que el Presupuesto General de la Nación que, en últimas, es la suma de el presupuesto de todas y cada una de las entidades estatales del orden nacional y a partir de él, la distribución y ejecución de los recursos públicos que lo conforman, están expuestos a las decisiones judiciales, correcta o incorrectamente tomadas, eficaz y eficientemente dispuestas en lo que a la destinación de recursos públicos el cumplimiento de sus fallos conlleven; la economía depende de recursos públicos, pues los grandes proyectos y la planeación de las obras e inversiones públicas están estructuradas a partir de la presupuestación anual de ellos (los recursos públicos) y esta labor es resultado de la planeación, correcta o incorrecta que hace la rama ejecutiva nacional del poder público que se verá modificada por decisiones de otra rama del poder público como lo es la judicial y ,de alguna manera, esta es una forma de intervenir en la economía de manera indirecta pero con una incidencia determinante en la disposición final de los recursos.

3.4. La estimación razonada del impacto fiscal en los fallos judiciales. Tiempo, forma y presupuesto como elementos determinantes del impacto.

No obstante haberse proferido recientemente una reglamentación al incidente de impacto fiscal (Ley 1695 de 17 de diciembre de 2013) introducido en el artículo 334 de la Constitución Nacional que, como se ha venido exponiendo que está encaminado a modificar, diferir o modular el impacto fiscal que conlleva el cumplimiento de un fallo judicial determinado, ley que se irá analizando adelante en este trabajo, como proyección de la propuesta que en puntos anteriores se ha venido planteando en el sentido que, más que un incidente (que es una opción favorable que se introduce en nuestro ordenamiento) para modular, modificar o diferir los efectos económicos de los fallos judiciales, lo que debe también promoverse y observarse es una actitud judicial más enriquecida en su visión económica entendida como la ponderación presupuestal de la forma como se ordena reconocer o ejecutar un derecho o conjunto de derechos por parte del Estado a través de una de sus entidades, la ley en mención ha creado un espacio para esta última finalidad, pero en uno u otro evento la premisa fundamental es la incorporación al actual esquema del proceso judicial de espacios para considerar lo presupuestal, no solamente en términos de estudiar la normatividad que regula y

regla el sistema presupuestal y todas las actividades a él inherentes, sino también adecuar las formas judiciales de aprehender el conocimiento e información que conlleva un tema determinado e interpretarlo de acuerdo a este nuevo criterio de actividad judicial como lo constituye el principio de sostenibilidad fiscal considerando como parte de este principio el tiempo, la forma y los recursos implicados en la ejecución del fallo respectivo en relación con la situación debatida y el estado de ella dentro del respectivo programa, plan o normatividad dispuesta por la rama ejecutiva o legislativa del poder público.

En efecto, la rama judicial entendida como todos los jueces y magistrados de altos tribunales, independientemente a la existencia del denominado incidente de impacto fiscal deben en ejercicio de su actividad entrar a estimar todos los aspectos del debate que atienden no sólo en términos del derecho debatido sino de los recursos que el Estado dispone para el reconocimiento de los mismos, en particular, en desarrollo de las acciones denominadas constitucionales (tutela, de grupo, de cumplimiento y popular). En este punto, el sentido de recursos públicos no sólo debe entenderse como el monto presupuestado en una vigencia determinada sino dentro del conjunto de programas y planes que el Estado ha dispuesto para el reconocimiento progresivo y eficiente del mismo. La programación, planeación y presupuestación que el Estado a través de la rama ejecutiva realice no puede ser desconocido o ignorado por la rama judicial toda vez que la colaboración armónica a que invita la Constitución, como premisa para el logro de sus fines, debe y puede expresarse no sólo en el respeto de las actividades de las otras ramas del poder público, sino también en la actuación conjunta y participativa al logro de los fines y propósitos de cada una de ellas. En este sentido la rama al declarar una situación concreta de reparo, reconocimiento o exclusión de derechos o normas en sus fallos puede expresar un sentido más constructivo y porque no colaborador para que la situación planteada no sólo brinde solución a quien invocó la acción judicial respectiva sino a la entidad estatal que debe observar el cumplimiento del fallo.

3.4.1. De los efectos del tiempo en relación con el cumplimiento de los fallos.

Jurídicamente el tiempo o término para atender la orden impartida en un fallo tiene mucha relevancia. Presupuestalmente considerada también el término con que cuenta el estado para atender la orden del fallo también tiene gran importancia; desde el punto de vista de presupuestación y apropiación de los recursos necesarios para poner en marcha las actividades, acciones u operaciones impartidas el término dado para ello determina el impacto fiscal, los efectos son determinantes si se cuenta con más o menos tiempo, no solo para obtención, presupuestación y apropiación de recursos sino también para la readecuación de planes y programas relacionados con el asunto objeto de la condena; en igual sentido, cuando el fallo ordena retirar de la normatividad una ley o decreto que tiene incidencias fiscales y/o tributarias, pues en este caso el impacto fiscal surge

por la imposibilidad de seguir contando con recursos concretos o esquemas de generación de ingresos al fisco.

Dentro de las normas de derecho procesal existen las que versan o determinan de forma directa los efectos de los fallos, efectos que de alguna manera tienen *per se* efectos económicos pero que no son ponderados bajo el concepto presupuestal del manejo de los recursos por el fallador al momento de tomar la decisión en cuanto al cómo y en qué tiempo debe ser la observancia de la orden impartida en su sentencia.

Ya sea por falta de concreción o claridad en el contenido del fallo, dejando a la interpretación de los interesados (quienes ven en el fallo un sentido, quienes ven otro sentido) surgen situaciones que redundarán en efectos presupuestales, entendidos como costos adicionales a lo que inicialmente se habían estimado o presupuestado como sucede cuando un fallo que declara la nulidad de una disposición legal que generó efectos presupuestales al momento de expedirse, no determina puntual y concretamente si los efectos del mismo serán *ex nunc* o *ex tunc*, es decir, si el fallo retrotrae sus efectos o sólo los proyectará hacia el futuro¹²¹.

Los efectos en el tiempo de una sentencia, en cuanto a los fallos de los altos tribunales en Colombia en lo que respecta a las actuaciones estatales se aplican para los procesos ante la Corte Constitucional en lo que hace referencia a las sentencias de inconstitucionalidad y a las sentencias de inexecutable que en principio tienen efectos *pro futuro* pero que es posible que tengan efectos retroactivos o efectos suspendidos. Para el Consejo de Estado en las que hace referencia a las acciones de nulidad, el efecto es retroactivo.

La Corte Constitucional en sus fallos debe definir cuando un fallo tendrá efectos *ex tunc*, es decir, hacia atrás o dicho de otra manera, sus decisiones siempre serán con efectos hacia el futuro (*ex nunc*); la decisión de efectos *ex tunc* por lo tanto es excepcional y se tendrá cuando la guarda de la Constitución así lo amerita.

La diferencia de los efectos en el tiempo se explica por la necesidad de dar seguridad jurídica y buena fe a las actuaciones adelantadas bajo el imperio de la

¹²¹La declaración judicial de una nulidad de pleno derecho, establece que esa relación jurídica jamás existió, se crea una ficción jurídica que da como resultado como que no nació nunca, por ello se dice que tiene efecto "*ex tunc*", retrotrayendo todo al momento anterior al "*pretendido*" inicio de la relación cuestionada y decretando que todos los efectos desplegados en ese espacio de tiempo (desde su inicio hasta el momento de la declaración), jamás han existido en el mundo jurídico.

Por el contrario, cuando se anula una relación jurídica, la nulidad no es de pleno derecho y por lo tanto es "*ex nunc*", o sea, que todos los efectos jurídicos hasta la declaración de su anulabilidad permanecen vigentes, y a partir de ese momento, ya la relación jurídica deja de desplegar efectos.

norma declarada inconstitucional o inexecutable. La seguridad jurídica es también sinónimo de consolidación de situaciones que, de variarse ante una declaratoria judicial, implicarían impactos presupuestales.

En fallo T- 772 de 2011 la Corte manifestó¹²²:

La alta probabilidad que la norma haya tenido consecuencias en el tráfico jurídico antes de su declaratoria de inexecutable, a pesar de los vicios que la acompañaban de tiempo atrás, conduce a la controversia sobre cuál debe ser el alcance de la decisión emitida por el juez constitucional, específicamente en lo relativo a los efectos temporales de la decisión, es decir, si se aplican hacia el futuro o pueden retrotraerse desde el mismo momento de expedición de la norma. Dicha controversia se presenta en razón a que de un lado, los efectos hacia el futuro (ex nunc) o desde la declaratoria de inexecutable se fundamenta en la necesidad de proteger principios dentro de los que se encuentran la seguridad jurídica y buena fe, debido a la presunción de constitucionalidad de la que gozaba la norma y por ello sería legítimo sostener que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de la disposición. Del otro, los efectos retroactivos (ex tunc) del fallo de inexecutable encuentran sustento en la supremacía de la Constitución y en la realización de otros valores y principios contenidos en ella no menos importantes, pues al tratarse de un vicio que afecta la validez de la norma sus efectos deben declararse desde siempre, como si se tratara de una nulidad, tendiente a deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de esa norma espuria, siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas lo permitan.

Con el fin de armonizar tales posiciones disímiles, el Constituyente le asignó a la Corte Constitucional, no sólo la facultad sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias al confiarle la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. Para cumplir con esa finalidad el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una decisión, pues su deber consiste en pronunciarse de la manera que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, que puede consistir en modular los efectos de sus sentencias, bien sea desde el punto de vista del contenido de su decisión o desde sus efectos temporales. En este mismo sentido, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) indica que las sentencias que profiera la Corte sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

¹²² Corte Constitucional. T-772 de 2011. MP. Juan Carlos Henao Perez. Página Web CORTE CONSTITUCIONAL.

En igual sentido, para los fallos de exequibilidad e inexecuibilidad los efectos son ex tunc o ex nunc con la misma interpretación dada anteriormente, la regla es que sus efectos son hacia el futuro (ex nunc) y que, cuando el fallo quiera que su declaración tenga efectos retroactivos debe así ordenarlo (efectos ex tunc).

“La sola circunstancia de que se declare la inexecuibilidad de una disposición de rango legal no impone que deba decretarse su inaplicación respecto de situaciones surgidas con anterioridad a esa declaración, puesto que en virtud del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, en su único aparte declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, a cuyo tenor “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, cabe decir que la vigencia de la norma se preserva hasta la ejecutoriedad de la sentencia que la declara inexecuible, toda vez que sólo desaparece o deja de ser aplicable o ejecutable a partir de esa fecha, luego las situaciones jurídicas ocurridas antes de la sentencia y que se encuadren en dicha norma son susceptibles de su aplicación, y están llamadas a generar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes, independientemente de que se trate de situaciones jurídicas consolidadas o no, puesto que cuando los efectos de la desaparición de una norma son ex nunc, se presenta el fenómeno de la prospectividad de la misma, es decir, que sigue produciendo efectos en el tiempo respecto de los hechos ocurridos bajo su vigencia, con excepción de las materias o asuntos que por mandato constitucional están cobijados por el principio de favorabilidad, esto es, de la aplicación de la norma más favorable...la expedición de una sentencia de inexecuibilidad no es suficiente razón para inaplicar la norma inexecuible a situaciones surgidas con anterioridad bajo su amparo, pues si así fuera no tendría eficacia alguna la regla establecida en el único aparte declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 del atrás citado artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.” Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP: Rafael de Ostau de Lafont Pianeta 14 de agosto 2006. Radicación número: 11001-03-15-000-2000-00537-01(S)

3.4.2. De la forma como deben cumplirse los fallos. La forma en que deben cumplirse los fallos, hace referencia a la razón o por qué se profiere una fallo en uno u otro sentido y las actividades dispuestas por el juzgador para lograr, a su juicio, el reconocimiento, ampliación, mantenimiento de un derecho, así como la manera como determinada normatividad, plan o programa debe ser retirado de la vida jurídica.

Los efectos de los fallos están de alguna manera condicionados o dispuestos en términos de la técnica de interpretación dada a las normas sustanciales de los derechos debatidos en el proceso judicial ; en efecto, la forma como se interpretan

y las escuelas de hermenéutica jurídica que orientan la labor del juez determinan los efectos que al fallo se impartan y este constituye un factor válido para examinar el criterio de sostenibilidad fiscal que se erige como orientador del monto de recursos que el fallo requiere para su cumplimiento.

Independientemente de cuál de las escuelas o formas de interpretación judicial asuma el juez en su análisis tendiente a proferir un fallo, debe incluirse la estimación presupuestal de su decisión en términos de cuantos recursos se requieren para su efectivo cumplimiento y, en términos de cómo se afectarán las finanzas públicas con su decisión dado el estado actual de reconocimiento y progresividad de los derechos mediante las decisiones judiciales, el factor de disposición ponderada de los recursos públicos con que cuenta el Estado en un momento determinado tanto para atender sus planes y programas como las contingencias judiciales a las que se ve avocado deberá primar al momento del fallo; de aquí la expresión inserta dentro del párrafo del artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 por medio del cual se incorporó a las normas constitucionales (art. 334) el criterio de sostenibilidad fiscal “*PARÁGRAFO. 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.*” orden que permite suponer que deberá realizarse un ejercicio al interior y durante el proceso correspondiente en términos de ponderación del criterio de sostenibilidad fiscal, no para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva respecto de los derechos debatidos en el proceso que se le adelante a una entidad del Estado en particular, sino para el total de los derechos que se exigen del Estado, es decir, la afectación de recursos que implique el cumplimiento de una orden judicial en los términos que dentro de la misma se impartan, también deberá ponderar si con tal orden, se estarían menoscabando, restringiendo o negando la protección de otros derechos en cabeza de personas distintas al demandante.

Lo anterior induce a que a los métodos tradicionales de interpretación, se agregue el de análisis económico de tal manera que la sentencia sea insertada en una reflexión de impacto presupuestal y de relaciones económicas.¹²³

¹²³Veamos en el siguiente extracto de un fallo del honorable Consejo de Estado Colombiano qué formas o métodos de interpretación jurídica se tienen en cuenta por parte de los operadores judiciales y respecto de las cuales consideramos que el incorporar el criterio de sostenibilidad fiscal no afectará.

“INTERPRETACIÓN JUDICIAL - Análisis doctrinario. Límites de la potestad interpretativa del juez / MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN - Lingüístico o gramatical. Concepto. Al margen de las diferencias entre esos modelos de pensamiento y de la adscripción del juez a cualquiera de ellos, lo cierto es que hoy se acepta sin controversia que para aplicar cualquier disposición, el juez debe realizar siempre una labor interpretativa, que en algunos eventos es fácil porque los términos lingüísticos de la disposición son claros y otros, en los cuales la labor interpretativa del juez es muy compleja y requerirá de la elección de uno o varios métodos de interpretación, que resultan igualmente admisibles o válidos, pero que el juez deberá siempre justificar y guardar coherencia

En orden a la propuesta de introducir elementos de análisis económico a la decisión judicial a fin de enriquecer los conceptos de interpretación tradicionalmente aceptados por nuestro ordenamiento jurídico, la incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal entra a fungir como criterio teleológico en la ponderación final, no tanto del reconocimiento definitivo de un derecho, sino de la forma como tal reconocimiento pueda impactar en el total de derechos que planea el Estado amparar presupuestalmente considerados. El razonamiento económico siempre es un ex post, siempre mira hacia el futuro, y tiene, por lo tanto una condición de pre-visión de impacto, de efecto de una determinada decisión. Es pues una invitación a cambiar la visión judicial tradicional que se ancla en el antes que debe resolver, en los hechos jurídicos que sustentan la pretensión y que se le acreditan mediante pruebas que le permiten formarse un concepto de verdad formal de lo que sucedió; la perspectiva económica es una invitación al análisis del futuro: qué pasa después del fallo; cuáles son sus repercusiones fiscales y cómo las mismas impactan el conjunto de la economía en orden a la distribución planificada de prioridades y recursos.

Se debe propender por incorporar al actual manejo interpretativo del fallador, el ejercicio de ponderar el impacto fiscal de sus decisiones en los términos que la sostenibilidad fiscal recientemente incluida en la Constitución Política a la luz de las reglas de interpretación jurídica pues en últimas son las que se aplicarán dentro del incidente de impacto fiscal dispuesto contra un fallo proferido por las altas cortes o tribunales. Pues en forma clara el incidente de impacto fiscal sólo estaría llamado a interponerse contra sentencias delimitadas en su jurisdicción a los que profieran los altos tribunales, dejando por fuera de su acción a los fallos proferidos por Tribunales Seccionales y Juzgados que de alguna manera también impactan fiscalmente a las entidades territoriales.

El incidente de impacto fiscal busca que la decisión judicial original se modifique, difiera o module en sus condiciones de tiempo y modo en relación con los efectos que la forma ordenada para cumplirlo genera, respecto de las finanzas de la

con esa elección. Esos métodos de interpretación son básicamente el lingüístico o gramatical, que consiste en atribuirle a los enunciados normativos el significado que usualmente se le da a las palabras, bien en el lenguaje común, técnico o científico, según de lo que se trate; lógico, por aplicación de métodos de razonamientos formal, entre estos la reducción al absurdo, es decir, de las interpretaciones posibles se descartan las que conduzcan a una decisión absurda; sistemático, de acuerdo con el cual los enunciados deben interpretarse en su contexto y no de manera aislada; teleológico o finalista, que consiste en identificar el fin de la norma, que puede ser subjetivo, cuando se busca el fin que perseguía el legislador al momento de dictarla u objetivo cuando se especula sobre el fin que éste le atribuiría a la disposición si la hubiera dictado en el momento en que el juez la aplica, y consecuencialista, según el cual de entre las interpretaciones posibles debe elegirse la que permita la obtención de mejores fines. En síntesis, es admisible cualquier interpretación de una disposición jurídica que realice el juez, siempre que ella resulte de un método aceptado y constituya la consecuencia racional de su aplicación.” Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P: Ricardo Hoyos Duque. 13 de agosto de 2002. Radicación número: 11001-03-15-000-2001-0280-01(REVPI-004)

entidad o del Estado. Con el incidente puede lograrse una modificación o modulación en cuanto a la forma de cumplirlo o diferir en el tiempo las actividades ordenadas en el mismo.

3.5. Ley 1695 de 2013. Reglamentación del Incidente de Impacto Fiscal.

A continuación se hará un análisis de la reciente ley por medio de la cual se reglamentó el incidente de impacto fiscal; análisis que no pretende abarcar las razones y aspiraciones de la misma desde el aspecto de la política judicial o herramienta procesal, sino su propósito final, cual es el de permitir el aseguramiento de la consideración y observancia por parte de la rama judicial del criterio de sostenibilidad fiscal y medio de colaboración armónica entre las ramas ejecutiva y judicial del poder público.

La ley fue objeto de trámite legislativo durante el segundo semestre del año 2012 y todo el 2013, lográndose una armonización entre los opositores y los auspiciadores de este novedoso mecanismo. El resultado final no varió del proyecto originalmente presentado por el gobierno nacional, salvo la inclusión, a mi juicio importante, de llevar la consideración del criterio de sostenibilidad fiscal a las acciones judiciales en las que sean parte las entidades territoriales toda vez que ellas también inciden y determinan las afectaciones que dentro del presupuesto nacional requieren estas para su existencia lo cual afecta también la sostenibilidad fiscal del Estado.

El objeto del incidente de impacto fiscal, se insiste, es buscar que los efectos de los fallos proferidos por las altas cortes sean modulados, modificados o diferidos en el tiempo y forma en que se ordena cumplirlo.

Sobre este aspecto se mencionó en el proyecto de la ley en comentario¹²⁴:

Además de reconocer que el criterio de la sostenibilidad fiscal no sustituye la Constitución, la Corte se refirió específicamente sobre el incidente de impacto fiscal. En este caso, observó que la reforma definió que una etapa del trámite consistiría en las “explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para el cumplimiento de la misma”, mientras que la segunda se concretaría cuando se decida si se procede a “modular, modificar o diferir” los efectos de la sentencia. Respecto a estas dos etapas del proceso, la Corte indicó:

“Como se observa, la reforma constitucional en comentario prevé un procedimiento destinado a permitir que determinadas autoridades del Estado, cuando adviertan

¹²⁴PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY No. 326 DE 2013 CÁMARA, 139 DE 2012 SENADO “POR MEDIO DE LA CUAL SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 334 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES. PL-2012.N139S-2012. Página web del Congreso de Colombia.

que la ejecución de una sentencia de alta corte de justicia tenga incidencia en la SF, logren un espacio de interlocución con esos tribunales, a fin de presentar los argumentos correspondientes, para que las cortes, si así lo concluyesen pertinente, modulen, modifiquen o difieran los efectos del fallo. Se trata, en ese sentido, de una instancia deliberativa que, aunque tiene un trámite obligatorio, no impone a las altas cortes un deber específico de modificación de lo fallado, pues supedita las opciones de modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la sentencia al ejercicio de la potestad jurisdiccional. No de otra manera puede comprenderse la expresión “se decidirá si procede” contenida en el inciso adicionado al artículo 334 C.P. Además, debe resaltarse que la regla constitucional analizada no implica una opción de modificación sustantiva de la decisión judicial, sino solo versa sobre los “efectos” del fallo”.

La Corte Constitucional al revisar el incidente de impacto fiscal dentro del marco constitucional que se creó en 2011, reafirmó la necesidad de desarrollar, vía ley expedida por el Congreso de la República, el procedimiento judicial que debe regir este Incidente, destacando los siguientes lineamientos:¹²⁵

“(i) la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos;

(ii) el incidente de impacto fiscal es consagrado como un espacio de interlocución entre los servidores públicos antes referidos y las altas corporaciones judiciales, en donde se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a las altas cortes. Sumado a lo anterior, al tratarse de una decisión judicial, el incidente de impacto fiscal se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones procesales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que en el marco del procedimiento del incidente se adopte, máxime si se opta por la modificación, modulación o se difieren los efectos del fallo objeto de análisis;

(iii) si bien la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador para determinar los efectos de los fallos, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones, análisis que corresponde efectuar a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el incidente de impacto fiscal;

¹²⁵Sentencia C-1052 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 5 de diciembre de 2012

(iv) los asuntos sometidos al trámite del incidente fiscal se encuentran restringidos a los efectos de la sentencia no al contenido de la providencia en sí misma considerada, esto es, la decisión adoptada por el juez está protegida por el principio de la cosa juzgada;

(v) en virtud de lo anterior, el Acto Legislativo realiza una diferenciación entre la sentencia y sus efectos, esto es, "...Mientras el primer momento está cobijado por los efectos estrictos de la cosa juzgada constitucional, lo que significa la imposibilidad de revesar la decisión de amparo, no sucede lo mismo con las órdenes de protección. En este caso incluso resulta admisible que el juez, de manera excepcional, modifique el sentido de las órdenes originalmente proferidas, cuando concurren razones de primer orden, que así lo exijan en aras de proteger los derechos fundamentales concernidos. A su vez, esa distinción se explica en que muchos de los fallos de protección de derechos constitucionales no son simples, de ejecución inmediata y de una sola actuación, sino que pueden involucrar órdenes complejas, las cuales pueden extenderse por un periodo de tiempo, requerir varias actuaciones administrativas para su cumplimiento o estar precedidas de importantes operaciones presupuestales"[67];

(vi) el incidente de impacto fiscal fue incluido en el Congreso bajo el espíritu de que las decisiones que protegen los derechos fundamentales no son objeto de modificación y, sólo los efectos de las sentencias pueden ser objeto del incidente de impacto fiscal dentro de los lineamientos que definen el Estado Social de Derecho;

(vii) la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos del fallo tiene un carácter potestativo, esto es, 1) el carácter de obligatoriedad está circunscrito al trámite del incidente; 2) la alta corporación puede decidir si opta por cualquiera de las opciones establecidas en la norma, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido. Bajo esta perspectiva, el juez puede mantener las órdenes emitidas desde el principio; 3) las opciones presentadas en la norma se refieren exclusivamente a las posibilidades a adoptar frente a las órdenes emitidas en el fallo no al contenido del mismo, el cual se encuentra protegido por el principio de la cosa juzgada y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento; 4) ni el incidente de impacto fiscal ni ningún otro mecanismo puede despojar a las altas cortes de desarrollar su labor adoptando las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas; y

(viii) el incidente de impacto fiscal es un instrumento que está al servicio del logro y realización efectiva de todos los derechos fundamentales."

Empieza la Ley por desarrollar el concepto básico de toda actuación judicial cual es la legitimidad en la causa por activa en los mismos términos que dispuso el artículo 334 de la Constitución que reglamenta, en el sentido que limita al Procurador General de la Nación o a uno de los Ministros de Gobierno, la posibilidad de solicitar la apertura del incidente (art. 1); amplió la posibilidad de interponer el incidente contra autos proferidos con posterioridad a la sentencia. En este sentido, debe entenderse que son autos que de alguna manera aclaren o corrijan el contenido de la sentencia o se profieran para asegurar el cumplimiento de las órdenes impartidas. Dispone también que siempre dentro del trámite del incidente debe participar, como parte, el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Este punto es muy importante toda vez que es el mejor interlocutor de las finanzas y presupuesto del Estado y el mejor orientador de los temas que conforman los indicadores y principales rubros que determinan la sostenibilidad fiscal (regla fiscal, marco Fiscal a mediano plazo, endeudamiento, servicios de la deuda, etc.)

Se garantizan dos puntos importantes: el primero, que la consideración y razonabilidad del incidente así como el análisis y ponderación de las razones que se invocan en la sustentación del mismo, son independientes de la *“postura que haya adoptado dentro del respectivo proceso cualquier organismo o entidad de naturaleza pública, aun cuando no haya participado dentro del mismo.”* Con lo cual el debate incidental, así como no puede cuestionar las razones de la condena, también permite introducir nuevos elementos de juicio (incluso varias la inicial postura estatal) en procura de mirar únicamente el impacto fiscal subyacente en la forma como debe atenderse la condena impuesta y la propuesta para disminuir sus efectos, *sin menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”* (Art.2) que se resalta como segundo punto importante.

En cuanto a qué tipo de procesos procede el incidente, no se limita a en su número y naturaleza, pues procede contra los fallos y sentencias proferidos por las altas cortes, en este sentido posibilita acciones ordinarias cuya instancia mayor se agota ante la Corte Suprema de Justicia, acciones contenciosas administrativas y acciones constitucionales cuya instancia mayor se agota en el Consejo de Estado y para las acciones de constitucionalidad que tramita en única instancia la Corte Constitucional. Incluso se dejó la posibilidad de solicitarse su apertura respecto de sentencias de revisión que son aquellas proferidas por la Corte Constitucional en cierre de tutelas (Parágrafo Art. 2).

En el trámite del incidente (Art. 3) participan como partes: El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno como legitimados para solicitar su apertura y, obviamente quien sustenta con razones y propone acciones encaminadas a justificar la modulación, modificación o diferimiento de los efectos del fallo en razón del impacto fiscal que genera y la consecuente afectación a la sostenibilidad fiscal; El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dada consideración del manejo que de la hacienda pública detenta, de la función de

administrador del presupuesto general de la Nación y del tesoro nacional además del generador y garante de las políticas fiscales del Estado y, finalmente, acuden al incidente de impacto fiscal como partes, los demandantes y entidades estatales demandadas en el proceso que da origen al fallo objeto del incidente.

Esta disposición cobra sentido, al entenderse que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene dentro de sus objetivos, de acuerdo con el Decreto 4712 de 2008:

“la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las leyes, la preparación de los decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República, y las que ejerza, a través de organismos adscritos o vinculados, para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la ley”.

Así, se entiende que el Ministerio de Hacienda, de acuerdo con sus objetivos y funciones, es el que tiene las herramientas para conocer realmente la implicación que puede tener un fallo dentro de las finanzas públicas y su participación como parte es indispensable para que el Incidente produzca los efectos deseados por el constituyente.”¹²⁶

Como toda actuación procesal, el incidente debe también observar términos para ser solicitado, concedido, sustentado y resuelto. El artículo 5 de la ley define estos aspectos, sin que sea objeto de este trabajo detenerse en este punto. Baste decir que son términos expeditos que no afectan el acceso y uso del incidente, conceden tiempo suficiente para la preparación de su sustentación y un término perentorio para su decisión, que es de 10 días siguientes a la celebración de una audiencia denominada de impacto fiscal (Art.11).

Con el fin de establecer los requisitos para su admisión y, consecuentemente, las causales de rechazo, inadmisión del incidente de impacto fiscal, en el artículo 6 se establece que este contendrá:

¹²⁶PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY No. 326 DE 2013 CÁMARA, 139 DE 2012 SENADO “POR MEDIO DE LA CUAL SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 334 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES. PL-2012.N139S-2012. Página web del Congreso de Colombia

“1. Las posibles consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas.

2. Las condiciones específicas que explican dichas consecuencias.

3. Los planes concretos para el cumplimiento de la providencia, que aseguren los derechos reconocidos en ella en un marco de sostenibilidad fiscal.”

El incidente, una vez admitido (se entiende que queda admitido cuando sea notificada a las partes su admisión) no puede desistirse por quien lo solicitó, razón por la cual una vez agotada esta etapa (la de admisión) su trámite será obligatorio (Art. 10). El incidente puede ser rechazado, en dos eventos: Cuando no se presente dentro del término previsto en el artículo 5, es decir, dentro del término de ejecutoria del fallo o, cuando no habiendo sido inadmitido no se hubiere corregido oportunamente (Arts. 7 y 8)

“Artículo 8. Inadmisión del incidente. Se inadmitirá incidente que no reúna el contenido señalado en la presente ley, mediante auto susceptible de reposición, en el que se incluirán específica y puntualmente los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación considera ausentes o la información que considere relevante, para que en los cinco (5) días siguientes a su notificación, el solicitante los aporte.”

”Artículo 9. Admisión del incidente. Una vez presentado y sustentado el incidente, la respectiva corporación lo admitirá, siempre y cuando reúna los requisitos señalados en la presente ley, mediante auto que no tendrá recursos.

El auto que admita el incidente dispondrá:

- 1. Que se notifique por estado al solicitante.*
- 2. Que se notifique por estado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
- 3. Que se notifique por estado a las partes que hacían parte del proceso, sobre el cual se solicita la apertura del incidente de impacto fiscal.*
- 4. Que se fije fecha para la audiencia de impacto fiscal, la cual deberá celebrarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por estado de todas las partes.*

La admisión del incidente de impacto fiscal suspenderá los efectos de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, hasta que la respectiva Corporación decida si procede a modular, modificar o diferir sus efectos, salvo que se trate de una acción de tutela.”

La audiencia de impacto fiscal se hace dentro de los tres días siguientes a la notificación por Estados a todas las partes de la admisión del incidente, término que considero muy corto dado que sólo hasta que se notifican las partes pueden tener acceso al escrito de sustentación del incidente y dada consideración que la audiencia es el espacio para debatir las razones del solicitante del incidente y de las otras partes que pueden apoyar o no la propuesta de modificación, modulación o diferimiento del fallo (Art. 11).

Una vez se valore el documento que sustenta el incidente y se escuchen los argumentos de las partes, se concreta la tercera y última etapa del procedimiento del incidente de impacto fiscal, en la cual, la mayoría de sala plena de la Corte Constitucional, de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según corresponda, tomará una decisión, sin modificar el sentido del fallo, para modular, modificar o diferir los efectos de la providencia, si así lo considera.

La decisión que ponga fin al incidente se toma dentro de los 10 días siguientes a la fecha de celebración de la audiencia de impacto fiscal (Art.12) y contra la decisión proferida procede el recurso de insistencia (Art. 13) en virtud del cual la parte afectada con la misma podrá procurar sean reconocidas sus aspiraciones con relación a la forma como debe cumplirse el fallo objeto del incidente de impacto fiscal.

Si la decisión que resuelve el incidente de impacto fiscal es contraria a la parte que solicita su apertura, se acatará el fallo en los términos que determine la alta corporación judicial, buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial. En todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional. (Art. 14)

Esta última frase: *“En todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional.”* No es clara en cuanto a su alcance, pues si no prospera la solicitud de modificar, modular o diferir el fallo cómo va a tenerse en cuenta y para que el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional?; ahora bien, puede también entenderse que la posición del Gobierno Nacional concretada en un plan puede ser resultado del trámite incidental propiamente dicho, es decir, que la propuesta del solicitante (Procurador o un ministro del gobierno) fue mejorada, condicionada, aclarada, etc por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que por ser parte puede proponer con igual derecho un plan distinto, adicional o mejor al presentado por el solicitante y compaginarse generando una posición de Gobierno Nacional que aunque no sea acogido totalmente por la alta corte para ordenar modificar, modular o diferir la forma de cumplir el fallo si lo “tendrán en cuenta”, pero tenerlo

en cuenta para qué? Para aceptar válidamente excusas futuras del gobierno o la entidad estatal condenada frente a un eventual incumplimiento a la orden de cumplir el fallo en los términos dispuesta, con base en que se está actuando en todo caso de acuerdo a un plan que debe tenerse en cuenta así no se haya aceptado como razón para modificar, modular o diferir el fallo? Porque o sea acepta el plan propuesto por el Gobierno nacional o no se acepta. Y si se acepta, de alguna forma debe ser modificando, modulando o difiriendo la manera de cumplirlo. No es clara la orden dada de *“tener en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional”*.

Dos puntos finales importantes a mi juicio en el esquema reglamentario del incidente de impacto fiscal, que no constituyen reglamentación propiamente dicha del mismo son: La posibilidad concreta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda intervenir, en cualquier momento y a solicitud de las altas cortes, en una acción judicial que una de ellas esté conociendo *“para conocer su opinión sobre los efectos de la controversia en la sostenibilidad de las finanzas públicas”*. Este es una novedad bien importante toda vez que está anticipando de alguna manera el debate que se va a plantear en el incidente de impacto fiscal o, por qué no, evitarlo. También permite aportar conocimiento, información e ilustración fiscal a la alta corte que conoce de una controversia, reduciéndose la asimetría en la información que en últimas afectará la decisión a tomar (Art. 15).

El otro punto interesante que se encuentra en la ley es el contenido en su artículo 16 y es el que hace referencia a la observancia del criterio de sostenibilidad fiscal que se introdujo en el artículo 334 de la Constitución Nacional por parte de los jueces que estén conociendo de controversias contra una entidad territorial, para que tengan en cuenta su capacidad fiscal para dar cumplimiento a lo ordenado con el fin de evitar alteraciones en su sostenibilidad fiscal. Hace extensible la posibilidad de solicitar apertura de incidente de impacto fiscal dentro de estos procesos contra las entidades territoriales, situación no contemplada en el artículo 334 de la Constitución, que aunque puede (y seguramente lo será) ser demandada por exceder la potestad reglamentaria es un iniciativa valiosa para la protección de las finanzas públicas.

La Ley 1695 de 17 de diciembre de 2013 está llamada a llenar un espacio anhelada desde tiempo atrás para nivelar, así sea parcialmente, la dinámica de las relaciones entre las ramas ejecutiva y judicial en lo que al tema del manejo de los recursos públicos se refiere. No es este el espacio ni la finalidad entrar a debatir las bondades, deficiencias, sofismas ni razones del porqué de las normas dispuestas ni los mecanismos establecidos en esta norma.

No lo nivela todo ni llena las expectativas que dentro de un proceso surgen pues el incidente se limita a incidir en la forma como de cumplirse la sentencia y/o ejecutarse las órdenes dentro de él impuestas, debe mirarse en el futuro,

reglamentando este punto, la inclusión dentro del proceso de mecanismos de estimación presupuestal, en lo que hace referencia a las fuentes, usos, planes, proyectos y presupuestos para determinar y, por qué no, modular, diferir o modificar el impacto fiscal antes de proferir sentencia.

Habría que esperar no solamente la puesta en marcha de esta reglamentación en comento, sino también las demandas contra la misma (al momento de redactar este trabajo ya se tenía conocimiento de una acción de nulidad), lo que quiere rescatarse para efectos del presente texto, es la incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal no sólo en la constitución sino en la legislación procedimental colombiana a través del denominado incidente de impacto fiscal y del manejo que en el corto plazo dé la razón a sus acogedores u opositores.

CAPITULO 4. RESUMEN Y CONCLUSIONES

4.1. RESUMEN DEL TRABAJO

El sentido dado al presente trabajo ha sido el de recoger los factores económicos, presupuestales y legales que permitan concebir el esquema de aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal en las decisiones judiciales, de tal manera que se tengan elementos de juicio para tener un concepto que permita abordar el tema para futuras investigaciones; por lo tanto, no se pretende completar una teoría sino recoger los elementos hasta ahora dispersos con la excusa de la introducción del criterio de sostenibilidad fiscal, por una parte, y del incidente de impacto fiscal de los fallos judiciales en el artículo 334 de la Constitución Política Colombiana, por otra.

El derecho económico comprende todo el conjunto de principios, reglas y normas legales que definen, por una parte, el papel y la intervención del Estado frente a la actividad económica y, por otra, los instrumentos jurídicos para el desarrollo de esa actividad -tanto por el sector público como por los particulares-, del comportamiento de los mercados de bienes y servicios y la forma como se orientan, regulan, controlan y vigilan por parte del Estado.

Así mismo, la actividad del Estado como agente económico abarca el reconocimiento de derechos que tienen un costo dentro de su estructura en el sentido que, al asumir su reconocimiento y amparo, implican destinación de recursos públicos que inciden no sólo en la sostenibilidad de sus finanzas y en su presupuesto, sino también en la dinámica de la economía. El criterio de sostenibilidad fiscal a observar por todas las ramas del poder público en desarrollo de sus actividades, en particular, por parte de la rama judicial viene a convertirse en un elemento de enlace definitivo entre esta rama y la ejecutiva (Gobierno nacional en particular).

La actividad de los poderes públicos tradicionales, es decir, las ramas ejecutiva, legislativa y judicial involucran la asunción de los costos que el reconocimiento de derechos conlleva para el Estado como consecuencia de tales actividades (expedición de leyes y actos administrativos, en el caso de las ramas legislativa y ejecutiva y, promulgación de fallos y sentencias en el caso de la rama judicial).

El reconocimiento de los derechos no puede mirarse únicamente desde la Constitución de un Estado sino, muy especialmente, estudiando cuántos recursos se destinan para asegurar su cumplimiento o, mejor aún, cuántos recursos deberían destinarse para que se logre el reconocimiento total de los mismos en un momento histórico determinado y en el futuro a corte plazo en términos de sostenibilidad de los recursos y de reconocimiento progresivo de los derechos ya sean fundamentales o no.

En los todos los países y, en especial los países en desarrollo, los recursos son escasos y, es precisamente dentro del marco de esa escasez desde donde debe administrarse no sólo el ofrecimiento de los bienes y servicios esenciales por parte del Estado, sino también, el reconocimiento de los derechos en cuanto deben estimarse, no sólo el grado de amparo, sino también la cantidad de recursos a distribuir entre los diferentes tipos de derechos. Si bien la cantidad y grado de derechos, por Constitución deben ser otorgados por igual a todos los ciudadanos, frente a la escasez de recursos se ha introducido el concepto de progresividad en el sentido de ir ampliando la concesión de derechos, amparos y reconocimientos lo que, a su vez, implica destinación de nuevos y adicionales recursos públicos para alcanzar la plenitud de su goce (por lo menos en cuanto a la estadística de su cubrimiento).

En el Capítulo Primero “El Presupuesto y la sostenibilidad fiscal” se esbozan los elementos de planeación, presupuestación y ejecución del gasto público a partir de la estructura del sistema presupuestal colombiano desde su conformación, estudio, aprobación y liquidación hasta la ilustración de las cuentas que lo conforman de manera general, con el propósito de ubicar al lector en el tema presupuestal tan esquivo para la mayor parte de los estudiosos del derecho económico pero tan fundamental para conocer la dinámica de los ingresos y gastos públicos como elementos para estudiar la sostenibilidad y el impacto fiscal. En este aspecto presupuestal se incluye la figura de la regla fiscal, instrumento que orienta y obliga el Estado, ojo no sólo a la rama ejecutiva únicamente como se venía concibiendo hasta la introducción del criterio de sostenibilidad fiscal mediante el acto legislativo 03 de 2011.

La definición ontológica del Estado como social, se traduce en un aumento del gasto. Las decisiones judiciales son para el Estado una expresión de gasto en el sentido que, como contingencias, suponen una erogación al momento de proferirse y, en algunos aspectos, una erogación no presupuestada desde el punto de vista de planear su reconocimiento no solo en términos de la dinámica de iniciativa gubernativa sino desde la dinámica de la imposición judicial.

Surge entonces el concepto de planeación de actividades, presupuestación de recursos y puesta en marcha de su real prestación, labores que por estructura jurídica y económica están a cargo del gobierno (nacional) o de la administración territorial y que por constituir, en algunos casos, derechos colectivos en razón del concepto de Estado Social de Derecho y de los fines constitucionales del Estado Colombiano tienen un carácter judicial cuando su ausencia, falta o incumplimiento pasan a ser considerados por los jueces cuando su reclamo se efectúa por vías judiciales y así la ordenación del gasto cae en la órbita judicial con efectos dentro del total de planes y presupuestos previamente determinados por el Gobierno en el sentido que una orden judicial implica aplazar realización de otros planes o, al menos, recortes presupuestales para otros programas gubernamentales generando un impacto fiscal que no tiene (o hasta ahora no tenía) herramientas

para morigerar o disminuir sus efectos dentro del plan general de gobierno en materia económica.

El gasto de origen judicial está huérfano de un marco de planeación y presupuestario. El juez ordena y su orden tiene que ser cumplida. El costo de la orden judicial está disociado del recurso para atenderla. Si la ley y los actos administrativos generan obligaciones, estas hay que cumplirlas; si la constitución obliga a prestaciones sociales a cargo del Estado, estas deben ser satisfechas. Eso es lo que le importa al juez. Nada más. No obstante la práctica de la decisión judicial, impacta al presupuesto, lo desequilibra haciendo impracticable la planeación y el esfuerzo presupuestario. Es ahí, donde el Estado social impone una tarea de conciencia económica al juez, que le significa modular su sentencia para introducirla en la realidad económica de poderla pagar.

Presupuestalmente estimados como créditos judicialmente reconocidos para efectos del gasto, contablemente considerados como contingencias judiciales, los fallos de los jueces y altos tribunales deben tener su apropiación dentro del sistema presupuestal y de allí su impacto cuando de alguna manera la decisión ocurre en términos que excluyen la dinámica presupuestal como sucede con los fallos de tutela y de algunos casos de exceso de apreciación o estimación judicial al momento de imponer una condena.

El conocimiento de la conformación, estructura y dinámica del presupuesto integran el contenido del primer capítulo que culmina con el concepto de sostenibilidad fiscal introducido por medio del acto legislativo 03 de 2011.

El comportamiento del Presupuesto, además de su dinámica estructural expresada en la necesidad de recursos (siempre insuficientes) y en la imperatividad de gastos (es escaso el margen de cambio o variación en cuanto a los gastos periódicos que deben atenderse) ha mantenido a Colombia en un casi permanente déficit fiscal; déficit en el que de alguna manera se refleja el impacto presupuestal que producen las actuaciones de las diferentes ramas del poder en cuanto a la necesidad de más y más recursos para su operatividad y a la generación de gastos producto de sus correctas o incorrectas decisiones (Leyes, Actos Administrativos y Fallos Judiciales).

La condición deficitaria tiene dos posibles lecturas: la ausencia real de recursos frente a la demanda creciente del gasto o, una cultura de restricción para evitar los desbordes exagerados; cuando el déficit se convierte en una condición normal, hay que entenderlo como parte de la cultura fiscal conforme a la cual el déficit es una condición predecible con la cual se ha aprendido a convivir y manejar.

La sostenibilidad básicamente es el balance que se proyecta en cuanto al uso de los recursos en el corto y mediano plazo, de tal manera que la dinámica de ingresos y gastos no sólo guarde fidelidad con las previsiones contenidas en la ley del Presupuesto y, en general, en todo el sistema presupuestal, sino también que

los agentes estatales que determinan dicha dinámica, actúen conforme a dichas previsiones de tal manera que no se generen gastos o se afecten ingresos por fuera de los objetivos, dimensiones y alcances establecidos no sólo para la vigencia fiscal correspondiente sino para las venideras en el corto y mediano plazo. En este aspecto, la ley de la regla fiscal entra a operar en el nivel del gasto futuro en manos del gobierno, la cual también, como regla que es, debe ser observada por las restantes ramas del poder público (legislativa y judicial); en este aspecto es bastante el compromiso de la rama judicial a partir del criterio de sostenibilidad fiscal que el artículo 334 de la Constitución Política le ordena observar.

La sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica deben ser observados por todos los estamentos del Estado. La afirmación ontológica conforme a la cual el Estado somos todos y nos compete a todos, adquiere respecto a la sostenibilidad fiscal una concurrencia de las tres ramas del poder público, de tal manera, que las actividades legislativa, ejecutiva y judicial tenga en consideración la disponibilidad de recursos al momento de proferir sus actos y decisiones.

Los recursos escasos o limitados, en el mejor de los casos, frente a las inflexibilidades de numerosos gastos ya sean de orden constitucional o legal, hacen necesario que la ordenación de nuevos gastos, sin importar lo imperativo y necesario de los mismos, consideren la real capacidad presupuestal del Estado para hacerlo (o mantenerlo) viable en el mediano y largo plazo. La dinámica de la sostenibilidad fiscal más que un marco rígido de presupuestación del gasto, se constituye como una actitud política y jurídica en su ordenación y una conciencia de que los recursos de que dispone el Estado no son ilimitados.

Así como mucho tiempo convivimos con la inflación, hasta que no llegó el correctivo constitucional, le llegó el tiempo a corregir el déficit fiscal mediante la creación de una conciencia del gasto en las ramas del poder público y especialmente en la judicial en el entendido que la aplicación del derecho cuando el sujeto pasible de la decisión judicial es el Estado, conlleva gasto y que el mismo puede traer una consecuencia negativa para la planeación y gasto. Así como la propiedad tiene una función social, que no significa desconocer el derecho sino subordinarlo a las exigencias sociales, así también, cuando la sentencia impone una prestación a cargo de una entidad estatal, esta prestación queda sometida al interés general representado en la sostenibilidad fiscal.

La regla fiscal entra a operar como un instrumento de obligatoria observancia para el gobierno nacional en el sentido de mantener los límites que ella establece en cuanto al nivel de gastos, endeudamiento y ahorro, con lo cual se fortalece y asegura el criterio de sostenibilidad fiscal y a la vez opera como normatividad que debe ser considerada por las otras ramas del poder público, en particular, para la rama judicial al momento de imponer órdenes de pago y/o reconocimiento de derechos.

En el capítulo segundo denominado “Del contenido fiscal de los fallos judiciales contra el Estado y el manejo presupuestal de los procesos judiciales. Cómo se cumplen los fallos contentivos de condenas de carácter pecuniario.” se estudian los aspectos relacionados con los distintos tipos de procesos contra el Estado desde el punto de vista de la jurisdicción y propósitos de ellos, sin profundizar en su contenido normativo sino en el sentido y ubicación de los mismos, los cuales comulgan de igual forma en cuanto el aspecto presupuestal de su consideración.

Todo proceso debe registrarse tanto en la contabilidad de la entidad como en los registros y base de datos del Estado (Litigob) a partir de los cuales se generan dinámicas estadísticas y presupuestales que permiten estimar los impactos macroeconómicos frente al presupuesto general de la Nación y frente al presupuesto de la entidad demandada, de esta manera se está en correspondencia con la planeación de los recursos como se estudió en el capítulo primero y las normas contables dispuestas para este tipo de situaciones financieras también tratadas en esta parte del trabajo.

El registro y manejo contable de las demandas (procesos) en las que sean parte las entidades del Estado y las contingencias que surjan con motivo de ellas deben observar las normas y disposiciones que para el efecto expide y señala la Contaduría General de la Nación¹²⁷, bajo el denominado Sistema Nacional de Contabilidad Pública (SNCP), esto es consecuente con el entorno jurídico de todo el Estado: Todas sus actuaciones y actividades tanto funcionales como operativas están reguladas por normas; la contabilidad de los procesos y contingencias judiciales no está exenta de esta característica.

Es propio de las demandas la incertidumbre sobre la forma en que fallará el juez, y según el estudio jurídico que la entidad estatal realice sobre el caso, la incertidumbre puede ser mayor o menor, y en la medida en que se pueda anticipar su resultado, se podrá realizar una provisión adecuada. Siempre que exista la posibilidad de ocurrencia de un hecho que pueda implicar la obligación por parte del Estado de pagar a terceros, esa situación se debe reconocer en la contabilidad.

El pago de sentencias, conciliaciones o fallos arbitrales no escapa al manejo contable propio de los recursos públicos, razón por la cual, desde el momento en que una entidad del Estado es notificada de una acción judicial en su contra debe proceder a registrar esta situación dentro de su contabilidad. El pago que finalmente realice debe responder a la previsiones contables y financieras que

¹²⁷ Creada por el Constituyente del año 1991, introducida en el artículo 354 de la Constitución Nacional tiene como funciones básicas la de unificar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país. La estructura de la Contaduría Pública de la Nación se desarrolla mediante Ley 298 de 1996 y normas posteriores.

rigen el manejo presupuestal de sus recursos, no puede aparecer dicho pago sin un respaldo contable de la existencia del proceso dentro del cual se profiere el fallo cuyo pago se debe atender.

El registro adecuado de los procesos judiciales permite reconocer y revelar a través de los estados contables la situación, los resultados y la capacidad de servicio o generación de flujos de fondos de la entidad contable pública en forma confiable, con base en los cuales puede atender la contingencia de un resultado desfavorable durante el periodo fiscal respectivo.

Se trata también en el capítulo segundo el conjunto de normas procedimentales contenidas en los códigos de procedimiento civil, código general del proceso y código administrativo y de lo contencioso administrativo como herramienta dispuesta para el pago de los fallos contra una entidad del Estado, en cuanto a tiempos, trámites y requisitos para proceder válidamente a su cumplimiento.

Al respecto vale la pena recordar, como se estableció en el mismo, la novedad de algunas normas y la reglamentación que debe dársele a algunas de ellas como lo es el denominado Fondo de Contingencias establecido en la Ley 1437 de 2011 o Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como mecanismo para descongestionar la justicia en cuanto a los pagos de sentencias se refiere, figura que para el momento de elaborar el presente trabajo está en proceso de reglamentación.

En cuanto a las acciones de tutela, las sentencias proferidas en fallos de revisión de las mismas y las denominadas sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional, esta dinámica contable y financiera, en la mayoría de los casos no es posible considerarla dentro de la entidad respectiva o dentro del presupuesto general de la Nación por la dinámica que ellas conllevan, es decir, los tiempos procesales previstos para su evacuación son tan cortos que no ha forma de incluirlas dentro de la planeación y presupuestación de la vigencia en que se presentan, generando un impacto fiscal no sólo en su cuantía sino en su previsibilidad.

En el capítulo tercero, denominado “Del impacto de los fallos judiciales en la sostenibilidad de las finanzas públicas. El Incidente de Impacto Fiscal” recoge las previsiones que se tienen para proceder a atender el pago impuesto en una condena judicial y las consideraciones presupuestales que deben y deberían tenerse en cuenta por jueces y entidades estatales para procurar el menor impacto en las finanzas del Estado.

El pago de la condena genera, de por sí, un impacto fiscal, pero un impacto de alguna manera previsto y presupuestado que, aunque signifique disponer de recursos que hubieren podido destinarse para inversiones públicas, sí se tenían de

antemano previstos para atender esa contingencia judicial independiente a la aceptación o no por parte de la respectiva entidad estatal de su imposición por vía judicial. En este punto del pago de una eventual condena dentro de un proceso frente al cual el Estado estima un alto riesgo de pérdida, las conciliaciones surgen como no sólo un mecanismo procesal de evitar el desgaste que la atención de un proceso implica sino como un mecanismo de ahorro pues evitará el aumento del monto de recursos a disponer para un pago de una “causa pérdida”.

Ahora bien, una cosa es la condena proferida que de alguna manera disuelve la incertidumbre propia de toda acción judicial (se gana o se pierde) y otra es la magnitud de la condena, es decir, el grado de compromiso de recursos públicos que genera la atención y cumplimiento de la condena impuesta al Estado; es precisamente sobre este punto al que se refiere este trabajo: la forma como dentro del proceso judicial el Estado, por una parte, defiende su acción u omisión a partir de la cual se le imputa y demanda un error judicialmente condenable y presupuestalmente relevante frente a los cuales expone sus argumentos y despliega sus razones para defender su actuar y, por otra, la posibilidad de influir en la decisión que finalmente tome el Juez o el Tribunal en el sentido, no sólo de buscar la exoneración total de responsabilidad por la violación, desconocimiento vulneración de los derechos del demandante, sino también, suministrar elementos de juicio para que la condena, en caso de darse, responda a la realidad social, económica y, por supuesto, presupuestal de la administración que de los recursos hace el Estado a través del Gobierno, sin que de allí derive un sacrificio insostenible para el beneficiario de la condena.

La mecánica procesal implica la defensa sustantiva de los derechos que se debaten dentro del litigio así como la consideración de los recursos que, de llegarse a un reproche de responsabilidad por vía judicial deberá desembolsar el Estado para cumplir el fallo que se le imponga. Frente a este último punto, el cumplimiento del fallo, es donde surge el impacto fiscal y sus consecuencias en la sostenibilidad de las finanzas públicas toda vez que la consideración que el Juez o Tribunal efectúe respecto del monto de los recursos que en el fallo se impongan como condena y la forma como los mismos deben ser desembolsados escapa, como se ha visto en los fallos de los últimos años en materia de tutelas y acciones de cumplimiento, a las previsiones presupuestales que las entidades efectúan en desarrollo de las pautas contables y presupuestales a las que se han referido anteriormente, así como a las previsiones normativas contenidas en los artículos estudiados. En este punto surgió, dentro del Acto Legislativo 03 de 2011 la figura del Incidente de Impacto Fiscal, mediante la cual se pretende diferir, modificar o modular el impacto fiscal de las condenas contra el Estado en cuanto su cumplimiento, pues al tenor de la orden judicial en ellas contenidas, las finanzas públicas podrían verse afectadas o algunos programas de inversión obstaculizados al tenerse que destinar recursos en montos y formas que escapan a cualquier previsión y presupuestación técnica dada la independencia y, en algunos casos,

ilógica determinación del Juez o Tribunal en la ponderación de la forma como deben atenderse los derechos debatidos dentro de una acción en particular.

El impacto fiscal no es otra cosa que los efectos adversos que un fallo judicial produce dentro del presupuesto, o bien de la entidad o bien del Estado en general. Nunca habrá suficientes recursos para atender todos los compromisos estatales ya sean aquellos asumidos dentro de un programa de planeación y presupuestación de gastos de funcionamiento, atención de la deuda pública y plan de inversiones; ya sean aquellos asuntos que surgen por cuenta de un fallo judicial en donde la previsión de su monto y forma de atenderlo no fueron incluidas ni por vía de planeación ni por vía de presupuestación. En consecuencia, cualquier condena proferida contra una entidad del Estado, así se cuenten o no con las provisiones de los recursos para eventualmente atenderlas no deja de generar un efecto adverso contra las finanzas públicas en la medida que representan erogaciones que reflejan incumplimientos, fallas o errores del Estado.

En este capítulo se estiman los elementos con que se cuentan actualmente dentro de la dinámica del proceso judicial desde la estimación razonada de la cuantía como requisito que debe contenerse en la demanda hasta la dinámica probatoria de su monto que finalmente determina el valor a imponer en una condena.

La propia concepción del proceso como debate entre partes opuestas conlleva a que la sola manifestación que hace el demandante en su demanda no es per se la única sustentación del fallo que resuelva la litis; una vez conocida la demanda en su contra, la entidad estatal, en ejercicio de su derecho de defensa y en observancia del derecho al debido proceso, tiene su oportunidad para pronunciarse sobre los hechos que sustentan la acción en su contra y las pretensiones que busca el demandante.

En este momento puede controvertir la estimación que respecto a la cuantía se hizo dentro de la demanda, frente a esta eventualidad tiene dos expresiones: Una de carácter legal, en el sentido que formará parte de su defensa el desvirtuar los hechos de la demanda negándolos ya sea por su inexistencia real o material ya sea por las condiciones de modo, tiempo y lugar en el que ellos se presentan por el demandante, de esta forma la oposición a los mismos mediante su negativa o desconocimiento implicarán de alguna forma la negación de los montos que las presunta realidad de los mismos aspira el actor (demandante) a obtener se reconozcan en el fallo. Otra forma de debatir la cuantía es a través de medios probatorios que de alguna manera, frente a los hechos que no pueda la entidad estatal desconocer o negar, debe desplegar y solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar total o parcialmente la estimación que a las pretensiones realiza el demandante.

Como valor que considero se incorpora en este trabajo surge la actitud procesal que deben tener las partes desde el punto de vista económico y presupuestal, incluido el juez en el sentido de ponderar, a partir del conocimiento del monto de los recursos que implican el reconocimiento de un derecho frente a la disponibilidad de los recursos con que cuenta el Estado. No puede dejarse únicamente al juego de reclamar y probar la estimación de los recursos que conlleva el reconocimiento de un derecho, debe incorporarse el conocimiento y estimación de la real capacidad financiera y presupuestal del Estado de forma tal que no se afecten sus finanzas al imponer una condena. La rama judicial debe comprometerse más con las reglas del juego fiscales dispuestas para la observancia, aplicación y respeto por las normas presupuestales colombianas, bien sea como norma de conducta procesal, ya sea como actitud integral de su labor a título de colaboración armónica con las otras ramas del poder público como lo ordena el artículo 334 de la carta magna. Los recursos son de todos, dependen de todos y son afectados por las decisiones de todos, de ello la importancia de trabajar mancomunadamente desde sus propias y particulares funciones e intereses.

El concepto de sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la tarea del Juez o del Tribunal introducido en el Acto Legislativo No. 03 de 2011 de alguna manera incorpora a la dinámica procesal una nueva forma de estimación de la cuantía a imponer eventualmente en una condena contra el Estado. Y, constituye, dado su carácter de criterio orientador un factor de instrucción, interpretación y consideración en la dinámica de los procesos contra una entidad estatal, que a mi juicio, puede y debe erigirse como un factor de vulneración, desconocimiento o amenaza contra el derecho al debido proceso cuando su consideración es omitida en las actuación judicial en cualquiera de las etapas procesales.

Vale la pena mencionar dos apartes del artículo 1 del acto legislativo 03 de 2011 que incorporó a la normatividad constitucional colombiana el criterio de sostenibilidad fiscal: Por una parte, *“Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”* y, que *“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.”* De esta manera, la actuación judicial al propender por la adecuada observancia y reconocimiento de los derechos que se llevan a su consideración y cumpliendo con la finalidad de todo Estado Social de Derecho y la colaboración armónica de su actuar y decisiones con las restantes ramas del poder público, dentro de lo cual se enmarca el manejo de los recursos y los efectos presupuestales de sus decisiones, debe observar y aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal. Lo expuesto adquiere mayor aplicación cuando el párrafo del mencionado artículo 1 del acto legislativo 03 de 2011 dispone: **“PARÁGRAFO.** *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”.

La decisión judicial, independiente a la acción que se someta a su consideración aparte de razonable, discrecional y ajustada a derecho, debe ponderar, en muchos casos, la forma como se afectan, con esa decisión, las finanzas públicas en el sentido que, si bien su labor es salvaguardar los derechos que a su estrado se llevan a título de reclamo para su amparo, también debe ponderar el impacto fiscal de la decisión; recordemos que el contenido de las decisiones no es siempre la de indemnizar al demandante por una falla del Estado con la cual se vulnera, amenaza o desconoce un derecho, sino que la decisión judicial en algunos casos pretende el reconocimiento de un derecho que, dadas las características fiscales del Estado Colombiano requiere de una consideración integral de sus alcances frente al resto de la población y el monto de los recursos disponibles. En estos casos, la progresividad en cuanto a la prestación y reconocimiento de derechos por parte del Estado y la estabilidad macroeconómica de sus finanzas constituyen el criterio de sostenibilidad fiscal, incorporado en nuestra Constitución por medio del acto legislativo 03 de 2011, hoy día también obliga como criterio de actuación a la rama judicial.

Esta actitud de los falladores hacia la estimación de la sostenibilidad fiscal al momento de proferir sus fallos, no puede estar sola, es decir, no debe estar por fuera de la dinámica procesal propiamente dicha, esperando únicamente a su estimación al momento de fallar; ella debe apoyarse en la indicación que las normas en el futuro hagan de esa nueva e indispensable ponderación durante las etapas del respectivo proceso, introduciendo pautas para que dicha ponderación pueda ser por una parte, alegada o, por otra parte, reclamada por recursos o incidentes por las partes, en especial, por la entidad estatal. Mientras se expidan dichas normas, pues es cierto que la figura de la sostenibilidad fiscal es nueva y, aún más, para la rama judicial pues, salvo algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional han efectuado alguna aproximación a la real dimensión de este marco de referencia constitucional, a propósito de las revisiones que han llegado por vía de acciones de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 03 de 2011, hasta ahora se está implementando (La reglamentación del Incidente de Impacto Fiscal hasta ahora, Marzo de 2013, está como proyecto legislativo sin ningún debate).

Finalmente, se trata del denominado Incidente Impacto Fiscal figura que está llama a permitir que el Estado frente a una condena respecto de la cual no tiene ya posibilidad de refutar su sustentación si puede solicitar se module, difiera o modifique en lo que a su forma de cumplirla se refiere; el hecho de contar con un mecanismo especialísimo de concretar su ejecución en procura de no vulnerar la sostenibilidad fiscal de sus finanzas ya es un paso importante frente a la inmensa

cantidad de procesos respecto de los cuales pueden resultar condenas que afecten la dinámica de sus finanzas.

4.2. CONCLUSIONES

1. El sistema presupuestal, entendido como todo el conjunto de instituciones y normas dispuestas para el manejo de los ingresos y gastos del Estado, debe no sólo ser observado por todas las ramas del poder público, sino también, respetado dentro de las actuaciones judiciales que con motivo de las diferentes acciones o procesos se atiendan por los operadores de la rama judicial (altos tribunales y jueces) de tal manera que siempre la actuación y actividades de las ramas colaboren armónicamente con el interés común que representa el buen uso de los recursos públicos, la eficiente destinación de los mismos y la dinámica que ellos conllevan como instrumento para el logro de los fines del Estado social de derecho que orienta al estado colombiano.

La calificación de Estado social de derecho y el sentido de los principios y fines introducidos en la constitución determinan la “presupuestación” de gastos sociales o mejor dicho: el presupuesto de los gastos que demanda el ejercicio distributivo que al Estado le corresponde requiere de la concientización de que existen derechos y que su reconocimiento representan un gasto, implican una nueva actitud e institucionalidad, diferente a la que se estaba normatizada en la Constitución de 1886.

2. La sostenibilidad fiscal, como criterio que debe orientar las actividades de las ramas del poder público, se erige como un instrumento de valoración y ponderación presupuestal para todas las decisiones que tomen las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, en observancia del principio de legalidad del gasto y de presupuestación de los recursos con que cuenta la Nación, de tal manera que a partir de la limitación y escasez de recursos se tornen en eficientes y eficaces las medidas de distribución de los mismos a partir de las decisiones que se inserten en las leyes, los decretos y los fallos judiciales. El sentido de la sostenibilidad fiscal como criterio constituye un elemento de interpretación y ponderación de la decisión judicial, descendiendo de lo estadístico y porcentual (no únicamente como porcentaje del gasto dentro del producto Interno bruto, o del total de la deuda sobre el mismo) a lo práctico y conmensurado del fallo en la perspectiva de la protección tanto del interés particular que en algunos casos motiva la acción judicial como al interés general que gobierna la fundamentalidad de los derechos en general y de los recursos públicos como derecho colectivo. El manejo de la escasez de los recursos es también tarea de los jueces al momento de ponderar los efectos presupuestales de sus decisiones: las sentencias deben también actuar bajo la concepción de Estado social de derecho no sólo para reconocerlos

sino para determinar que ellos tienen también un costo social que debe ser asumido dentro de las previsiones presupuestales planeadas y programadas.

3. La incorporación como norma constitucional del criterio de sostenibilidad fiscal, implica el respeto por la observancia y la garantía de su aplicación. La Constitución Política nos obliga a todos y a todos corresponde observar de manera fiel y cumplida sus normas. El acto legislativo 03 de 2011 al introducir el criterio de sostenibilidad fiscal en el artículo 334 de la Constitución determina que, como parte de la Dinámica General de la Economía del país, y en desarrollo del principio de colaboración armónica como mecanismo idóneo para lograr los fines del Estado, todas las decisiones deben ponderar sus efectos fiscales no sólo en el corto plazo sino en el mediano y largo plazo, pues de esta apreciación en el manejo temporal de los recursos y la dinámica de su ingreso y destinación, no solo se respetará el criterio de la sostenibilidad fiscal, sino que, se asegurara el reconocimiento y gozo de los fines del Estado para las siguientes generaciones.
4. La planeación, la presupuestación y la ejecución de los recursos públicos es factor determinante en el mantenimiento de la sostenibilidad fiscal; los gastos imprevistos e imperativos producto de las decisiones judiciales deben ponderar también la disponibilidad de los recursos, su uso más eficiente y la proporcionalidad de recursos frente al resto de derechos reconocidos por el Estado y su efectivo goce y disfrute. La escasez debe ser factor de estimación de las decisiones y la eficiencia de su destinación debe ser la regla de determinación del cómo y cuanto debe disponerse por parte de las ramas del poder público, tanto para la creación de derechos, la generación de compromisos por parte de las autoridades públicas ejecutoras, como para las órdenes judiciales que determinen su obligatorio cumplimiento.
5. La intervención del Estado en la economía, expresada en el gran número de normas expedidas, tanto por el Congreso como por el Gobierno, para el manejo de los ciclos económicos; o para participar, controlar, promover o vigilar el mercado de bienes y servicios públicos, o para regular los efectos externos de ciertas actividades (externalidades), o bien para orientar y vigilar las normas de libre competencia económica y asegurar la equidad social, se convierte en causa de acciones ante las autoridades judiciales buscando su aplicación inmediata, la ampliación o progresividad de sus efectos o, incluso la suspensión de su ejecutoria; en este sentido, las acciones denominadas constitucionales (tutela, popular, de cumplimiento y de grupo) están siendo invocadas para lograr cualquiera de los anteriores cometidos, a su vez, la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, tradicionales en el campo de las acciones contencioso administrativas han sido utilizadas frente a situaciones propias de la intervención estatal en la economía.

El actuar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal por parte de todas las ramas del poder público implicará no sólo una apreciación de lo fiscal o presupuestal,

deberá incluir además lo jurídico con lo económico en un ejercicio ponderado de todos los elementos a la luz de la razonabilidad y progresividad en el reconocimiento de los derechos. Incluso su alcance deberá llegar a los fallos por medio de los cuales se declaran inconstitucionales algunas leyes o ilegales algunos actos administrativos habida cuenta que con ellos también se puede afectar la sostenibilidad fiscal en un momento determinado. Este actuar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal dada consideración de la orden también inmersa en el artículo 334 de la Constitución Política en el sentido que el criterio de sostenibilidad fiscal no puede convertirse o invocarse como obstáculo o excusa para negar el reconocimiento de derechos fundamentales, implicará, no solo la colaboración armónica entre las ramas del poder público para llevar adelante los fines que como Estado la Constitución les indica, sino la actuación puntual en casos determinados, de aquí la razón de ser del denominado incidente de impacto fiscal que acompaña el principio de sostenibilidad fiscal

6. Más que un criterio normatizado que debe orientar a la actividad pública de las diferentes ramas del poder público, la sostenibilidad fiscal debe llegar a ser una actitud del trabajo y de las actividades que desplieguen cada una de ellas previas a las decisiones que se tomen por legisladores, gobernantes y administradores y, por jueces y magistrados. Más que convertirse en una excusa para desconocer o aplazar el disfrute de derechos debe ser un criterio para manejar y ponderar los impactos fiscales del grado de reconocimiento que en un momento determinado pueda brindárseles a determinados derechos.

Nuestros jueces, generalmente absortos en la comprensión del inciso, ven abierta su tarea a un horizonte hasta el momento extraño a sus consideraciones: el del impacto fiscal de sus decisiones desde dos puntos de vista: el hacendístico, que inserta las repercusiones de la decisión judicial en la política pública del gasto y, desde el punto de vista jurídico económico, desde el criterio del desarrollo progresivo de los derechos que genera una reflexión sobre lo que debe ser y lo que se puede ser, desde el punto de vista de los recursos con que se cuentan para costear el reconocimiento de derechos. Evidentemente el quehacer judicial descende del mundo de los conceptos, al de las realidades económicas prácticas que asienta la decisión en la realidad económica determinada por espacios fiscales ciertos que hacen posible el reconocimiento inmediato o dilatado y progresivo de los derechos.

7. La previsión del denominado incidente de impacto fiscal constituye un avance importante para la estimación de la repercusión que tendrá la orden de cumplir con un fallo toda vez que permitirá, posterior a la condena, es decir, agotados todos los estadios procesales, retomar la decisión en términos de cómo cumplirla sin afectar el total de recursos públicos, de la dinámica presupuestal en el corto y mediano plazo de dicho cumplimiento y de la efectiva distribución del presupuesto nacional en general y del presupuesto de la entidad comprometida, en particular, frente a

los restantes derechos ansiosos de recursos para su progresiva aplicación y reconocimiento.

8. La estimación del impacto no debe limitarse a la posterioridad del fallo, ella debe ser acompañante permanente de todo el proceso a manera de factor de consideración y ponderación por parte del Juzgador, escuchando las razones presupuestales de quienes denuncian su ausencia y de quienes estarían en la obligación de brindarlo, informándose sobre el monto de recursos que la situación o derecho que se somete a su juicio requiere para reconocerse en los términos y aspiraciones del reclamo judicial y ello como impacta o significa para el total de la economía, determinando el estado actual de reconocimiento, la progresividad del mismo en términos de hasta dónde llega y a quienes favorece en los actuales términos presupuestales y sociales de tal manera que desde el comienzo del debate se tengan los suficientes elementos de juicio y su decisión final sea lo más fiel presupuestalmente hablando tanto para quien será satisfecha en su demanda como para la entidad que debe justamente destinar parte de sus recursos al cumplimiento del fallo.
9. Estamos frente a una nueva dinámica judicial respecto de la disposición que de los recursos públicos se haga a través de una decisión judicial. El incidente de impacto fiscal es una buena excusa para introducir dentro del régimen procesal colombiano, en lo que a las demandas contra el Estado se refiere, la obligación de estimar las repercusiones fiscales de cierta clase de decisiones; no podemos continuar con un desangre de recursos con causa distinta a la negligencia de los funcionarios o errores de planeación, como lo pueden (y han llegado a ser) desastrosas decisiones de la rama judicial en algunos casos motivadas por corruptas inclinaciones de sus autores o concretos intereses personales de los demandantes en detrimento de las finanzas del Estado.
10. Se debe propender por incorporar al actual manejo interpretativo del fallador, el ejercicio de ponderar el impacto fiscal de sus decisiones en los términos que la sostenibilidad fiscal recientemente incluida en la Constitución Política conlleva, a la luz de las reglas de interpretación jurídica pues en últimas son las que se aplicarán dentro del incidente de impacto fiscal dispuesto contra un fallo proferido por las altas cortes o tribunales. Pues en forma clara el incidente de impacto fiscal sólo estaría llamado a interponerse contra sentencias delimitadas en su jurisdicción a los que profieran los altos tribunales, dejando por fuera de su acción a los fallos proferidos por Tribunales Seccionales y Juzgados que de alguna manera también impactan fiscalmente a las entidades territoriales. En consecuencia, la consideración del impacto fiscal debe incorporarse a toda la dinámica procesal independientemente al tipo del proceso que se adelante contra el Estado y al operador judicial ante el cual se tramite.

11. Los fallos judiciales contra el Estado Colombiano se han convertido en un instrumento que influye en la economía, en la medida que sus efectos determinan la disposición de recursos públicos en el corto plazo, condicionando y afectando la planeación y presupuestación de los ingresos en cuanto a que el cumplimiento de dichas órdenes judiciales no tienen excusa y con ello se incide en la destinación de unos recursos escasos llamados a propender por el desarrollo armónico de todos los aspectos de un Estado social de derecho.

Con la inserción del criterio de sostenibilidad fiscal como principio, se llena un vacío en cuanto a la apreciación fiscal, presupuestal y económica de las decisiones judiciales, inclusive las que corresponden al control de constitucionalidad, generando espacios procesales, para que se examine la razonabilidad fiscal del fallo y se realice un análisis ponderado de carácter económico, pues no existe, en el proceso constitucional dentro del cual la Corte Constitucional adelanta sus análisis, ya sea por vía acción de constitucionalidad o revisión de tutelas, una etapa procesal de estimación de cuantías y de impactos fiscales del tema que se le lleva a su consideración, como sí sucede con los procesos contencioso administrativos que conocen los jueces administrativos, Tribunales Administrativos y Consejo de Estado.

La incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal como principio de actuación de las ramas del poder público y, en particular, en la actividad de la rama judicial no puede considerarse como un obstáculo o impedimento a la discrecionalidad y libertad de decisión de jueces y altos tribunales, sino un ejercicio dentro del principio de colaboración armónica, en reconocimiento que las decisiones judiciales tienen tanto impacto como las legislativas o las ejecutivas en materia del gastos. No se trata pues de un juez neutro, sino de un juez activo que impacta, no solo en el desarrollo del reconocimiento de derechos, sino en el gasto, no para el cumplimiento de sus funciones como rama del poder público, sino aquel inherente al reconocimiento de derechos.

12. El debate de los derechos es también un debate sobre los recursos que requieren para el amparo y reconocimiento de esos derechos y, más aún, de ponderar el total de los recursos con que se cuenta para la atención de todo el conjunto de derechos que se esperan del Estado lo que debe ser dentro de un marco de estimación de costos y beneficios observando los criterios de progresividad y prestación de los mismos, por una parte y, por otra, conociendo de la capacidad presupuestal de la entidad estatal comprometida en primera instancia y, del total de recursos estatales, en segunda instancia pues ante un fallo contra una entidad que no pueda responder con los recursos de una vigencia determinada, la única salida es adicionar su presupuesto actual o acudir a recursos extraordinarios en vigencias posteriores para lo cual, ante una obligación judicial ya ineludible, será del Presupuesto General de donde se deben tomar esos recursos adicionales, restando capacidad financiera y presupuestal para otras entidades o programas

estatales. Y en ese momento es donde los indicadores de la sostenibilidad fiscal comienzan a considerarse en el sentido de si permiten o no viabilizar un nuevo esquema de gastos para atender la orden judicial, los cuales deben ser financiados con los ingresos tributarios o no tributarios con que se cuentan presupuestalmente o a través de endeudamiento, lo cual incide en la estabilidad futura de toda sostenibilidad al comprometer en el futuro los ingresos tradicionales a la atención o servicio de esa deuda.

13. La distribución y uso eficiente de los recursos públicos es una labor que debe ser atendida por todas las ramas del poder público con el carácter de orden constitucional en cuanto a los aspectos que competen a cada una de ellas dentro de un marco de sostenibilidad fiscal atendiendo la necesidad de reconocer y ofrecer derechos en la medida que con sus decisiones no se generen problemas en el corto plazo y atendiendo siempre la escasez de los mismos. La sostenibilidad fiscal se convierte en una herramienta indispensable para el análisis y aplicación del derecho desde el punto de vista presupuestal, en una invitación al derecho económico para que se haga partícipe de la actividad judicial y a la rama judicial en un compromiso en el manejo de los recursos públicos desde la institucionalidad y normatividad que lo rige y desde las necesidades de planeación que debe orientar la colaboración armónica de todas las ramas del poder público incluso desde mucho antes a que se active la acción judicial que les ocupe en un momento histórico determinado.
14. Ya la rama judicial no podrá seguir actuando por fuera de la institucionalidad presupuestal que orienta al Estado colombiano, debiendo buscar no sólo el precedente y futuro de la planeación presupuestal frente al cumplimiento de su decisión sino asegurarse también de la eficiencia y eficacia de la misma en cuanto a reconocimiento efectivo de un derecho que su decisión se cobije dentro la realidad presupuestal de su implementación.

Es evidente en que en el ayer y en el ahora subsiste un elemento común: nuestros jueces no están formados en criterios económicos que les permitan visualizar y analizar los efectos de sus fallos desde el aspecto de la asignación eficiente de recursos y, lo que es más, bajo criterios de utilidad pública de la sentencia. El criterio aislado de un fallo entre partes, no se ha asociado al impacto colectivo que la sentencia trae consigo. Hay que pasar de la función social de la propiedad a la función social del fallo.

La sentencia cambia de horizonte, no sólo el juez tiene la responsabilidad de aplicar el derecho respecto de aquel que implora su intervención, sino que su fallo no debe desencajar los recursos de que dispone el Estado, para atender las demandas sociales. Así que el juez adquiere una dimensión que trasciende al proceso mismo y mira a los efectos presupuestales de sus decisiones, allí, en la función social de sus sentencias, debe observar y aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal.

BIBLIOGRAFIA

Stephen Holmes & Cass Sunstein. El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. Argentina. 2009

Juan Camilo Restrepo. Derecho Presupuestal Colombiano. Editorial Legis. 2007. Bogotá. Colombia.

Aspectos generales del proceso presupuestal colombiano. Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. 2011. Bogotá. Colombia.

Exposición de motivos proyecto de ley reglamentación incidente de impacto fiscal Proyecto 139 de 2012 Senado.

Max Weber. Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. Trad. L. Legaz Lagambra. Primera edición. FCE. México. 2003.

Rodrigo Uprimny y Cesar Augusto Rodríguez. Constitución y modelo económico en Colombia. Ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004).

Mauricio Olivera. Sobre teoría de juegos, proceso presupuestal y situación fiscal en Colombia - Cuadernos de Fedesarrollo Número 27. Septiembre de 2008.

Salomón Kalmanovitz- El modelo antiliberal colombiano.
<http://www.hacer.org/pdf/modeloantiliberal.pdf>.

Manuel García Pelayo, Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Alianza Editorial, 2003, Madrid. España.

Jorge Luis Trujillo Alfaro. Presupuesto, Una Aproximación desde el Gasto Público y la Planeación. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2007.

Mauricio Cárdenas, Carolina Mejía, Mauricio Olivera. La economía política en el proceso presupuestal Colombiano. Fedesarrollo. Versión Final: Septiembre 2006 Constitución Política de Colombia.

Miguel Gandur Pordominsky. Constitución fiscal y equilibrio de las finanzas públicas. Efectos de la Constitución de 1991 sobre la economía política del financiamiento del gasto público en Colombia.

Colombia Internacional No. 68. Julio-Diciembre de 2008. Universidad de los Andes. Colombia.

Acto Legislativo No. 03 de 2011. Por medio del cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-423 de 1995 MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. C-288 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia. T- 1026/2010. MP Humberto Antonio Sierra Porte.

Sergio Clavijo. Requisitos para la sostenibilidad Fiscal. ENSAYOS SOBRE POLITICA ECONOMICA. Banco de la República. Bogotá Colombia Septiembre de 2004.

Regla fiscal para Colombia.. Documento preparado por el Comité Técnico Interinstitucional como preámbulo al proyecto de Ley 1473 de 2011 que incorporó la regla fiscal en Colombia. Julio de 2011.

Salomón Kalmanovitz. Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. Revista Economía Colombiana y Coyuntura Política. Noviembre de 1999.

Roberto Steiner. Regla Fiscal y el Principio de Sostenibilidad Fiscal en Colombia. 2011. focoeconomico.org/.../regla-fiscal-y-el-principio-de-sostenibilidad-fiscal.

Ignacio Lozano, Hernán Rincón, Miguel Sarmiento, Jorge Ramos. Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia. Revista de Economía Institucional, vol. 10, núm. 19, segundo semestre, 2008, pp. 311-352, Universidad Externado de Colombia. Colombia.

María Mercedes Cuellar. La Prueba de Razonabilidad y la estabilidad de las reglas de juego. Artículo publicado en Revista de Economía Institucional. Vol. 7 Núm. 12 Primer Semestre 2005. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

La Sostenibilidad Fiscal, Un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. NOTAS FISCALES No. 3. Publicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Colombia. Enero 2011.

Exposición de Motivos Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2011 por medio del cual se introduce el principio de Sostenibilidad Fiscal.” Publicación que se puede acceder en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Alvaro Pío Guerrero Vinuesa. Sostenibilidad Fiscal y Principios en el Estado Social de Derecho. Trabajo publicado en la revista Criterio Jurídico. Vol. 12 Núm. 1 pag 79 – 126. Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali. 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. C-2881 de 2011, MP. Juan Carlos Henao Pérez. Página Web Corte Relatoría.

Julián Daniel López Murcia y Lina María García Daza. a Obligación de Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: El caso de los servicios públicos en Colombia. Publicado en Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi Bogotá (Colombia) N° 12: 217-252, Edición Especial 2008.

Sergio Estrada Vélez. La noción de los principios y valores en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. Trabajo publicado en la revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- Vol. 41 Núm. 114. Enero-Junio 2011. Págs. 41-76. Pontificia Universidad Bolivariana. Medellín Colombia.

Edgar Quiroga Natale. La ponderación de los derechos en el Estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica. Rev. Econ. Ros. Bogotá (Colombia) Vol10 (1): 75–93, junio de 2007.

Análisis Crítico del Impacto Económico de la Justicia Constitucional en Colombia. Fundación Konrad Adenauer págs. 7 - 8 – Bogotá Colombia 2011.

Ha-Joon Chang. La Relación entre las Instituciones y el Desarrollo Económico. Problemas teóricos claves. Artículo publicado en la revista de Economía Institucional Vol. 8 No. 14 Primer Semestre 2006. Universidad Externado de Colombia. Págs. 125- 136.

Everaldo Lamprea M, Derechos Fundamentales y Consecuencias Económicas. Revista de Economía Institucional. Vol. 8 Núm. 14. Primer Semestre 2006. Universidad de los Andes. Bogotá Colombia.

Plan General de Contabilidad Pública. Contaduría General de la Nación. BOGOTA 2009.

Catálogo General de Cuentas. Contaduría General de la Nación. Versión 2007. Manual de Procedimientos. Versión ADOBE PDF.

Manual de procedimientos Contables Libro II Régimen de Contabilidad Pública. Contaduría General de la Nación. 2012.

Mauricio Plaza Vega. La Sostenibilidad Fiscal. Comentarios al Acto legislativo 03 de 2011. Artículo publicado en revista de derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia.

John Rawls. "Political Liberalims."New York Columbia University Press.1997 pag 217.Versión castellana de Sergio René Madero Báez publicada en 1995 por el Fondo de Cultura Económica y la UNAM. Ciudad de México.

Corte Constitucional Colombiana C-204 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-662 de 2004, M.P (E). Rodrigo Uprimny Yepes.

Documento de la comisión interamericana de derechos humanos.
<http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescv.sp.htm>
INFORME SOBRE LA ACTIVIDAD LITIGIOSA DEL ESTADO. Documento de la Agencia Nacional de Defensa del Estado. Septiembre de 2013.