

## PROYECTO DE LEY 139 DE 2012 SENADO.

por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Incidente de Impacto Fiscal.* De conformidad con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida una providencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrá solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio.

En todo caso, el Ministro de Hacienda y Crédito Público será parte dentro del trámite.

Parágrafo. Bajo ninguna circunstancia se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Artículo 2°. *Procedencia.* El Incidente de Impacto Fiscal procederá respecto de todas las providencias de las máximas corporaciones judiciales, incluidas las de tutela. El incidente podrá solicitarse, incluso si la Nación no fue parte en el trámite del respectivo proceso y con independencia de la postura que haya adoptado en el mismo, de la aceptación de responsabilidad o del allanamiento a cargos.

Parágrafo. Cuando el Incidente de Impacto Fiscal se solicite respecto de una sentencia de revisión de tutela, procederá incluso si en el trámite del respectivo proceso ya se había solicitado y tramitado.

Artículo 3°. *Competencia.* Conocerá del Incidente de Impacto Fiscal la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la alta corporación que presentó la ponencia de la providencia sobre la cual se solicita el Incidente.

Artículo 4°. *Partes.* Harán parte del procedimiento del Incidente de Sostenibilidad Fiscal:

1. El solicitante del Incidente de Sostenibilidad Fiscal, que podrá ser el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno.
2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
3. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la providencia sobre la cual se solicita el Incidente de Sostenibilidad Fiscal.

Artículo 5°. *Presentación y sustentación del incidente.* La solicitud de apertura del Incidente de Impacto Fiscal deberá presentarse y sustentarse ante el magistrado de la alta corporación que presentó la ponencia de la providencia sobre la cual se solicita el Incidente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación, para que decida la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Parágrafo. En aquellos eventos en que la Corte Constitucional haya proferido la decisión sin que se haya notificado o publicado el texto completo de la providencia, el incidente se presentará dentro de los diez (10) días siguientes al momento en que el contenido de la decisión se dio a conocer por un medio de prensa oficial de la respectiva corporación. En este caso, el incidente se sustentará en los treinta (30) días siguientes a la notificación o publicación del texto completo de la providencia. La presentación y sustentación se hará ante el Magistrado que presentó la ponencia de la providencia sobre la cual se solicita el Incidente.

Pasado el término de treinta (30) días sin que el Incidente se sustente, se declarará desierto.

Artículo 6°. *Contenido del incidente.* La sustentación del Incidente de Impacto Fiscal deberá contener lo siguiente:

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.

Artículo 7°. *Rechazo del incidente.* La Corporación rechazará incidente, mediante auto susceptible de reposición, y ordenará la devolución de sus anexos en los siguientes casos:

1. Cuando se presente por fuera del término previsto en la presente ley.
2. Cuando habiendo sido inadmitido no se hubiere corregido el incidente dentro de la oportunidad legalmente establecida.

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 diez (10) 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 y que se notificará personalmente al solicitante y a las partes del respectivo proceso.

El auto que admita la demanda dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al solicitante.
2. Que se notifique personalmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
3. Que se notifique personalmente a las partes que hacían parte del proceso, sobre el cual se solicita la apertura del incidente de sostenibilidad fiscal.
4. Que se fije fecha para la audiencia de impacto fiscal.
5. Que se decreten las pruebas que se estimen conducentes.

La admisión del Incidente de Impacto Fiscal suspenderá los efectos de la sentencia hasta que la respectiva Corporación decida si procede a modular, modificar o diferir los efectos de la misma, salvo que se trate de una acción de tutela.

Artículo 10. *Desistimiento del incidente.* De conformidad con lo señalado en el inciso 4° del artículo 334 de la Constitución Política, el trámite del Incidente de Impacto Fiscal es

obligatorio. Razón por la cual, una vez sea admitido el Incidente, ninguno de los legitimados para solicitarlo podrá desistir de este.

Artículo 11. *Pruebas.* A la solicitud de apertura del Incidente de Impacto Fiscal se acompañará como anexo las pruebas que se pretendan hacer valer y que se encuentren en poder del solicitante. En el evento previsto en el parágrafo del artículo 5°, las pruebas se aportarán cuando se sustente el incidente.

Siempre que para la decisión sea necesario el conocimiento de hechos relevantes para adoptar la decisión, la respectiva corporación podrá decretar en el auto admisorio las pruebas que estime conducentes.

Artículo 12. *Audiencia de Impacto Fiscal.* Durante la audiencia de Impacto Fiscal, el solicitante explicará las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento. En dicha audiencia participarán las partes del respectivo proceso, quienes podrán presentar su posición respecto de la solicitud contenida en el incidente.

En los eventos en que la solicitud de apertura del Incidente de Impacto Fiscal haya sido presentada por otro Ministro del Gobierno, en la audiencia deberá participar el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

En los eventos en que el incidente se presente respecto de una sentencia de tutela, en la audiencia participará el pleno de la sala de la respectiva Corporación. Cuando se trate de una sentencia de revisión de tutela participará el pleno de la Corte Constitucional.

Parágrafo. Las partes dentro del Incidente de Impacto Fiscal no pueden dejar de asistir a la audiencia de impacto fiscal. Tampoco podrán delegar su asistencia.

Artículo 13. *Decisión.* En el mes siguiente a la realización de la audiencia a la que se refiere el artículo 12 de la presente ley, la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según corresponda, decidirá por mayoría de sus miembros si procede a modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo.

En los eventos en que el incidente se presente respecto de una sentencia de revisión de tutela, la decisión se tomará por mayoría del pleno de la Corporación.

Artículo 14. *Improcedencia de recursos.* En contra de la providencia que falle el incidente de sostenibilidad fiscal no proceden recursos.

Artículo 15. *Intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público.* Con el fin de evitar alteraciones de la sostenibilidad fiscal, cualquiera de las máximas corporaciones judiciales podrá, en cualquier momento del trámite de una acción judicial, solicitar la intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público, para conocer su opinión sobre los efectos de la controversia en la sostenibilidad de las finanzas públicas. Para tales efectos, la Corporación le dará a conocer el expediente del respectivo proceso y demás información que considere relevante.

La Corporación podrá adicionalmente plantear interrogantes puntuales al Ministro de Hacienda y Crédito Público en lo relacionado con temas específicos de su competencia.

En ningún caso el concepto que emita el Ministro de Hacienda y Crédito Público será vinculante para la respectiva Corporación.

Artículo 16. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

De los honorables Congresistas,

Mauricio Cárdenas Santa María,  
Ministro de Hacienda y Crédito Público.

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente iniciativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política, pretende establecer el trámite del Incidente de Impacto Fiscal. De esta forma, se definen puntalmente sus diferentes etapas procesales, a partir de reglas particulares que lo diferencian de otros procedimientos judiciales.

Esta iniciativa descansa sobre objetivos similares a los que motivaron la expedición del Acto Legislativo número 3 de 2011, *por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal*, y se justifica en la necesidad de constituir el Incidente de Impacto Fiscal como un mecanismo que permita materializar el criterio constitucional de sostenibilidad fiscal.

Precisamente, cuando el Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo que dio origen al criterio de sostenibilidad fiscal, definió como propósito principal de esta propuesta, *¿conseguir que el concepto abstracto de Estado Social de Derecho, se desarrolle en la realización efectiva de varios derechos específicos*[1][1].

De esta forma, y con el fin de lograr el propósito anteriormente descrito, la reforma constitucional que incorporó en la Constitución Política el criterio de sostenibilidad, definió, en primer lugar, que la facultad de intervención del Estado en la economía para racionalizarla y mejorar la calidad de vida de los habitantes, conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, se dará dentro de un marco de sostenibilidad fiscal, tanto en el plano nacional como en el territorial.

Según el mismo texto constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal *debe ¿fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho¿*, para establecer posteriormente, que *¿en cualquier caso el gasto público social será prioritario¿*. Esto significa, que la actividad estatal se encaminará, de forma prioritaria, a la consecución y solución de las necesidades básicas insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable[2][2].

Por lo tanto, se evidencia que el acto legislativo promovía la consecución de los fines del Estado Social de Derecho y la garantía de los derechos consagrados en la Constitución, tal como se expresó en la exposición de motivos de dicha reforma constitucional:

*¿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 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 en el 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*[3][3].

Es así, como esta disposición constitucional establece de forma expresa, que todas las ramas del poder público tienen el deber de garantizar la prestación y goce efectivo de los derechos fundamentales, de los derechos económicos, sociales y culturales, y por lo tanto, la realización efectiva del Estado Social de Derecho, dentro de un margen razonable, esto es, dentro del marco de la sostenibilidad fiscal, que reconoce la escasez de sus recursos y la necesidad de garantizar también estos derechos a generaciones futuras.

Ahora bien, finalmente y con el fin de materializar el criterio de sostenibilidad fiscal, la modificación del artículo 334 de la Constitución introdujo el llamado Incidente de Sostenibilidad Fiscal, el cual se reglamenta mediante la presente iniciativa y, permite al Procurador General de la Nación y a los Ministros del Gobierno, solicitar que los efectos de las sentencias proferidas por las máximas corporaciones judiciales sean modulados, modificados o diferidos en el tiempo, con la finalidad de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

### **I. El criterio de sostenibilidad fiscal**

En armonía con lo dispuesto en el Acto Legislativo número 03 de 2011, se considera necesario entender el alcance del criterio de sostenibilidad fiscal, que es finalmente, la base sobre la cual se estructura el procedimiento que se desarrolla mediante la presente iniciativa.

Por lo tanto, la sostenibilidad fiscal es un criterio que reconoce la escasez de los recursos públicos y pretende asegurar las condiciones para que el Estado garantice la prestación y el disfrute del conjunto de derechos reconocidos en la Constitución. Se trata de una herramienta para la realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho, en desarrollo de la cual sea posible desplegar razonablemente un proceso democrático de fijación de prioridades y de adopción de políticas públicas para lograr las metas trazadas, sin desconocer, en ningún caso, los derechos reconocidos por la Constitución.

Precisamente, la Constitución señala que bajo ninguna circunstancia, las ramas del poder público podrán *¿invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva¿*. Lo anterior, permite entender que la sostenibilidad no se sobrepone a los Derechos Fundamentales, en razón a que esta es un instrumento diseñado para la consecución efectiva de los objetivos del Estado Social de Derecho, dentro de los cuales se encuentra garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. En efecto, la sostenibilidad fiscal lo que hace es reforzar los mecanismos constitucionales que existen para la consecución de los derechos fundamentales, permitiendo que se aseguren las condiciones materiales esenciales para la realización efectiva de los derechos fundamentales. En efecto, la Corte Constitucional, al referirse sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo número 03 de 2011, expuso:

*¿De lo que se trata es que la consideración de la SF por parte de las autoridades del Estado debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no solo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino también desde una perspectiva de vigencia integral de esos derechos. Es por ello que la fórmula adoptada por la reforma constitucional hace expresa referencia a que el principio o criterio de SF no puede, en ningún caso, servir de base para el menoscabo, restricción o negación de los derechos fundamentales. Existe, en ese orden de ideas, un mandato de intangibilidad de esas garantías constitucionales frente a la consideración de la sostenibilidad fiscal¿*.

Por otra parte, cuando la Constitución establece que la sostenibilidad fiscal debe orientar las Ramas y Órganos del Poder Público, en un marco de colaboración armónica, reconoce la necesidad que existe de que las diferentes ramas del poder utilicen de forma racional los recursos públicos, para garantizar una disponibilidad sostenible y progresiva de los mismos y, así, conseguir los objetivos del Estado Social de Derecho. En este sentido, se debe entender que en virtud del criterio de la sostenibilidad fiscal, las diferentes Ramas del Poder Público, actúan armónicamente, para velar por unas finanzas públicas sanas y sostenibles.

Así las cosas, y en virtud del artículo 113 de la Constitución, que determina que los diferentes órganos del Estado colaboran armónicamente, el criterio de sostenibilidad fiscal debe irradiar todas las acciones estatales, y encaminar a cada una de las Ramas del Poder Público, dentro del marco de la sostenibilidad fiscal, para garantizar el cumplimiento progresivo de los derechos con contenido prestacional y la satisfacción de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, la finalidad del criterio de sostenibilidad fiscal es, además de garantizar materialmente el cumplimiento de los fines sociales del Estado y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución, orientar a los actores estatales en la toma de decisiones de política económica, y reforzar el compromiso de conseguir una mayor disciplina fiscal. Estas intenciones están dirigidas a alcanzar objetivos relacionados con la estabilidad macroeconómica, fortalecer la coordinación con otras políticas económicas, mejorar la estabilidad de las cuentas públicas, entre otros.

De lo anterior se entiende, que el Incidente de Impacto Fiscal es necesario e idóneo para la realización y desarrollo del principio de colaboración armónica que consagra la Constitución en su artículo 113, al permitir 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, la Corte Constitucional manifestó:

*¿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¿.*

## **II. El criterio de sostenibilidad fiscal dentro del Estado Social de Derecho**

La Constitución de 1991 define a Colombia como un Estado Social de Derecho, que deriva su legitimidad de la democracia (artículo 1° de la Constitución). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado se rige por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C. P. artículo 4°), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del

marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.< /p>

En este mismo sentido, con el término social se indica que la acción del Estado debe dirigirse a garantizar condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a limitar su nivel de intervención en la órbita de las libertades individuales, sino que también exige que se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos, oportunidades reales necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.

Finalmente, la definición del Estado colombiano como democrático supone distintas características del régimen político: por un lado, que los titulares del poder público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; de otro lado, en lo que se ha llamado como democracia participativa, lo que significa, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la elección de sus representantes, sino que también pueden controlar la labor que ellos realizan e intervenir directamente en la toma de decisiones, a través de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la Carta. Finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de los individuos[4][4].

En este orden de ideas, es relevante tener en cuenta además, que el Estado Social de Derecho se define en función de la justicia material y la reivindicación social de los derechos, así:

*¿(¿) el principio de Estado Social de Derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas. El Estado Social de Derecho no impone un modelo económico o social, pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social jus to y la dignidad humana. Tal interpretación deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de gobierno atribuida al Ejecutivo, y busca conciliarla con los contenidos materiales que la propia Constitución consagra y que vinculan a todas las autoridades públicas¿. (Corte Constitucional. Sentencia C-1604 de 2001).*

Como se ve, el Estado Social de Derecho se construye sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. Abarca, por lo tanto, ¿contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas¿[5][5].

Así las cosas, si la legitimidad del Estado Social de Derecho se funda principalmente en la eficacia, en la protección y en el otorgamiento efectivo de derechos, y no en su solo reconocimiento normativo, el criterio de sostenibilidad se configura como condición para asegurar el tránsito de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, pues con ocasión de ese tránsito, los derechos no sólo tienen un reconocimiento nominal en la ley, sino que la misma legitimidad del Estado está fundada en su eficacia, su protección y su

otorgamiento efectivo. La sostenibilidad fiscal, por lo tanto, se convierte en una herramienta para asegurar de manera permanente la garantía y el goce efectivo de los derechos consagrados en la Carta Política. Así mismo, asegurará de manera particular los principios de progresividad y no regresión de los derechos económicos, sociales y culturales, y reforzará los medios materiales que garantizan el ejercicio de los derechos fundamentales.

En efecto, el criterio de sostenibilidad fiscal pretende incorporar en la dirección general de la economía y en las acciones dirigidas al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, parámetros de evaluación de largo plazo, en desarrollo de los cuales el Estado garantice de manera efectiva y permanente el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales.

Así, la sostenibilidad fiscal es una garantía indispensable para realizar los postulados del Estado Social de Derecho, que materializa la necesidad de establecer 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.

Dado que la sostenibilidad fiscal es condición y consecuencia de los postulados del Estado Social de Derecho, todas las Ramas y Órganos del Poder Público deben colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.

La sostenibilidad fiscal es un criterio de acción de los poderes públicos, cuyo mandato fundamental es la efectiva realización de los derechos de las generaciones actuales y futuras. Así, todas las ramas del poder público deberán asumir el compromiso ineludible de velar por unas finanzas públicas sanas y sostenibles, y ser artífices de los principios de transparencia y responsabilidad fiscal.

### **III. La sostenibilidad fiscal no vulnera los derechos fundamentales**

El Acto Legislativo número 03 de 2011, además de consagrar el criterio de sostenibilidad fiscal y crear el Incidente de Impacto Fiscal, que se reglamenta en la presente iniciativa, establece que las diferentes Ramas del Poder Público no pueden invocar la sostenibilidad fiscal para restringir derechos fundamentales, en los siguientes términos:

*¿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¿.*

Así las cosas, a partir de la lectura del parágrafo y de acuerdo con lo manifestado en esta exposición de motivos, se entiende que la sostenibilidad fiscal es un criterio para dirigir la actuación de los poderes públicos, en desarrollo del cual se pretenden asegurar las condiciones materiales esenciales para la efectiva realización de los derechos fundamentales.

En este sentido, la sostenibilidad fiscal no va en contravía de otros postulados constitucionales, su propia definición impide que se interponga como mecanismo para limitar u obstaculizar los derechos fundamentales o las garantías constitucionales definidas para su protección. Se trata de una herramienta para promover la estabilidad

macroeconómica, fortalecer la coordinación con otras políticas económicas y mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas a mediano y largo plazo, lo cual se podrá traducir en hechos reales que aseguren una mayor igualdad. Es, en últimas, un esfuerzo por fortalecer las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Así, la sostenibilidad fiscal, por definición, no se opone sino que refuerza los mecanismos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales y, por lo mismo, no será oponible a los fallos de tutela que persigan su garantía.

#### **IV. El papel del Juez dentro del Estado Social de Derecho**

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.

Estas funciones están íntimamente ligadas a las condiciones financieras que posibilitan el cumplimiento de las garantías y los derechos consagrados constitucionalmente. El criterio de sostenibilidad fiscal asociado a las funciones de la Rama Judicial, busca entregarle a los jueces una herramienta adicional para que estos, como garantes del

equilibrio permanente de la Constitución, puedan ejercer sus funciones con el pleno conocimiento de que sus decisiones son realizables en el tiempo. La introducción del criterio de sostenibilidad no pretende que el juez se convierta en administrador, ni que el ejecutivo se despreocupe por la racionalización del gasto, por el contrario, busca entregar a los jueces, como se dijo, una herramienta adicional y necesaria para que puedan cumplir con la función de guardianes del equilibrio y permanencia de la Constitución.

#### **V. La Sentencia C-288 de 2012 de la Corte Constitucional**

##### **a) El contenido del criterio de sostenibilidad fiscal**

Además de las consideraciones anteriormente expuestas sobre el criterio de sostenibilidad fiscal, la Corte Constitucional mediante fallo del 18 de abril de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, declaró exequible el Acto Legislativo número 03 de 2011. Preciso que la inclusión del criterio de la sostenibilidad fiscal dentro de la Constitución no implica una sustitución de esta misma, y que tal como se ha expuesto a lo largo de esta exposición de motivos, constituye un instrumento para alcanzar de manera progresiva las finalidades del Estado Social de Derecho.

En efecto, la Corte Constitucional como conclusión del juicio de sustitución expone:

*¿Los fundamentos jurídicos expuestos demuestran, de manera fehaciente, que en el caso analizado no es viable conformar la premisa menor del juicio de sustitución. En efecto, ni la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, ni la vigencia de los derechos fundamentales, ni la separación de poderes son elementos definitorios de la Constitución que sean subvertidos en modo alguno por el Acto Legislativo acusado. Antes bien, se ha explicado cómo dicha enmienda constitucional y en particular el criterio orientador de sostenibilidad fiscal, son instrumentos que han sido incorporados en la Constitución, de consuno con otros, con el fin de lograr el goce efectivo de esos derechos. Por ende, la sostenibilidad fiscal no es un fin en sí mismo y está subordinada, en todo caso, al cumplimiento de los propósitos esenciales del ESDD. Adicionalmente, se ha expuesto de forma amplia cómo la reforma constitucional establece tanto límites a la actuación estatal como cláusulas prohibitivas, unívocamente tendientes a impedir que la SF pueda ser comprendida como un factor que dé lugar al desconocimiento, afectación o restricción injustificada de las posiciones jurídicas que, en los términos fijados por la jurisprudencia constitucional, adquieren naturaleza iusfundamental¿.*

Así mismo, la Corte, al identificar las disposiciones que el Acto Legislativo número 03 de 2011 incorporó a la Constitución, reconoció que i) la reforma *¿adiciona los condicionamientos para la intervención del Estado en la economía, pues integra la SF a los existentes y no reformados por el Acto Legislativo, esto es, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano¿*; ii) la sostenibilidad fiscal al fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho *¿vincula a la SF con los fines esenciales del Estado y, en suma, con la cláusula de ESDD¿*; iii) *¿por expresa disposición constitucional, existe una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del gasto público social y la aplicación del marco de SF en la intervención del Estado en la economía¿.*

En desarrollo de las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional al referirse al propósito del criterio de sostenibilidad, explicó lo siguiente:

*¿Según lo expuesto, se tiene que el criterio de SF está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen¿.*

**b) El Incidente de Sostenibilidad Fiscal en la jurisprudencia**

Además de reconocer que el criterio de la sostenibilidad fiscal no sustituye la Constitución, la Corte se refirió específicamente sobre el Incidente de Sostenibilidad 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 comento prevé un procedimiento destinado a permitir que determinadas autoridades del Estado, cuando adviertan 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¿.*

Finalmente, la Corte Constitucional reconoce que los Magistrados de las máximas corporaciones judiciales, cuando conocen del Incidente de Sostenibilidad Fiscal, siguiendo lo dispuesto en el párrafo del artículo 334[6][6] de la Constitución, no pueden menoscabar, bajo ninguna circunstancia, Derechos Fundamentales:

*¿Por último, se encuentra que dichas opciones de modificación de los efectos de las decisiones de las altas cortes están limitadas por una prohibición particular, consistente en que el Incidente de Impacto Fiscal no podrá, en ningún caso, afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Con todo, se advierte que el Acto Legislativo fijó un límite más estricto para la aplicación del Incidente de Impacto Fiscal y, en general, del criterio o principio de sostenibilidad fiscal. Esta restricción se evidencia en el párrafo adicionado al artículo 334 C. P., el cual impone una regla común para la consideración de la SF en la intervención del Estado en la economía y en el Incidente de Impacto Fiscal, consistente en que en 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¿.*

Así las cosas, la Corte Constitucional reconoció, no sólo que la sostenibilidad fiscal no sustituye la Constitución de 1991, sino que bajo ninguna circunstancia, invocarla no significa el menoscabo de los derechos fundamentales.

#### **VI. El procedimiento judicial del Incidente de Sostenibilidad Fiscal**

En vista de que la Constitución define el Incidente de Sostenibilidad Fiscal como un mecanismo con el que cuentan los ministros y el Procurador General de la Nación para que se modulen, modifiquen o difieran en el tiempo los efectos de las sentencias de las máximas corporaciones judiciales, cuando consideren que se presentan alteraciones serias en la sostenibilidad fiscal, y que concreta, que el procedimiento del Incidente cuenta con dos etapas definidas, tal como lo evidenció la Corte Constitucional en la Sentencia C-288 de 2012, se hace necesario desarrollar y definir las reglas puntuales de cada una de estas etapas procesales.

Por lo tanto, una vez definido el Incidente de Impacto Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, en el artículo 1° se dispone que el Ministro de Hacienda y Crédito Público acompañará el trámite, bajo el entendido de que no se está limitando el derecho que la Constitución le otorga al Procurador General de la Nación y a los Ministros del Gobierno para solicitar el Incidente.

Así, con el fin de estructurar el procedimiento del Incidente de Impacto Fiscal, se determina en qué casos procede el Incidente de Impacto Fiscal, y quién será el juez competente para conocer de este. En este sentido, es necesario remitirse al artículo 334 de la Constitución que establece que una *¿vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal¿*. De esta forma, en los artículos 2° y 3° de la presente iniciativa, se define que el Incidente procede respecto de las providencias proferidas por las máximas corporaciones judiciales, y que en consecuencia conocerán del trámite, la Sala Plena de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Siguiendo la definición del trámite, se definen las partes dentro del procedimiento del Incidente de Sostenibilidad Fiscal. Para estos efectos, siguiendo en primer lugar lo definido por la Constitución, se consideran partes, el Procurador General de la Nación y los Ministros del Gobierno que soliciten el incidente. Además, se reconoce que serán parte dentro del proceso del Incidente de Impacto Fiscal, los demandantes y demandados que actuaron dentro del proceso que dio origen a la providencia sobre la cual se solicita dicho Incidente, con el fin de garantizar el debido proceso. Finalmente, por la naturaleza del Incidente de Impacto Fiscal y por las funciones que tiene el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se define que el Ministro de Hacienda sea parte dentro del proceso.

Esta disposición cobra sentido, al entenderse que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene dentro de sus objetivos, de acuerdo con el Decreto número 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.

Con el fin de establecer las causales de rechazo, inadmisión y admisión del Incidente de Impacto Fiscal, en el artículo 6° se establece que este contendrá:

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.

De esta forma, y a partir de lo definido en el artículo anterior, en los artículos 7°, 8° y 9° se establecen las causales de rechazo, inadmisión y admisión del incidente, concretándose así, las primeras etapas del procedimiento.

Como una segunda gran etapa de este procedimiento, se encuentra la valoración de las pruebas y el desarrollo de la Audiencia de Impacto Fiscal, dentro de la cual, en garantía del derecho al debido proceso con el que cuentan las partes, se escucharán los argumentos de todos aquellos que participen dentro del procedimiento de este Incidente, incluyendo las partes del procedimiento que dio origen al Incidente.

Una vez se valoren las pruebas 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 Plena 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, en el sentido de modular, modificar o diferir los efectos de la providencia, si así lo considera.

Finalmente, dentro de la presente iniciativa, se permite que dentro de cualquier etapa de una acción judicial que se esté tramitando en cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, se pueda solicitar la intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien por la naturaleza de las funciones que tiene a su cargo, puede dar un concepto, que en ningún caso será vinculante, sobre los efectos de la controversia en la sostenibilidad de las finanzas públicas. Lo anterior, sin exceder lo dispuesto por el artículo 334 de la Constitución, en el sentido de que no se está reglamentando este artículo, sino que se está permitiendo, dentro de los diferentes trámites judiciales que adelantan las máximas corporaciones judiciales, se conozca un concepto que puede servir de sustento para la decisión que tome el juez, sin ser en ningún caso, vinculante.

De los honorables Congresistas,

*Mauricio Cárdenas Santa María,*  
Ministro de Hacienda y Crédito Público.

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Artículos 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 11 del mes de octubre del año 2012 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 139, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor *Mauricio Cárdenas Santamaría*.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 11 de octubre de 2012

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 139 de 2012 Senado, *por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor *Mauricio Cárdenas Santamaría*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Tercera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 11 de octubre de 2012

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Tercera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso***.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

*Roy Barrera Montealegre.*

El Secretario General del honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

[2][2] Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012.

[3][3] ***Gaceta del Congreso*** número 451 de 2010. Página 14.

[4][4] Corte Constitucional. Sentencia SU-747 de 1998.

[5][5] Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.

[6][6] Constitución Política. Artículo 334. (¿)

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.