

Reseña No. 12

Información bibliográfica: Arias Jerez, C.– 2017 – *La responsabilidad del Estado y el criterio de sostenibilidad fiscal*, – Bogotá, 131 páginas.

Reseñado por: Luz Angela Valenzuela Acosta. Economista, Especialista en Finanzas Corporativas, Especialista en Filosofía Contemporánea y Candidata a Magister en Filosofía Contemporánea – 2020.

Contexto: El Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, reza: “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 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.”. (CPC,1991). Respecto del criterio de sostenibilidad fiscal, es necesario considerar algunas sentencias de la Corte Constitucional referidas al tema, que se ocupan de demandas por inconstitucionalidad, entre las que se cuenta la Sentencia 288 de 2012 que refiere la sostenibilidad fiscal, como criterio para el reconocimiento de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el contexto del Estado Social de Derecho. Así las cosas, tendrán que considerarse los efectos de la jurisprudencia sobre la interpretación de la CPC, a partir del, *ratio decidendi*. En este contexto, el objetivo que pretende alcanzar el autor en esta tesis es el siguiente:

Demostrar que la introducción en la Constitución Política del criterio orientador de la sostenibilidad fiscal conlleva la necesidad de que la *ratio decidendi* de las providencias judiciales en las que se estudia la responsabilidad del Estado, para que contenga razonamientos encaminados a ponderar las consecuencias de dichas decisiones, mediante un cambio en la forma como se concibe la relación entre el valor constitucional de la justicia y la eficiencia (Arias, 2017, pág.10).

Síntesis del contenido: Considerando el Acto legislativo 03 de 2011, declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-288 y C-332 de 2012, con el que se aclara que, la *Sostenibilidad Fiscal* no es un principio, sino, una herramienta con la que cuenta el Estado para propender por el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (en el marco del Estado Social de Derecho); además, el instrumento procesal denominado: *Incidente de impacto fiscal*, proferido por la Sentencia C-870 de 2014 (Corte Constitucional); teniendo en cuenta el objetivo que pretende alcanzar el autor (enunciado en el párrafo anterior), este trabajo de investigación se

desarrolla en cuatro (4) capítulos así: El primer capítulo denominado: *Origen de la sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano*, hace referencia a la evolución normativa sobre el concepto de Sostenibilidad Fiscal, en el que se evidencia que la norma va evolucionando sobre la significación del criterio de eficiencia, además de hacer relevante la importancia de la racionalidad sobre el gasto público, para que pueda cumplir con su objetivo principal y lograr los objetivos establecidos en el Estado Social de Derecho. (pág.11). Al respecto, el autor, citando a Sergio Clavijo refiere:

Otro principio institucional que ha permeado en los países desarrollados es que los recursos económicos son escasos, lo cual implica que muchos de los loables objetivos sociales tan solo se podrán alcanzar de manera gradual. Dicho de otra manera, la existencia de restricciones presupuestales impone, de una parte, el principio de optimización en el uso de los recursos disponibles y, de otra, el reconocimiento de la “modulación” en el tiempo para el logro de estos objetivos. (Clavijo Vergara, 2001, p. 6). (Arias, 2017, pág.12).

Para el efecto, a finales de la década del 90, se habían establecido niveles de endeudamiento máximo a las entidades territoriales (Ley 358 de 1997), “... y en 2001, se logró un mayor control sobre el crecimiento del gasto corriente y de funcionamiento de dichos entes, en virtud de la Ley 617 de 2001”. (pág.13). Uno de los precedentes más significativos respecto de la responsabilidad fiscal (comenta Arias), se relaciona con la exigencia de la planeación que deben realizar las entidades públicas, con lo cual se hace evidente la responsabilidad y sostenibilidad fiscal: “la Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad, y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”. (pág.13). Además, el autor refiere, que, entre las recomendaciones de ajuste fiscal para los países en vía de desarrollo, el FMI impulsó la implementación de normas tendientes a lograr una disciplina fiscal inteligente. (pág. 14). Al respecto, es importante anotar, que, las leyes referidas por el Banco Mundial sobre responsabilidad fiscal, tienen la intención, de lograr una disciplina fiscal para evitar el “sesgo deficiente”, a partir de la restricción fiscal subyacente; lo que implica consolidar presupuestos equilibrados, de tal forma que los gobiernos a través de su política fiscal, puedan imponer procedimientos para incrementar la transparencia y la responsabilidad sobre la gestión de los recursos públicos. Esto, para lograr (como lo refiere Arias): “la consolidación del principio de sostenibilidad”. (pág.14). Arias, hace referencia a la brecha pensional identificada, así:

Por lo anterior y dados los problemas estructurales y financieros que venía presentando el sistema pensional colombiano, fue modificado el artículo 48 de la Constitución Política mediante el acto legislativo 01 de 2005, el cual introdujo la garantía de sostenibilidad financiera del sistema pensional. (Arias, 2017, pág.15).

Sugiere expresamente el Artículo 48 de la CPC, que reza: “(...) El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo,

deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Sin embargo, más allá de la caracterización del principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y su impacto real en este, es importante observar que indudablemente, esta reforma constitucional iba en la misma dirección que los precedentes anteriormente referidos y del criterio de sostenibilidad fiscal que posteriormente se introduciría: lograr la institucionalización del racionamiento económico en las actuaciones del Estado a través del establecimiento de disposiciones de la más alta jerarquía, destinadas a permear la integralidad del ordenamiento jurídico nacional. (Arias,2017, pág.16).

Trámite del Acto Legislativo 03 de 2011 ante el Congreso de la República – En este ítem, el autor hace un recorrido sobre el contexto que dio origen al Acto Legislativo, que pretendía establecer el derecho de Sostenibilidad Fiscal, en el marco del Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta (entre otras) las motivaciones del Ministerio de Hacienda, como “...un derecho que contribuye a proteger a todos los demás y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrente la economía para atender sus deberes sociales”.(pág.18), enmarcando el Artículo 344 de la CPC, hacia la planeación económica, asegurando la sostenibilidad fiscal, incluida en el Plan Nacional de Desarrollo, el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiações.(pág.16-19):

Para el final del extenso proceso de debate que se dio en ambas cámaras, el Acto Legislativo había sido adicionado con dos elementos que incidieron definitivamente en la naturaleza del nuevo precepto y en su integración a la Constitución; ellos fueron la expresa prohibición para las entidades públicas de aducir la sostenibilidad fiscal para negar o menoscabar el reconocimiento de los derechos fundamentales y la inclusión del Incidente de Impacto Fiscal. (Arias,2017, pág.20).

Así las cosas, (refiere el autor citando Ferrari), el concepto de sostenibilidad fiscal se incluyó, para lograr un efecto moderador del gasto público, necesario para lograr estabilidad macroeconómica, teniendo en cuenta que, si el déficit fiscal es financiado con recursos internos, puede generar efectos sobre las tasas de interés y el nivel de inflación, “...repercute en la equidad intergeneracional, y de su manejo responsable también depende la capacidad del Estado para realizar medidas anti-cíclicas cuando los fenómenos económicos impongan esa necesidad”.(pág.22).

Estudio por parte de la Corte Constitucional de la introducción de la sostenibilidad fiscal como disposición constitucional:

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

diversos como los sistemas de financiamiento hipotecarios, los servicios de salud o los derechos pensionales. (Arias,2017, págs.21 y 22).

Para desarrollar este aparte, el autor recurre a la denominada *Constitución Económica de 1991*, como instrumento jurídico para la superación de la desigualdad, en contexto con el Estado Social de Derecho, y la democratización de la economía planteada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional: "...lo que la convierte en un referente obligado al momento de estudiar la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en las actuaciones del Estado". (pág.24).

En este orden de ideas, se planteó un nuevo criterio de sostenibilidad fiscal expresado en el Acto Legislativo 03 de 2011, modificando el Artículo 334 de la CPC: "La sostenibilidad fiscal es un criterio orientador, no un derecho ni un principio":

Así mismo, la Corte Constitucional observó que bajo el texto del artículo 334 de la Constitución, la actividad económica del Estado se debe adelantar en un marco de sostenibilidad fiscal, marco que "debe fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho". (Arias,2017, pág.26).

El aparte denominado: - *El criterio de sostenibilidad fiscal y las demás disposiciones de la Constitución Económica*, tienen como propósito, mostrar que el Estado dispone de herramientas, con las cuales puede garantizar los derechos previstos en la Constitución, y de esta forma, lograr sus fines esenciales. Aquí, Arias hace referencia a las razones que la Corte Constitucional invoca, sobre la dignidad humana y la igualdad, como parte de la función social del Estado, con carácter vinculante entre los derechos, y las libertades, pero que están sujetos a la disponibilidad de recursos económicos para garantizarlos y materializarlos.(págs.27-29).

El segundo aparte denominado: ***Ningún derecho constitucional puede ser negado en aras de la sostenibilidad fiscal***, hace referencia a los fines esenciales del Estado: "En esta premisa se afianza la indivisibilidad e interdependencia de los derechos previstos en la Constitución, lo cual impide su interpretación de manera aislada". (pág.30). Esto está sustentado en la Sentencia C-288,2012: "...la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.". (pág.30). "...la Corte hizo claridad sobre la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal a la luz de la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos previstos en la Constitución".(pág.30). El título: - *El Incidente de Impacto Fiscal se acopla al sistema de frenos y contrapesos del Estado, el cual se complementa con la colaboración armónica y los controles recíprocos que deben regir las relaciones entre las autoridades* – Arias sostiene (respecto del Artículo 334, inciso 4) que la Corte Constitucional, hizo un análisis sobre la colaboración armónica de los controles, a la luz de la separación de poderes desde sus diferentes competencias:

En este orden de ideas, para un Estado conformado a partir del proceso democrático, al cual se le han encargado el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, es de gran importancia superar la noción simple de la separación de poderes (sin que esto signifique desconocer su validez y vigencia), para entender que la relación entre los distintos órganos de la organización estatal se debe llevar a cabo bajo una dinámica de controles recíprocos, lo cual permite una actuación estatal armónica, apta para cumplir con los fines esenciales que se le han encomendado. (Arias,2017, pág.33).

“Así, la introducción de la sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano, se enmarca en el cumplimiento de la labor orientadora del Estado en la economía”. (pág.35). *El criterio de sostenibilidad fiscal debe cumplir su función orientadora en todas las providencias judiciales.* – Sobre este aspecto, refiere el autor, que las providencias de los jueces penales, por sí mismas, no refieren a un razonamiento económico. No obstante, si implican, por ejemplo, con la reclusión en un centro carcelario, donde el Estado deberá proporcionar las condiciones pertinentes; lo que implica asumir los costos de reclusión correspondientes, en contexto con los objetivos del Estado Social de Derecho, en el marco de sostenibilidad económica.

Ciertamente, las sentencias de constitucionalidad proferidas en el marco de las funciones previstas en el artículo 241 de la Constitución Política, tienen un innegable efecto en la asignación de recursos del Estado, pues dentro de las normas que pueden ser sometidas al escrutinio de la Corte Constitucional, se encuentran las que dicta el Legislativo en ejercicio de sus facultades de orientación, promoción y desarrollo de la economía, las que desarrollan los diferentes componentes del gasto público según lo previsto en el artículo 150 ídem, y las expedidas por el Ejecutivo, principalmente en ejercicio de facultades extraordinarias. (Arias,2017, págs.41 y 42).

El autor, hace referencia a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sobre las Sentencias: **C-432 de 2010**: “...en la cual reconoce que en materia económica el Congreso de la República tiene amplias facultades de configuración del orden jurídico”. **Sentencia C-452 de 2002**:

...mediante la cual se difirieron los efectos de la declaratoria de inexecutable del Decreto 1295 de 1994, norma que hacía parte del sistema de riesgos laborales, con el fin de evitar un perjuicio mayor para los trabajadores y la sentencia C-1054 de 200421, en la cual esa corporación manifestó que el principio de solidaridad no es absoluto y que el régimen de seguridad social debe articularse con el objetivo de la generación de empleo que se le ha encomendado al Estado, razonamientos en los que se aprecian criterios consecuenciales y de eficiencia. (Arias,2017, págs.42 y 43).

Sentencia C-288 de 2012: La Corte Constitucional puede pronunciarse a favor de la plena realización de los derechos Constitucionales, sin perder de vista los impactos económicos previsibles de sus decisiones. **Sentencia C-258 de 2013**: Declaró la inexecutable de las normas que establecían

mesadas pensionales privilegiadas por encima de los topes fijados en la Ley. **Sentencia C-753 de 2013:** Reparación a las víctimas del conflicto armado. (pág.43).

De acuerdo con el texto del artículo 334, las autoridades judiciales deben tener en cuenta que la materialización de los derechos que se ponen a su consideración, supone un costo. Lo anterior no implica una confrontación entre la Sostenibilidad Fiscal y el derecho de acceso material a la justicia, incluyendo sus múltiples facetas y dentro de estas la adopción de medidas que materializan los derechos reconocidos, cuando hay lugar a ello en una sentencia judicial, pues el referido criterio orientador no puede ser usado para negar derechos ni para menoscabar su efectividad. (Arias,2017, págs.61 y 62).

Finalmente, el autor refiere la relevancia de los pronunciamientos del Consejo de Estado: **Sentencia 00662-03, 2014:** “(...) existe un principio de sostenibilidad fiscal en cuya virtud las autoridades judiciales están obligadas a ponderar el impacto económico de las ordenes que impartan”.(pág.45).

Esta visión de la responsabilidad del Estado, adoptada con la Constitución de 1991, significó un cambio de paradigma en lo normativo, toda vez que se abandonó la doctrina decimonónica basada en el Código Civil, cuya orientación primordial era la protección del patrimonio y de la propiedad privada, para transitar hacia un enfoque constitucional incluyente que abarca a todos los ciudadanos, garantizando su calidad de sujetos de derechos y que dio lugar a la consagración de la cláusula de responsabilidad general del Estado, la cual a su vez posibilita el resarcimiento de los daños causados a los particulares por las actuaciones defectuosas y aún las llevadas a cabo de manera regular por la administración. (Arias,2017, pág.48).

El valor constitucional de justicia y la eficiencia como principio económico: Vale la pena anotar en este punto, que la justicia es uno de los principios más trascendentales en el ordenamiento jurídico de las naciones, teniendo en cuenta que, a partir de ella, el poder público (representado en sus diferentes ramas, e instituciones), debe reconocerla y hacerla efectiva a partir del reconocimiento de los derechos humanos, materializados en las relaciones de mercado. La relación entre justicia y eficiencia consagrada en el CPC – Artículo 334, reconoce la sostenibilidad fiscal, que debe ser propiciada, administrada y canalizada por el Estado hacia el gasto público, que permitirá la redistribución del ingreso, con el consecuente bienestar social:

En lo normativo, la estrecha relación entre justicia y eficiencia se encuentra planteada en el artículo 334 de nuestra Constitución Política, que consagra la sostenibilidad fiscal como un parámetro orientador de la gestión estatal que se encamina a la búsqueda de la distribución equitativa de oportunidades y de los beneficios del desarrollo. (Arias,2017, pág.69).

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

...es jurídicamente posible ... la forma de lograrlo es a través de la incorporación del razonamiento económico a la *ratio decidendi* de los pronunciamientos judiciales que versan sobre la responsabilidad del Estado, particularmente en lo atinente a las providencias del Consejo de Estado dada su calidad de órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y los efectos que tienen sus sentencias – la gran mayoría con contenido económico- en el presupuesto nacional. (Arias,2017, págs.72 y 73).

Al respecto, el autor expresa:

Vale la pena destacar que, es precisamente esta capacidad de transformación que se reconoce a la jurisprudencia, la que permite que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones asimilen el cambio en nuestro ordenamiento jurídico producido por la introducción de la Sostenibilidad Fiscal como criterio orientador en el artículo 334 Superior. (Arias,2017, pág. 78).

Como lo expresa el autor, (y fue expresado en páginas precedentes) se establece en el Artículo 334 (CPC), *Acto Legislativo 03 de 2011*: 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 instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.”... “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.” ... “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.”. (CPC, 1991, Art. 334).

Así las cosas, es necesario construir una nueva relación entre la justicia y la eficiencia, aplicable a todas las ramas del poder público, a partir de la figura *ratio decidendi*. Finalmente, es claro, que el criterio de Sostenibilidad Fiscal y el principio de eficiencia que le subyace, deben estar presentes en la ***ratio decidendi*** de la jurisprudencia de las altas cortes, para que tenga eficacia y surta efecto, frente a casos análogos.

Comentario: El documento reseñado, presenta una evolución juiciosa, detallada y explícita de la normatividad que sustenta la *Sostenibilidad Fiscal*, como una herramienta de que dispone el gobierno que propenda por la equidad y la reducción de la pobreza, para lograr el bienestar general, a partir de mayor disponibilidad de recursos canalizados hacia el gasto público; considerando (por supuesto) un crecimiento económico estable. Esto, apoyado en la jurisprudencia proferida sobre el procedimiento de *Incidente de Impacto Fiscal* (establecido por la Sentencia C-870-14), que permite una conjunción

dialógica entre el gobierno y las Altas Cortes, con el fin de determinar el impacto del dictamen referido a la significación de *sostenibilidad fiscal* como criterio objetivo, para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, a partir del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales; demás, de considerar también, el significado de *racionalidad económica*, inherente a la eficiencia.

No obstante, lo anterior, debe decirse que se presentan algunos desaciertos (o poca claridad) en la interpretación de la financiación del déficit fiscal, pues se alude a un pie de página (11), que no aparece relacionado en el texto, por lo cual no es posible evidenciar la base del argumento.

Conclusión: Como se ha manifestado tanto en el contexto, como en los comentarios, el criterio de Sostenibilidad Fiscal establecido en el Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, no se contrapone con el derecho a la justicia social, pudiendo materializarse a partir del procedimiento denominado *Incidente de Impacto Fiscal*; y pueden ser observados claramente, desde una discusión multidisciplinar entre el Derecho y la Economía.

«Fin de la reseña»