



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-14101**. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 1695 de 2013 *“Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*

Actor: **EMILFA INDIRA OREJUELA CHAVERRA**

Asunto: **Intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN, actuando como ciudadano y **director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, **ANGÉLICA MARÍA MEDINA SÁNCHEZ** e **INGRID VANESSA GONZALEZ GUERRA**, actuando como ciudadanas y **miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según Auto del 15 de marzo de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

1. NORMA DEMANDADA

LEY 1695 DE 2013

(diciembre 17)

Diario Oficial No. 49.007 de 17 de diciembre de 2013

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

ARTÍCULO 16. Con el fin de evitar alteraciones en la sostenibilidad fiscal de las entidades territoriales, **el juez al momento de proferir una sentencia que condene a un municipio o departamento, deberá tener en cuenta la capacidad fiscal de la entidad territorial para dar cumplimiento a lo ordenado**. Para tal efecto, y de conformidad con las condiciones del artículo 15 de la presente ley que resulten aplicables, cualquiera de las máximas corporaciones judiciales podrá, durante cualquier etapa del proceso, solicitar al representante



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

legal de la entidad territorial vinculada dentro del proceso, que emita concepto sobre los efectos de una eventual condena en las finanzas públicas.

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

2. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Mediante el Auto del 23 de febrero de 2021, el Magistrado Sustanciador admitió los cargos respecto a la presunta vulneración de los principios de separación de poderes (art. 113), autonomía e independencia judicial (art. 228) y sujeción a la ley (art. 230), inadmitió y rechazó otros cargos.

De esta manera, mediante el Auto del 15 de marzo de 2021, se señaló que la corrección de la demanda de inconstitucionalidad fue hecha por fuera del término legal. Por tanto, se admiten los cargos contra el art. 113, 228 y 230 de la Constitución Política (en adelante Constpol).

La accionante argumenta la inconstitucionalidad de la norma demandada con fundamento en lo siguiente:

- Respecto a la *“violación al principio de autonomía e independencia judicial y el principio de sujeción a la ley” (artículo 228 y 230)*

La norma demandada vulnera el art. 230 de la Constpol al condicionar al juez al momento de emitir una sentencia a tener en cuenta la capacidad fiscal de la entidad territorial y saber si esta puede darle cumplimiento al fallo (diferente a la Constitución y a la ley). De esta manera, sugiere al juez el deber de observar si la entidad territorial estará en capacidad de asumir el cumplimiento o pago de lo ordenado.

El legislador desconoce la función pública de administrar justicia, pues establecer esa carga al juez condiciona su decisión a la viabilidad del cumplimiento de la misma por parte de la entidad condenada. Esto genera que sus decisiones no sean independientes y autónomas, vulnerando el art. 228 de la Constpol, conduce a entender que la capacidad fiscal del municipio vincula y obliga al fallador.

Existe una diferenciación entre los Magistrados de las Altas Cortes y los demás jueces, teniendo en cuenta que a los primeros no se les exige al momento de condenar a una entidad territorial, tener en cuenta la capacidad presupuestal para el cumplimiento del fallo.

- Respecto a la *“violación al principio de separación de poderes (artículo 113 constitucional)”*



Se vulnera el principio de separación de poderes cuando el legislador extralimitó su función, al asignarle al juez una obligación que no guarda relación con los arts. 228 y 230 de la Constpol.

Además, se le asignó una función que le corresponde al ejecutivo, por medio de un órgano técnico de la Administración, es decir, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De esta manera, hay una intromisión del legislador en la función pública de administrar justicia y añadiendo elementos no previstos en el art. 230 de la Constpol, principio de separación de poderes y principio democrático.

El incidente de impacto fiscal se creó como un trámite para que el ejecutivo pueda cuestionar el efecto de una sentencia.

Además, argumenta que la C 288 de 2011 afirma que la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador y no puede obligar al funcionario judicial a plantear implicaciones fiscales de sus sentencias, es decir, puede analizar su impacto fiscal y posibles vías de cumplimiento. Esto significa que lo anterior no puede limitar su capacidad de decisión

3. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

3.1. GENERALIDADES

a. Principios constitucionales en el marco fiscal

- **Principio de separación de poderes**

La Corte Constitucional ha señalado que el sistema estructural del Estado diseñado en la Constitución Política de 1991, fue concebido bajo un modelo flexible e integrador de la separación de poderes, que combina la división tripartita del poder público con el principio de colaboración armónica en un sistema de pesos y contrapesos, que permite articular la división funcional y el control interinstitucional con la interacción armónica para el logro de las finalidades del Estado. ¹

La separación de poderes como forma de evitar la concentración excesiva o arbitraria del poder público², ha sido entendida desde dos dimensiones: i) el otorgamiento de funciones exclusivas a cada una de las ramas del poder público y (ii) la ausencia de injerencias externas de un órgano hacia otro, en donde se quebranten las funciones y roles asignados a cada uno de ellos, por cuanto ello limita su capacidad de autogobierno. ³

¹ Corte Constitucional. Sentencia C 140 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

² Corte Constitucional. Sentencia C 699 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa

³ Corte Constitucional. Sentencia C 140 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas



En este sentido, la articulación del principio de separación de poderes ha buscado garantizar la autonomía e independencia de cada órgano en el desarrollo de sus funciones, en medio de una colaboración armónica.⁴ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha aclarado que si bien el artículo 113 superior establece que existe separación entre las ramas y órganos del poder público, también contempla la mutua colaboración armónica, por lo que *“es totalmente válido que el legislador en ejercicio de su amplio poder de configuración normativa trace reglas que han de ser cumplidas y aplicadas por los titulares de los demás poderes públicos, sin que esa sola circunstancia pueda ser tildada de atentatoria contra la separación de poderes o de limitativa de la autonomía propia de cada uno de aquéllos”*⁵.

De ahí que en cuanto a las directrices dirigidas por el Legislador a los jueces, el Tribunal Constitucional señalará que en realidad todo el trabajo y las funciones de estos, se encuentran sujetos a lo que la ley ha determinado, precisamente como resultado de la separación funcional consagrada en el artículo 113 constitucional. Al respecto ha aclarado

*“(…) a partir del principio según el cual el poder público se fracciona de tal modo que unos hagan las leyes, otros las apliquen y otros castiguen su eventual infracción, es evidente que la normatividad aprobada por el Congreso es la que determina las funciones de los demás poderes públicos, lo que incluye no solo a los jueces y a quienes conforman la Rama Ejecutiva, sino también a los otros órganos, autónomos e independientes.”*⁶

En concreto, respecto de la relación entre el principio de separación de poderes y la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal en cuanto al cumplimiento de las funciones a cargo de las autoridades, la Corte Constitucional ha señalado que el empleo del principio de sostenibilidad fiscal está basado en

“(…) (i) la plena vigencia de las competencias de las autoridades que integran el poder público, en los términos previstos en el artículo 123 de la Constitución y (ii) en la adopción del modelo de separación de poderes, el cual admite la presencia de controles recíprocos, en un marco que le otorga un peso fundamental al principio de colaboración armónica, como expresiones del sistema de frenos y contrapesos. En todo caso, su papel como criterio orientador excluye cualquier intervención que, por vía de la SF, (a) permita reemplazar a un poder constituido en el ejercicio de sus competencias o (b) conduzca a incidir con un grado tal de intensidad que anule su autonomía e independencia.” (negrilla fuera del texto)

- **Principio de autonomía e independencia judicial**

La Corte Constitucional ha considerado el principio de independencia judicial como la manifestación del principio de separación de poderes, una función jurisdiccional y del

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 140 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 581 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 581 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

derecho al debido proceso⁷. De esta manera, todos los órganos del Estado tienen un objetivo misional asignado. Por tanto, en cabeza del órgano jurisdiccional se encuentra el objetivo de impartir administración de justicia, sin ninguna interferencia de otro órgano y limitando el poder de los demás órganos, autónoma e independiente⁸.

La administración de justicia jurisdiccional tiene como condición la independencia judicial, en donde las decisiones deben estar motivadas y se aplique el derecho positivo conforme a lo señalado en el art. 230 de la Constitución Política. Por consiguiente, no puede haber otra externalidad más que la aplicación de la ley en sentido amplio, mediante una decisión objetiva y conforme al caso en concreto. Por tanto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe ser objetivo, neutral, imparcial y aplicar la justicia material en las decisiones judiciales.⁹

Adicionalmente, la autonomía e independencia judicial deben ser garantes de los derechos fundamentales, y en virtud de ello, irradiar todo el ordenamiento superior, al ser un principio esencial del sistema jurídico¹⁰. De lo anterior, que se le haya atribuido tres características fundamentales:

“ (i) primero, tenía una connotación esencialmente negativa, porque se orientaba fundamentalmente a impedir las interferencias indebidas en la labor de administración de justicia; (ii) segundo, se predicaba exclusivamente de los operadores de justicia considerados individualmente, y no del Poder Judicial como tal; (iii) y tercero, la independencia se exigía de la labor jurisdiccional propiamente, pues son las decisiones judiciales las que, al menos en principio, requieren de las garantías de neutralidad e imparcialidad, y de las que depende de la realización de los derechos”¹¹.

Por tanto, la autonomía y la independencia judicial ha sido considerado un principio fundante del ordenamiento constitucional y tener el status de eje axial de la Constitución Política. Siendo un principio absoluto, en el sentido de prever la protección de los derechos fundamentales en su mayor expresión a través de la aplicación de todo el ordenamiento jurídico como único criterio en su decisión que debe ser imparcial:

“La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política.”¹²

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 185 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 185 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 185 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 185 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C 185 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez

¹² Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva



Al momento de administrar justicia, el juez no tiene subordinación alguna, siendo un sujeto único, sin superior que le exija unas directrices o instrucciones para tomar la decisión judicial. Sin embargo, su decisión debe ser cumplida bajo el principio de la colaboración armónica, esto es, que los demás órganos y poderes tienen el deber jurídico de prestarles la necesaria colaboración para que se cumplan sus decisiones judiciales¹³, señalado de la siguiente manera por la Corte Constitucional:

“Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos. Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. (C.P. Art. 116)”¹⁴

En conclusión, la autonomía y la independencia judicial de los jueces implica bases fundamentales para su garantía como principio: 1) decisión motivada; 2) aplicación de la ley o del art. 230 de la Constitución Política, en sentido general y extenso; 3) imparcialidad, objetividad y neutralidad en sus decisiones; 4) prever el principio de colaboración de poderes y órganos, pesos y contrapesos y 5) protección máxima del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Respecto al numeral 2 del anterior párrafo, se encuentra establecido como mandato constitucional en el art. 230. A pesar de tener una línea de interpretación extensa y clara desde 1991, al día de hoy, se ha interpretado de manera expresa sin tener en cuenta que ello refiere a la aplicación de todo el ordenamiento jurídico y no solo de la “ley”. Lo cual no quiere decir, que el juez simplemente esté sometido a la categoría normativa denominada ley, sino que además se encuentra sometido a todo el sistema de fuente en el ordenamiento jurídico colombiano.

- **Principio del imperio de la ley**

El imperio de la ley ha sido desarrollado principalmente por la interpretación jurisprudencial, en el sentido de que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos a la aplicación de la legislación en sentido formal. De esta manera, debe entenderse como el conjunto de normas constitucionales y

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva



legales, valores y objetivos, incluida la jurisprudencia¹⁵ de las altas cortes, es decir, de todo el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional ha considerado respecto a la interpretación que debe realizarse del art. 230 constitucional que esta norma implica lo siguiente¹⁶:

- Prevalece la supremacía constitucional
- La ley debe ser interpretada conforme a valores, principios, objetivos y derechos constitucionales
- La Constitución Política tiene una función integradora de todo el ordenamiento jurídico
- La aplicación del art. 230 constitucional conforme a la interpretación desarrollada, es una obligación constitucional esencialmente para los jueces como garantes de los principios constitucionales al momento de impartir justicia
- La constitución y la ley son los puntos de partida de la interpretación judicial
- Deben respetar la jurisprudencia en donde se han resuelto casos análogos anteriores -aplicación del precedente judicial y sus fundamentos jurídicos

Así mismo, la Corte Constitucional ha concluido que dentro del art. 230 de la Constitución Política se encuentran todas las fuentes de derecho, es decir, la constitución política, la legislación, la equidad, principios generales, doctrina, precedente judicial¹⁷, etc., entendido como el contenido y desarrollo a nivel jurisprudencial de la interpretación del art. 230 constitucional. Esto, por considerarse fuente de derecho que garantizan la aplicación del ordenamiento jurídico y no una mera fundamentación jurídica en términos externos que ponen en riesgo los mandatos constitucionales y garantía de derechos.

● **Sostenibilidad fiscal**

La sostenibilidad fiscal fue elevada a rango constitucional a través del Acto Legislativo 03 de 2011, entendida como un instrumento orientador de las Ramas del poder para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. La posición de la Corte Constitucional ha sido señalar que la sostenibilidad fiscal se constituye en una herramienta de múltiples propósitos. De un lado, mediante el incidente de impacto fiscal, se posibilita la modulación, modificación y diferimiento de las sentencias judiciales para evitar alteraciones de la sostenibilidad y de otro, se constituye como un parámetro de control de leyes y actuaciones administrativas con el fin de evitar la afectación de las finanzas públicas.

En ese sentido, la jurisprudencia la ha definido como la capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica. Se ha

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 284 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.



señalado que tiene como fin disciplinar las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal limitando la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público.

No se trata de un derecho, ni de un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado, tampoco persigue fines autónomos, ni establece mandatos particulares, se define como un criterio que orienta a las autoridades de las diferentes ramas del poder para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que no puede menoscabar, limitar o negar la protección efectiva de los derechos fundamentales o desconocer el núcleo esencial.

La Corte además ha señalado que, la sostenibilidad fiscal como criterio orientador para hacer efectivos los derechos constitucionales y los fines esenciales del Estado, debe interpretarse conforme al principio de progresividad, el cual, en todo caso, no puede emplearse para aplazar indefinidamente la ejecución de los derechos constitucionales.¹⁸

De forma complementaria la sentencia C-870 de 2014 aclaró que la calificación de la sostenibilidad fiscal como criterio orientador *“descarta la existencia de un carácter coactivo en la aplicación de la SF, en relación con el cumplimiento de las funciones a cargo de las autoridades estatales”*.

De modo que, conforme con lo anterior, la sostenibilidad fiscal puede apreciarse desde dos perspectivas: i) como marco que limita la acción del legislador y como criterio orientador de las ramas del poder público; ii) como un criterio que a través del incidente de impacto fiscal permite modular, modificar o diferir los efectos de los fallos de las Altas Cortes cuando se compruebe una afectación de las finanzas públicas, siempre y cuando no se desconozcan o socaven derechos fundamentales.¹⁹

b. Incidente impacto fiscal y verificación de capacidad fiscal

La ley 1695 de 2013 “Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en el art. 16 señala dos instrumentos distintos para identificar la alteración de la sostenibilidad fiscal por los efectos de una decisión judicial, estos son: 1) el incidente fiscal y 2) la verificación de la capacidad fiscal.

El primero, el incidente de impacto fiscal se ha definido como un procedimiento de índole constitucional, que faculta al Procurador General de la Nación o a los Ministros del Gobierno para interponer dicha figura, frente a las sentencias proferidas por las Altas Cortes. Este procedimiento se ha definido en dos etapas: *“(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*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 753 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 753 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.



*serias de la sostenibilidad fiscal*²⁰. Este impacto fiscal tiene un límite, y es la imposibilidad de poder afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales²¹.

El incidente de impacto fiscal no implica la vulneración del principio de separación de poderes, pues simplemente es la intervención tanto de la Procuraduría General de la Nación como de los Ministros para exponer sus explicaciones y argumentos, relativos a una eventual afectación de la sostenibilidad fiscal por efectos de una sentencia judicial²². Siendo el principio de sostenibilidad fiscal una simple lineamiento, orientación o pauta no vinculante para que las Altas Cortes puedan de manera autónoma e independiente tomar una decisión para el cumplimiento de su decisión judicial, en concordancia con el principio de coordinación, colaboración y armonización de los poderes y órganos del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia varias características y cláusulas prohibitivas del incidente fiscal, dentro de ellas se encuentra que *“el alcance del incidente de impacto fiscal se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional”*²³

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que en virtud de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011, allí se diferencia entre la decisión adoptada en una sentencia y sus efectos, esto es :

*“el primer momento está cobijado por los efectos estrictos de la cosa juzgada constitucional, lo que significa la imposibilidad de revertir 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 concurran 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 período de tiempo, requerir varias actuaciones administrativas para su cumplimiento o estar precedidas de importantes operaciones presupuestales(...)*²⁴”.

De esta manera, el incidente de impacto fiscal que eventualmente promueva la Procuraduría General de la Nación o los ministros, puede ilustrar a la Alta Corte de qué manera hacer cumplir la decisión tomada en la sentencia, más no que ello vaya a tener alguna injerencia en la decisión o fundamentos jurídicos de la decisión.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²² Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²³ Corte Constitucional. Sentencia C 870 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 870 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Lo anterior se materializa en la posibilidad que tiene el juez o la Alta Corte “modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo”²⁵. Pues él podrá optar por lo señalado en el incidente de impacto fiscal, sin embargo, ello no podrá cambiar la decisión ni sus fundamentos. El incidente de impacto fiscal no puede vulnerar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva²⁶.

El segundo, es la verificación de la capacidad fiscal de las entidades territoriales para dar cumplimiento a lo ordenado por parte del juez, conforme lo señala el art. 16 de la Ley 1695 de 2013. En este sentido, el juez se entiende desde un juez de primera instancia, tribunal y Altas Cortes. Sin embargo, la verificación de la capacidad fiscal de la entidad podrá realizarla por sí misma el juez sin perjuicio de que 1) el Procurador General de la Nación o los Ministros de Gobierno, cuando llegue a última instancia de una Alta Corte pueda también solicitar la apertura del incidente impacto fiscal y 2) cualquiera de las máximas corporaciones judiciales solicite la emisión de un concepto sobre los efectos de una eventual condena en las finanzas públicas al representante legal de la entidad territorial vinculada dentro del proceso.

De esta forma, es pertinente señalar cuáles son las diferencias entre el incidente fiscal y la verificación de la capacidad fiscal, teniendo en cuenta que el primero solo podrá indicarse después de fallo y el segundo, podrá ser antes del fallo:

Ítem	Incidente de Impacto Fiscal (art. 334 C.P. - Ley 1695 de 2013)	Capacidad Fiscal (art. 16 Ley 1695 de 2013)
Solicitante	Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno	Juez
Procedencia	Una vez proferida la sentencia o los autos que se profieran con posterioridad a la misma ²⁷ , dentro del término de ejecutoria.	Al momento de proferir la sentencia que condene a un municipio o departamento.
Autoridad que profiere la sentencia o auto	Máximas corporaciones judiciales	Corporaciones judiciales
Discrecionalidad	Facultativo “podrán”	Obligatorio “deberán”
Obligatoriedad	El trámite será obligatorio ²⁸	
Partes	1. El solicitante	1. El juez

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 870 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 870 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero

²⁷ Según la sentencia C-870 de 2014 la regla de la procedencia del incidente de impacto fiscal respecto de las sentencias y los autos a los que se refiere el articulado de la Ley 1695 de 2013, no se aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela. Adicionalmente los autos a los que se refieren son aquellos a través de los cuales se ajustan, modifican o adicionan órdenes de la sentencia con incidencia en materia fiscal.

²⁸ Ley 1695 de 2013. “ARTÍCULO 10. DESISTIMIENTO DEL INCIDENTE. De obligatorio. Razón por la cual, una vez sea notificado el auto que admite el incidente, no se podrá desistir de este conformidad con lo señalado en el inciso 4o del artículo 334 de la Constitución Política, el trámite del incidente de impacto fiscal este.”



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

	2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público 3. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen al incidente.	2. Los demandados y demandantes que hacen parte del proceso.
Competencia	La Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala 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 sentencia o de los autos, sobre los cuales se solicita el incidente.	Juez al momento de proferir una sentencia que condene a un municipio o departamento.
Procedimiento	1. La solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal deberá presentarse ante el magistrado que profirió la providencia. 2. Se dará apertura del incidente dentro de los 5 días hábiles siguientes a la solicitud. 3. El incidente se sustentará dentro de los 30 días hábiles siguientes al día en que fue concedido. La sustentación deberá contener: - Las posibles consecuencias de la providencia en la sostenibilidad. - Las condiciones que explican dichas consecuencias. - Planes concretos para el cumplimiento de la providencia. 4. Una vez sustentado, se dará inicio a la audiencia en donde el solicitante explicará las consecuencias de la sentencia en las finanzas y el plan concreto para su cumplimiento. Las partes podrán presentar su posición respecto de la solicitud. El Ministerio del Interior deberá participar en la audiencia. 5. En los 10 días siguientes a la realización de la audiencia se decidirá si procede modular,	Antes de proferir una sentencia que condene a un municipio o departamento, el juez deberá tener en cuenta la capacidad fiscal de la entidad territorial para dar cumplimiento a lo ordenado. Cualquiera de las máximas corporaciones judiciales podrá durante cualquier etapa del proceso, solicitar al representante legal de la entidad territorial vinculada, que emita concepto sobre los efectos de la eventual condena en las finanzas públicas. Este concepto no será vinculante.



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

	modificar o diferir los efectos de la providencia. 6. Procederá el recurso de insistencia por escrito dentro de los 3 días siguientes a la notificación.	
Finalidad	Modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia, son el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.	Evitar Alteraciones en la sostenibilidad fiscal de las entidades territoriales.
Prohibiciones	Ninguna autoridad podrá invocar la sostenibilidad para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.	Ninguna autoridad podrá invocar la sostenibilidad para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Por lo anterior, la Corte Constitucional aclaró que el incidente de impacto fiscal se trata de un espacio de interlocución, en el que se concede a los solicitantes la facultad de expresar las razones por las cuales se considera que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de sostenibilidad fiscal. Consiste en un instrumento por medio del cual se pretende que las máximas corporaciones judiciales, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de sus providencias y las invita a reflexionar sobre su observancia.

Como se advirtió anteriormente, respecto del carácter de la legitimidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia, la Corte Constitucional ha previsto es potestativo, la obligatoriedad se encuentra circunscrita únicamente al trámite del incidente. De ahí que, las Altas Cortes puedan decidir si optan por cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido.

Esto último es lo que hace compatible al incidente de sostenibilidad fiscal con la separación de poderes y la autonomía judicial, puesto que, aunque se permite que las autoridades del Estado, cuando adviertan que una sentencia de una Alta Corte tenga incidencia en la sostenibilidad fiscal, logren un espacio de interlocución con los tribunales para que modulen, modifiquen o difieran los efectos del fallo, no se les impone una obligación ni un deber específico de modificación de lo fallado.

En efecto, la Corte Constitucional ha concluido que el incidente de impacto fiscal es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la sostenibilidad fiscal. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, entre los cuales se destacan los siguientes:



(...) (i) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; (ii) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y (iii) la imposibilidad de que el trámite del incidente de impacto fiscal menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva. En el fondo esta última condición es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la sostenibilidad fiscal.

En concreto, la Corte Constitucional al realizar un resumen de los principales aspectos de trámite que se consagran en la Ley 1695 de 2013, respecto del contenido de los artículos 15 y 16 aclaró

*“Finalmente, los artículos 15 y 16 **consagran unas medidas alternas**, la primera referente a la posibilidad de las Altas Cortes de solicitar en el trámite de una acción judicial, la opinión del Ministro de Hacienda sobre los efectos que una controversia puede tener sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas. **Y, la segunda, vinculada con la obligación de los jueces de tener en cuenta la capacidad fiscal de las entidades territoriales**, más allá de reiterar la posibilidad del Procurador General de la Nación y de los ministros de gobierno de invocar el incidente, cuando un fallo altere la sostenibilidad fiscal de un municipio o departamento” (negrilla fuera del texto)²⁹.*

Ahora, en cuanto al deber del juez de tener en cuenta la capacidad fiscal de la entidad territorial al momento de proferir una sentencia que condene a un municipio o un departamento, es importante recordar que, la sostenibilidad fiscal funge como un instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. De ahí que se le haya asignado la calidad de criterio orientador, cuyo cumplimiento debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica. Por lo que, en palabras de la Corte, se descarta la existencia de un carácter coactivo en la aplicación de la sostenibilidad fiscal, de manera que, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones, puesto que, en efecto, este análisis le corresponde a los ministros del gobierno y al Procurador General de Nación cuando decidan promover el incidente de impacto fiscal³⁰.

3.2 Caso en concreto

La norma señala dos momentos para la verificación de la sostenibilidad fiscal dentro de un proceso judicial en donde se condene una entidad territorial, estos son: 1) verificación

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 870 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 870 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

de la capacidad fiscal antes del fallo e 2) incidente fiscal después del fallo. Sin que el uno excluya al otro.

La norma cuando se refiere al término “juez” se refiere tanto al juez de primera instancia como al de una Alta Corte, por tanto, no se encuentra de qué manera se está diferenciando la aplicación del incidente fiscal o la verificación de la capacidad fiscal, cuando cada uno se aplica en momentos diferentes dentro del proceso judicial en donde se condenan entidades territoriales.

No hay ninguna intromisión del legislador dentro de las facultades de administrar justicia por parte de los jueces, por el contrario, les brinda una herramienta con la cual pueden identificar de qué manera hacer efectivo el cumplimiento del fallo y poder modular su decisión, con el fin de garantizar el núcleo esencial de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales como el de impartir justicia.

En ese sentido, es totalmente razonable que el legislador trace reglas que han de ser cumplidas y aplicadas por otras ramas del poder público, en virtud de que el principio de separación de poderes integra la mutua colaboración armónica. De modo que la separación de poderes no solo se reduce a limitar las intromisiones entre las ramas de poder público, sino que busca evitar la concentración de poder, impide la configuración de poderes absolutos y mantiene la independencia y autonomía de las ramas, sin que esto sea incompatible con los mecanismos de control recíprocos o la cooperación institucional.

No obstante, llama la atención del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, dentro del apartado de la norma demanda que se considera constitucional, que la palabra “deberán” sugiere que no es facultativo del juez elegir tener en cuenta o no la capacidad fiscal de la entidad territorial. Sin embargo, si es sugestiva la presunta imposición que realiza la norma, sin tener en cuenta que en virtud del principio de autonomía e independencia judicial y el imperio de la ley, el juez no podrá tener en cuenta al momento de fallar, más que la aplicación del ordenamiento jurídico.

Encima de que la sostenibilidad fiscal que se busca garantizar con la norma demandada, no se trata de un derecho, ni de un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado, se trata de un criterio orientador de las ramas del poder público, que conforme lo ha señalado la misma Corte, en modo alguno implica un carácter coactivo. Consiste, en cambio, en un instrumento por medio del cual de forma progresiva se pretenden alcanzar los objetivos del Estado Social de Derecho.

Conforme a lo anterior, en virtud del art. 113, 228 y 230 de la Constitución Política la palabra “deberá” se interpretará en el sentido en que el juez no debe obligatoriamente realizar la verificación de la capacidad fiscal de la entidad territorial al momento de proferir una sentencia, sino que ello será facultativo del juez para determinar el cumplimiento del fallo.



4. PETICIÓN

Que se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del apartado demandada del art. 16 de la Ley 1695 de 2013, por no vulnerar ninguna norma constitucional, sin embargo, teniendo en cuenta la interpretación teleológica que debe dársele a la norma, se solicita la exequibilidad condicionada en el entendido en que la palabra “deberá” implica que no será obligatorio que el juez tenga que verificar la capacidad fiscal de la entidad, en vista de que se trata de un criterio que orienta las decisiones judiciales.

De los H. Magistrados, Atentamente.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com

ANGÉLICA MARÍA MEDINA SÁNCHEZ
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
C.C. 1010228633
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Correo anmedinas96@gmail.com

INGRID VANESSA GONZALEZ GUERRA
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
C.C. 1010227362
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Correo vanesssa-3@hotmail.com