

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – Antecedentes y trámite legislativo

La iniciativa del Proyecto de Acto Legislativo No. 03 de 2011 fue gubernamental, y su publicación se realizó en la Gaceta No. 451 de 2010 de la Cámara de Representantes, el 23 de julio del mismo año. La propuesta consistió en adoptar un *derecho* que contribuyera –dentro del marco del Estado Social de Derecho- a proteger a todos los demás, y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrentara la economía para atender sus deberes sociales. En la exposición de motivos se señaló que “de este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que sus decisiones sean acordes con la sostenibilidad fiscal”. Además, manifestó que la sostenibilidad fiscal era importante para el desarrollo de la economía y permitía reducir –a largo plazo- la pobreza, la desigualdad y la equidad intergeneracional. Sin embargo, es bueno precisar que empezando este procedimiento, el artículo 1 del *proyecto de Acto Legislativo* No. 016 de 2010 Cámara, que modificaba el 334 de la Constitución Política –tal como lo presentó el Gobierno Nacional- no se refirió, no aludió, no incorporó, al que luego se convertiría en reforma constitucional, bajo el nombre de *incidente de impacto fiscal*. (...) Por último, en la *tercera ponencia* de este debate (tercer debate en la segunda vuelta) se declaró estar de acuerdo en establecer los mecanismos tendientes a evitar el desborde del gasto público, sin embargo, que este objetivo se podía cumplir sin necesidad de elevar a rango de principio, y menos de derecho fundamental, la sostenibilidad fiscal. A su vez, se estableció que aunque la estabilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país, deben prevalecer los derechos económicos, sociales y culturales. Respecto a las implicaciones del proyecto, se adujo que éste no señaló quién define si determinados gastos contravienen el derecho a la sostenibilidad fiscal. Se expuso que con el proyecto se intentaba crear un marco que limitaba el presupuesto, el plan y todas las leyes, sin que fuera claro quién debía adoptar ese marco, quién lo interpretaba y quién lo aplicaba y bajo qué grado de discusión democrático. Propuso modificaciones, entre las que se encontraban: establecer la sostenibilidad fiscal en el marco de la dirección general de la economía, aclarando que bajo ninguna circunstancia se pueda invocar aquella por autoridad alguna para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección. En particular, por fin se planteó –por primera vez- la posibilidad de promover un: “... incidente de impacto fiscal, a petición del Procurador General de la Nación o del Gobierno, ante la Corte Constitucional, con el fin de estudiar si se modulan o difieren los efectos que puedan tener las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución, contra las leyes, contra los derechos con fuerza de ley, sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, de los proyectos de leyes estatutarias, sobre las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para evitar alteraciones a la sostenibilidad fiscal” –Pág. 3, gta. 310 de 2011-. Lo anterior se propuso con la finalidad de salvaguardar el contenido esencial del Estado Social de Derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial los derechos sociales, estableciendo la sostenibilidad fiscal como criterio y, por ende, suprimiendo las expresiones que hacen referencia a su carácter de principio. Por lo expuesto, se conceptuó favorablemente al proyecto, pero con las modificaciones señaladas. (...) Fue en esta etapa del proyecto –el séptimo debate de ocho; o lo que es igual, el tercer debate de la segunda vuelta; es decir, a un solo debate de terminar el procedimiento de reforma constitucional-, se incluyó el incidente de impacto fiscal, como un mecanismo interpuesto, principalmente, para diferir o modular los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 1695 DE 2013

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – Características constitucionales y desarrollos legales / SOSTENIBILIDAD FISCAL – Este principio no eclipsa ni prevalece sobre el Derecho

A partir del análisis histórico expuesto en el numeral precedente, la Sala se pregunta qué naturaleza jurídica tiene el denominado por el recientemente modificado art. 334 de la Constitución Política como *incidente de impacto fiscal*, teniendo en cuenta que se trata de una figura nueva, cuyos elementos estructurales aún no están definidos ni desarrollados, ni por la ley ni por la jurisprudencia de esta corporación. Para aproximar estos aspectos, en *primer lugar*, destaca la Sala que se trata de un *incidente constitucional*, que se suma al repertorio de actuaciones judiciales creadas en 1991, que han permitido calificar a la Constitución Política como una de las que más incidencia ha tenido sobre el derecho procesal, teniendo en cuenta que entre sus propósitos estuvo el de crear varias acciones judiciales, para la defensa efectiva de derechos de diversa índole. (...) En *segundo lugar*, el incidente de impacto fiscal procede contra sentencias dictadas por las *Altas Cortes*, es decir, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y, por supuesto, el Consejo de Estado. Esto significa que las decisiones que adopten los jueces o tribunales, en única, en primera o en segunda instancia, no son susceptibles de interponérseles este incidente, sin importar que materialmente produzcan un impacto fiscal negativo en las finanzas del Estado. (...) En *tercer lugar*, quienes pueden proponer el incidente son: el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, es decir, que las partes del proceso no pueden hacerlo autónomamente, pues se deben valer de los sujetos autorizados por la Constitución. No obstante, esta característica ofrece varias inquietudes que conviene aclarar: *De un lado*, que no cualquier funcionario del Ministerio Público tiene competencia para formular esta solicitud –Procuradores Delegados, personeros, Defensor del Pueblo, etc.–, debe hacerlo personalmente el Procurador General de la Nación, sin poder delegar esta función, pues la Constitución no le asignó esta potestad, en forma general, al Ministerio Público, sino a un funcionario concreto de él: a su Supremo Director –art. 275 C.P.–. El ejercicio de esta facultad supondrá el uso mesurado, restringido y prudente de la posibilidad de pedir que los efectos de una sentencia se modulen, modifiquen o difieran en el tiempo. Este criterio, que expresó la Sala Plena, fue reiterado en el art. 4 de la Ley 1695, que dispuso en relación con las partes del incidente que: “Harán parte del procedimiento del incidente de impacto fiscal: 1. El solicitante del incidente de impacto fiscal, que podrá ser el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno.” *De otro lado*, si bien los Ministros tienen la misma potestad, la Sala entiende que quien puede formular la solicitud a la Alta Corte será aquel que funcionalmente tenga relación con la entidad comprometida en el proceso cuya sentencia le impacta negativamente en su sostenibilidad fiscal. Así se debe entender el art. 4.1 de la Ley 1695 de 2013. Esta restricción no sólo es razonable, porque evita que se haga un uso indebido de esta facultad, sino que también racionalizará el ejercicio de esta figura procesal, impidiendo que se convierta en una tercera instancia del proceso, por lo menos en cuanto tiene que ver con el cumplimiento oportuno de la sentencia. Así, por ejemplo, si la sentencia afecta a una entidad descentralizada del orden nacional, el Ministro que puede hacer la solicitud será aquél a quien se encuentre adscrita o vinculada la institución. Claro está que si la parte del proceso es el Ministerio mismo, con sobradas razones será el ministro comprometido en el proceso quien formulará la solicitud. Ahora, cuando la entidad sea del orden territorial, le corresponderá al Ministro del interior formular la solicitud; pero si se trata de una entidad descentralizada de ese mismo orden, le corresponderá al

ministro del ramo, según la actividad material que desempeñe la entidad descentralizada: al de salud, si se trata de entidades que prestan este servicio público, al de Transporte si se trata de entidades que construyen infraestructura vial, al de Minas y Energía, si la entidad descentralizada presta el servicio público de energía, etc. (...) En *otro sentido*, la solicitud que presenten los funcionarios competentes debe satisfacer unos requisitos mínimos, entre ellos -el más importante-, la verificación de que, en realidad, la sentencia produce un impacto fiscal negativo. Esto significa que el Procurador y los Ministros no pueden formular y menos trasladar a las Altas Cortes solicitudes que carecen de respaldo suficiente que acredite que se está ante los supuestos del art. 334 de la C.P. Esto impone la carga, a quien ejerce este incidente constitucional, de demostrar que se está ante el supuesto material necesario para darle curso a una solicitud que pretende alterar parcialmente los efectos de la cosa juzgada, por lo menos en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la sentencia. En los términos anteriores se debe interpretar el art. 6 de la Ley 1695. No obstante, la jurisdicción debe tener claro que este principio de sostenibilidad fiscal no puede afectar la justicia ya impartida, cuando se trata de obtener el pago de la condena impuesta a las entidades estatales, pues esta Alta Corte no perderá de vista que tan importante como el fisco es la justicia, y que so pretexto de lograr el equilibrio económico no se sacrificará el derecho, sobre el cual se debe construir no sólo la economía sino también otros sectores que conforman a la sociedad. En estos términos, la sostenibilidad fiscal se considerará con la importancia que le ha dado la Constitución, pero en el contexto de los demás valores y principios también constitucionales, cuya protección hace parte de la consolidación de un auténtico Estado, no sólo de derecho sino también de un Estado que practica la justicia y la administra prontamente, no a cuenta gotas, con la amenaza, para los litigantes, de que una vez triunfan su derecho puede aún verse en entredicho para exigirlo. De esta manera, una regla de ponderación que se tendrá que imponer exigirá que el manejo presupuestal sea el que principalmente soporte la carga de la indemnización, y no nuevamente el patrimonio del favorecido con la condena, quien durante muchos años habrá venido haciéndolo, y por eso debe ser extraordinario que continúe en esa actitud, pues ha esperado la justicia tiempo suficiente.

FUENTE FORMAL: LEY 1695 DE 2013

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – Es sustancialmente distinto a los incidentes previstos en los códigos procesales

y en relación con el incidente mismo, la Sala entiende, como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, que no se trata de aquellos regulados en los códigos de procedimiento que están vigentes, en particular el civil, sino de un trámite especial y distinto. De hecho, casi todos los incidentes que existen se tramitan al interior del mismo proceso judicial, es decir, antes de que se dicte la sentencia que resuelve el conflicto; pero este otro -cuyo parecido en el nombre no tiene por qué conducir a los que están regulados- se tramita con posterioridad a una sentencia de revisión, o a una sentencia de segunda o de única instancia, que dicta una Alta Corte, es decir que existe cosa juzgada, pero se puede adelantar un trámite judicial adicional –algo exótico en el derecho procesal convencional- para regular el *impacto fiscal* que producirá en la entidad estatal condenada. A esta conclusión también se llega al estudiar la regulación que hizo la Ley 1695 de 2013. Ahora, se trata de un incidente sustancialmente diferente a los previstos en los códigos de procedimiento, por varias razones: i) porque no lo proponen las partes del proceso –salvo excepciones-; ii) porque su trámite no se adelanta al interior del proceso judicial, como se encuentra regulado

hoy; y iii) porque su fundamento es la Constitución Política y no el derecho procesal civil, penal, laboral o el contencioso administrativo que están en vigencia.

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – Se deberá siempre permitir la participación de las partes del proceso inicial / DEBIDO PROCESO – En el incidente de impacto fiscal debe oírse siempre a las partes del proceso inicial

En *sexto lugar*, y como elemento relacionado con el aspecto anterior -pero en todo caso diferenciable en términos constitucionales-, el art. 334 dispone que en el incidente “*se oirán las explicaciones de los proponentes*”, es decir, del Procurador o del Ministro, pero no de las partes del proceso ordinario que dio origen al incidente, porque no son proponentes de esta otra instancia procesal –salvo que en el juicio originario la parte sea la Procuraduría o la Nación a través de un Ministerio-. No obstante, se desconoce en qué etapas y durante qué momentos procesales sucederá esto, pues es obvio que la constitución no tiene por qué ocuparse de detalles procesales tan concretos. No obstante, a la Sala no le queda la menor duda de que también se tendrá que oír a las partes del proceso inicial – aunque la Constitución no lo disponga directamente-, porque serán afectados con una eventual modulación, modificación o diferimiento de sus efectos, y estarán interesados en debatir la veracidad de la situación financiera de la entidad pública. Este aspecto tiene fundamento adecuado en el art. 29 de la misma Constitución, que establece que es parte del debido proceso el derecho a la defensa y el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en contra de los intereses de la parte del proceso. Afortunadamente, la Ley 1695 reguló, en los mismos términos expresados por la Sala Plena, el aspecto que se viene analizando, en efecto, el art. 4.3 dispuso que son parte del proceso: “3. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la sentencia o a los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente de impacto fiscal.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29

PLAN CONCRETO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA EN EL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL - No puede desnaturalizar la sentencia ya proferida

Del mismo modo, hace parte de los requisitos o elementos mínimos del proceso judicial que contempla directamente la Constitución, proponer un “*plan concreto para su cumplimiento*”, es decir, para acatar la sentencia. No sobra indicar que ese “plan” no puede desnaturalizar la sentencia, es decir, proponer una forma de cumplirla que burle y haga nugatorio el derecho legítimo de los favorecidos con la condena a que se les pague en una forma y tiempo razonables.

FUENTE FORMAL: LEY 1695 DE 2013

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – Puede afectar el modo de cumplimiento de la sentencia, pero no la decisión misma / COSA JUZGADA – Este principio sufre una afectación relativa como consecuencia del incidente de impacto fiscal

una vez concluya el incidente, corresponde a la Alta Corte decidir “*si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma*”. Esto significa que el objeto del incidente lo constituye la sentencia donde se produjo una condena a cargo de las finanzas del Estado, pero debe quedar claro que el debate sólo girará

alrededor del impacto fiscal que produzca su cumplimiento, de allí que no se discutirán, de nuevo, las pretensiones ni las excepciones, ni las pruebas en que se fundan las unas y las otras, ni los argumentos de derecho en que se apoyan todas. Habrá que partir de una premisa general: La decisión está tomada, y la condena impuesta, así que la cosa juzgada sobre la *causa petendi* adquiere, en principio, la firmeza, intangibilidad, estabilidad e inamovilidad que le es propia; así que el incidente de impacto fiscal no puede encubrir, ocultar ni disimular una segunda o tercera instancia, según la estructura que corresponde a cada proceso. De esta manera, se puede formular una regla procesal al interior del nuevo incidente: la decisión sólo puede afectar el cumplimiento de la sentencia, no la decisión misma; sobre la cual se configura la cosa juzgada. No obstante la regla indicada, la Sala no desconoce la afectación relativa que sufrirá la cosa juzgada, porque si bien la premisa de entendimiento de este proceso es la descrita en el párrafo anterior, también es cierto que la Constitución admite, a partir de ahora, que el mismo juez que profirió la sentencia la tome para ponderar de nuevo un aspecto suyo: el impacto fiscal que producirá sobre las finanzas públicas. Por ello si bien no es posible cambiar la decisión, por lo menos en lo que se refiere al sentido –condenatorio o absolutorio de forma parcial- habrá que decidir ahora si “procede modular, modificar o diferir los efectos”, lo que en el fondo envuelve una reconsideración de lo resuelto, no en cuanto al sentido allí indicado, sino en cuanto a la manera de cumplirlo. No en vano al interior del incidente de impacto fiscal el juez adquiere tres (3) facultades para decidir: i) modular los efectos de la sentencia, ii) modificar los efectos de la misma o iii) diferir los efectos de ella. La Sala advierte, con claridad y contundencia, que ninguno puede poner en peligro la cosa juzgada, porque la decisión del incidente sólo recaerá sobre los efectos de la sentencia, cuyo cumplimiento se pretende variar. (...)Sin embargo, para no engañarse incautamente, se sabe que es imposible no alterar la decisión inicial, aunque sea de forma parcial y levemente, cuando la Alta Corte accede a modular, modificar o diferir los efectos de la providencia, pues si se condenó y ordenó cumplir de una manera, decir luego que se cumplirá de otra o en un tiempo diferente al que señaló la sentencia, supone, necesariamente, una variación de la orden impartida. En realidad, después de dictarse sentencia, su modulación, modificación o diferimiento, así sea sólo de los efectos de la condena, necesariamente cambia ese aspecto de la misma, y el juez debe actuar con prudencia excesiva y máxima sensatez, para no intervenir más allá de la limitada posibilidad que adquiere, a partir del art. 334 de la C.P., de alterar parte de la decisión inicial, y no poner en peligro la cosa juzgada, cuyo valor jurídico no puede estar en riesgo, hasta desnaturalizarla y quedar a merced de un principio económico, que también debe ajustarse a la necesidad que existe de concretar la idea de justicia material y particular, representada en el cumplimiento de una condena, producto de años de disputa entre las partes ante la rama judicial. En otras palabras, le corresponderá a las Altas Cortes examinar con el máximo cuidado que los derechos no queden condicionados injustamente y hasta odiosamente a un criterio fiscal eficientista, ajeno a la justicia del caso concreto, porque de no moderarse y exigirse que esté a disposición de la garantía de la justicia y de los derechos, puede tiranizarlos y someterlos a la lógica económica, sin consideración a la justicia individual y colectiva, en la que también se fundan la sociedad y el derecho.

SOSTENIBILIDAD FISCAL – Concepto / SOSTENIBILIDAD FISCAL – Es un criterio orientador de la política económica. No tiene la calidad de principio.

Que Colombia erija la *sostenibilidad fiscal* como criterio orientador de su política económica refleja la madurez adquirida por el Estado en la administración de las finanzas públicas, puesto que no cabe duda que el equilibrio entre ingresos y

gastos, entre pretensiones económicas y sociales y posibilidad de asegurarlas, entre progresividad en la atención de las necesidades colectivas y capacidad para asegurarlas, entre disponibilidad de recursos y atención de necesidades, etc., es condición necesaria para la administración prudente de los recursos del Estado. Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de *sostenibilidad fiscal* –incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos–, es claro que, por lo menos, alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que produzcan crisis fiscales que no atienden la prioridad de gasto con los recursos escasos. Por esto, elevar a rango constitucional la *sostenibilidad fiscal*, en el contexto indicado, ayuda a construir políticas públicas serias y maduras que atiendan la necesidad de prevenir esas crisis. Desde este punto de vista, que el Estado no simplemente pueda gastar sino que lo haga con orden y disciplina; y que no sólo atienda las necesidades de la población sino que consulte la capacidad real de pago para hacerlo, entre otras relaciones posibles, es una perspectiva responsable sobre la manera de realizar el gasto público, en un contexto de seriedad y compromiso con el país, desde el punto de vista de su capacidad para asumir proyectos y obligaciones. En esta medida, la sostenibilidad fiscal “*orienta*” –como lo expresa el art. 334 de la Constitución Política– las actuaciones de todas las ramas y órganos del Estado, de manera que inspira una especie de línea conductora de gestión de los recursos públicos, y de los proyectos asociados a su inversión, sometiendo al sentido que infunde la adopción de decisiones económicas. No obstante la Corte añadió que no se trataba de un *principio*, porque: “64.4. Ahora bien, si se estudia detalladamente el contenido de la reforma constitucional, la Sala advierte que en ninguno de los textos reformados o adicionados a la Constitución se hace referencia a que la sostenibilidad fiscal sea un ‘principio’. Esa previsión solo está contenida en el título del Acto Legislativo 4 de 2011, el cual aunque pueda tener algún valor interpretativo, en modo alguno tiene la condición de disposición constitucional autónoma, en tanto no afecta el Texto Superior. En cambio, el Acto Legislativo define a la SF como un ‘marco’ que tiene la función de ‘orientar’. La acepción usual de esos conceptos indica que la SF, así entendida, consiste en un patrón o guía para la actuación de las autoridades del Estado. Al carecer de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados, sino que es un herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista. Estas finalidades, debe insistirse, por expresa prescripción del Acto Legislativo 3/11, no son otras que las propias del Estado Social y Democrático de Derecho.

PRINCIPIOS ECONOMICOS Y PRINCIPIOS DE JUSTICIA – Tensión / ACTO LEGISLATIVO 3 DE 2011 – Sostenibilidad fiscal

Es innegable la tensión que surge –en muchos casos– entre los principios económicos y el manejo de la hacienda pública, de un lado; y los principios de la justicia y el deber de indemnizar plenamente a las víctimas, de otro; cuando se impone a una entidad pública la obligación de resarcir los perjuicios que causa con su comportamiento. No obstante, a la luz del *derecho* más puro, como insignia de la *justicia*, no hay duda que la obligación de pagar los daños es un valor que los Estados protegen, como forma de asegurar la convivencia pacífica y la responsabilidad personal y social. No hacerlo impulsa el retorno de la sociedad y del individuo al *estado de naturaleza* o *estado salvaje*, donde cada cual protege –literalmente de la manera que puede– su vida, honra y bienes del acecho de los demás, y también la de los más cercanos a su entorno. (...) Las tensiones

modernas entre *derecho-justicia* y *economía pública* recuerdan el equilibrio que se debe conservar entre *limitaciones a los derechos - vida en sociedad*, porque ni siquiera las restricciones consentidas a las libertades individuales pueden ser tan fuertes que anulen su núcleo mínimo. Esta ponderación es particularmente compleja de hacer, de ahí la necesidad de valorar con prudencia el alcance de los bienes jurídicos, políticos y económicos que entran en juego en cada caso. Esta valoración la renovó el Congreso de la República a través del Acto legislativo No. 3 de 2011, que modificó el art. 334 de la Constitución Política, “por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”. La discusión comprometía la ponderación entre seguridad jurídica y derecho a recibir la indemnización por los daños causados por el Estado, de un lado; y el principio de estabilidad fiscal, de otro lado, cuando lo afecte el pago de una condena. El órgano de representación popular autorizó romper la tensión a favor de la sostenibilidad fiscal, pero con las siguientes limitaciones, explicaciones y justificaciones que recordará la Sala: en ningún caso se sacrifica el derecho que tiene la víctima a recibir la indemnización, es decir, la entidad estatal jamás puede aspirar, por medio del incidente de impacto fiscal, a que se le exima de pagar la condena. A lo sumo puede obtener una variación de sus efectos, bien por modificación, diferimiento o modulación de la decisión judicial –en cuanto a los efectos-. De esta manera se conserva el acuerdo ético-jurídico mínimo que tiene el Estado con cada ciudadano: respetar su vida, honra y bienes, en un entorno de justicia. En este contexto, en el art. 334 prima la justicia y el derecho sobre una perspectiva económica eficientista a ultranza -liberatoria de las obligaciones de los sujetos de derecho-, así que mantiene la orden al Estado de reparar y pagar integralmente los daños que causa, sin condonárselos. Y no podría ser de otra manera, porque es un valor de la vida en sociedad pagar las deudas y cumplir toda clase de obligaciones, con todo el patrimonio del deudor, hasta concurrencia del último centavo de que disponga. La protección de semejante valor está a cargo de los jueces, reconociendo que el incidente de impacto fiscal es una herramienta y criterio útil para dirigir la acción económica del Estado, y en relación con las condenas judiciales para orientar la racionalidad en la forma en que se ordenan cumplir. De hecho, la Corte Constitucional declaró exequible la reforma al art. 334 de la CP., decisión que respeta el Consejo de Estado, y que hará cumplir en los términos en que la norma fue declarada exequible.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD – No debe verse afectado en el incidente de impacto fiscal / PONDERACION DE PRINCIPIOS – Debe hacerse con particular atención en los incidentes de impacto fiscal

Específicamente, la Sala advierte que por el sólo hecho de que el incidente de impacto fiscal faculte al juez para modular o diferir los efectos de una sentencia no queda cubierto el contenido mínimo del principio de legalidad que se debe garantizar. Del mismo modo, no porque el art. 334 de la CP. autorice adoptar esta decisión nunca se podrán afectar las garantías mínimas del Estado Social. Corresponderá al juez del incidente de impacto fiscal valorar cada situación, para ponderar si la modulación, modificación o diferimiento de los efectos afecta los principios en juego, para que adopte la decisión que los proteja mejor, entendiendo, en todo caso, que el Constituyente quiso que el impacto fiscal fuera mensurado para moderar las decisiones judiciales. (...) El juez debe sortear con erudición la eventual e injustificada subordinación que podría producirse contra la responsabilidad del Estado y contra el Estado Social de derecho, a manos de una exacerbada lectura económica de la Constitución, que proponga sacrificar esos valores, tan o más importantes que aquélla. Si bien, no es posible erigir una regla de aplicación, porque cada caso es diferente, es viable formular, ahora, que cuando se encuentren enfrentados el Estado Social de Derecho y el principio de

responsabilidad con la sostenibilidad fiscal se tendrá presente que, ante todo, Colombia debe garantizar la protección de los derechos individuales y también los colectivos, el derecho a la indemnización integral y oportuna y al debido proceso sin dilaciones injustificadas, valores suficientes para defender que la sostenibilidad fiscal no se convierta en el primer o más importante criterio de interpretación del derecho, ni en un criterio que someta a los demás valores, porque, según se ha expresado, es a la inversa como se debe hacer el análisis, para bien del sistema de protección de las libertades. Esta idea de ninguna manera reduce la importancia que tiene el incidente de impacto fiscal, por algo el Constituyente lo incorporó a la Carta Política y la Corte declaró exequible esta modificación. Su valor en el constitucionalismo actual refleja que se trata de un criterio orientador determinante de la acción de las instituciones públicas modernas, de gran importancia, y que sólo cuando se enfrente con los grandes principios que también residen en la misma constitución es que debe ponderarse con gran sabiduría, para que la Alta Corte que lo haga balancee correctamente los derechos o valores en juego en cada caso.

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – La modulación, modificación o diferimiento de los efectos de una sentencia deben ser valorados con un criterio restrictivo / INTANGIBILIDAD DE LA SENTENCIA – Vigencia de este principio en el marco del incidente de impacto fiscal / INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – No es una instancia más del proceso ordinario

Desde la anterior perspectiva, y en particular con la óptica de la judicatura, es la ocasión de señalar que la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de una sentencia será valorada -al interior de los incidentes de impacto fiscal- con criterio restrictivo, es decir, rige el principio de conservación de la intangibilidad de la sentencia, porque en la tensión entre cosa juzgada –que incluye el derecho a recibir el pago del perjuicio- y sostenibilidad fiscal, por sentido común el deudor debe esforzarse al máximo en pagar conforme lo impone la sentencia, en lugar de exigírsele al acreedor que posponga su legítima pretensión de que se satisfaga su derecho, así que aquél tiene la carga principal y primera de pagar en los estrictos y precisos términos en que la providencia lo ordena. A la anterior conclusión se llega con naturalidad si se tiene presente que la víctima, para el momento en que se dicta la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, ha esperado durante varios años el resarcimiento del daño –incluso muchos años en la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, y si bien la reparación que se le brinda es integral, no se puede negar que el paso del tiempo lo condujo a absorber parte de esos perjuicios, de alguna manera incómoda que sólo cada víctima conoce. Por este sólo hecho es impensable, a priori, que la escueta situación financiera difícil del condenado justifique sobradamente variar los efectos de un fallo. Se requiere una afectación más que severa a la sostenibilidad fiscal –“sería”, como lo exige el art. 334-, pues los derechos y garantías ciudadanas valen tanto como aquélla, y la justicia no puede declinar cómodamente ante valoraciones simples, que ponen en incertidumbre la administración de justicia del caso concreto, posponiendo inicuaamente el derecho a percibir la justa indemnización, ya muy afectado con la duración del proceso donde se impuso la condena. En esta medida, el juez del incidente de impacto fiscal debe ponderar esta situación, y otras no menos importantes, como la capacidad real y material que tiene la persona afectada con el daño de sacrificarse aún más, en nombre de la sostenibilidad fiscal de todo el Estado. En definitiva, la Sala no permitirá que el incidente de impacto fiscal se convierta en una instancia más del proceso ordinario, ni en un mecanismo de gestión financiera al servicio de la entidad, con el propósito de diferir la condena en varios pagos para amortiguar sus finanzas. No se trata de una negociación sobre la forma de pago, ni de una oportunidad para obtener rendimientos

económicos de la situación en que se encuentra la entidad, ni la ocasión para evadir transitoriamente el fallo. De ninguna manera!, defenderá celosamente la obligación de pagar, para proteger a la víctima, que ahora se pretende sacrificar aún más, con el eventual aplazamiento del pago. Por lo expresado, ahora es más claro el principio que se instituye en el contexto del nuevo art. 334 de la Constitución: las condenas que imponga esta Corporación se pagarán en la forma que indica la respectiva sentencia; de manera que la difícil situación económica del deudor no exime de esta obligación, ni siquiera una condición financiera aún más compleja rompe este principio; de modo que para pagar al Estado le corresponde apretar sus finanzas, hasta el máximo límite soportable –como lo ha hecho hasta hoy-, para reparar el daño que produjo, porque en lugar de pedir –fácil y graciosamente- plazo para pagar, primero tiene la obligación de indemnizar al afectado en la forma que indicó el juez. Sólo cuando se superen los límites soportables de lo que en derecho económico se denomina sostenibilidad fiscal, se quebrará el sagrado principio de honrar las deudas en la forma en que lo ordenan las sentencias, que –no se olvide- personifican la justicia de un caso particular, cuya demora en repararse siempre producirá más daños de los que ya se causaron a la víctima. Pedirle a ésta que soporte un tiempo más es, en principio, un atrevimiento que exige medida para imponerlo. Admitir que el Estado posponga un solo día el justo pago de la indemnización del daño que produjo resulta, en principio, injustificado en un Estado Social de Derecho.

VALOR DE LA CONDENA – No es un argumento que por si mismo pruebe una alteración seria de la sostenibilidad fiscal / AFECTACION DEL COMPONENTE SOCIAL DEL PLAN DE DESARROLLO – Las dificultades para cumplir el programa contenido en el plan de desarrollo no constituyen una alteración seria de la sostenibilidad fiscal.

Afirman los solicitantes del incidente de impacto fiscal, que el sólo valor de la condena afecta la sostenibilidad fiscal, y por este aspecto se debe modular el pago, en la forma propuesta por el Distrito Capital de Bogotá. Para la Sala, este argumento no tiene la envergadura para justificar la necesidad de que se modulen los efectos del fallo de condena dictado en la acción de grupo que dio origen a este incidente, porque en abstracto una condena muy alta no afecta la sostenibilidad fiscal de una entidad. La Procuraduría –exhortada por el Distrito- confunde las dificultades que ocasiona una condena de esta magnitud con las “alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal” –art. 334-, requisito que exige la norma constitucional para que prospere el incidente. Para explicar lo que se analiza basta tener en cuenta que el presupuesto general del Distrito, para el año 2013 -cuando quedó ejecutoriada la sentencia de condena-, ascendió a un poco más de 13 billones 660 mil millones de pesos, exactamente fue: \$13'660.944'944.000, lo que significa que la condena a pagar un poco más de doscientos veintisiete mil millones de pesos –exactamente fueron: \$227.440'511.400- equivale a menos del 1,66% de aquella suma, de manera que lo que sin duda es una condena alta, aisladamente considerada no lo es tanto, en relación con el presupuesto de la entidad condenada.

SENTENCIA CONDENATORIA EN EL CASO DOÑA JUANA – Justificación para la prosperidad del incidente de impacto fiscal / EXIGUO PLAZO CONCEDIDO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA CONDENATORIA – Dada la necesidad de efectuar traslados presupuestales y el exiguo plazo concedido para el pago, se afecta seriamente la sostenibilidad fiscal en el caso concreto.

Afirma el solicitante del incidente de impacto fiscal, que el exiguo plazo concedido para pagarla la condena -10 días- afecta la sostenibilidad fiscal, y por este aspecto se debe modular el pago, en la forma propuesta por el Distrito Capital de Bogotá. La Sala admite que si bien concedió un término breve para hacerlo, lo hizo en cumplimiento del art. 65 de la Ley 472 de 1998, según el cual el dinero de la condena lo debe entregar la entidad a la Defensoría del Pueblo en ese lapso. Sin embargo, partiendo de la realidad presupuestal que rige las entidades del Estado, es razonable ampliarlo, no obstante el contenido de esta norma, teniendo en cuenta que la condena es muy alta –aunque no desestabiliza, *per se*, la economía de la entidad (como ya se analizó)-, de manera que es prudente que el juez valore este hecho con racionalidad financiera y ajuste la orden temporal a las variables presupuestales que exige el gasto público. De allí, la dificultad que en el caso particular representa hacer traslados presupuestales tan cuantiosos justifica modular los efectos de una sentencia como esta, porque la actividad administrativa que demanda su cumplimiento, pese a que es del resorte de su destinatario -de ahí que tiene la obligación de hacer lo que sea pertinente para pagar-, no deja de incidir en la capacidad de cumplir oportunamente, por eso la Sala modulará los efectos de la condena y ampliará el plazo para pagar, pero en los términos más óptimos y eficientes para cumplir, no en otros que generen desidia en el condenado para desembolsar los recursos que posee. De esta manera, y atendiendo a la comunicación aportada por el Distrito Capital sobre las condiciones finales de pago en que está en capacidad de cumplir, y teniendo en cuenta el paso del tiempo durante el trámite de este incidente, que casi configuran un hecho superado, por la voluntad del Distrito de cumplir en el inmediato futuro, la Sala modulará la parte resolutive de la condena disponiendo que el pago se efectuará así: el Distrito desembolsará a favor de la Defensoría del Pueblo, antes del 31 de diciembre de 2014, mínimo el 50% de la condena; la suma restante la entregará antes del 31 de enero de 2015.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ)

Actor: PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Referencia: Incidente de Impacto Fiscal

Decide la Sala Plena del Consejo de Estado, por declaración inicial que se hizo de la *importancia jurídica* de este proceso, y luego por razón de las competencias asignadas por la Ley 1695 de 2013, el *incidente de impacto fiscal* promovido por el Procurador General de la Nación contra los efectos de la sentencia proferida por

la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, el 1 de noviembre de 2012, que declaró la responsabilidad del Distrito de Bogotá, en los siguientes términos:

"PRIMERO.- MODIFICASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de mayo de 2007.

"SEGUNDO.- DECLÁRASE RESPONSABLE al DISTRITO DE BOGOTÁ en relación con los daños ocasionados por el derrumbe del Relleno Sanitario Doña Juana acaecido el 27 de septiembre de 1997.

"TERCERO.- CONDÉNASE al DISTRITO DE BOGOTÁ a pagar a título de indemnización de daño moral y afectación de los derechos constitucionales a la intimidad familiar y a la recreación y libre utilización del tiempo libre, la suma de **\$227.440.511.400** a los integrantes del grupo que se hayan constituido como parte en el proceso y los que lo hagan después, en los términos señalados en la parte motiva. La suma de dinero constitutiva de esta condena se deberá pagar al Fondo para la protección de los derechos e intereses colectivos, administrado en los términos de ley, por el Defensor del Pueblo.

"CUARTO.- Como consecuencia de la orden anterior, **DISPÓNESE** que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, el monto de la indemnización colectiva objeto de esta condena, sea entregado al FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS administrado por el Defensor del Pueblo, y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones, según lo ordenado en el artículo 65-3 de la Ley 472 de 1998.

"Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se realice la referida consignación al fondo mencionado, los actores miembros del grupo deberán acreditar ante el defensor del Pueblo, con prueba idónea, su pertenencia a uno de los subgrupos de acuerdo con los requerimientos establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

"QUINTO.- CONDÉNASE a PROSANTANA a reembolsar al Distrito del Bogotá lo pagado por aquél como consecuencia de la condena impuesta en esta sentencia.

"SEXTO.- DISPÓNENSE las indemnizaciones correspondientes a las demás personas del grupo que no hayan concurrido al proceso y que dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la presente sentencia decidan acogerse a lo aquí dispuesto, suministrando la información de que trata el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, los que no podrán invocar daños extraordinarios excepcionales a los probados en el presente proceso. Para lo cual deberá observarse, igualmente, lo preceptuado en el literal b) del numeral 3º del artículo 64 in fine. En consecuencia LIQUÍDENSE los

honorarios del abogado coordinador en una suma equivalente al 10% de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.

"SEPTIMO.- Luego de finalizado el pago de las indemnizaciones individuales, el FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS, en cumplimiento de lo preceptuado en el último inciso del literal b del numeral 3º del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, deberá devolver el dinero sobrante a la entidad demandada.

"OCTAVO.- ORDÉNASE la publicación de la parte resolutive de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten a la Defensoría del Pueblo – Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes para acreditar su pertenencia a cualquiera de los subgrupos afectados.

"NOVENO.- CONDÉNASE en Costas al DISTRITO DE BOGOTÁ. Por la secretaría de la sección tásense, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

"DÉCIMO.- ORDÉNASE al Distrito el cumplimiento de las siguientes medidas de justicia restaurativa:

"i) Adoptar un reglamento técnico que garantice un manejo seguro de los rellenos sanitarios, aplicando para ello los avances que la ciencia ofrezca en la actualidad.

"ii) Remitir copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –entidad que no se encuentra comprendida por los efectos de esta providencia– para que en el marco de sus competencias y, siempre que lo estime necesario, difunda el contenido de la misma.

"DÉCIMOPRIMERO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de las demandas presentadas en los procesos No. 1999-0002 y No. 2000-0003.

ANTECEDENTES

1. El incidente de impacto fiscal

El Alcalde Mayor de Bogotá presentó al Procurador General de la Nación una solicitud de apertura del *incidente de impacto fiscal* contra los efectos de la sentencia proferida en el proceso de acción de grupo No. 25000-23-26-000-1999-

00002-04, con el fin de que se estudie la modulación de la condena impuesta al Distrito con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen.

El *Distrito* aseguró, entre otras cosas, que la cuantía de la condena y la disposición de entregar el valor de la indemnización, en el término de 10 días, afecta, a corto plazo, la sostenibilidad fiscal de las vigencias presupuestales del 2013 y del 2014 y las metas establecidas a mediano plazo en el Plan de Desarrollo "Bogotá Humana". Aseguró que se trata de la sentencia más costosa que han proferido en su contra, y que los mayores pagos se han efectuado en las vigencias 2001, 2010 y 2012, sin que excedan \$32.000'000.000.

El *Procurador General de la Nación*, atendiendo la solicitud del Alcalde, y con el propósito de que se modulen los efectos de la sentencia, presentó a esta Corporación la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal, donde sostuvo:

i) En el presupuesto general del 2013, la mayor participación de recursos corresponde al eje estratégico del Plan de Desarrollo denominado "Una ciudad que supera la segregación y la discriminación: el ser humano en el centro de las preocupaciones del desarrollo". El 90% total de la *inversión directa*, que corresponde a \$10'729.904'000.000, será destinado a los sectores sociales de educación, salud, integración social, hábitat y movilidad.

ii) Con el fin de cumplir la sentencia condenatoria dictada en la acción de grupo, el Distrito debía realizar modificaciones con cargo al Fondo de Compensación Distrital "para apropiar los recursos en la Unidad Administrativa de Servicios Públicos UAESP, y proponer un traslado presupuestal entre las secciones que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital..." -fl. 5, cdno. ppal.-.

iii) Esos movimientos presupuestales inciden en la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de Bogotá, porque impactan negativamente el sostenimiento de los gastos de los servicios sociales que presta la administración y los propósitos del Plan de Desarrollo "Bogotá Humana".

iv) Pagar la condena en la forma indicada en la sentencia implica para el Distrito: a) "un esfuerzo adicional significativo para la consecución de recursos que

no se tenían previstos ni en la estrategia financiera del plan de desarrollo, ni en el marco fiscal de mediano plazo 2013-2023 presentado conjuntamente con el Proyecto de Presupuesto 2013 al Concejo Distrital"; b) "la disminución de las fuentes de ingreso del presupuesto distrital por concepto de rendimientos financieros"; y c) "plantear un recorte en las inversiones programadas en el Plan de Desarrollo 'Bogotá Humana', generando consecuencias en la atención de la población vulnerable." –fl. 5, cdno. ppal.-

Por lo expuesto, señaló que es necesario diferir los efectos financieros de la decisión, y considerar el siguiente plan de pagos:

- "Un (1) primer pago por \$6.000 millones que se realizaría en el mes de febrero de 2013, del cual \$4.605 millones corresponden a los recursos para atender la indemnización de las 1.472 personas que vivían, laboraban o estudiaban alrededor del foco emisor de 1 a 1.500 mts, que componen el Subgrupo Uno y de 1.500 a 3000 mts., que corresponde al Subgrupo Dos, y \$1.395 millones para el pago de las eventuales personas que no se hicieron parte en el transcurso del proceso y presenten las pruebas idóneas"; y
- "Dos (2) pagos por \$110.720 millones cada uno, que corresponderían a la suma de \$221.440,5 millones" –fl. 5 vlto., cdno. ppal.-.

Además, la *Procuraduría Delegada para la Economía y Hacienda Pública* concluyó, al estudiar la solicitud y la documentación aportada, que el pago de la condena con cargo al presupuesto de la vigencia 2013–2014 ocasionaría un desequilibrio fiscal, por las siguientes razones:

- i) El Distrito ha cumplido, en los últimos 4 años, la obligación contenida en el artículo 35 del Decreto 714 de 1996, que ordena apropiar hasta el 1% de los ingresos corrientes para el Fondo de Compensación Distrital, cuyo propósito es atender los faltantes de apropiación de gastos de funcionamiento en cada vigencia.
- ii) En caso de que el Distrito cancele, en un solo desembolso, \$222.835'507.200, correspondientes al pago de 65.536 personas indeterminadas, que no se han hecho parte en el proceso, se afectaría negativamente el presupuesto de 2013, del

siguiente modo: en un 24% si dicho pasivo se aplicara al sector educación; en el 100% si se aplica en el rubro del sector de hábitat; en el 690% si se hace con cargo al sector ambiente; y del 17% si se aplica al sector salud. Es decir, en cualquiera de los eventos se impactarían las finanzas del Distrito, comprometiéndose los programas y proyectos relacionados con los citados rubros.

La Procuraduría General de la Nación concluyó que pagar la condena en la forma solicitada no afecta, *per se*, los derechos de los integrantes del grupo, porque no se niega la indemnización sino que se difiere la entrega de los recursos; además, el plan de pagos es razonable.

2. Alegatos en el trámite del incidente

3.1. Procurador General de la Nación: Solicitó la práctica de pruebas y señaló que expondría las razones de hecho y de derecho que motivaron la apertura del incidente una vez se allegaran los elementos de convicción requeridos.

3.2. Distrito Capital de Bogotá: Se remitió a lo expuesto por el Procurador General de la Nación, y aseguró que la consecución de recursos para pagar la condena no es tarea fácil y tiene gran impacto en las finanzas de la ciudad y en los programas y metas previstos en el Plan de Desarrollo "que pretende garantizar la prestación y el disfrute de los derechos reconocidos a la población en la Constitución" –fl. 349, cdno. ppal.-.

De otra parte, sostuvo que la UAESP –quien debe soportar la condena- no dispone de las apropiaciones suficientes para atender la obligación impuesta en la sentencia, y por eso se debe presentar a consideración del Concejo una propuesta de "traslado presupuestal" para asumir la condena –fl. 350-.

A su vez, sostuvo: a) que las modificaciones presupuestales en la vigencia 2013-2014 tienen un impacto negativo en la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de la ciudad, toda vez que se afecta el sostenimiento de gastos de servicios sociales y los programas previstos en el Plan de Desarrollo "Bogotá Humana". b) También señaló que el pago de la condena se traduce en una

disminución de las fuentes de ingreso del presupuesto distrital, por concepto de rendimientos financieros generados por la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría de Hacienda, teniendo en cuenta que dejarían de rentar durante buen tiempo a una tasa ponderada del 4,36%; c) la entrega de este dinero a la Defensoría del Pueblo la causaría problemas operacionales y logísticos, atendiendo a su capacidad técnica y operativa –fl. 351-.

Asimismo, hizo una lista de las metas o propósitos que resultan afectados en la vigencia con el pago total de la condena, concretamente los sectores de hábitat, ambiente y salud. De conformidad con lo señalado, el Gobierno Distrital debía hacer un gran esfuerzo para conseguir los recursos para pagar la condena, porque hacerlo en un único momento implica: i) recortar las inversiones programadas en el 2013 en los sectores de salud, educación e integración social; ii) disminuir las fuentes de ingreso del presupuesto por concepto de rendimientos financieros, con los que se pueden atender compromisos del Distrito; iii) incumplir el "criterio de meta de Balance Primario superior al balance requerido para garantizar la sostenibilidad de la deuda"; iv) recomponer el gasto, es decir, presentar ante el Concejo una propuesta de traslado contra-acreditando recursos en algunas entidades, con el fin de obtener las apropiaciones requeridas para pagar la condena.

Por último, propuso el siguiente plan de pagos –diferente al planteado en la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal-: i) un primer pago de 6.000'000.000, una vez resuelto el incidente; ii) un segundo pago de \$110.723'000.000, doce meses después de resuelto el incidente; y iii) un tercer pago de \$110.723'000.000, doce meses después del segundo pago –fl. 357-.

3.3. Miembros del grupo afectado: los miembros del grupo afectado se pronunciaron, en repetidas ocasiones, sobre la apertura del incidente de impacto fiscal. Sostuvieron que la decisión de la Subsección es una orden simple, cuyos efectos no deben diferirse, porque se trata de la condena a una sola entidad.

Afirmaron que siendo el incidente una figura de excepción, el Distrito debía demostrar que el pago de la deuda genera desequilibrios fiscales que ponen en riesgo las finanzas a largo y mediano plazo, pero que esta carga no se agotó "...

y, por el contrario, (...) el pago de la sentencia en un solo contado solamente afectaría el balance primario del año 2013 y sus efectos serían absorbidos en el 2014. De ninguna manera la sentencia tendría la virtualidad de afectar la sostenibilidad fiscal del Distrito y menos aun la afectaría de manera seria (colocándola en insolvencia)...” –fl. 105, cdno. ppal.-.

Asimismo, señalaron que el incidente de impacto fiscal no resuelve problemas de negligencia administrativa, y a pesar de que el demandado en la acción de grupo aseguró que cumplió la obligación del artículo 35 del Decreto 714 de 1996, realizando los aportes al Fondo de Compensación Distrital, es indolente no adoptar las medidas establecidas en la ley para atender la condena, consecuencia que no puede trasladarse a los demandantes. Del mismo modo, afirmaron que no era admisible la imprevisibilidad de la condena, porque desde el 2007 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró responsable al demandado por el derrumbe del relleno sanitario de Doña Juana, y el fraccionamiento del pago es una carga desmedida para las víctimas, que debieron esperar 13 años para reconocer su derecho.

Precisaron que el mecanismo estudiado no desconoce los derechos fundamentales, y su garantía no puede depender de la existencia de recursos en el erario para una determinada vigencia fiscal. Concluyeron que los derechos reconocidos en la sentencia son de orden constitucional, y el incidente causa una “re victimización” de los actores, que encuentran nuevamente en el Distrito Capital un ente que vulnera sus garantías fundamentales.

Adicionalmente, el incidente viola el principio de autonomía de la rama judicial, la cosa juzgada y el imperio de la ley, porque afecta el contenido mismo de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 1 de noviembre de 2012, y restringe el alcance y protección efectiva de los derechos fundamentales.

Reiteraron que la cancelación de la sentencia no afecta la sostenibilidad fiscal del Distrito, y el plan de pagos propuesto, además de que carece de razonabilidad, deprecia el valor real de la indemnización. Además, la entidad pública ni siquiera ejecutó completamente el presupuesto del 2013 y por eso podía pagar la condena.

De otra parte, algunos miembros del grupo presentaron, en escritos separados, su oposición al incidente de impacto fiscal. En este sentido, exigieron la cancelación de la sentencia, sin que se iniciaran nuevos procesos fiscales, que retardan más la reparación a la que tienen derecho, enviando a la comunidad, a su juicio, un mensaje de burla e inseguridad jurídica. Asimismo, reprocharon que el Distrito no asumiera el pago de la condena, con el argumento de arrogarse obligaciones en otros sectores –salud y educación-.

La señora Esmeralda Gómez Pastran, integrante del grupo afectado, solicitó que se niegue la pretensión de la Procuraduría y del Distrito –anti técnicamente solicitó que “se anule el incidente de impacto fiscal”, pero en realidad pide que no se acceda a la pretensión-, porque vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la sentencia “ínfima, que en parte no va a mejorar la salud de aquellas personas que sufrieron directamente la explosión por acumulación y mala disposición de los líquidos lixiviados.” –fl. 264, cdno. ppal.-.

De otro lado, la Sala advierte que el escrito presentado por el abogado Guillermo Raúl Asprilla Coronado, el 11 de octubre del 2013, fue extemporáneo, así que sus argumentos no se tendrán en cuenta. En efecto, reasumió el poder en la fecha señalada y se pronunció respecto a la apertura del incidente. No obstante, el auto que corrió traslado para exponer las razones de hecho y de derecho que fundamentan la posición de las partes se notificó por estados el 11 de septiembre de ese año, es decir, transcurrieron 22 días hábiles entre la notificación de la providencia y la presentación del escrito. En otros términos, el alegato fue extemporáneo porque el traslado era de 10 días hábiles, contados desde el vencimiento del término concedido al solicitante y al Distrito Capital de Bogotá, esto es, desde el 25 de septiembre de 2013.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio que corresponde hacer para decidir el incidente de impacto fiscal, advierte la Sala que negará la solicitud de modulación de los efectos de la sentencia de la acción de grupo que dio origen a él por las razones que pasan a exponerse, siendo necesario analizar: *i)* la competencia y algunas precisiones

sobre el trámite del proceso; **ii)** la naturaleza jurídica del incidente de impacto fiscal; al interior de la cual se examinará: a) los antecedentes del Acto Legislativo No. 3 de 2011, que reformó el art. 334 de la C.P¹; b) las características constitucionales del incidente de impacto fiscal, y su desarrollo a través de la Ley 1695 de 2013; c) los efectos del incidente de impacto fiscal sobre la teoría general del Estado y del derecho, aspecto que reclama analizar: *c.1.)* afectación positiva a la construcción de un modelo económico responsable, *c.2)* afectación a los principios de justicia y seguridad individual, que justifican que cada individuo mantenga su interés en tener una vida común al interior de una sociedad civil y política; y *c.3.)* afectación al principio según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho. Planteados los anteriores aspectos se examinará **iii)** lo probado en el incidente y finalmente se resolverá **iv)** el caso concreto.

1. Competencia y precisiones sobre el trámite del proceso

La Sala Plena es competente para conocer el presente asunto, porque en sesión del 19 de marzo de 2013 decidió, por *importancia jurídica*, asumir la competencia en este caso –fl. 79-. Además en el auto de Sala Plena del 28 de mayo de 2013 – Rad. IJ 250002326000199900002 04 y 2000-00003-04-, admitió el incidente de impacto fiscal y expresó: “En los términos indicados, la Sala admitirá la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal del caso *sub iudice* y cuyo trámite en su definición, concreción y materialización quedará a cargo del Despacho del Magistrado Ponente, *pero la decisión, por razones de importancia jurídica, se mantendrá en la Sala Plena de la Corporación.*”² (Cursivas fuera de texto)

¹ El texto original del art. 334 de la C.P. establecía: “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 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.

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

² En el mismo sentido, el art. 3 de la Ley 1695, por medio de la cual se desarrolló el art. 334 de la CP. estableció la misma competencia: “*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 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 que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.”

De otro lado, sobre el trámite de este proceso, la Sala recuerda que no se rige por la Ley 1695 de 2013, porque el momento en el que el incidente se inició, ésta no había entrado a regir, de allí que en atención a lo dispuesto en el auto de la Sala Plena del 28 de mayo de 2013, que se refirió al régimen procesal del incidente, el trámite se creó por aplicación directa del art. 29 de la CP.³, y esta decisión se materializó en el auto del 4 de septiembre de 2013, que mantuvo el derrotero procesal establecido por la Sala Plena y así se cumplió hasta antes de que entrara en vigencia la citada Ley⁴.

³ En esa ocasión la Sala definió el régimen procesal del incidente: “Ahora, la eficacia directa de la Constitución Política no sólo se extiende a los derechos que contiene, sino a otras de sus normas, principios y reglas, entre ellas a las acciones constitucionales, algunas de las cuales, como la de pérdida de investidura y el control inmediato de legalidad, fueron puestas en su momento en funcionamiento por esta misma Corporación sin ley que la desarrollara. Esa lógica mueve ahora a la Sala.

“Esta conclusión se comprende aún mejor si se armoniza esta parte del art. 334, como tiene que ser, con el artículo 29 de la Constitución, que regula el derecho al debido proceso, derecho de aplicación inmediata, teniendo en cuenta que el incidente de impacto fiscal es una prolongación del proceso ordinario constitucional que se adelantó, y que origina un incidente judicial autónomo, razón por la cual su desarrollo exige el respeto de todas las garantías que esta norma establece³.

“Además, la aplicación directa del artículo 29 de la CP., por parte de una Alta Corte, ofrece la seguridad suficiente de que el respeto al debido proceso se ajustará a los estándares necesarios para garantizar el derecho de defensa, y los principios que lo integran, y por eso es posible construir ahora, para el incidente de impacto fiscal, a partir del contenido procesal mínimo que contempla el art. 334, un proceso que garantice los demás derechos del art. 29. De hecho, la eficacia directa de la Constitución impone al juez, en muchos casos, incluido este, la necesidad y posibilidad de innovar y crear las reglas necesarias para hacerla efectiva, pues sólo así se hace cumplir, toda vez que se tiene dicho que *donde existe juez existe procedimiento*.

“En este horizonte, para la Sala los aspectos procesales del incidente de impacto fiscal, definidos directamente por el art. 334 de la C.P., según se analizó, son suficientes para darle trámite a la solicitud del caso concreto, porque contiene los elementos básicos requeridos para materializar el procedimiento que allí se origina, además de que se complementa con las demás garantías que contempla el art. 29, y sus concordantes de la Constitución. En estos términos, se conoce bien: quién puede formular la solicitud, cuál es la finalidad del incidente, frente a qué providencias procede, ante quién se propone, si existe el derecho a ser oído en el trámite y el límite mínimo que tiene. Los demás aspectos del trámite los puede definir la Corporación, con ayuda de las técnicas procesales que se usan en otros supuestos para llenar los vacíos que puedan encontrarse, en todo caso, bajo el límite natural del respeto al derecho al debido proceso.

“En los términos indicados, la Sala admitirá la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal del caso *sub iudice* y cuyo trámite en su definición, concreción y materialización quedará a cargo del Despacho del Magistrado Ponente, pero la decisión, por razones de importancia jurídica, se mantendrá en la Sala Plena de la Corporación.”

⁴ En esta ocasión se expresó: “En auto del 28 de mayo de 2013, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó que el trámite del Incidente de Impacto Fiscal, en cuanto a su definición, concreción y materialización’ -fl. 160, cdno. ppal.-, estará a cargo del Despacho del Magistrado Ponente, pero que la decisión, por importancia jurídica, se mantendrá a cargo de la Sala.

2. Naturaleza jurídica del incidente de impacto fiscal

En la providencia del 28 de mayo de 2013, la Sala Plena del Consejo de Estado definió la *naturaleza jurídica* del *incidente de impacto fiscal*, en los términos que se expresan a continuación, referencia que se hace *in extenso* por su pertinencia para entender el caso concreto y sobre todo para confirmar en este lugar el pensamiento de la Sala en materia tan importante.

2.1. El *incidente de impacto fiscal*: Antecedentes del Acto Legislativo No. 3 de 2011, que reformó el art. 334 de la C.P.⁵.

“En el mismo sentido, se decidió que se oirá a las partes del proceso inicial –es decir, al Distrito Capital de Bogotá y a los miembros del grupo- porque serán afectados con una eventual modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la sentencia, además de que “estarán interesados en debatir la veracidad de la situación financiera de la entidad pública”. –fl. 155, cdno. ppal.-

“Por su parte, en virtud del artículo 334 de la Constitución Política⁴, los proponentes serán oídos para que expongan las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, y para que propongan el plan concreto para su cumplimiento.

“Por lo expuesto, el Despacho correrá traslado común al Distrito Capital de Bogotá y al Procurador General de la Nación –proponente del incidente-, por el término de 10 días, para que si a bien lo tienen presenten las razones de hecho y de derecho que motivan la solicitud de apertura del incidente, aporten las pruebas que pretendan hacer valer o soliciten, para que se practiquen, las que soporten su decisión.

“Igualmente, se correrá traslado automático a los miembros del grupo, por el término de 10 días, una vez la etapa anterior haya vencido para el Distrito y para el señor Procurador, para que si a bien lo tienen expongan las razones de hecho y de derecho de su defensa, soliciten pruebas y aporten las que pretendan hacer valer.

“En todo caso, el Despacho advierte –con fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política- que las personas que ya intervinieron exponiendo su posición frente a este incidente, se entiende que lo hicieron en este término, salvo que quieran pronunciarse nuevamente. Finalmente, en el momento oportuno se analizará la capacidad procesal y de representación que ostentan en el incidente.”

⁵ El texto original del art. 334 de la C.P. establecía: “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 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.

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

La iniciativa del Proyecto de Acto Legislativo No. 03 de 2011 fue gubernamental, y su publicación se realizó en la Gaceta No. 451 de 2010 de la Cámara de Representantes, el 23 de julio del mismo año. La propuesta consistió en adoptar un *derecho* que contribuyera –dentro del marco del Estado Social de Derecho- a proteger a todos los demás, y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrentara la economía para atender sus deberes sociales.

En la exposición de motivos se señaló que “de este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que sus decisiones sean acordes con la sostenibilidad fiscal”. Además, manifestó que la sostenibilidad fiscal era importante para el desarrollo de la economía y permitía reducir –a largo plazo- la pobreza, la desigualdad y la equidad intergeneracional.

Sin embargo, es bueno precisar que empezando este procedimiento, el artículo 1 del *proyecto de Acto Legislativo* No. 016 de 2010 Cámara, que modificaba el 334 de la Constitución Política –tal como lo presentó el Gobierno Nacional- no se refirió, no aludió, no incorporó, al que luego se convertiría en reforma constitucional, bajo el nombre de *incidente de impacto fiscal*.

a) La *primera vuelta* del proyecto de acto legislativo, y sus cuatro debates iniciales.

El proyecto de reforma constitucional empezó a debatirse en la Cámara de Representantes. En el *primer debate* se presentaron dos ponencias –Gacetas Nos. 723 del 30 de septiembre de 2010 y 734 del 4 de octubre del mismo año– en las que se señaló, en general, que la sostenibilidad fiscal era un medio para alcanzar los propósitos del Estado Social de Derecho, y no un fin en sí mismo. Adicionalmente *en la primera* Gaceta citada, se estableció que si bien el gasto, entre 2008 y 2009, superaba significativamente el ingreso, no por ello debían desconocerse las necesidades de los más vulnerables. En la misma se formuló un pliego de modificaciones al texto propuesto por el Gobierno, dentro del cual incluyeron los siguientes aspectos: los límites para invocar el derecho a la sostenibilidad fiscal –estableciendo que el marco de la sostenibilidad fiscal, así como el derecho en sí mismo, no pueden oponerse a las características del Estado Social de Derecho-; manifestaron que la progresividad a que se refería el texto del

proyecto debía concretarse en un cronograma, que materializara el Estado Social de Derecho, por lo que propusieron adicionar la siguiente oración al primer inciso del artículo: "Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho". Además, propusieron adicionar lo siguiente al último inciso de la misma norma: "En todo caso, el gasto destinado a la concreción de los fines del Estado Social de Derecho tendrá carácter prioritario".

En la *segunda ponencia* se señaló que el proyecto pretendía elevar a rango constitucional el derecho a la sostenibilidad fiscal, que aboga por un manejo prudente de la hacienda pública. Sin embargo, estableció que las medidas imponían limitaciones de tipo constitucional que ponían en peligro, entre otras cosas, el alcance de los derechos sociales y económicos. Por otra parte, adujo que este proyecto deformaba el paradigma del Estado Constitucional y Social de Derecho, pues ponía a la sociedad al servicio de la economía, y no al revés. Por lo anterior, propuso negar en primer debate el Proyecto de Acto Legislativo.

Hay que advertir que ninguna de las propuestas del primer debate hizo alusión al incidente de impacto fiscal, que ahora nos ocupa. En todo caso, a partir de ambas ponencias se aprobó un texto, publicado en la Gaceta No. 758 de 2010 de la Cámara de Representantes, el 13 de octubre del mismo año, que dispuso:

"Artículo 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

"Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado en sus niveles nacional y territorial según corresponda. 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 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 y programática los objetivos del Estado Social de Derecho.

"El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo

al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

“La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.

“El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad. En todo caso el gasto destinado a la concreción de los fines del Estado Social de Derecho tendrá carácter prioritario.”

En el *segundo debate* de la primera vuelta se presentaron dos ponencias, publicadas en las Gacetas Nos. 758 del 13 de octubre de 2010 y 779 del 15 de octubre del mismo año. *En la primera* se propusieron modificaciones al texto aprobado, para “darle forma” al que hasta entonces era visto como el *derecho* a la sostenibilidad fiscal. Se propuso que tuviera el alcance de *principio* constitucional. Se señaló, entre otras cosas, que a raíz del primer debate, la propuesta fue levemente reformada, para eliminar la expresión “en sus niveles nacional y territorial según corresponda”, y por otro lado adicionar, más adelante, la expresión: “en el plano nacional y territorial”.

La segunda ponencia, contiene las mismas razones expuestas en la del 4 de octubre de 2010, en ese sentido, se estableció que la economía debe estar al servicio de la sociedad y no a la inversa, por lo cual propuso a los miembros de la plenaria de la Cámara de Representantes negar, en segundo debate, el proyecto de Acto Legislativo No. 016 de 2010, Cámara.

En conclusión, la plenaria de la Cámara, en segundo debate, introdujo como modificación sustancial el tránsito de la sostenibilidad fiscal como *derecho* fundamental a la sostenibilidad fiscal como *principio*, sin embargo, aún no se aludía al *incidente de impacto fiscal*. El texto definitivo al Proyecto de Acto Legislativo No. 016 de 2010 Cámara, fue publicado en la Gaceta No. 833 de 2010 de la Cámara de Representantes, el 29 de octubre de 2010.

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir, en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

“La sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar la colaboración armónica de todas las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias.”

Posteriormente, en el *tercer debate* de la primera vuelta –Senado de la República-, se presentaron cuatro ponencias –publicadas en las Gacetas Nos. 919 del 18 de noviembre de 2010, 937 del 22 de noviembre del mismo año y 943 del 22 de noviembre del mismo año-. En la primera, los ponentes señalaron que estaban de acuerdo con la iniciativa del Gobierno Nacional –avalada también por la Cámara de Representante-, en brindar principios constitucionales fundamentales para avanzar en la realización plena del Estado Social de Derecho, en particular, en la garantía de progresividad y no regresividad de los derechos económicos y sociales. Argumentaron que, con ese fin, era muy importante un principio superior que le recordara a las Ramas y Órganos del Poder Público la obligación que tienen de colaborar para alcanzar la sostenibilidad fiscal, en beneficio de los colombianos. Adujeron que el proyecto del Gobierno indicaba las consecuencias de no tener una economía sostenible, especialmente para los más pobres, que son quienes enfrentan una situación macroeconómica adversa, ya que el país se ve avocado a fenómenos recesivos que implican mayores niveles de desempleo y pobreza. Sin embargo consideraron pertinente modificar el texto aprobado en segundo debate, aclarando que el principio de sostenibilidad fiscal orienta la gestión de todas las Ramas y Órganos del Poder Público, mas no a la colaboración armónica entre ellas –Pág. 2, gta. 919-. La colaboración armónica, requerida constitucionalmente, debe operar para que las autoridades públicas contribuyan a alcanzar la sostenibilidad

fiscal del Estado. Las modificaciones propuestas, en el respectivo pliego, correspondieron a la introducción, en el inciso final del artículo 334, de la frase: “en un marco de colaboración armónica”, refiriéndose al principio –de sostenibilidad fiscal- que debe orientar a las Ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias.

En la segunda ponencia, se señaló que la sostenibilidad fiscal no era admisible como derecho ni como principio, ni siquiera como marco, pues su estructura restrictiva del gasto en la actividad estatal no se compadece con el núcleo esencial de la Constitución Política. Además, que el sistema de reglas y operación que configuran la sostenibilidad fiscal, no encaja en la estructura conceptual de los derechos fundamentales. El ponente adujo, adicionalmente, que no cumplía los presupuestos para ser un derecho fundamental, ni siquiera por conexidad. Además, afirmó que el proyecto pretendía desdibujar la autonomía de las entidades territoriales, al presionar su gestión financiera con el propósito de conseguir un marco de sostenibilidad fiscal. Por lo expuesto, propuso archivar el proyecto de Acto Legislativo No. 019 de 2010, Senado.

La ponencia que presentó el Congresista Néstor Iván Moreno Rojas, analizó los argumentos de la exposición de motivos del Gobierno. Señaló que no compartía el objeto de elevar a derecho, y menos a principio, una de las condiciones de las finanzas públicas –la sostenibilidad fiscal-, que ni siquiera fue bien definida en la iniciativa gubernamental. Adujo que los beneficios -elevar la sostenibilidad fiscal a rango de garantía fundamental- no se expusieron a nivel de la teoría económica. Afirmó que no resultaba lógico exigírsele a las ramas del poder público colaborar con el equilibrio de las finanzas, si se pretendía ignorar la sostenibilidad fiscal y ambiental –que a su juicio son más importantes para avanzar en la senda del desarrollo armónico y equitativo-. Señaló que no estaba demostrado que la sostenibilidad fiscal fuera un requisito indispensable para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, en esta ponencia se manifestó que con la iniciativa gubernamental se buscaba reducir la incertidumbre de los mercados, restringiendo la discrecionalidad de la política fiscal –Pág. 2, Gta. 943-, lo cual considera –refiriéndose al Gobierno- un mejor ambiente para la inversión, a lo que el ponente no se opuso, pero indicó que no podía hacerse en contra de los derechos de los Colombianos. Además, señaló que el Proyecto de Acto Legislativo

pretendía acabar con el Estado Social de Derecho y por lo expuesto solicitó archivar el proyecto.

La tercera ponencia, presentada por Juan Fernando Cristo Bustos, consideró que la propuesta del Gobierno se dirigía a imponer limitaciones a los ciudadanos para acceder a los derechos económicos y sociales, en los términos que ha previsto la Constitución Política. Señaló que el Proyecto va en contra del Estado Social de Derecho, cuyo eje central es la eficacia de los derechos fundamentales, pues subordina su garantía a la consecución de los fines económicos del Estado, por lo que solicitó el archivo definitivo del proyecto.

Una vez más, ninguna de las ponencias de este tercer debate mencionó el *incidente de impacto fiscal*, ni algún otro mecanismo con idéntica finalidad. El texto aprobado se publicó en la Gaceta No. 989 de 2010 del Senado de la República, el 30 de noviembre del mismo año. Quedó así:

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir, en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

“La sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar la colaboración armónica de todas las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.”

En el *último debate de la primera vuelta* –cuarto de la primera vuelta y segundo del Senado- se presentaron tres ponencias –Gaceta No. 989 del 30 de noviembre

del 2010-. En *la primera* se conceptuó favorablemente al proyecto de Acto Legislativo, y estableció que con la situación de la economía global y nacional actual, la propuesta era necesaria, ya que buscaba la sostenibilidad fiscal. Posteriormente se formuló la distinción entre principio constitucional y derecho fundamental –al tenor de lo expuesto en la sentencia T-406 de 1992-, y, por último, señaló que la sostenibilidad fiscal debía ser un criterio orientador de la actividad judicial y legislativa.

En la *segunda ponencia* se consideró que el texto aprobado por la plenaria de la Cámara, y aceptado por la comisión primera del Senado, limitaba la posibilidad de que los ciudadanos accedieran a los derechos económicos y sociales, en los términos de la Constitución, además, que se apoyaba la iniciativa de establecer todos los mecanismos y previsiones para evitar que se desbordara el gasto público de manera irresponsable, pero que el objetivo se podía y debía lograr sin necesidad de modificar la Constitución. Por lo expuesto solicitaron el archivo del proyecto de Acto Legislativo.

Por último, *en otra ponencia*, nuevamente se señaló que la sostenibilidad fiscal no podía ser un fin mismo del Estado Social de Derecho, sino un medio para alcanzar los propios. Además, que no era posible limitar los derechos de las personas por la necesidad de mantener estables las finanzas del Estado, por lo que también se solicitó archivar el proyecto.

En esta ocasión tampoco se sugirió incorporar el incidente de impacto fiscal. El texto aprobado en sesión plenaria del Senado de la República, el día 7 de diciembre de 2010, se publicó en la Gaceta No. 1116, el 22 de diciembre de 2010. Quedó así:

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como

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

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

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

Por existir discrepancias en los debates referidos, se convocó una Comisión de Conciliación. El *Informe* se publicó en las Gacetas No. 1079 -Senado- y 1081 -Cámara- de 2010. La comisión puso en conocimiento de las plenarios de la Cámara y Senado el texto conciliado, que dirimía las discrepancias existentes entre los textos aprobados en el segundo y cuarto debate de la primera vuelta.

“El artículo 334 de la Constitución de acuerdo al texto conciliado quedaría así:

“La Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

A modo de conclusión, en la primera vuelta se aprobó la propuesta gubernamental; sin embargo, no se aludió al incidente de impacto fiscal,

mecanismo incorporado en el texto definitivo de la Constitución.

b. La *segunda vuelta* del proyecto de acto legislativo, y los últimos cuatro debates.

El proyecto empezó a debatirse en segunda vuelta en la Cámara de Representantes. En el *primer debate* se presentaron dos ponencias –Gacetas Nos. 163 del 7 de abril de 2011 y 176 del 11 de abril del mismo año-. En la *ponencia inicial* se señaló que el propósito del proyecto era, entre otras cosas, dotar al Estado de soberanía, toda vez que en la actualidad se encuentra en manos de acreedores nacionales y extranjeros, pero que en ningún caso podía ser utilizada como una herramienta contra la definición del Estado Social de Derecho, además, que el principio apuntaba a combatir el déficit estructural de las finanzas públicas. Se expuso, además, que la viabilidad financiera de la economía dependía de la capacidad de generar excedentes en sus inversiones, y aunque el gasto público en países en desarrollo es determinante para reducir la pobreza e incrementar el bienestar de los ciudadanos, no puede financiarse con la deuda. Así mismo se refirió al estado actual de la economía colombiana, concluyendo que necesitaba un manejo responsable y con mentalidad de largo plazo en la gerencia pública, y que la sostenibilidad fiscal debía ser el principio que inspirara el desarrollo de la economía, de manera coherente con las aspiraciones de progreso y equidad social. Por último, se reseñaron las ventajas de la sostenibilidad fiscal en las entidades territoriales, por lo que conceptuaron favorablemente al proyecto.

En la *segunda ponencia*, se señaló que las causas reales para elevar la sostenibilidad fiscal a rango Constitucional eran el déficit fiscal y el manejo deficitario de la economía nacional; además, que con la medida se pretendía limitar cuantitativamente el gasto público, renunciando a otras alternativas existentes y menos perjudiciales para los ciudadanos. Se adujo que entre la sostenibilidad fiscal y los derechos económicos, sociales y culturales, existía una tensión que no podía darse en un Estado Social de Derecho, y a modo de ejemplo se afirmó que, en efecto, “cuando un juez deba hacer el reconocimiento de un derecho fundamental que implique una prestación económica, no solamente deberá buscar su decisión en los fundamentos jurídicos y fácticos de cada caso en concreto, sino que además su decisión deberá orientarse a la luz de la

sostenibilidad fiscal, por lo que su providencia podrá ser ineficaz desde el punto de vista material, haciendo nugatoria la exigibilidad de los derechos fundamentales y su efectiva materialización” –Pág. 3, Gta. 176 de 2011-. Por lo expuesto, se propuso a los miembros de la comisión primera de la Cámara negar el proyecto.

En esta etapa del proyecto tampoco se refirieron al incidente de impacto fiscal, y el texto aprobado en la comisión primera de la Cámara quedó así:

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

“Parágrafo. Bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales.”

En el *segundo debate* –de la segunda vuelta- se presentaron tres ponencias – Gacetas Nos. 189 del 15 de 2011 y 220 del 29 de abril de 2011-. *La primera* reiteró lo expuesto en la Gaceta No. 163 del 7 de abril de 2011, con la que se aprobó el proyecto de Acto Legislativo⁶.

⁶ El texto del artículo 334 de la Constitución Política, propuesto para el segundo debate –segunda vuelta-, fue el siguiente:

En *la segunda* se reiteró lo establecido en la Gaceta No. 176, del 11 de abril de 2011, proponiendo a los miembros de la plenaria negar el proyecto de Acto Legislativo. Por último, *la tercera* tuvo como objetivo demostrar que la sostenibilidad fiscal atenta contra la esencia y fines del Estado Social de Derecho y, por lo tanto, no puede ser considerado un derecho, al contrario, es una limitación para materializar las garantías contenidas en la Constitución Política. Allí se señaló, en términos de Immanuel Kant, que si el género humano “se encuentra en constante progreso hacia lo mejor”, no era admisible que se pretendiera desconocer las garantías de los individuos, para darle preponderancia a la economía de los Estados –porque a estos los instituyen los primeros, no al contrario-. En conclusión, se afirmó que la sostenibilidad fiscal es contraria a la materialización de los derechos consagrados en la Constitución Política, y constituye una “talanquera” para realizar el Estado Social de Derecho.

Para este momento –bastante avanzado, en términos del trámite normativo constituyente-, aun no se aludía al *incidente de impacto fiscal*. Finalmente, el texto definitivo del artículo 334 de la Constitución Política, en esta etapa, se publicó en la

“Artículo 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

“Parágrafo. Bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales.”

En conclusión, del texto propuesto se deduce que se pretendía introducir la sostenibilidad fiscal como principio del Estado Social de Derecho, sin embargo, con la adición del parágrafo se intentó limitar la inconformidad de los Congresistas, que afirmaban que el Acto Legislativo restringía la organización del Estado colombiano. Además, con el parágrafo se impone este principio a las ramas del poder público, pero sin menoscabar los derechos fundamentales.

Gaceta No. 232 de 2011 de la Cámara de Representantes, el 4 de mayo de 2011.

Quedó así:

"Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

"La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

"Parágrafo. Bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales."

Para el *tercer debate*, en la segunda vuelta, se presentaron tres ponencias –Gacetas Nos. 284 del 19 de mayo del 2011, 305 del 24 de mayo y 310 del 25 de mayo del mismo año-. *En la inicial*, los ponentes consideraron que resultaba necesario establecer principios constitucionales que le permitieran a Colombia avanzar en la realización plena del Estado Social de Derecho, en lo que atañe a la sostenibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, para lo cual todas las autoridades públicas debían trabajar por ese fin. Manifestaron que aunque los derechos de esta naturaleza –económicos, sociales y culturales-, son progresivos y prestacionales, su cumplimiento genera erogaciones a cargo del Estado. Adujeron que solo en la medida en que se hiciera uso racional y mesurado de los recursos públicos, se podía contar con la disponibilidad suficiente para garantizar la progresividad y sostenibilidad de los derechos y el cumplimiento de la cláusula de

no regresividad. Sin embargo, propusieron modificar el título de la reforma, del siguiente modo: "Proyecto de Acto Legislativo número 019 de 2010 Senado, 016 de 2010 Cámara, por el cual se establece el criterio de sostenibilidad fiscal". Por lo expuesto, conceptuaron favorablemente al proyecto de Acto Legislativo.

En *la siguiente ponencia* se consideró que ni la adopción de una regla fiscal, ni de cualquiera otra medida conducente a restringir el gasto público y/o controlar el déficit fiscal, requería modificar la Constitución Política. Señaló que la propuesta tenía como propósito adoptar cambios constitucionales restrictivos del efecto de las decisiones judiciales en materia de garantía de derechos, económicos, sociales y culturales. Se afirmó que la Constitución pasaría de tener un carácter *antropocéntrico* humanista a *economocéntrico*. Por lo expuesto, se propuso archivar el proyecto.

Por último, en *la tercera ponencia* de este debate se declaró estar de acuerdo en establecer los mecanismos tendientes a evitar el desborde del gasto público, sin embargo, que este objetivo se podía cumplir sin necesidad de elevar a rango de principio, y menos de derecho fundamental, la sostenibilidad fiscal. A su vez, se estableció que aunque la estabilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país, deben prevalecer los derechos económicos, sociales y culturales. Respecto a las implicaciones del proyecto, se adujo que éste no señaló quién define si determinados gastos contravienen el derecho a la sostenibilidad fiscal. Se expuso que con el proyecto se intentaba crear un marco que limitaba el presupuesto, el plan y todas las leyes, sin que fuera claro quién debía adoptar ese marco, quién lo interpretaba y quién lo aplicaba y bajo qué grado de discusión democrático. Propuso modificaciones, entre las que se encontraban: establecer la sostenibilidad fiscal en el marco de la dirección general de la economía, aclarando que bajo ninguna circunstancia se pueda invocar aquella por autoridad alguna para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección. En particular, por fin se planteó –por primera vez- la posibilidad de promover un:

"... incidente de impacto fiscal, a petición del Procurador General de la Nación o del Gobierno, ante la Corte Constitucional, con el fin de estudiar si se modulan o difieren los efectos que puedan tener las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de

la Constitución, contra las leyes, contra los derechos con fuerza de ley, sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, de los proyectos de leyes estatutarias, sobre las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para evitar alteraciones a la sostenibilidad fiscal” –Pág. 3, gta. 310 de 2011-.

Lo anterior se propuso con la finalidad de salvaguardar el contenido esencial del Estado Social de Derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial los derechos sociales, estableciendo la sostenibilidad fiscal como criterio y, por ende, suprimiendo las expresiones que hacen referencia a su carácter de principio. Por lo expuesto, se conceptuó favorablemente al proyecto, pero con las modificaciones señaladas⁷. En definitiva, el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado -Gacetas 354 y 360 de 2011-, quedó así:

⁷ En el pliego de modificaciones al Acto Legislativo, el artículo 334 de la Constitución Política, se planteó así:

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

“En desarrollo de la sostenibilidad fiscal, y en los casos a que se refieren los numerales 1, 4, 5, 7, 8, 9 y 10 del artículo 241, el Procurador General de la Nación o el Gobierno Nacional, una vez proferida la sentencia y dentro de un término de tres días, podrá solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio, durante el incidente mencionado, la Corte oír las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto que proponga el Gobierno Nacional para su cumplimiento y decidirá si procede a modular o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

“Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”
(Negrillas fuera de texto)

“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.

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

“En desarrollo de la sostenibilidad fiscal, y en los casos a que se refieren los numerales 1, 4, 5, 7, 8, 9 y 10 del artículo 241, el Procurador General de la Nación o el Gobierno Nacional, una vez proferida la sentencia y dentro de un término de tres días, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Durante el incidente mencionado, la Corte oír las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto que proponga el Gobierno Nacional para su cumplimiento y decidirá si procede a modular o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

“Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.” (Negrillas fuera de texto)

Queda claro ahora que fue en esta etapa del proyecto –el séptimo debate de ocho; o lo que es igual, el tercer debate de la segunda vuelta; es decir, a un solo debate de terminar el procedimiento de reforma constitucional-, se incluyó el incidente de impacto fiscal, como un mecanismo interpuesto, principalmente, para diferir o modular los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional.

Finalmente, en el *último debate* de la segunda vuelta –en el Senado- se presentaron *dos ponencias* publicadas en las Gacetas No. 354 del 1 de junio de 2011 y 360 del 2 de junio del mismo año. *La primera* reiteró la ponencia publicada en la Gaceta No. 305 del 24 de mayo de 2011. *En la siguiente* se reiteró el informe de ponencia publicado en la Gaceta No. 284 de 19 de mayo de 2011. Sin embargo, se propusieron modificaciones que se referían a la eliminación de las expresiones reiterativas, suprimiendo la mención al artículo 241 Constitucional, en la medida en que este incidente se pueda aplicar y extender a las “máximas corporaciones judiciales”; se precisó que esta solicitud la podía realizar el Gobierno Nacional y no uno de los Ministros; y se introdujo la posibilidad de modificar la sentencia, de acuerdo con los argumentos que se expongan en el incidente⁸.

El texto aprobado en sesión plenaria del Senado, el día 8 de junio de 2011, al proyecto de Acto Legislativo número 019 de 2010 Senado, 016 de 2010 Cámara,

⁸ El texto propuesto para el segundo debate, quedó así:

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

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

“Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”

fue publicado en la Gaceta No. 426, del 14 de junio de 2011, así:

"Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

"La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

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

"Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva." (Negrillas fuera de texto)

En la segunda vuelta también se convocó a una Comisión de Conciliación, por las diferencias que se presentaron. El Informe se publicó en las Gacetas Nos. 421 - Senado- y 430 -Cámara- del 2011, y luego de analizar los textos aprobados acogieron, en su integridad, el texto aprobado en plenaria del Senado, el 8 de junio de 2011. El texto conciliado quedó así:

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

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

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

“Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.” (Negrillas fuera de texto)

El artículo 334 de la Constitución Política, de esta manera modificado, ahora sí contiene el instrumento judicial denominado *incidente de impacto fiscal*, que puede promover tanto el Procurador General de la Nación como los Ministros del Gobierno, y busca –después de oír las explicaciones de sus proponentes- modular, modificar o diferir los efectos de una sentencia proferida por una alta Corporación

judicial, y que de cumplirse puede generar consecuencias en las finanzas públicas. A continuación se analizarán estos elementos.

2.2. Características constitucionales del *incidente de impacto fiscal*, y su desarrollo a través de la Ley 1695 de 2013

A partir del análisis histórico expuesto en el numeral precedente, la Sala se pregunta qué naturaleza jurídica tiene el denominado por el recientemente modificado art. 334 de la Constitución Política como *incidente de impacto fiscal*, teniendo en cuenta que se trata de una figura nueva, cuyos elementos estructurales aún no están definidos ni desarrollados, ni por la ley ni por la jurisprudencia de esta corporación.

Para aproximar estos aspectos, en *primer lugar*, destaca la Sala que se trata de un *incidente constitucional*, que se suma al repertorio de actuaciones judiciales creadas en 1991, que han permitido calificar a la Constitución Política como una de las que más incidencia ha tenido sobre el derecho procesal, teniendo en cuenta que entre sus propósitos estuvo el de crear varias acciones judiciales, para la defensa efectiva de derechos de diversa índole, tal es el caso, entre otros, de: la acción de tutela –art. 86-, que protege derechos fundamentales; la acción popular –art. 88-, que defiende derechos colectivos; la acción de repetición –art. 90-, que permite cobrarle a los responsables de las condenas en contra el Estado; la acción de grupo –art. 88-, que permite demandar al Estado, a través de una misma acción, a un número plural de personas afectadas con un mismo hecho dañoso; la acción de cumplimiento –art. 87-, que garantiza que se cumplan determinadas decisiones, contenidas en leyes o en actos administrativos; la pérdida de investidura –art. 235.5-, que controla disciplinariamente a los congresistas.

En *segundo lugar*, el incidente de impacto fiscal procede contra sentencias dictadas por las *Altas Cortes*, es decir, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y, por supuesto, el Consejo de Estado. Esto significa que las decisiones que adopten los jueces o tribunales, en única, en primera o en segunda instancia, no son susceptibles de interponérseles este incidente, sin importar que materialmente produzcan un impacto fiscal negativo en las finanzas del Estado.

Curiosamente, los arts. 1 y 2 de la Ley 1695 de 2013 establecen que el incidente también procede contra los “*autos que se profieran con posterioridad a la misma* –se alude a las sentencias-”⁹, cuestión que ofrece una duda sería sobre su constitucionalidad, pues mientras la Carta Política sólo admite el incidente contra *sentencias*, la ley lo extiende a algunos *autos*.

La Sala entiende que la expresión se ajusta al sentido que busca el art. 334 de la constitución, pero bajo el entendido de que se trata de aquellos autos que liquidan una condena dictada en abstracto, así que sólo cuando termina el incidente que la liquida se conoce el monto, y por tanto los efectos sobre el patrimonio de la entidad.

En *tercer lugar*, quienes pueden proponer el incidente son: el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, es decir, que las partes del proceso no pueden hacerlo autónomamente, pues se deben valer de los sujetos autorizados por la Constitución. No obstante, esta característica ofrece varias inquietudes que conviene aclarar:

De un lado, que no cualquier funcionario del Ministerio Público tiene competencia para formular esta solicitud –Procuradores Delegados, personeros, Defensor del Pueblo, etc.-, debe hacerlo personalmente el Procurador General de la Nación, sin poder delegar esta función, pues la Constitución no le asignó esta potestad, en forma general, al Ministerio Público, sino a un funcionario concreto de él: a su Supremo Director –art. 275 C.P.¹⁰-. El ejercicio de esta facultad supondrá el uso

⁹ “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 la **sentencia o los autos que se profieran con posterioridad a la misma**, por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrá solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. (...)” (Negrillas fuera de texto)

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

“Parágrafo. Cuando el incidente de impacto fiscal se solicite respecto de una sentencia de revisión, procederá incluso si en el trámite del respectivo proceso ya se había solicitado y tramitado.” (Negrillas fuera de texto)

¹⁰ “Art. 275. El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público.”

mesurado, restringido y prudente de la posibilidad de pedir que los efectos de una sentencia se modulen, modifiquen o difieran en el tiempo.

Este criterio, que expresó la Sala Plena, fue reiterado en el art. 4 de la Ley 1695, que dispuso en relación con las partes del incidente que: "Harán parte del procedimiento del incidente de impacto fiscal: 1. El solicitante del incidente de impacto fiscal, que podrá ser el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno."

De otro lado, si bien los Ministros tienen la misma potestad, la Sala entiende que quien puede formular la solicitud a la Alta Corte será aquel que funcionalmente tenga relación con la entidad comprometida en el proceso cuya sentencia le impacta negativamente en su sostenibilidad fiscal. Así se debe entender el art. 4.1 de la Ley 1695 de 2013. Esta restricción no sólo es razonable, porque evita que se haga un uso indebido de esta facultad, sino que también racionalizará el ejercicio de esta figura procesal, impidiendo que se convierta en una tercera instancia del proceso, por lo menos en cuanto tiene que ver con el cumplimiento oportuno de la sentencia.

Así, por ejemplo, si la sentencia afecta a una entidad descentralizada del orden nacional, el Ministro que puede hacer la solicitud será aquél a quien se encuentre adscrita o vinculada la institución. Claro está que si la parte del proceso es el Ministerio mismo, con sobradas razones será el ministro comprometido en el proceso quien formulará la solicitud.

Ahora, cuando la entidad sea del orden territorial, le corresponderá al Ministro del interior formular la solicitud; pero si se trata de una entidad descentralizada de ese mismo orden, le corresponderá al ministro del ramo, según la actividad material que desempeñe la entidad descentralizada: al de salud, si se trata de entidades que prestan este servicio público, al de Transporte si se trata de entidades que construyen infraestructura vial, al de Minas y Energía, si la entidad descentralizada presta el servicio público de energía, etc.

En cualquier de estos casos el Procurador también podrá hacerlo, de manera independiente, sin sujeción a las competencias de la entidad territorial o

descentralizada de ese nivel que esté comprometida en el proceso judicial, salvo tratándose de procesos donde sean parte los Ministerios mismos, pues sus jefes tienen la misma competencia, de manera que a ellos, y sólo a ellos, corresponderá evaluar este aspecto del proceso.

En *otro sentido*, la solicitud que presenten los funcionarios competentes debe satisfacer unos requisitos mínimos, entre ellos -el más importante-, la verificación de que, en realidad, la sentencia produce un impacto fiscal negativo. Esto significa que el Procurador y los Ministros no pueden formular y menos trasladar a las Altas Cortes solicitudes que carecen de respaldo suficiente que acredite que se está ante los supuestos del art. 334 de la C.P. Esto impone la carga, a quien ejerce este incidente constitucional, de demostrar que se está ante el supuesto material necesario para darle curso a una solicitud que pretende alterar parcialmente los efectos de la cosa juzgada, por lo menos en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la sentencia. En los términos anteriores se debe interpretar el art. 6 de la Ley 1695, que establece:

“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 sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de sostenibilidad fiscal.

“Parágrafo. A la sustentación del incidente de impacto fiscal se acompañará como anexo concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

No obstante, la jurisdicción debe tener claro que este principio de sostenibilidad fiscal no puede afectar la justicia ya impartida, cuando se trata de obtener el pago de la condena impuesta a las entidades estatales, pues esta Alta Corte no perderá de vista que tan importante como el fisco es la justicia, y que so pretexto de lograr el equilibrio económico no se sacrificará el derecho, sobre el cual se debe construir no sólo la economía sino también otros sectores que conforman a la sociedad. En estos términos, la sostenibilidad fiscal se considerará con la importancia que le ha

dado la Constitución, pero en el contexto de los demás valores y principios también constitucionales, cuya protección hace parte de la consolidación de un auténtico Estado, no sólo de derecho sino también de un Estado que practica la justicia y la administra prontamente, no a cuenta gotas, con la amenaza, para los litigantes, de que una vez triunfan su derecho puede aún verse en entredicho para exigirlo. De esta manera, una regla de ponderación que se tendrá que imponer exigirá que el manejo presupuestal sea el que principalmente soporte la carga de la indemnización, y no nuevamente el patrimonio del favorecido con la condena, quien durante muchos años habrá venido haciéndolo, y por eso debe ser extraordinario que continúe en esa actitud, pues ha esperado la justicia tiempo suficiente.

En todo caso, si bien el incidente sólo lo pueden proponer, ante las Altas Cortes, los Ministros o el Procurador General de la Nación, esto no significa que las partes del proceso no puedan intervenir después de admitido. De hecho, a falta de ley que rigiera procesalmente el caso concreto, el Consejo de Estado admitió la intervención en el trámite del incidente de la Alcaldía y de los miembros del grupo –auto del 4 de septiembre de 2013-, como expresión de la necesidad de garantizarles el derecho al debido proceso. Afortunadamente, el art. 4 de la Ley 1695 de 2013 estableció la misma protección¹¹.

En *cuarto lugar*, la clase de acción sobre la cual procede formular el incidente de impacto fiscal no está limitada en el art. 334, es decir que, con abstracción de ese aspecto, lo importante es estar en presencia de una sentencia, dictada por alguna de las “máximas corporaciones judiciales”, sin importar al interior de qué clase de proceso judicial se haya proferido. Esto significa que el proceso puede ser de

¹¹ “Art. 4. PARTES. Harán parte del procedimiento del incidente de impacto fiscal:

“1. El solicitante del incidente de impacto fiscal, que podrá ser el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno.

“2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público.

“3. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la sentencia o a los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente de impacto fiscal.”

tutela, de exequibilidad, ordinario de nulidad, contractual, extracontractual, de nulidad y restablecimiento del derecho, de acción popular, o cualquier otro¹².

En *quinto lugar*, y en relación con el incidente mismo, la Sala entiende, como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, que no se trata de aquellos regulados en los códigos de procedimiento que están vigentes¹³, en

¹² El art. 2 de la Ley 1695 lo expresó en los siguientes términos: *Procedencia*. El incidente de impacto fiscal **procederá respecto de todas las sentencias o los autos** que se profieran con posterioridad a la misma, **por las máximas corporaciones judiciales**, cuando se altere la sostenibilidad fiscal, con independencia de la postura que haya adoptado dentro del proceso cualquier entidad u organismo de naturaleza pública, aun cuando no haya participado dentro del mismo.

“Parágrafo. Cuando el incidente de impacto fiscal se solicite respecto de una sentencia de revisión, procederá incluso si en el trámite del respectivo proceso ya se había solicitado y tramitado.”
(Negrillas fuera de texto)

¹³ Sobre los incidentes, señala Hernán Fabio López Blanco -ob cit., pág 441 a 442-: “Dentro de toda actuación judicial resulta de singular importancia el concepto de incidente, pues por medio de él se ha previsto un trámite de naturaleza muy similar al de un proceso (petición, pruebas y decisión), en orden a resolver determinados asuntos, que si bien es cierto se pueden considerar como accesorios respecto de la controversia planteada, tiene gran influencia para la decisión que se ha de tomar en la sentencia; y es tanta, que cuando hay incidente pendientes, no es posible dictar sentencia de instancia, pues debe esperarse a que sean resueltos *cuando lo que en ello se vaya a decidir influya en el resultado de aquella*, como lo destaca el artículo 137 del C. de P. C. en su numeral 44 al resaltar que: ‘por regla general los incidentes no suspenden el curso del proceso, pero la sentencia no se pronunciará mientras haya alguno pendiente, sin perjuicio de los que se deban resolver en ella y de los dispuestos en los artículos 354 y 355.’

“Necesario es mencionar este aspecto básico para evitar darle al trámite incidental efectos paralizantes de la sentencia que la ley no auspicia pero que con una exegética e inconsulta aplicación del numeral 4º de la referida disposición podría llegar a tener y destacar que cuando se trata de incidentes que no influyen en la sentencia como son, por ejemplo, en los procesos de familia los que solicitan levantamiento de medidas cautelares sobre bienes propios, o el embargo en un ejecutivo con base en garantías personales en los cuales para proferir la sentencia no importa si existen bienes embargados o secuestrados, perfectamente se puede dictar la sentencia, de ahí que en cada caso particular el juez debe analizar su incidencia para tomar la decisión que corresponda porque, no todo incidente en curso impide proferir la sentencia.

“Ciertamente, la regla general que adopta el sistema procesal civil colombiano a partir de julio de 1990 es que el hecho de existir apelaciones pendientes concedidas en efecto devolutivo o diferido contra autos, sin importar la índole de estos, o sea que puedan ser incluso de autos que resuelvan incidentes, no impiden el proferimiento de la sentencia, lo que consagra el artículo 354 en su numeral 3º inciso quinto; no obstante, obsérvese que no se podrá pronunciar sentencia si lo que esta pendiente de decisión es un incidente de aquellos que pueden influir en esta, lo que implica que si el incidente aún no ha sido definido, la sentencia no se puede dictar mientras no se decida lo pertinente, pero resuelto esto y sin que importe para nada si ha sido apelado, es posible proferirla por cuanto ya no esta pendiente la decisión del incidente y el hecho de que se haya apelado ubica la hipótesis dentro de lo previsto en el artículo 354, que sin distinguir, dispone que: ‘la circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido no impedirá que se dicte la sentencia.’ ”
(...)

“El incidente es eminentemente taxativo, pues solo se puede someter a su trámite ‘las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale’ (art. 135). Por tanto, si no existe disposición que de manera expresa ordene el adelantamiento de un incidente no hay lugar a él y en tales casos la

particular el civil¹⁴, sino de un trámite especial y distinto. De hecho, casi todos los incidentes que existen se tramitan al interior del mismo proceso judicial, es decir, antes de que se dicte la sentencia que resuelve el conflicto; pero este otro -cuyo parecido en el nombre no tiene por qué conducir a los que están regulados- se tramita con posterioridad a una sentencia de revisión, o a una sentencia de segunda o de única instancia, que dicta una Alta Corte, es decir que existe cosa juzgada, pero se puede adelantar un trámite judicial adicional –algo exótico en el derecho procesal convencional- para regular el *impacto fiscal* que producirá en la entidad estatal condenada. A esta conclusión también se llega al estudiar la regulación que hizo la Ley 1695 de 2013.

Ahora, se trata de un incidente sustancialmente diferente a los previstos en los códigos de procedimiento, por varias razones: i) porque no lo proponen las partes

petición debe resolverse de plano; es mas, de haber hechos que probar, junto con la petición deberá acompañarse prueba si quiera sumaria.”

¹⁴ El nuevo Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012- regula los incidentes, de la siguiente manera: “Art. 127. *INCIDENTES Y OTRAS CUESTIONES ACCESORIAS*. Solo se tramitarán como incidente los asuntos que la ley expresamente señale; los demás se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba si quiera sumaria de ellos.

“Art. 128. *PRECLUSIÓN DE LOS INCIDENTES*. El incidente deberá proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad.

“Art. 129. *PROPOSICIÓN, TRÁMITE Y EFECTO DE LOS INCIDENTES*. Quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer.

“Las partes solo podrán promover incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia. Del incidente promovido por una parte se correrá traslado a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas necesarias.

“En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes.

“Los incidentes no suspenden el curso del proceso y serán resueltos en la sentencia, salvo disposición legal en contrario.

“Cuando el incidente no guarde relación con el objeto de la audiencia en que se promueva, se tramitará por fuera de ella en la forma señalada en el inciso tercero.

“Art. 130. *RECHAZO DE INCIDENTES*. El juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este código y los que se promuevan fuera de término o en contravención a lo dispuesto en el artículo 128. También rechazará el incidente cuando no reúna los requisitos formales.

“Art. 131. *CUESTIONES ACCESORIAS QUE SE SUSCITEN EN EL CURSO DE UN INCIDENTE*. Cualquier cuestión accesoria que se suscite en el trámite de un incidente se resolverá dentro del mismo, para lo cual el juez podrá ordenar la práctica de pruebas.”

del proceso –salvo excepciones-; ii) porque su trámite no se adelanta al interior del proceso judicial, como se encuentra regulado hoy; y iii) porque su fundamento es la Constitución Política y no el derecho procesal civil, penal, laboral o el contencioso administrativo que están en vigencia.

En *sexto lugar*, y como elemento relacionado con el aspecto anterior -pero en todo caso diferenciable en términos constitucionales-, el art. 334 dispone que en el incidente “*se oirán las explicaciones de los proponentes*”, es decir, del Procurador o del Ministro, pero no de las partes del proceso ordinario que dio origen al incidente, porque no son proponentes de esta otra instancia procesal –salvo que en el juicio originario la parte sea la Procuraduría o la Nación a través de un Ministerio-. No obstante, se desconoce en qué etapas y durante qué momentos procesales sucederá esto, pues es obvio que la constitución no tiene por qué ocuparse de detalles procesales tan concretos.

No obstante, a la Sala no le queda la menor duda de que también se tendrá que oír a las partes del proceso inicial –aunque la Constitución no lo disponga directamente-, porque serán afectados con una eventual modulación, modificación o diferimiento de sus efectos, y estarán interesados en debatir la veracidad de la situación financiera de la entidad pública. Este aspecto tiene fundamento adecuado en el art. 29 de la misma Constitución¹⁵, que establece que es parte del debido proceso el derecho a la defensa y el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en contra de los intereses de la parte del proceso.

¹⁵ “Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Afortunadamente, la Ley 1695 reguló, en los mismos términos expresados por la Sala Plena, el aspecto que se viene analizando, en efecto, el art. 4.3 dispuso que son parte del proceso: "3. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la sentencia o a los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente de impacto fiscal."

Del mismo modo, hace parte de los requisitos o elementos mínimos del proceso judicial que contempla directamente la Constitución, proponer un "*plan concreto para su cumplimiento*", es decir, para acatar la sentencia. No sobra indicar que ese "plan" no puede desnaturalizar la sentencia, es decir, proponer una forma de cumplirla que burle y haga nugatorio el derecho legítimo de los favorecidos con la condena a que se les pague en una forma y tiempo razonables¹⁶.

Finalmente, otro elemento procesal-constitucional mínimo del incidente de impacto fiscal –es decir, de origen constitucional-, es la extraña alusión que hizo el Acto Legislativo a que el "*trámite será obligatorio*". Esa curiosa preocupación quedó incorporada en la norma, y no debe significar otra cosa que, como proceso judicial que es, debe dársele el trámite que le corresponde y decidirse en los términos que la ley establezca. No obstante, el art. 10 de la Ley 1695 dispuso que: "*Desistimiento del incidente*. De conformidad con lo señalado en el inciso 4º del artículo 334 de la Constitución Política, el trámite del incidente de impacto fiscal es obligatorio. Razón por la cual, una vez sea notificado el auto que admite el incidente, no se podrá desistir de este."

En *séptimo lugar*, la Constitución no creó el incidente de impacto fiscal como mecanismo de protección del patrimonio de cualquiera de las partes del proceso, sino sólo de la parte estatal, porque estableció que sólo procede para evaluar "*las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas*". Lo anterior significa que las finanzas privadas no quedan amparadas con esta institución, medida que no inflige un sacrificio desproporcionado a los particulares, y tampoco un tratamiento distinto carente de razón constitucional. Se trata, claramente, de una ponderación

¹⁶ Sobre el anterior aspecto, el art. 6.3 de la Ley 1695 estableció que la sustentación debe contener: "3. Los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de sostenibilidad fiscal."

donde el interés general justifica la mayor protección del erario -y de las prestaciones sociales que se cubren con él-, sobre el patrimonio privado.

Ahora, que el patrimonio público administrado por particulares conduzca, eventualmente, a que se proteja el mismo en manos suyas –a través del incidente de impacto fiscal, por una condena en su contra, que afecte ese patrimonio- es una eventualidad que se analizará en cada caso concreto, porque en tal evento no es realmente al particular a quien se protegerá, sino las *finanzas públicas* que administran.

En *octavo lugar*, y una vez concluya el incidente, corresponde a la Alta Corte decidir "*si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma*". Esto significa que el *objeto* del incidente lo constituye la sentencia donde se produjo una condena a cargo de las finanzas del Estado, pero debe quedar claro que el debate sólo girará alrededor del impacto fiscal que produzca su cumplimiento, de allí que no se discutirán, de nuevo, las pretensiones ni las excepciones, ni las pruebas en que se fundan las unas y las otras, ni los argumentos de derecho en que se apoyan todas. Habrá que partir de una premisa general: La decisión está tomada, y la condena impuesta, así que la cosa juzgada sobre la *causa petendi* adquiere, en principio, la firmeza, intangibilidad, estabilidad e inamovibilidad que le es propia; así que el incidente de impacto fiscal no puede encubrir, ocultar ni disimular una segunda o tercera instancia, según la estructura que corresponde a cada proceso.

De esta manera, se puede formular una regla procesal al interior del nuevo incidente: la decisión sólo puede afectar el cumplimiento de la sentencia, no la decisión misma; sobre la cual se configura la cosa juzgada¹⁷.

¹⁷ El inciso primero del artículo 12 recogió esta idea, de la siguiente manera: "*Decisión*. En los diez (10) días siguientes a la realización de la audiencia a la que se refiere el artículo 11 de la presente ley, 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, según corresponda, **decidirá por mayoría de sus miembros si procede a modular, modificar o diferir los efectos de la misma, sin que puedan cambiar el sentido del fallo**, 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." (Negrillas fuera de texto)

No obstante la regla indicada, la Sala no desconoce la afectación relativa que sufrirá la cosa juzgada, porque si bien la premisa de entendimiento de este proceso es la descrita en el párrafo anterior, también es cierto que la Constitución admite, a partir de ahora, que el mismo juez que profirió la sentencia la tome para ponderar de nuevo un aspecto suyo: el impacto fiscal que producirá sobre las finanzas públicas. Por ello si bien no es posible cambiar la decisión, por lo menos en lo que se refiere al sentido –condenatorio o absolutorio de forma parcial- habrá que decidir ahora si “procede modular, modificar o diferir los efectos”, lo que en el fondo envuelve una reconsideración de lo resuelto, no en cuanto al sentido allí indicado, sino en cuanto a la manera de cumplirlo.

No en vano al interior del incidente de impacto fiscal el juez adquiere tres (3) facultades para decidir: i) modular los efectos de la sentencia, ii) modificar los efectos de la misma o iii) diferir los efectos de ella. La Sala advierte, con claridad y contundencia, que ninguno puede poner en peligro la cosa juzgada, porque la decisión del incidente sólo recaerá sobre los efectos de la sentencia, cuyo cumplimiento se pretende variar.

Como si fuera poco, en relación con la definición del incidente, la Corte Constitucional indicó, en la sentencia C-288 de 2012, que “la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos tienen carácter potestativo”, es decir, que si eventualmente concurren los elementos necesarios para ello puede abstenerse de hacerlo, si lo considera necesario, oportuno o justo y equitativo:

“74.4. Como tuvo oportunidad de explicarse a propósito del análisis conceptual del Acto Legislativo, la redacción de la reforma al artículo 334 C.P. demuestra que la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos tienen carácter potestativo, porque no de otra manera podría comprenderse la expresión “*se decidirá si procede*”. De esta premisa pueden inferirse varias conclusiones a saber, (i) que lo que es obligatorio es el trámite del incidente, en las condiciones fijadas por la Constitución; (ii) que la alta corte correspondiente tiene la competencia para evaluar si modifica, modula o difiere los efectos de la decisión, lo que significa el ejercicio de una potestad judicial autónoma, sin que puede predicarse que el incidente obliga a adoptar una decisión particular en algún sentido. Esto implica, por supuesto, la posibilidad válida que la alta corte decida mantener inalterada la orden dada para asegurar la protección de los derechos; (iii) que las opciones de decisión que ofrece el incidente de impacto fiscal se restringen a los efectos del

fallo de que se trate, sin que pueda extenderse a la sentencia en sí misma considerada, la cual permanece amparada por los efectos de la cosa juzgada y, en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento. Por ende, ni los potenciales promotores del incidente ni los jueces podrán revertir el sentido de la decisión sino a lo sumo requerir y decidir, respectivamente, la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la misma.

“Estas premisas, a su vez, hacen compatible al incidente de sostenibilidad fiscal con la separación de poderes y la autonomía judicial que le es aneja. Nótese que no existe en el procedimiento constitucional objeto de análisis ninguna instancia o instrumento que despoje a las altas cortes de adoptar las decisiones que consideren necesarias y pertinentes a la luz de la protección de los derechos constitucionales, tanto en la etapa de fallo como en la definición de las órdenes particulares para el goce efectivos de los derechos fundamentales vulnerados. Entonces, no hay lugar a señalar que las competencias funcionales del juez han sido usurpadas, condición indispensable para concluir la afectación del principio de separación de poderes y mucho más aún la sustitución de ese elemento definitorio de la Constitución.”

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

En otras palabras, le corresponderá a las Altas Cortes examinar con el máximo cuidado que los derechos no queden condicionados injustamente y hasta odiosamente a un criterio fiscal efficientista, ajeno a la justicia del caso concreto, porque de no moderarse y exigirse que esté a disposición de la garantía de la

justicia y de los derechos, puede tiranizarlos y someterlos a la lógica económica, sin consideración a la justicia individual y colectiva, en la que también se fundan la sociedad y el derecho.

2.3. Efectos del incidente de impacto fiscal sobre la teoría general del Estado y del derecho.

El estudio de las Altas Cortes de cualquier incidente de impacto fiscal debe tener en cuenta la siguiente base teórica mínima, a la cual se circunscribe cualquier pretensión de modulación, modificación o diferimiento de los efectos de una sentencia, que hace tránsito a cosa juzgada.

2.3.1. Afectación positiva a la construcción de un modelo económico responsable.

Que Colombia erija la *sostenibilidad fiscal* como criterio orientador de su política económica refleja la madurez adquirida por el Estado en la administración de las finanzas públicas, puesto que no cabe duda que el equilibrio entre ingresos y gastos, entre pretensiones económicas y sociales y posibilidad de asegurarlas, entre progresividad en la atención de las necesidades colectivas y capacidad para asegurarlas, entre disponibilidad de recursos y atención de necesidades, etc., es condición necesaria para la administración prudente de los recursos del Estado.

Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de *sostenibilidad fiscal* –incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos–, es claro que, por lo menos, alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que produzcan crisis fiscales que no atienden la prioridad de gasto con los recursos escasos. Por esto, elevar a rango constitucional la *sostenibilidad fiscal*, en el contexto indicado, ayuda a construir políticas públicas serias y maduras que atiendan la necesidad de prevenir esas crisis.

Desde este punto de vista, que el Estado no simplemente pueda gastar sino que lo haga con orden y disciplina; y que no sólo atienda las necesidades de la población

sino que consulte la capacidad real de pago para hacerlo, entre otras relaciones posibles, es una perspectiva responsable sobre la manera de realizar el gasto público, en un contexto de seriedad y compromiso con el país, desde el punto de vista de su capacidad para asumir proyectos y obligaciones.

En esta medida, la sostenibilidad fiscal "*orienta*"-como lo expresa el art. 334 de la Constitución Política- las actuaciones de todas las ramas y órganos del Estado, de manera que inspira una especie de línea conductora de gestión de los recursos públicos, y de los proyectos asociados a su inversión, sometiendo al sentido que infunde la adopción de decisiones económicas. No obstante la Corte añadió que no se trataba de un *principio*, porque: "64.4. Ahora bien, si se estudia detalladamente el contenido de la reforma constitucional, la Sala advierte que en ninguno de los textos reformados o adicionados a la Constitución se hace referencia a que la sostenibilidad fiscal sea un 'principio'. Esa previsión solo está contenida en el título del Acto Legislativo 4 de 2011, el cual aunque pueda tener algún valor interpretativo, en modo alguno tiene la condición de disposición constitucional autónoma, en tanto no afecta el Texto Superior. En cambio, el Acto Legislativo define a la SF como un 'marco' que tiene la función de 'orientar'. La acepción usual de esos conceptos indica que la SF, así entendida, consiste en un patrón o guía para la actuación de las autoridades del Estado. Al carecer de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados, sino que es un herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista. Estas finalidades, debe insistirse, por expresa prescripción del Acto Legislativo 3/11, no son otras que las propias del Estado Social y Democrático de Derecho.

"Esta conclusión, a su vez, implica que la posición adoptada por el ciudadano Longas Londoño y por varios de los intervinientes sobre la naturaleza jurídica de la SF, está en realidad fundamentada en un falso dilema. Para el actor y quienes defienden la inexecutable de la medida, la SF es un principio constitucional que contiene un mandato específico, consistente en la maximización de la disciplina fiscal y la reducción del déficit entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Ese mandato particular debía optimizarse y ponderarse en relación con los demás principios constitucionales, en especial la dignidad humana, la democracia

pluralista y la vigencia de los derechos. Así, se incluye un factor de naturaleza eminentemente fiscal que modificaría sustancialmente los objetivos del ESDD, de manera que se estaba ante una sustitución de la Constitución.

“La Corte encuentra que dicha estructura argumentativa pierde fuerza de convicción cuando se advierte que la SF, en realidad no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del ESDD. No es válido concluir, en ese orden de ideas, que la SF redefine los objetivos esenciales del Estado, en tanto un instrumento de ese carácter no impone un mandato particular. Puede ser comprendida, a lo sumo, como una medida de racionalización de la actividad de las autoridades, pero en todo caso sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada en la Constitución. Por ende, no es viable sostener que la SF deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del ESDD, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados.

“64.5. Por ende, se impone una conclusión sobre la interpretación adecuada de la sostenibilidad fiscal: Como la SF es, por mandato superior, un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, estos sí con mandatos particulares que deben ser optimizados, no podrá predicarse en casos concretos que estos principios puedan ser limitados o restringidos en pos de alcanzar la disciplina fiscal, pues ello significaría que un principio constitucional que otorga identidad a la Carta Política sería desplazado por un marco o guía para la actuación estatal, lo que es manifiestamente erróneo desde la perspectiva de la interpretación constitucional.”

Esto significa que: “La reforma constitucional confiere a la SF la calidad de criterio orientador. Como lo ponen de presente varios de los intervinientes, el uso corriente el término ‘orientar’ versa sobre actividades de direccionamiento o encauzamiento, de manera tal que no podría otorgársele *prima facie* carácter

coactivo para la actuación de las autoridades estatales. Esta conclusión se refuerza por el hecho que el mismo precepto acoge una fórmula de aplicación de 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." (sentencia C-288 de 2012)

Por tanto, para darle posición adecuada a la *sostenibilidad fiscal*, en el entramado de la Constitución, ella no significa que someta a su lógica de funcionamiento a los demás principios constitucionales, pues, como lo expresó la Corte Constitucional, en la sentencia citada, que declaró la exequibilidad del Acto Legislativo No. 03 de 2011: "... se tiene que 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. Quiere esto decir que en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos. De nuevo, esta conclusión es importante, pues deberá ser retomada en el acápite sobre la interpretación sistemática del Acto Legislativo acusado."¹⁸

¹⁸ Añadió la Corte: "64. Tanto del análisis conceptual como del estudio histórico del Acto Legislativo demandado, se infiere con claridad que el criterio ordenador no es un fin constitucional en sí mismo considerado, sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho. Para sustentar esta conclusión, la Corte identifica las siguientes premisas.

"64.1. Como se indicó en precedencia, los fines esenciales del Estado, descritos en el artículo 2º C.P., no fueron objeto de reforma, de manera tal que no existe una prescripción normativa según la cual la SF sea un objetivo del ESDD, sino que simplemente alcanza el estatus de herramienta para la consecución de los objetivos que dan identidad a la Constitución. Esta tesis se reafirma al considerar que las regulaciones introducidas a la Carta por parte del Acto Legislativo acusado (i) están circunscritas a la *Constitución Económica*, en su entendimiento instrumental antes explicado; y (ii) no alteran las funciones estatales respecto de la intervención de la economía, ni los contenidos u objetivos constitucionales referidos a la elaboración del plan nacional de desarrollo y del presupuesto general de la Nación.

2.3.2. Afectación negativa a los principios de justicia y seguridad individual, los mismos que justifican que los individuos mantengan su interés en tener una vida común al interior de una sociedad civil y política.

Es innegable la tensión que surge -en muchos casos- entre los principios económicos y el manejo de la hacienda pública, de un lado; y los principios de la justicia y el deber de indemnizar plenamente a las víctimas, de otro; cuando se impone a una entidad pública la obligación de resarcir los perjuicios que causa con su comportamiento.

No obstante, a la luz del *derecho* más puro, como insignia de la *justicia*, no hay duda que la obligación de pagar los daños es un valor que los Estados protegen, como forma de asegurar la convivencia pacífica y la responsabilidad personal y

“64.2. Existe una cláusula normativa expresa, contenida en el artículo 1º del Acto Legislativo 3/11, modificatorio del artículo 334 C.P., la cual afirma ese carácter instrumental del principio o criterio orientador de la SF. En efecto, esta disposición señala expresamente que “[d]icho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho.” La interpretación razonable de esa disposición obliga a sostener que la intención unívoca de la reforma constitucional es prever una herramienta, que concurre con las demás existentes en la Constitución y la ley, para el logro de los fines esenciales del Estado, previstos en el Texto Superior.

“Para la Corte carecería de sentido, en tanto interpretación *contra legem*, contemplar que a pesar de existe una regla constitucional específica, que confiere a la sostenibilidad fiscal el carácter de “instrumento”, en realidad se está ante un principio constitucional que redirecciona los fines del Estado, al punto de obligar a las autoridades del Estado a garantizar, sobre cualquier otra consideración, al disciplina fiscal y la reducción del déficit. Debe la Sala insistir que no se encuentra en la reforma constitucional acusada ningún enunciado normativo del cual se pueda predicar, incluso aplicándose fórmulas extensivas o flexibles de interpretación, una regla de esa naturaleza. En ese orden de ideas, la inclusión en la Carta Política de la SF se comprende como una previsión, adjetiva si se quiere, que viene a integrar las diversas herramientas, procedimientos y estrategias contenidos en la Constitución y dirigidos a la satisfacción de los fines del Estado.

“64.3. Incluso, la entidad jurídica de la SF como principio no se deriva del Acto Legislativo acusado, pues no existe evidencia que se esté ante un nuevo principio constitucional o ante una reformulación de la arquitectura de derechos, principios y valores que informan la Carta Política. En apartado anterior de esta decisión se explicó que, en una instancia original del proyecto de reforma constitucional, la intención del Gobierno fue lograr la aprobación de la SF como un derecho - deber, con carácter vinculante para las autoridades del Estado. Este objetivo original fue radicalmente modificado por el Congreso durante el trámite de la iniciativa, en tanto (i) reformuló la naturaleza jurídica de la SF, asignándole la condición de criterio orientador; y (ii) subordinó la aplicación de la SF a la satisfacción de los fines constitucionales del ESDD, al punto que como se explicará con mayor detalle en aparte siguiente, instauró cláusulas límite y de prohibición respecto de los derechos fundamentales. Esta comprobación es importante, pues obliga a concluir que la SF no puede ser considerada en modo alguno como un nuevo principio constitucional, que tenga la misma naturaleza y jerarquía que los principios fundamentales que otorgan identidad a la Carta Política. (Arts. 1º a 10 C.P).

social. No hacerlo impulsa el retorno de la sociedad y del individuo al *estado de naturaleza* o *estado salvaje*, donde cada cual protege –literalmente de la manera que puede- su vida, honra y bienes del acecho de los demás, y también la de los más cercanos a su entorno.

No obstante, en semejante ambiente y espacio el individuo pasa, con facilidad, de la *defensa justa* de sus intereses –no de sus *derechos*, porque estos aún no existen- al *ataque infundado* de los bienes ajenos, de la autoprotección de sus bienes a la agresión de los que poseen sus semejantes, de la intimidación individual y el miedo a la existencia a la amenaza a la vida y a los bienes de los demás; porque en este lugar se usa la fuerza sin restricciones jurídicas, políticas o morales, puesto que se goza de una *libertad de acción absoluta*, por eso algunos individuos no sólo se defenderán de los ataques sino que actuarán como agresores, instigadores y amenazantes de la propiedad ajena.

Por lo anterior, la fuerza, la astucia, el valor surgido de la rabia y el miedo, el engaño, la mentira, el deseo desordenado y todo género de pasiones humanas maledicentes son las cualidades individuales que se forjan y exige ese ambiente de vida, porque ser bueno, honesto, correcto, equitativo, respetuoso, considerado y, en general, virtuoso, son características de los hombres que carecen de bravura y carácter en el estado de naturaleza. Esto significa que allí no se premia la rectitud de conducta sino la obtención de resultados, sin importar los medios para alcanzarlos, pues ninguna acción u omisión se limita, regula o reprocha. En otros términos, obrar *éticamente* es propio de débiles, tontos, inocentes y tímidos, pues aquella palabra y su significado no vincula a quienes dominan a los demás, sencillamente porque no hay norma que rijan la conducta.

El paso al estado civil o estado de conciencia ética colectiva exige superar racional y moralmente la individualidad cruda –sobre todo la de los hombre más fuertes, sagaces y sin escrúpulos-, porque existiendo en el estado natural la posibilidad de poseerlo *Todo*, los hombres renuncian a ello para buscar otros bienes más apreciables: la vida segura, la paz, la convivencia, la posesión tranquila de bienes y la armonía. Así surgen nuevos valores sociales, políticos y jurídicos, se balancea una escala diferente de méritos y precios, y surge el derecho y la justicia como principios con significado y sentido político y social. La racionalidad irrumpe en la

sociedad, redimensionando el concepto de libertad humana, porque la *libertad sin límites* quedó destrozada por los libertarios sin moral ni escrúpulos; y la *libertad con límites* adquirió el precio que tuvo aquélla, cuando se experimentó que no era posible vivir de cualquier manera en una sociedad racional y política.

Las tensiones modernas entre *derecho-justicia* y *economía pública* recuerdan el equilibrio que se debe conservar entre *limitaciones a los derechos - vida en sociedad*, porque ni siquiera las restricciones consentidas a las libertades individuales pueden ser tan fuertes que anulen su núcleo mínimo. Esta ponderación es particularmente compleja de hacer, de ahí la necesidad de valorar con prudencia el alcance de los bienes jurídicos, políticos y económicos que entran en juego en cada caso.

Esta valoración la renovó el Congreso de la República a través del Acto legislativo No. 3 de 2011, que modificó el art. 334 de la Constitución Política, "por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal". La discusión comprometía la ponderación entre seguridad jurídica y derecho a recibir la indemnización por los daños causados por el Estado, de un lado; y el principio de *estabilidad fiscal*, de otro lado, cuando lo afecte el pago de una condena. El órgano de representación popular autorizó romper la tensión a favor de la *sostenibilidad fiscal*, pero con las siguientes limitaciones, explicaciones y justificaciones que recordará la Sala: en ningún caso se sacrifica el derecho que tiene la víctima a recibir la indemnización, es decir, la entidad estatal jamás puede aspirar, por medio del incidente de impacto fiscal, a que se le exima de pagar la condena. A lo sumo puede obtener una *variación de sus efectos*, bien por modificación, diferimiento o modulación de la decisión judicial –en cuanto a los efectos-. De esta manera se conserva el acuerdo ético-jurídico mínimo que tiene el Estado con cada ciudadano: respetar su vida, honra y bienes, en un entorno de justicia.

En este contexto, en el art. 334 prima la justicia y el derecho sobre una perspectiva económica eficientista a ultranza -liberatoria de las obligaciones de los sujetos de derecho-, así que mantiene la orden al Estado de reparar y pagar integralmente los daños que causa, sin condonárselos. Y no podría ser de otra manera, porque es un valor de la vida en sociedad pagar las deudas y cumplir toda

clase de obligaciones, con todo el patrimonio del deudor, hasta concurrencia del último centavo de que disponga.

La protección de semejante valor está a cargo de los jueces, reconociendo que el incidente de impacto fiscal es una herramienta y criterio útil para dirigir la acción económica del Estado, y en relación con las condenas judiciales para orientar la racionalidad en la forma en que se ordenan cumplir. De hecho, la Corte Constitucional declaró exequible la reforma al art. 334 de la CP., decisión que respeta el Consejo de Estado, y que hará cumplir en los términos en que la norma fue declarada exequible.

2.3.3. Afectación negativa al principio según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho.

La solución que adoptó el Constituyente, en el art. 334, debe entenderse en armonía con los demás principios que también integran la Carta Política, de allí que su aplicación pura y simple no perturbe el sistema constitucional completo. En particular, el principio según el cual Colombia es un Estado de Derecho y aquél otro que además proclama que es un Estado Social deben integrarse adecuadamente para que la aplicación de uno u otro no desdibuje a los demás.

Específicamente, la Sala advierte que por el sólo hecho de que el incidente de impacto fiscal faculte al juez para modular o diferir los efectos de una sentencia no queda cubierto el contenido mínimo del principio de legalidad que se debe garantizar. Del mismo modo, no porque el art. 334 de la CP. autorice adoptar esta decisión nunca se podrán afectar las garantías mínimas del Estado Social¹⁹.

¹⁹ En este mismo sentido, la Corte Constitucional concluyó en la sentencia C-288 de 2012 que: "75. 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*."

Corresponderá al juez del incidente de impacto fiscal valorar cada situación, para ponderar si la modulación, modificación o diferimiento de los efectos afecta los principios en juego, para que adopte la decisión que los proteja mejor, entendiendo, en todo caso, que el Constituyente quiso que el impacto fiscal fuera mensurado para moderar las decisiones judiciales.

Concretamente, la Sala llama la atención acerca de varios principios constitucionales especialmente sensibles al Estado Social de Derecho que por su naturaleza pueden enfrentarse con la *sostenibilidad fiscal*. Además de los dos ya señalados cabe agregar el de *responsabilidad*, cuyo sentido se delinea con gran fuerza a lo largo y ancho del articulado de la Constitución. En este escenario, la ponderación que debe hacerse para conceder o negar un incidente de impacto fiscal debe tener en cuenta estos importantes aspectos, porque el sacrificio inútil e injustificado de los demás principios constitucionales será el principal factor a tener en cuenta al resolver este incidente, por encima de los escuetos requisitos que establezca la ley que lo desarrolla –Ley 1695 de 2013-.

En los términos indicados, el juez debe sortear con erudición la eventual e injustificada subordinación que podría producirse contra la responsabilidad del Estado y contra el Estado Social de derecho, a manos de una exacerbada lectura económica de la Constitución, que proponga sacrificar esos valores, tan o más importantes que aquélla. Si bien, no es posible erigir una regla de aplicación, porque cada caso es diferente, es viable formular, ahora, que cuando se encuentren enfrentados el Estado Social de Derecho y el principio de responsabilidad con la sostenibilidad fiscal se tendrá presente que, ante todo, Colombia debe garantizar la protección de los derechos individuales y también los

“Del mismo modo, no existen razones que permitan válidamente inferir que la norma demandada, en cuanto prevé el *incidente de sostenibilidad fiscal*, sustituya el principio de separación de poderes y la independencia y autonomía judicial. Esto debido a que ese procedimiento (i) es una instancia de interlocución entre los poderes públicos, que se explica en el principio de colaboración armónica; (ii) no usurpa la función judicial, pues se limita al debate en sede judicial de los efectos de las sentencias que profieren las altas cortes, y no de las decisiones que protegen derechos, las cuales están cobijadas por los efectos de la cosa juzgada y son, por ende, inmodificables; y (iii) implica que las altas cortes conservan la competencia para decidir, en condiciones de independencia y autonomía, si procede la modificación, modulación o diferimiento de tales efectos, o si estos deben mantenerse incólumes en su formulación original.

“76. En consecuencia, la Corte considera que el Acto Legislativo 3 de 2011 no sustituye los aspectos definitorios antes expuestos, por lo que declarará su constitucionalidad por los cargos expresados por el ciudadano Longas Londoño.”

colectivos, el derecho a la indemnización integral y oportuna y al debido proceso sin dilaciones injustificadas, valores suficientes para defender que la sostenibilidad fiscal no se convierta en el primer o más importante criterio de interpretación del derecho, ni en un criterio que someta a los demás valores, porque, según se ha expresado, es a la inversa como se debe hacer el análisis, para bien del sistema de protección de las libertades.

Esta idea de ninguna manera reduce la importancia que tiene el incidente de impacto fiscal, por algo el Constituyente lo incorporó a la Carta Política y la Corte declaró exequible esta modificación. Su valor en el constitucionalismo actual refleja que se trata de un criterio orientador determinante de la acción de las instituciones públicas modernas, de gran importancia, y que sólo cuando se enfrente con los *grandes principios* que también residen en la misma constitución es que debe ponderarse con gran sabiduría, para que la Alta Corte que lo haga balancee correctamente los derechos o valores en juego en cada caso.

De otro lado, constituyendo la *economía* uno de los elementos estructurales de una constitución, con fundamento en la cual se elabora -cuando acoge parte de su contenido-; pero sabiendo que el Derecho también es organizador de la misma Carta Política, la filosofía de ambos se debe ajustar en cada institución que crea el Constituyente, conforme al espacio adecuado que cada una debe ocupar, labor que realizarán conjuntamente el Constituyente, el legislador y también el juez, aquél cuando modificó el art. 334, el otro cuando lo desarrolló -por medio de la ley 1695 de 2013-, y éste por medio de las providencias que aplican la institución.

Desde la anterior perspectiva, y en particular con la óptica de la judicatura, es la ocasión de señalar que la *modulación, modificación o diferimiento* de los efectos de una sentencia será valorada -al interior de los incidentes de impacto fiscal- con *criterio restrictivo*, es decir, rige el principio de conservación de la *intangibilidad de la sentencia*, porque en la tensión entre *cosa juzgada* -que incluye el derecho a recibir el pago del perjuicio- y *sostenibilidad fiscal*, por sentido común el deudor debe *esforzarse al máximo* en pagar conforme lo impone la sentencia, en lugar de exigírsele al acreedor que posponga su legítima pretensión de que se satisfaga su derecho, así que aquél tiene la carga principal y primera de pagar en los estrictos y precisos términos en que la providencia lo ordena.

A la anterior conclusión se llega con naturalidad si se tiene presente que la víctima, para el momento en que se dicta la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, ha esperado durante varios años el resarcimiento del daño –incluso muchos años en la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, y si bien la reparación que se le brinda es integral, no se puede negar que el paso del tiempo lo condujo a absorber parte de esos perjuicios, de alguna manera incómoda que sólo cada víctima conoce.

Por este sólo hecho es impensable, *a priori*, que la escueta situación financiera difícil del condenado justifique sobradamente variar los efectos de un fallo. Se requiere una afectación más que severa a la sostenibilidad fiscal –“sería”, como lo exige el art. 334-, pues los derechos y garantías ciudadanas valen tanto como aquélla, y la justicia no puede declinar cómodamente ante valoraciones simples, que ponen en incertidumbre la administración de justicia del caso concreto, posponiendo inicuaamente el derecho a percibir la justa indemnización, ya muy afectado con la duración del proceso donde se impuso la condena.

En esta medida, el juez del incidente de impacto fiscal debe ponderar esta situación, y otras no menos importantes, como la capacidad real y material que tiene la persona afectada con el daño de sacrificarse aún más, en nombre de la sostenibilidad fiscal de todo el Estado.

En definitiva, la Sala no permitirá que el incidente de impacto fiscal se convierta en una instancia más del proceso ordinario, ni en un mecanismo de gestión financiera al servicio de la entidad, con el propósito de diferir la condena en varios pagos para amortiguar sus finanzas. No se trata de una negociación sobre la forma de pago, ni de una oportunidad para obtener rendimientos económicos de la situación en que se encuentra la entidad, ni la ocasión para evadir transitoriamente el fallo. De ninguna manera!, defenderá celosamente la obligación de pagar, para proteger a la víctima, que ahora se pretende sacrificar aún más, con el eventual aplazamiento del pago.

Por lo expresado, ahora es más claro el principio que se instituye en el contexto del nuevo art. 334 de la Constitución: las condenas que imponga esta Corporación

se pagarán en la forma que indica la respectiva sentencia; de manera que la difícil situación económica del deudor no exime de esta obligación, ni siquiera una condición financiera aún más compleja rompe este principio; de modo que para pagar al Estado le corresponde apretar sus finanzas, hasta el máximo límite soportable –como lo ha hecho hasta hoy-, para reparar el daño que produjo, porque en lugar de pedir –fácil y graciosamente- plazo para pagar, primero tiene la obligación de indemnizar al afectado en la forma que indicó el juez. Sólo cuando se superen los límites soportables de lo que en derecho económico se denomina *sostenibilidad fiscal*, se quebrará el sagrado principio de honrar las deudas en la forma en que lo ordenan las sentencias, que –no se olvide- personifican la justicia de un caso particular, cuya demora en repararse siempre producirá más daños de los que ya se causaron a la víctima. Pedirle a ésta que soporte un tiempo más es, en principio, un atrevimiento que exige medida para imponerlo. Admitir que el Estado posponga un solo día el justo pago de la indemnización del daño que produjo resulta, en principio, injustificado en un Estado Social de Derecho.

Con fundamento en las premisas indicadas, la Sala analizará el caso concreto, previo estudio de lo que se encuentra probado.

3. Lo probado en el proceso incidental

Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, pero sólo de las relevantes para justificar el sentido de la decisión que se adoptará.

a. Con la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal el Procurador General de la Nación aportó el Decreto No. 578 de 2012, por medio del cual se expidió el presupuesto anual de rentas e ingresos y de gastos e inversiones de Bogotá, para la vigencia fiscal de 2013, por la suma de \$13'660.944'944.000. También allegó el Decreto No. 581 de 2012, por el cual se liquidó el presupuesto anual de rentas e ingresos y de gastos e inversiones de Bogotá, para la vigencia fiscal de 2013.

b. Se aportó un informe de la Comisión designada por el Procurador General de la Nación para revisar el impacto fiscal que produciría el pago de la sentencia

sobre el presupuesto del año 2013 del Distrito Capital, suscrito por el Procurador Delegado para la Economía y Hacienda Pública. Sostiene que si el Distrito cancela la condena a las 65.536 personas indeterminadas, la incidencia en el presupuesto para el año 2013 sería:

"SECTOR EDUCACIÓN	24%
"SECTOR HÁBITAT	100%
"AMBIENTE	690%
"SALUD	17%" –fl. 76, cdno. ppal.-.

Precisaron que si el valor de la condena se prorratea entre los cuatro sectores mencionados, por porcentaje de incidencia en cada uno de ellos en el presupuesto, la afectación sería, para el 2013 y 2014 -en los que la entidad pretende cancelar la obligación-:

"SECTOR EDUCACIÓN	11%
"SECTOR HÁBITAT	29%
"AMBIENTE	12%
"SALUD	3%" –fl. 76, cdno. ppal.-.

Finalmente, la Comisión señaló: "En conclusión, se advierte el posible desequilibrio fiscal que ocasionaría el pago del 100% de la sentencia con cargo al presupuesto de la presente vigencia.

"Igualmente hay que tener en cuenta que el mayor valor de la sentencia, se origina por las indemnizaciones ordenadas a pagar al grupo de personas indeterminadas (\$222.835.507.200), cifra que representa el 98% aproximadamente del total a cancelar.

"Es de resaltar, que el Distrito Capital, ha cumplido en los últimos 4 años, con la apropiación para el Fondo de Compensación, como lo establece el artículo 35 del Decreto 714 de 1996, Estatuto Orgánico Presupuestal, que le ordena apropiar hasta el 1% de los ingresos corrientes. Para la presente vigencia la apropiación inicial para este fondo es de \$58.605 millones de pesos." –fls. 76 y 77, cdno. ppal.-

c. Se aportó una certificación expedida por la Directora Distrital de Presupuesto, quien señaló que durante la vigencia fiscal 2013 el Gobierno Distrital

adelantaría los trámites respectivos para trasladar \$6.000'000.000 a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del Decreto 714 de 1996, con el fin de hacer el primer pago del plan concreto presentado en el incidente.

También certificó que adelantaría las gestiones para que el Gobierno Distrital presente a consideración del Concejo de Bogotá el Proyecto de Acuerdo "por el cual se trasladan recursos entre entidades a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP por la suma de Ciento Diez Mil Setecientos Veinte Millones Doscientos Cincuenta y Cinco Mil Setecientos pesos (\$110.720.255.700) M/Cte. para efectuar el segundo pago del plan concreto presentado en la Solicitud de Apertura de Incidente de Impacto Fiscal." –fl. 30, cdno. ppal.-.

Igualmente precisó que sometería a consideración del Concejo el Proyecto de Presupuesto Anual del Distrito Capital para la vigencia 2014, donde se programarían recursos por \$110.720'255.700 en la UAESP, para realizar el último pago.

d. A folio 283 del cuaderno principal se encuentra un boletín de prensa de la ejecución presupuestal de gastos e "inversión directa" consolidado del Distrito de Bogotá, expedido por la Veeduría Distrital, donde se hace constar que el porcentaje consolidado de ejecución "a Junio 30 de 2013" fue del 37.76%.

En el mismo documento se concluyó, al realizar un análisis comparativo con cifras a 31 de mayo de los últimos 10 años, que "los actuales niveles de ejecución de compromisos de la Administración Central son los más bajos del periodo. Históricamente los rangos de ejecución de los compromisos adquiridos por la Administración Central estaban entre el 37,7% en 2005 y el 55,61% en 2007, mientras que en 2013 se ubica en el 33,8%." –fl. 296, cdno. ppal.-.

De otra parte, a folio 299 del expediente obra un documento, también expedido por la Veeduría Distrital, en el que, a grandes rasgos, concluyó: "si bien de mayo a junio [de 2013] la ejecución presupuestal creció 5 puntos porcentuales en compromisos (pasó de 32% a 37,76%) y cuatro puntos porcentuales en giros (pasó de 12% a 16,62%) esta dinámica es insuficiente para garantizar la ejecución de la totalidad del presupuesto anual.

“De mantenerse el crecimiento mensual de 5 puntos porcentuales, apenas daría como resultado una ejecución de compromisos de inversión del 60% en el mes de noviembre, cuando empezará a regir la Ley de Garantías y como consecuencia se debe suspender la contratación directa, seis meses antes de elecciones.”

e. Así mismo se encuentra en el expediente el Acuerdo No. 527, del 20 de septiembre de 2013, expedido por el Concejo de Bogotá, que autorizó un cupo de endeudamiento para la administración central y los establecimientos públicos del Distrito Capital, por valor de un poco más de tres billones de pesos –la cifra exacta es de: \$3'037.283'000.000-.

f. Mediante comunicación del 18 de noviembre de 2014, el Distrito le envió al Consejo de Estado, reiterando comunicaciones anteriores, un mensaje de urgencia para la solución del incidente de impacto fiscal, y agregó que, igualmente, reiteraba que podía pagar el 50% del monto de la condena con cargo al presupuesto del año 2014 y el 50% restante con cargo al presupuesto del año 2015.

4. El caso concreto

El Ministerio Público –a solicitud del Distrito Capital- afirma que la obligación de pagar la alta condena afectaría la inversión social que la Administración tiene proyectada en poblaciones vulnerables de la ciudad de Bogotá, concretamente en: salud, educación y medio ambiente, entre otros sectores. Para justificarlo afirma: i) que el valor de la condena y el plazo para pagar afecta la sostenibilidad fiscal; ii) que ninguna otra sentencia ha afectado financieramente, en los últimos años –doce por lo menos-, el presupuesto distrital como la que se pide modular; iii) la necesidad de cumplir el Plan de Desarrollo aprobado para el período 2012-2016 se afectaría sensiblemente, particularmente su componente social; iv) consecuencia de lo inmediatamente anterior es que la inversión directa proyectada es de casi once billones de pesos –exactamente es de: \$10.729.904 -, de ellos el 90% se destinan a los sectores sociales antes mencionados; v) que es necesario hacer traslados presupuestales entre las Secciones que conforman el presupuesto Distrital, para trasladarlos a la UAESP y pagar la condena, pago que finalmente

afectará la inversión social en cada rubro de donde se tomen los recursos; vi) que el traslado del monto de la condena a la Defensoría del Pueblo –como lo ordena la ley- supone que ésta no lo ejecutará inmediatamente, con lo cual se pueden perder intereses, porque esta plata renta mejor en el portafolio que administra el Distrito, a un promedio de \$35'193.594 por día; vii) sumado al anterior aspecto, los recursos que entregaría el Distrito a la Defensoría del Pueblo constituirían el 77% del presupuesto de ésta, lo que exigirá de dicha entidad capacidad administrativa adicional para administrar ese dinero, pero no la tienen; viii) la Defensoría del Pueblo también tiene que tramitar ante el Congreso una adición presupuestal para que ingresen a su patrimonio los recursos transferidos por el Distrito; y ix) el Marco Fiscal de Mediano Plazo –MFMP- se impactaría negativamente conforme a las cifras que se relacionan en la solicitud que apertura del incidente.

Para resolver estas cuestiones -a partir de lo probado en el proceso-, y aunque se accederá a modular los efectos de la condena, la Sala analizará cada argumento propuesto para hacer claridad sobre las razones que condujeron a su decisión, y sobre todo para precisar por qué prospera la solicitud.

4.1. Razones propuestas por el Ministerio Público que *no acreditan* la alteración *seria* de la sostenibilidad fiscal.

a. El valor de la condena

Afirman los solicitantes del incidente de impacto fiscal, que el sólo valor de la condena afecta la sostenibilidad fiscal, y por este aspecto se debe modular el pago, en la forma propuesta por el Distrito Capital de Bogotá.

Para la Sala, este argumento no tiene la envergadura para justificar la necesidad de que se modulen los efectos del fallo de condena dictado en la acción de grupo que dio origen a este incidente, porque en abstracto una condena muy alta no afecta la sostenibilidad fiscal de una entidad. La Procuraduría –exhortada por el Distrito- confunde las dificultades que ocasiona una condena de esta magnitud con las "*alteraciones serías de la sostenibilidad fiscal*" –art. 334-, requisito que exige la norma constitucional para que prospere el incidente.

Para explicar lo que se analiza basta tener en cuenta que el presupuesto general del Distrito, para el año 2013 -cuando quedó ejecutoriada la sentencia de condena-, ascendió a un poco más de 13 billones 660 mil millones de pesos, exactamente fue: \$13'660.944'944.000, lo que significa que la condena a pagar un poco más de doscientos veintisiete mil millones de pesos –exactamente fueron: \$227.440'511.400- equivale a menos del 1,66% de aquella suma, de manera que lo que sin duda es una condena alta, aisladamente considerada no lo es tanto, en relación con el presupuesto de la entidad condenada.

En estos términos, a la Procuraduría le faltó estimar que no basta considerar el monto de la condena sino que hay que relacionarla con la capacidad económica del Distrito, para tener contexto y punto de medición. Por tanto, en la relación porcentual que propone la Sala, el monto de la condena no resulta abismal considerando el presupuesto de esa entidad, y por eso desestimaré el criterio propuesto.

b. Ninguna otra sentencia ha impactado financieramente al Distrito, en los últimos doce años, como la que se pide modular.

Este otro argumento de la Procuraduría General de la Nación, a instancia del Distrito de Bogotá²⁰, tampoco es prueba ni causa suficiente de una "alteración *seria*" de la sostenibilidad fiscal, porque la comparación que hay que hacer con el monto de la condena -para inferir si existe esa alteración- es frente a las finanzas presentes de la entidad, no ante su historial de condenas.

²⁰ El Secretario Distrital de Hacienda expidió una certificación con el histórico del pago de sentencias judiciales por parte del Distrito Capital, año por año, desde 1998 hasta el 2012. A folio 473 señaló que en 1998 el *pago por sentencias judiciales por funcionamiento* fue de \$4.089'018.190; en 1999 por el mismo concepto fue de \$8.987'644.058; en el año 2000 fue de \$7.627'195.512; en 2001 fue de \$32.639'858.329; en 2002 fue de \$12.845'362.951; en 2003 fue de \$11.109'789.985; en 2004 fue de \$7.135'642.109; en 2005 fue de \$4.604'434.998; en 2006 fue de \$9.512'139.538; en 2007 fue de \$5.187'161.208; en 2008 fue de \$9.574'126.070; en 2009 fue de \$14.195'173.150; en 2010 fue de \$18.873'579.421; en 2011 fue de \$11.634'009.847; en 2012 fue de \$32.949'272.992; y en 2013 fue de \$11.179'998.896.

De otra parte, en 1998 el *pago de sentencias judiciales por inversión* fue de \$1.540.470.801; en 1999 fue de \$1.038.395.946; en 2000 fue de \$2.189.810.923; en 2001 fue de \$7.369.677.997; en 2002 fue de \$1.831.389.301; en 2003 fue de \$3.137.428.082; en 2004 fue de \$ 2.551.083.369; en 2005 fue de \$1.155.080.900; en 2006 fue de \$3.551.216.533; en 2007 fue de \$3.801.562.356; en 2008 fue de \$4.150.256.453; en 2009 fue de \$5.875.641.431; en 2010 fue de 15.063.172.820; en 2011 fue de \$7.001.804.757; en 2012 fue de \$ 4.665.497.807; en 2013 fue de 9.791.249.287.

Lo anterior significa que es indiferente que en los últimos años una entidad haya sido condenada a pagar mucho o poco, lo importante es establecer si una condena en particular –en este caso la de la acción de grupo- altera la sostenibilidad fiscal: si lo hace se contemplará la posibilidad de modular la decisión; si no lo hace no cabe pensarlo, y esto al margen del historial condenatorio o absolutorio de la institución.

En otras palabras, el análisis en el cual la Procuraduría apoya la alteración *sería* de la situación fiscal del Distrito, esto es, la estadística de condenas de los últimos doce años, se descarta porque se trata de un argumento *inatiente* para estos propósitos, porque no demuestra lo que le corresponde acreditar al Distrito.

Incluso, puede suceder –en un caso hipotético- que una condena contra el mismo Distrito, inferior a la discutida ahora, produzca la “alteración *seria*” de su situación fiscal, siempre que las condiciones financieras de la entidad sean precarias y la hagan entrar en crisis financiera.

c. Pagar la condena en la forma que establece la sentencia afecta el cumplimiento del Plan de Desarrollo 2012-2016, porque se afectaría sensiblemente su componente social²¹.

²¹ Por ejemplo, la Directora financiera de la Secretaría Distrital de Educación certificó, el 24 de septiembre de 2013, que el eventual pago de la sentencia “impacta en los siguientes servicios que presta la Secretaría Distrital de Educación a los alumnos de las instituciones educativas

“Comida caliente a 50.000 niños de Jornada Educativa 40 horas con un costo promedio de \$21.983.000.000. (Costo unitario por alumno: \$2.314) equivalentes a 190 días del calendario escolar.

“Refrigerios a 651.341 niños de grado 0 a 11 con un costo promedio de \$97.814.832.000 (Costo unitario por alumno: \$1.497) equivalentes a 65 días del calendario escolar.

“Transporte escolar a 72.000 niños con un costo promedio de \$107.643.168.000 (Costo ruta estudiante: \$1.4495.044).” -fl. 14, Anexo No. 12-

A folios 16 y 17 del anexo No. 12 se encuentra un documento que contiene el impacto en la prestación de los servicios de salud para la población del Distrito, causados con la eventual reducción en el presupuesto del Fondo Financiero Distrital de Salud. Concluye que la reducción afecta negativamente los siguientes proyectos de inversión: i) Buen vivir; ii) Salud Ambiental y iii) Atención a la población pobre no asegurada.

Finalmente, el Director de Análisis y Diseño Estratégico de la Secretaría de Integración Social certificó que la disminución de los recursos implica la desatención de 54.760 cupos de atención integral a niños y niñas, mayores de 18 años con discapacidad, adultos mayores de calle en situación de mayor pobreza y vulnerabilidad. Igualmente, que se dejarían de entregar 43.018 bonos alimentarios a niños, niñas y adultos mayores en condición de inseguridad alimentaria, y bonos de

Para refutar este argumento la Sala se apoya en el análisis que hizo sobre el porcentaje que representa la condena en la acción de grupo, frente al presupuesto del año 2013: 1.66%. Esto significa que semejante proporción es mínima en comparación con el presupuesto anual, como para pensar que gastar esos recursos en cubrir la condena –que por cierto es justa- hace difícil cumplir el programa que contiene el Plan de Desarrollo.

Claro está que no se desconoce que una condena –toda condena- afecta las finanzas de quien la debe pagar, porque en lugar de destinar esos recursos a determinados proyectos los debe gastar reparando el daño que causó con una conducta anterior. Sin embargo, esto tampoco es una “alteración seria” a la sostenibilidad fiscal de la entidad, sino, simplemente, un impase para cumplir el Plan de Desarrollo. Es más, pueden existir dificultades grandes para ejecutar todos los proyectos que conforman el Plan de Desarrollo, incluso que se incumplan algunos por falta de recursos, pero eso no significa que la situación fiscal de la entidad se haya alterado *seriamente*.

Como si fuera poco, no sólo es inaceptable creer que destinar el 1,66% del presupuesto del año 2013 para pagar una condena altera la sostenibilidad fiscal del Distrito, sino que esto tampoco es cierto, porque el Plan de Desarrollo que se analiza se debe ejecutar en cuatro (4) años: entre el 2012 y el 2016, así que faltan los años 2014, 2015 y 2016 para cumplirlo, desde luego con los presupuestos anuales de cada uno de esos años, que si hipotéticamente fueran iguales diluirían el impacto –ya de por sí exiguo- del 1,66% haciendo que en cada año se puedan absorber dejando la cifra en un porcentaje insignificante.

De conformidad con lo expresado, la Sala no acepta de la Procuraduría la relación que propone para analizar el tema, por equivocada: *Pago de la condena en 2013 igual a afectación severa al Plan de Desarrollo*; y no se admite porque –se insiste- el Plan se aprueba para cumplirlo en 4 años, no en uno, así que el Distrito perfectamente puede hacer los ajustes necesarios para pagar la indemnización y también para cumplir con la ejecución de los proyectos incluidos en el Plan de

emergencia social y se pondría en riesgo la entrega de 30.000 apoyos alimentarios a niños y niñas en los Jardines Infantiles de la Secretaría en mención.

Desarrollo, sin que se afecte el uno ni el otro: es cuestión de reprogramar, rediseñar y planear sobre la contingencia –lo que sin duda crea un impase, pero de ninguna manera una “alteración *seria* la sostenibilidad fiscal”- para cubrir todas las metas y las obligaciones.

Finalmente, ni siquiera los anteriores argumentos son tan contundentes para negar la pretensión formulada por la Procuraduría –aunque de hecho sí lo son-, atendiendo a la simple y poderosa consideración que se explicará: la afectación abstracta a la ejecución del Plan de Desarrollo de una entidad no es causal autónoma para modular una sentencia condenatoria. El art. 334 de la Constitución es claro: se necesita que la condena “altere *seriamente* la sostenibilidad fiscal”, y eso no significa tener dificultades para ejecutar algún(os) programa(s) del plan de desarrollo. La Constitución no dispuso que la circunstancia expuesta en la solicitud conduzca necesariamente a modular la sentencia, sino que el estado en que quedara la entidad –si realiza el pago- es financieramente difícil para que la administración ejerza sus competencias. Nada de esto sucede con Bogotá.

d. La inversión directa proyectada por el Distrito Capital para el 2013 se acerca a los once billones de pesos –concretamente es de \$10.729.904 millones-, de ellos el 90% se destinan a los sectores sociales.

Este argumento, que apoya la necesidad de modular la sentencia de la acción de grupo, está relacionado con el examinado en el numeral anterior, de manera que lo expresado le aplica apropiadamente, y a él remite la Sala. No obstante, se agrega una razón:

Aunque la simple posibilidad de que se afecte la inversión pública en los sectores sociales de Bogotá produce desaliento en la judicatura, cuestión que ésta no busca ni provoca porque, de hecho, está instituida para impartir justicia; también es verdad que semejante propósito se debe hacer compatible con la obligación que también tienen las entidades estatales de honrar el pago de sus otras obligaciones, especialmente las que el juez reconoce a favor de terceros, incluso también pobres y necesitadas, y por ende igualmente afectadas con las conductas reprochables de la administración.

Ver las cosas como las sugiere la Procuraduría –en nombre del Distrito- es un distracción conceptual inaceptable, porque –se insiste- ello no acredita que la entidad altere su sostenibilidad fiscal, a lo sumo se advierte que incurre en un incumplimiento de algunas metas y proyectos del gobierno, que sin duda son buenas y justas, pero no significa que esta afectación altere fiscalmente al Distrito.

e. El traslado del dinero de la condena a la Defensoría del Pueblo supone que ésta no lo ejecutará inmediatamente, con lo cual se pueden perder intereses que rentan mejor en el portafolio que administra el Distrito.

La Sala no abundará en argumentos para desestimar este criterio de defensa de la Procuraduría a favor de la modulación de la sentencia, porque se trata de una razón pragmática que tampoco afecta la estabilidad fiscal del Distrito, toda vez que la circunstancia de que el dinero con que se pagaría la condena rente mejor en el portafolio financiero de una entidad o en el de la otra -mientras se le entrega a las víctimas-, no afecta la única razón que justifica acceder a la solicitud que inicia el incidente de impacto fiscal.

De hecho, podría ser cierta financieramente la razón que expone el solicitante del incidente, pero también es verdad que es inútil para justificar el propósito que persigue, pues una entidad con maravillosos índices financieros alegraría lo mismo para abstenerse de cumplir las condenas en la forma en que lo ordenan las sentencias. Semejante conducta es improcedente, porque no se acredita, se insiste, la alteración *seria* de la sostenibilidad fiscal.

f. Los recursos que le entregará el Distrito a la Defensoría del Pueblo constituyen el 77% del presupuesto de ésta, lo que exigirá de dicha entidad capacidad administrativa adicional para administrarlo; y no la tienen.

Con la misma lógica expresada frente al numeral anterior, se desestima fácilmente esta razón que ofrece el solicitante, porque la administración que la Defensoría del Pueblo haga de los recursos que le traslade el Distrito para pagarle a las víctimas

es un asunto que sólo a ella corresponde, así que es incomprensible la preocupación que expresa la Procuraduría para justificar que ese hecho afecta la estabilidad fiscal del Distrito.

En este horizonte, el dato que se ofrece no prueba la afectación a la sostenibilidad fiscal del Distrito, tan sólo acredita que lastimosamente es escaso el presupuesto anual con que cuenta la Defensoría de Pueblo.

g. La Defensoría del Pueblo debe tramitar ante el Congreso una adición presupuestal para que ingrese a su patrimonio los recursos que le transfiere el Distrito.

Frente a este argumento aplican las razones expresadas en el punto anterior, es decir, que nuevamente la preocupación que manifiesta el solicitante de la modulación de los efectos de la sentencia examinar la manera cómo la Defensoría del Pueblo administrará los recursos, poniendo en duda la eficiencia con que lo hará, aspecto que tampoco le concierne determinarlo al condenado a pagar una indemnización, pues el legislador fue quien definió este aspecto -Ley 472 de 1998- y señaló que a dicha institución le corresponde administrar el dinero de la condena²².

²² El art. 72 de la Ley 472 de 1998 dispuso que: "El manejo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, estará a cargo de la Defensoría del Pueblo", y el art. 65 establece que la sentencia que ponga fin al proceso de acción de grupo dispondrá:

"1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.

"2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente Ley.

"3. El monto de dicha indemnización se entregará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:

"a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El Juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias propias de cada caso;

"b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el Juez en la sentencia.

(...)"(Negrillas fuera de texto)

Asignada esta competencia a la Defensoría del Pueblo, por la Ley 472 de 1998, la gestión administrativa que realice para cumplirla es de su absoluta responsabilidad, así que la adición presupuestal que deba hacer y la manera de cumplirla se ajustará a lo que el ordenamiento jurídico imponga, aspecto que no debe preocupar al deudor de la condena, quien cumple entregando el dinero en la forma que indican la ley, la sentencia y, finalmente, con la logística de la Defensoría del Pueblo.

Lo claro para los efectos de este incidente es que ir o no al Congreso de la República para hacer la adición presupuestal en el erario de la Defensoría del Pueblo no afecta la sostenibilidad fiscal del Distrito, así que se trata de un argumento inatinerante o ajeno a esta problemática.

h) El Marco Fiscal de Mediano Plazo –MFMP- se impactaría negativamente con el pago de la condena, conforme a las cifras que se relacionan en la solicitud de apertura del incidente.

Este argumento, a diferencia de algunos analizados, si defiende la posible afectación “*seria*” a la sostenibilidad fiscal del Distrito; no obstante, la Sala también lo desestimaré, por varias razones:

i) No existe prueba de este hecho, sólo la afirmación del solicitante carente del respaldo financiero para semejante conclusión. La ausencia de la prueba del hecho sería suficiente para negar la solicitud. En palabras de la Corte Constitucional -sentencia C-288 de 2012-: “74.3. Sin embargo, también encuentra la Corte que el *incidente de impacto fiscal* tiene un ámbito aún más restringido, pues no comporta un deber primigenio para las altas cortes en cuanto a la justificación de sus decisiones. Quiere esto decir que, aunque las autoridades judiciales están llamadas a tener en cuenta el criterio orientador de sostenibilidad fiscal, ello no significa que estén obligadas a plantear un estudio detallado sobre las implicaciones fiscales de sus fallos, entre otras razones porque ello excedería

Esta idea se reitera en el art. 71 de la misma ley, que expresa que son funciones de ese Fondo: “d) Efectuar los pagos correspondientes de acuerdo con las costas adjudicadas en contra de un demandante que haya recibido ayuda financiera del Fondo...” y “e) Administrar y pagar las indemnizaciones de que trata el artículo 68 numeral 3 de la presente Ley.”

los límites de sus competencias constitucionales. Este tipo de argumentos corresponden exclusivamente al Ejecutivo o, en los términos de la enmienda constitucional, al Procurador General o al Ministros cuando promuevan el incidente en comento.”

ii) Porque es inadmisibles que el marco fiscal de mediano plazo se afecte en la magnitud que exige el art. 334 de la CP. -para que prospere el incidente de impacto fiscal-, cuando el monto de la condena representa el 1.66% del presupuesto distrital del 2013. Se trata de un monto pequeño, medido en la magnitud que permite comparar cosas equivalentes.

iii) Además, no puede perderse de vista que, finalmente, la ejecución presupuestal del Distrito, en el año 2013, fue del 85,75%, lo que significa que se liberó una suma muy importante de dinero, que bien puede utilizarse en honrar la deuda que se tiene con los habitantes afectados con la catástrofe del relleno sanitario de doña Juana.

De acuerdo con lo dispuesto en el informe consolidado por estructura del plan de desarrollo, la ejecución del presupuesto de inversión 2013, a diciembre, arrojó, entre otros, los siguientes datos: i) la apropiación inicial de inversión directa para el 2013 fue de 10.729.903.644.841,00; ii) la apropiación vigente para ese año 10.473.918.942.393,60 y esa misma cifra correspondió a la apropiación disponible para gastos de inversión de esa anualidad. No obstante, los compromisos solo ascendieron a 8.979.438.698.996,41, es decir, que para el periodo de 2013 solo se comprometió el 85,73% del presupuesto de inversión.

De otra parte, los giros correspondieron a 6.224.492.135.689,64, es decir al 59,43%, y el monto del presupuesto de inversión que quedó sin comprometer ascendió a 2.754.946.563.306,77.²³

Estas cifras, coinciden con las conclusiones que obtuvo la Veeduría Distrital de Bogotá, quien precisó, en su seguimiento y evaluación presupuestal, ejecución presupuestal de gastos de inversión directa a diciembre 31 de 2013, que la

²³ Fuente: Portal web de la Secretaría Distrital de Planeación: http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/ciudadania/PlanesDesarrollo/EjecucionPresupuestal/PI004-EjecucionPresupuestalInversionDirecta_201312.pdf

ejecución presupuestal de la Inversión Directa de la Administración Distrital llegó al 87%, y los giros al 60%, cifras que coinciden, en lo sustancial, con las expuestas por la Secretaría Distrital de Planeación, lo que indica que: de una parte, se dejaron de comprometer \$ 1.3 billones que estaban disponibles y, de otra, \$ 2.7 billones pasaron como recursos comprometidos cuya ejecución efectiva se hará en la vigencia 2014. Así las cosas, de \$ 10 billones disponibles, \$ 4 billones no se ejecutaron "efectivamente" en la vigencia para la cual fueron apropiados (2013).²⁴

iv) Finalmente, para asegurar la estabilidad financiera del Distrito, en el expediente consta que el Concejo autorizó un cupo de endeudamiento de un poco más de 3 billones de pesos –exactamente de \$3'037.283'000.000-, lo que se materializó en el Acuerdo No. 527, del 20 de septiembre de 2013, dinero que, sin duda, una vez se concrete y obtenga respalda y equilibra las finanzas de la entidad.

4.2. Razón que justifica *acceder a la modulación de la sentencia*

a. Plazo para el pago y necesidad de hacer traslados presupuestales entre las Secciones que conforman el presupuesto Distrital, para trasladarlos a la UAESP y pagar la condena, pago que finalmente afectará la inversión social en cada rubro de donde se tomen los recursos.

Afirma el solicitante del incidente de impacto fiscal, que el exiguo plazo concedido para pagarla la condena -10 días- afecta la sostenibilidad fiscal, y por este aspecto se debe modular el pago, en la forma propuesta por el Distrito Capital de Bogotá.

La Sala admite que si bien concedió un término breve para hacerlo, lo hizo en cumplimiento del art. 65 de la Ley 472 de 1998, según el cual el dinero de la condena lo debe entregar la entidad a la Defensoría del Pueblo en ese lapso²⁵. Sin

²⁴ Seguimiento y evaluación presupuestal, Veeduría Distrital, Ejecución presupuestal gastos de inversión directa diciembre 31 de 2013.

²⁵ "Art. 65. *Contenido de la Sentencia*. La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas; dispondrá: (...)

embargo, partiendo de la realidad presupuestal que rige las entidades del Estado, es razonable ampliarlo, no obstante el contenido de esta norma, teniendo en cuenta que la condena es muy alta –aunque no desestabiliza, *per se*, la economía de la entidad (como ya se analizó)-, de manera que es prudente que el juez valore este hecho con racionalidad financiera y ajuste la orden temporal a las variables presupuestales que exige el gasto público.

De allí, la dificultad que en el caso particular representa hacer traslados presupuestales tan cuantiosos justifica modular los efectos de una sentencia como esta, porque la actividad administrativa que demanda su cumplimiento, pese a que es del resorte de su destinatario -de ahí que tiene la obligación de hacer lo que sea pertinente para pagar-, no deja de incidir en la capacidad de cumplir oportunamente, por eso la Sala modulará los efectos de la condena y ampliará el plazo para pagar, pero en los términos más óptimos y eficientes para cumplir, no en otros que generen desidia en el condenado para desembolsar los recursos que posee.

De esta manera, y atendiendo a la comunicación aportada por el Distrito Capital sobre las condiciones finales de pago en que está en capacidad de cumplir, y teniendo en cuenta el paso del tiempo durante el trámite de este incidente, que casi configuran un hecho superado, por la voluntad del Distrito de cumplir en el inmediato futuro, la Sala modulará la parte resolutive de la condena disponiendo que el pago se efectuará así: el Distrito desembolsará a favor de la Defensoría del Pueblo, antes del 31 de diciembre de 2014, mínimo el 50% de la condena; la suma restante la entregará antes del 31 de enero de 2015.

4.3. Actualización de la condena e intereses moratorios

La Sala aclara que como el trámite de este incidente se concedió en el efecto *suspensivo* de la decisión, es decir, que pese a estar ejecutoriada la sentencia de la acción de grupo²⁶ no era exigible la obligación de pagar, entonces no se causaron

²⁶“3. El monto de dicha indemnización se entregará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, **dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria**, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán: (...)” (Negrillas fuera de texto)

intereses moratorios sobre ese monto, mientras duró el trámite de este incidente; pero para evitar el daño injustificado a las víctimas se actualizará en la forma en que lo hace el Consejo de Estado, a partir de la fecha de su expedición –noviembre 1 de 2012- y hasta el pago de cada desembolso, porque a la víctima se le debe entregar el mismo dinero que perdió en el pasado trayéndolo al valor del día en que se le pague, lo que se garantiza con la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. final}}{\text{Ind. inicial}}$$

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

²⁶ Que la sentencia objeto de incidente de impacto fiscal se ejecutoria pese a la interposición de la solicitud de su apertura, se infiere de dos fuentes del derecho: i) del hecho de que el art. 9 de la Ley 1695 de 2013 disponga que cuando se presenta la solicitud la decisión se *suspende*; pero de ninguna manera establece que no queda *ejecutoriada* la providencia, y ii) del hecho de que la Corte Constitucional, en la sentencia C-288 de 2012, expresó que la decisión del proceso ordinario hace tránsito a cosa juzgada, cualidad esta que necesariamente supone la ejecutoria de la decisión.

Sobre el último argumento expresa la Corte: “Además, nótese que el campo de acción del incidente también está restringido a asuntos diferentes a la sentencia en sí misma considerada. Si bien en la versión original de la iniciativa, el incidente se oponía a la decisión judicial, el texto definitivo hace referencia exclusiva a los “efectos” de la sentencia. Esta modificación es trascendental, puesto que permite afirmar que las implicaciones del incidente de impacto fiscal no pueden llegar a afectar los efectos de cosa juzgada de lo decidido por la alta corte de que se trate. Por ejemplo, en virtud del incidente en comento no podría modificarse una decisión que protege derechos constitucionales, al punto de cambiar el sentido de la decisión a uno que niegue el amparo de esas garantías. Esto debido a que esa transformación no versaría sobre los efectos, sino sobre la sentencia en sí misma considerada, que por mandato de la Constitución no puede verse afectada por lo que resuelvan las altas cortes como consecuencia del trámite del incidente de impacto fiscal.

“Conforme lo expuesto, la Sala resalta que el Acto Legislativo hace una importante distinción entre la sentencia y sus efectos, diferenciación que ya había evidenciado la Corte respecto a lo que ha denominado como fallos con “órdenes complejas”. Sobre este respecto se ha enfatizado que es usual que los fallos que protejan facetas prestacionales de derechos constitucionales, estén sometidos a etapas o condiciones para su cumplimiento, en aras de garantizar la eficacia material de los derechos. Así, en la sentencia T-086/03 se explicó...
(...)

“A juicio de la Sala, estos argumentos son aplicables *mutatis mutandis* al caso del incidente de impacto fiscal contenido en el Acto Legislativo. En efecto, la lógica que inspiró al Congreso para circunscribir ese procedimiento a los efectos de las decisiones de las altas cortes, parte de la base que (i) las decisiones que protegen derechos constitucionales son inmodificables, pues de lo contrario se afectarían tanto el valor de la cosa juzgada como la independencia judicial; y (ii) que son los efectos de la sentencia los que son susceptibles de análisis en el incidente de impacto fiscal, siempre dentro de un marco de cumplimiento de los fines esenciales del ESDD.”

Primero: Consérvase la sentencia el 1 de noviembre de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró la responsabilidad del Distrito de Bogotá y de Prosantana; pero *modúlase* la decisión cuarta, para efectos de su adecuado cumplimiento, en los siguientes términos:

"CUARTO.- Como consecuencia de la orden anterior, **DISPÓNESE** que a más tardar al 31 de diciembre de 2014, por lo menos el 50% del monto de la indemnización colectiva objeto de esta condena será entregado al FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS administrado por el Defensor del Pueblo, y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones, según lo ordenado en el artículo 65-3 de la Ley 472 de 1998. La suma restante se desembolsará a más tardar al 31 de enero de 2015.

"Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se realice la primera consignación al fondo mencionado, los actores miembros del grupo deberán acreditar ante el defensor del Pueblo, con prueba idónea, su pertenencia a uno de los subgrupos de acuerdo con los requerimientos establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Ordénase al Distrito de Bogotá actualizar el monto de la condena, desde la fecha de la sentencia proferida por el Consejo de Estado y hasta el día en que haga cada desembolso, según la fórmula que emplea el Consejo de Estado.

Tercero: Una vez ejecutoriada remítase a la Secretaría de la Sección Tercera.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Vicepresidenta

ENRIQUE GIL BOTERO

SANDRA LISETT IBARRA
Ausente

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

Con aclaración de voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS B.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Con salvamento de voto

Ausente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA G.

Con salvamento de voto

Con aclaración de voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ B.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALBERTO YEPES BARREIRO

Ausente

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

Con aclaración de voto

Con salvamento de voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Con aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Con aclaración de voto

Con aclaración de voto

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Ausente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Ausente **Con aclaración de voto**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-26-000-1999-00002-05(IJ)

Actor: PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERO HUGO FERNANDO BASTIDAS

A continuación me permito exponer las razones de mi salvamento de voto a lo decidido por la sala en el auto de la referencia.

Debo advertir que, como lo conoce la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, inicialmente se nos presentó una ponencia que negaba la petición del Distrito Capital de Bogotá, hecha por intermedio de la Procuraduría General de la Nación, para diferir el pago de la abultada condena impuesta en contra del distrito, en la sentencia que resolvió la acción de grupo sobre las indemnizaciones debidas a los afectados por el derrumbe del relleno sanitario “Doña Juana”.

Luego de los debates de rigor, el señor ponente anunció que cambiaría la decisión, en el sentido de resolver el incidente de impacto fiscal atendiendo la petición formulada por el distrito, que básicamente consistía en poder hacer el pago de la condena en varios contados.

En esa medida, finalmente se trajo la ponencia que terminó aprobada y que dizque “moduló” los efectos de la sentencia. Digo dizque porque el auto terminó ordenando el pago de \$ 227.440.511.400, en dos contados iguales pagaderos en menos de un mes. Es cierto: el propio Distrito Capital terminó finalmente pidiendo eso.

El auto objeto de este salvamento inicia por exponer el trámite sufrido por el acto legislativo que finalmente modificó el artículo 334 de la Constitución Política, en cuanto incluyó la obligación de todas las ramas del poder público de actuar conforme con el marco de sostenibilidad fiscal y creó el incidente de impacto fiscal en contra de las sentencias dictadas por las máximas corporaciones judiciales.

Luego, el auto examina el incidente de impacto fiscal y en ese estudio incurre en unas contradicciones. Por un lado, pareciera que la Sala se resiste a aplicar las consecuencias de aceptar el impacto fiscal, por causa de fallos condenatorios a cargo del erario y, por otro, aduce razones para aceptar el incidente en aras de una auténtica sostenibilidad fiscal.

En la página 41, por ejemplo, se dice que una vez se acepte el incidente las consecuencias del mismo solo girarán alrededor del cumplimiento de la sentencia, pero que no se discutirán de nuevo ni las pretensiones ni las excepciones ni los argumentos de derecho porque: *“la decisión está tomada y la condena impuesta, así que la cosa juzgada sobre la causa petendi adquiere, en principio, la firmeza, intangibilidad, estabilidad e inamovilidad que le es propia; así que el incidente del impacto fiscal no puede encubrir, ocultar ni disimular una segunda o tercera instancia...”*.

Hasta aquí hay una defensa de la cosa juzgada, cosa que reitera a menudo la providencia. Vale anotar que el dogma de la cosa juzgada ha sufrido cierto debilitamiento, pues ya no es ese principio duro e inamovible, que generalmente se predica de las sentencias ejecutoriadas. Es más, la cosa juzgada, con la fuerza que solemos decir que tiene, es propia del ámbito del derecho civil y no propiamente cuando interviene el derecho público o la defensa de derechos fundamentales, cuya estirpe está en el derecho constitucional. De ese modo, por ejemplo, la tutela contra sentencias judiciales pulveriza el ideal de cosa juzgada inamovible y definitiva.

La providencia de la que me aparto dice que la cosa juzgada no puede quedar *“a merced de un principio económico”* (página 43), aludiendo a la sostenibilidad fiscal. Pero en treinta páginas anteriores había dicho que la sostenibilidad fiscal no es ningún principio constitucional, siguiendo en esto a la Corte Constitucional, que así lo dijo en la sentencia C-288 de 2012.

La ponencia, luego de divagar entre la cosa juzgada y la obligación de todas las ramas del poder público de actuar conforme con el marco de sostenibilidad fiscal, termina diciendo que:

“En definitiva, la sala no permitirá que el incidente de impacto fiscal se convierta en una instancia más del proceso ordinario, ni en un mecanismo de gestión financiera al servicio de la entidad, con el propósito de diferir la condena en varios pagos para amortiguar sus finanzas. No se trata de una negociación sobre la forma de pago, ni de una oportunidad para obtener rendimientos económicos... ni la ocasión para evadir transitoriamente el fallo. De ninguna manera!, (sic) defenderá (la Sala)

celosamente la obligación de pagar, para defender a la víctima, que ahora se pretende sacrificar aún más, con el eventual aplazamiento del pago” (página 105. Resaltado fuera del texto).

Con todo respeto, la anterior exclamación me parece totalmente inadecuada y fuera de lugar, pues el incidente de impacto fiscal justamente está creado como un mecanismo adicional de gestión financiera en favor del Estado para luchar en contra de sentencias que hayan ordenado desembolsar enormes recursos estatales, sin parar mientes en la sostenibilidad fiscal, que, en últimas, permite que los recursos escasos del Estado (que casi siempre lo son) irradian de forma igualitaria y priorizando necesidades públicas y los beneficios derivados de los programas sociales a cargo del Estado.

La palabra “víctima” o “víctimas” no puede usarse para atraer compasión de quien ha sufrido daños antijurídicos, de modo que el Estado termine entregando todos los recursos disponibles a ese grupo de ciudadanos, en perjuicio de los ciudadanos no víctimas, pero que igual necesitan de la gestión estatal para acceder a servicios y programas que dependen de alguna manera del erario. No podemos dividir la sociedad colombiana entre “las víctimas”, de tanto daño ocurra por ahí, y los “no víctimas”, que como nunca demandaron una sentencia reivindicatoria de sus derechos pasarían a ser ciudadanos de segunda clase para recibir los beneficios estatales.

Intervine en la Sala Plena que estudió el incidente de impacto fiscal de marras y me permití hacer las siguientes reflexiones en ese momento, reflexiones que me ayudan a sustentar el presente salvamento de voto:

“Del concepto de la sostenibilidad fiscal

En la literatura económica no existe una definición clara de lo que debe entenderse por sostenibilidad fiscal. Una aproximación al concepto se halla en el estudio ‘Sostenibilidad fiscal en Colombia: una mirada hacia el mediano plazo’, de la Subgerencia de Estudios Económicos del Banco de la República, que explicó que la posición fiscal de un país es sostenible si el gobierno reconoce y cumple la Restricción Presupuestaria Inter-temporal (RPI). La RPI es un principio de naturaleza contable que describe los factores que inciden en la evolución de la deuda pública. Esa postura también permite hacer pronósticos sobre la trayectoria futura de la deuda y derivar conclusiones básicas de política consistentes con una postura fiscal determinada. Un amplio número de estudios sobre sostenibilidad fiscal, aplicados tanto para los países de la OECD como para países de ingreso medio y bajo, han hecho uso de este principio contable. Sin embargo, en los últimos años han surgido otros enfoques que permiten abordar el tema. Entre otros, cabe mencionar (i) el enfoque de la hoja de balance, según la cual la sostenibilidad o solvencia de un gobierno se valora como si fuera una empresa, de manera que un cambio positivo del patrimonio neto público es indicador de solvencia fiscal; (ii) el enfoque valor de riesgo (value at risk) que provee la máxima tasa de interés que permite hacer sostenible la deuda; y

(iii) otros enfoques que usan técnicas estadísticas novedosas para trazar trayectorias de deuda asociadas a determinadas distribuciones de probabilidad, a partir de simulaciones estocásticas (fan chart approach)²⁷.

Y en el documento 'Una nota sobre la sostenibilidad fiscal y el nexo entre los ingresos y gastos del Gobierno colombiano' Ignacio Lozano y Enrique Cabrera²⁸ explican que "las finanzas públicas de un país son sostenibles, en la medida que el gobierno sea consecuente inter-temporalmente con su restricción presupuestaria. Esto implica que la política fiscal debe estar orientada en el largo plazo a la generación de ahorros (superávits primarios) que garanticen honrar la deuda pública. La definición de la restricción presupuestaria establece que la variación de la deuda del gobierno entre dos períodos ($B_t - B_{t-1}$) debe ser igual al pago de sus intereses (itB_{t-1}) menos el superávit primario S_t (esto es, $B_t - B_{t-1} = itB_{t-1} - S_t$). El superávit primario está dado por la diferencia entre los ingresos, T_t , y los gastos, G_t , del gobierno ($S_t = T_t - G_t$), excluyendo los intereses de la deuda, y en estas definiciones las variables se expresan en moneda local'.

En términos más sencillos, la sostenibilidad fiscal suele estar asociada a la capacidad de un Estado para atender eficientemente la deuda pública, esto es, para satisfacer en el largo plazo las obligaciones y lograr la estabilidad macroeconómica. La sostenibilidad fiscal alude también al equilibrio que debe existir para disminuir el déficit entre el ingreso y el gasto público.

La sostenibilidad fiscal y el Estado social de derecho

La Constitución de 1991 contiene varias reglas que facultan al Estado para intervenir en la economía. De hecho, el Título XII se refiere al régimen económico y de la hacienda pública. Ahí aparecen las normas del plan de desarrollo (artículos 339-344), del presupuesto (artículos 345-355), de la forma de distribuir los recursos (356-364), de los servicios públicos (363-370) y de la banca central (artículos 371-373). Toda esa regulación es lo que se ha llamado la constitución económica.

Justamente, el artículo 334 CP prevé, entre otras cosas, que la dirección general de la economía está a cargo del Estado. Que el Estado está llamado a intervenir en la explotación de 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.

²⁷ Publicado por la Universidad de Antioquia, en Perfil de Coyuntura Económica (número 9, 2007). Tomado de: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/1897.pdf>

²⁸ Publicado por el Banco de la República, en Borradores de Economía (número 579, 2009). Tomado de: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra579.pdf>

El acto legislativo 03 de 2011 modificó el artículo 334 y estableció la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la actividad de las ramas y órganos del poder público, que están obligados a entablar un diálogo armónico y permanente para lograr que las decisiones judiciales de las llamadas altas cortes no afecten la sostenibilidad fiscal del Estado.

La novedosa figura del incidente de impacto fiscal no desconoce el atributo de la cosa juzgada de la sentencia, sino que busca conciliar los efectos de la sentencia para permitir que se modifiquen, modulen o difieran, cuando se pueda llegar a afectar la sostenibilidad fiscal. Esto es, en el trámite incidental se decidirá únicamente frente a la forma de cumplir la sentencia, en aras de no afectar la sostenibilidad fiscal del Estado.

De hecho, la reforma constitucional habilita al Procurador General de la Nación y a los ministros del gobierno para solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal para que justamente se modulen, modifiquen o difieran los efectos de la sentencia judicial que afecta la sostenibilidad fiscal del Estado, sin que pueda desconocerse derechos fundamentales.

Ahora, para definir si la condena afecta la sostenibilidad fiscal necesariamente hay que echar mano de los principios que rigen el presupuesto público: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeóstasis²⁹ (artículos 12 a 21 del Estatuto Orgánico del Presupuesto).

Pero no solo eso, el impacto fiscal que pueda generar la condena debe examinarse desde la óptica del gasto público social, que, como se sabe, permite el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. La sostenibilidad fiscal permite que se dispongan los recursos necesarios para atender el gasto público social, que precisamente permite desarrollar y consolidar la fórmula del Estado social de derecho.

El Estado fiscalmente sostenible facilita el cumplimiento de los fines esenciales y garantiza la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, conforme lo establece el artículo 2° de la Constitución Política.

*Justamente para lograr esos cometidos, el artículo 350 CP prevé que la política fiscal debe planearse desde el concepto de **gasto público social**, que será importante para determinar el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, y que, además, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, tal y como también lo prevé el artículo 334.*

²⁹ Autorregulación.

El artículo 365, por su parte, señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que es su deber asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

En esa misma tónica, el artículo 366 expresa que el bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, y que el Estado debe propender por la solución de las necesidades básicas de salud, educación saneamiento ambiental y de agua potable.

Existe, pues, una fuerte conexión entre la sostenibilidad fiscal y el modelo de Estado social de derecho. La falta de sostenibilidad necesariamente incide en el componente de gasto público social, que, de hecho, puede resultar afectado por las condenas judiciales. De ahí que, como ocurre en este caso, es indispensable determinar el impacto fiscal que genera la sentencia condenatoria, sin que eso implique que se desconozca o sacrifiquen los derechos de los beneficiados por la condena.

Del impacto fiscal que genera al Distrito Capital la sentencia del primero de noviembre de 2012

Me propongo demostrar por qué sí debe ser atendida favorablemente la pretensión que formuló el Procurador General de la Nación para modular los efectos de la condena impuesta al Distrito Capital, en la acción de grupo que se promovió para que se indemnizaran los perjuicios causados por el deslizamiento de un millón doscientas mil toneladas de toda clase de desechos, que ocurrió en el año 1997 en el relleno sanitario Doña Juana.

La sentencia del primero de noviembre de 2012, entre otras cosas, resolvió:

- Que el Distrito Capital debía pagar ‘a título de indemnización de daño moral y afectación de los derechos constitucionales a la intimidad familiar y a la recreación y libre utilización del tiempo libre, la suma de \$227.440.511.400³⁰ a los integrantes del grupo que se hayan constituido como parte en el proceso y los que lo hagan después, en los términos señalados en la parte motiva’.*
- Que el pago debía hacerse en los diez días siguientes a la ejecutoria y que la administración del dinero estaría a cargo del fondo para la protección de los derechos e intereses colectivos de la Defensoría del Pueblo. Es un desembolso único en favor del fondo y con destino a pagar condenas individuales.*
- Que Prosantana debía reembolsar al Distrito Capital el valor de la condena.*

³⁰ Que equivale a más de 110 millones de dólares.

- Que, en los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, los afectados que no se hicieron parte en el proceso podían acudir ante la Defensoría del Pueblo para reclamar el pago de los perjuicios asociados al deslizamiento del relleno sanitario.

- Que, en los términos del artículo 64 de la Ley 472/1998, debían liquidarse los honorarios del abogado coordinador, 'en una suma equivalente al 10% de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente'.

Precisamente por el monto elevado de la condena, estimo que tiene perfecta cabida el incidente de impacto fiscal para modular los efectos de la sentencia, pues, como bien está documentado en el expediente, el pago inmediato afectaría en el mediano plazo las finanzas del Distrito Capital, al punto que limitaría el cumplimiento del plan de desarrollo 2012-2016. De hecho, el pago inmediato de la condena afectaría el gasto público social, en cuanto habría que destinar dineros en detrimento de los recursos que ya se tienen presupuestados para salud, educación y ambiente, tal y como quedó probado con el informe del Procurador Delegado para la Economía y Hacienda Pública.

Y todo eso, a mi juicio, es verdad, pues está probada la afectación a la sostenibilidad fiscal del Distrito Capital que se generaría por pagar la condena de \$ 227.440.511.400. No es admisible que se diga que el presupuesto del año 2013 (año de ejecutoria de la sentencia cuyos efectos se pide modular) fue de \$13.600.944.944.000 (algo más de 13 billones de pesos) y que, entonces, la afectación por la condena sería inferior al 1,66 % del total del presupuesto. Es decir, resulta deleznable el argumento de que \$ 227.440.511.400 es una cantidad 'que no resulta tan abismal considerando el presupuesto de la entidad'. Todo lo contrario, el 1,66 % del presupuesto del Distrito Capital es un porcentaje considerable, que, sin duda, genera el impacto fiscal que busca prevenir el artículo 334 CP.

El impacto fiscal no puede medirse de la manera ligera como se hace en el proyecto. Existen, de hecho, otras variantes que indican que la condena termina por afectar la inversión en salud, educación y medio ambiente (esto es, el gasto público social, que, como se vio, es prioritario) y que se pone en riesgo la ejecución del plan de desarrollo, justamente por los movimientos presupuestales que se deben hacer para cumplir con la condena, en detrimento del gasto público social, insisto.

Eso debería ser suficiente para atender favorablemente la solicitud de modular los efectos de la sentencia.

Con todo, hay que aclarar que la modulación de los efectos de la sentencia no afecta el derecho a la reparación del daño ni desconoce los postulados del Estado social de derecho ni sacrifica el valor de la justicia, como se sugiere en el proyecto que ahora se discute. En la modulación podría ordenarse que, por ejemplo, el primer desembolso esté destinado al pago de

los perjuicios de los que intervinieron como demandantes en la acción de grupo. El pago de los perjuicios a los afectados que no acudieron al proceso bien podría diferirse hasta tanto se surte la actuación posterior ante la Defensoría del Pueblo para que se haga de manera paulatina y gradual. Así queda garantizado el derecho a la reparación, se protege la estabilidad fiscal y se honra el cumplimiento de la sentencia condenatoria, que parece ser lo que más preocupa en el proyecto que se discute.

Empero, la sostenibilidad financiera está también afectada por la obligación que se impone al Distrito Capital de pagar los honorarios del abogado coordinador del grupo. Ocurre que el abogado coordinador podría llegar a recibir por concepto de honorarios la suma de \$22.283.550.720³¹. Veamos:

En los términos de la sentencia, la indemnización a cargo del Distrito Capital asciende a \$ 227.440.511.400, suma que deberá distribuirse entre los afectados por el deslizamiento en el relleno sanitario Doña Juana, esto es, entre 65.536 personas³². Los afectados fueron divididos en subgrupos, así:

(i) Personas que hacen parte del grupo demandante

Subgrupo 1³³: 1119 personas.

Subgrupo 2³⁴: 353 personas.

Total: 1472 personas, que comparecieron al proceso.

(ii) Personas que no acudieron al proceso

Subgrupo 3³⁵: 64064 personas

Entonces, la indemnización quedaría de la siguiente manera:

	No. de personas	Indemnización total al grupo	Indemnización por persona
Subgrupo 1	1.119	\$ 3.804'823.800	\$ 3'400.200
Subgrupo 2	353	800'180.400	2'266.800
Subgrupo 3	No identificados	No determinado	1'133.400
Personas que	64.064		

³¹ Que equivale a más de 10 millones de dólares.

³² La sentencia tomó ese número de afectados del censo de usuarios del servicio de acueducto y alcantarillado de las localidades de Kennedy, Rafael Uribe, Ciudad Bolívar, Usme, San Cristóbal, Tunjuelito y Bosa.

³³ Correspondiente al nivel de impacto más elevado por su cercanía con el relleno sanitario. La sentencia fijó 3 smlmv por persona, por concepto de daño moral y 3 smlmv, por la afectación de bienes constitucionales.

³⁴ Correspondiente a un nivel de impacto medio. La sentencia fijó 2 smlmv por concepto, por concepto de daño moral y 2 smlmv, por la afectación de bienes constitucionales.

³⁵ Que corresponde al área en la que el impacto fue menor. La sentencia fijó 1 smlmv, por concepto de daño moral y 1 smlmv, por la afectación de bienes constitucionales. No obstante, al proceso no comparecieron demandantes de ese subgrupo.

no comparecieron		222.835'507.200	3'478.327 ³⁶
Total	65.536	227.440'511.400	

Lo anterior indica que, en los términos del numeral sexto de la sentencia, los honorarios del abogado coordinador podrían ascender a \$ 22.283.550.720, suma que corresponde al 10 % de la indemnización reconocida a los afectados que no acudieron al proceso y que no fueron representados judicialmente.

Paradójicamente el mayor beneficiado con la sentencia condenatoria sería el abogado coordinador del grupo. Ninguno de los afectados recibiría como indemnización un valor siquiera cercano a los honorarios del abogado coordinador. Eso ya es escandaloso y es una razón adicional para que prospere la solicitud de modular los efectos de la sentencia. ¿Que una entidad pública reconozca honorarios por más de 22 mil millones no indica también que se afecten las finanzas públicas? La respuesta es sí. No me cabe la menor duda.

Esa decisión no solo impacta negativamente las finanzas del Distrito Capital, sino que crea una situación de injusticia mayor a la que se pretendió solucionar con la sentencia condenatoria. Es más, estimo que la sentencia condenatoria se quedó corta en adoptar verdaderas medidas de reparación. La sentencia no debió limitarse a tasar el quantum del perjuicio, sino que bien pudo disponer soluciones para que la comunidad afectada recibiera una indemnización adicional a la económica: la construcción de parques, escuelas, centros de salud, etcétera. A mi juicio, era más justo ordenar que los \$ 227.440.511.400 se invirtieran en obras para la comunidad afectada, en lugar de entregar a cada afectado sumas de dinero, que individualmente consideradas terminan siendo irrisorias, al lado del perjuicio causado, y que no van a ayudar con la justicia social.

Como se sabe, las agencias en derecho hacen parte del concepto de costas procesales. El concepto de agencias en derecho abarca los gastos judiciales en que incurre la parte beneficiada por la condena, tales como los honorarios de abogado o auxiliares de la justicia.

La fijación de los honorarios debe atender, además, a la naturaleza, la calidad y duración de la gestión realizada por el abogado coordinador, tal y como lo prevé el artículo 393 CPC, cuyo contenido es similar al que adoptó el artículo 366 CGP. De hecho, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es la encargada de fijar las tarifas de las agencias en derecho,

³⁶ Para fijar el monto de la **indemnización colectiva**, la sentencia tomó el censo total de afectados (65.536) y asumió que todos pertenecían al subgrupo 1. Es decir, se multiplicó 65.536 por 6 salarios mínimos (\$3'400.200), que arrojó un total de \$ 222.835.507. Sin embargo, conforme con la sentencia, la indemnización de las personas que no comparecieron al proceso puede variar, en la medida de que pertenezcan al subgrupo 1, 2 o 3.

tal y como lo hizo por medio del Acuerdo 1887 de 2003. Ese acuerdo, por ejemplo, prevé que en las acciones de grupo que se siguen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las agencias en derecho se fijarán hasta en 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes, si el proceso se tramita en primera instancia, y hasta en un salario mínimo mensual legal vigente, cuando el asunto es de segunda instancia³⁷.

Es más, en materia de honorarios existe una regla básica y de sencilla aplicación: las tarifas por porcentaje se aplicarán de manera inversamente proporcional al valor de las pretensiones. Esto es, entre más alta la pretensión más bajo es el honorario que debe fijar el juez.

Empero, la fijación de los honorarios del abogado no puede resultar de la aplicación mecánica de las normas que los regulan. Conforme con las normas antes mencionadas, el juez es autónomo para establecer las sumas que remuneren de manera razonable y proporcional la gestión del abogado.

En el sub lite, no es razonable ni proporcional que los honorarios del abogado coordinador superen el valor de la indemnización de cada afectado, que, como antes se explicó, no supera \$4.000.000.

Eso, a mi juicio, demuestra que la sostenibilidad fiscal se afecta no solo porque el Distrito Capital deba pagar \$ 227.440.511.400, en detrimento del gasto público social, sino que se vería obligado a pagar honorarios al abogado coordinador, por valor aproximado a los \$ 22.283.550.720”.

En síntesis, me permito concluir lo siguiente:

Primero: el incidente de impacto fiscal, en un momento dado, puede implicar la reforma o la modificación de la sentencia misma. La fuerza de la cosa juzgada en favor del demandante que ganó el pleito es finalmente una cosa de interés privado. La sostenibilidad fiscal es una cuestión de orden público económico y social. El interés privado cede ante el interés público. El parágrafo del artículo 334 de la Constitución lo que dice es que la sostenibilidad fiscal no se podrá invocar para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Sí, pero los derechos fundamentales y no siempre el pago de indemnizaciones representa casos de salvaguarda de tales derechos. El pago de esas indemnizaciones podría venir de haberse afectado los intereses patrimoniales privados, que sí merecen protección, siempre que no vayan en contra del orden público económico y social. Leer ese parágrafo en clave de que las sentencias que ordenan pagos en contra del erario son siempre y, en todo

³⁷ III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

(...)

3.2. ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO.

Primera instancia. Hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Segunda instancia. Hasta un (1) salario mínimo mensual legal vigente

caso, inmodificables no es una lectura realista. Puede resultar contrario a la propia Constitución.

Segundo: en el caso concreto, bien podía hacerse un estudio más detenido de las implicaciones fiscales de la condena impuesta al Distrito Capital para, en efecto, ordenar un pago diferido en un mediano plazo. Y no como se dispuso: pago en dos contados en prácticamente menos de treinta días, de nada menos que \$ 227.440.511.400. Que los funcionarios públicos digan ante el Consejo de Estado “que ya tienen la plata” y que bien pueden atender el pago en esas condiciones es una petición que debe recibirse con beneficio de inventario. La sostenibilidad fiscal es una cuestión objetiva, regulada por leyes de planificación y de presupuesto, y mantener la sostenibilidad fiscal no depende de la voluntad de unos funcionarios públicos, sino de las verdaderas condiciones económicas y financieras de la entidad pública obligada a asumir el pago de esa cuantiosa condena.

Tercero: en el sub lite, resultó inconstitucional, a mi juicio, la aplicación del numeral 3 del artículo 64 de la Ley 472 de 1998, que le conoce un diez por ciento de honorarios al abogado coordinador del grupo, pues es un verdadero exabrupto que litigios de tan alta cuantía produzcan rendimientos del diez por ciento del valor de la condena, tal como lo expliqué.

Cuarto: el Consejo de Estado está en mora de fijar jurisprudencia nueva sobre el modo de indemnizar víctimas de la violación de los derechos colectivos al medio ambiente y sus sucedáneos. Da pena corroborar que esa cuantiosa suma de dinero que desembolsara el Distrito Capital no va a beneficiar realmente al colectivo de víctimas del derrumbe del relleno sanitario. Eso es así porque, lo máximo que recibirá una persona afectada será \$ 3.400.200.

La sentencia recurrió a las indemnizaciones tradicionales para resarcir el perjuicio de los llamados “derechos subjetivos-colectivos”, esto es, los sufridos personalmente por quienes integran un sujeto jurídico colectivo. Más de doscientos mil millones de pesos pudieron servir para mejorar las condiciones de vida de los habitantes de los barrios afectados por el relleno: parques, ciclorrutas, mejora de los servicios públicos domiciliarios, abrir otro relleno sanitario, en fin, obras y beneficios colectivos, si finalmente los daños provienen de la violación de derechos colectivos. Pero darle a cada víctima tristes \$ 3.400.200 y al abogado diez millones de dólares no soluciona el problema, ¡lo agrava!

Quedan así expuestas las razones del salvamento de voto.

Respetuosamente,

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-26-000-1999-00002-05(IJ)

Actor: PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERO DANILO ROJAS
BETANCOURTH

1. Aunque comparto la decisión mayoritariamente adoptada en el trámite de incidente de impacto fiscal de la referencia, discrepo de algunas de las apreciaciones contenidas en la providencia pues, por un lado, unas de ellas no aportan elemento alguno a la discusión hermenéutica que se dio para asumir la decisión de modular el fallo objeto del incidente y, además, otras son equivocadas por abordar temáticas en las que resultó evidente la falta de conocimiento del juez, tal como pasa a mostrarse en los párrafos siguientes.

2. En primer lugar, considero que carece de sentido alguno el que en la providencia se haga un extenso recuento del trámite legislativo que se surtió en la aprobación de la reforma al artículo 334 de la Constitución Política (ver páginas 13 a 30). En efecto, se trata de una narrativa que podría haber sido pertinente para evaluar la regularidad de los pasos seguidos por el Congreso de la República en la adopción de la reforma constitucional –labor ésta que ya fue realizada con suficiencia por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, por medio de la cual se conoció y se resolvió acerca de la exequibilidad del Acto Legislativo n.º 03 de 2011–, mas no son claras las razones por las cuales el aludido recuento se consideraba necesario para la decisión que debía asumir la Sala de cara al presente asunto. Tal impertinencia es tan evidente, que las aludidas consideraciones ya se encontraban incluidas en el proyecto inicial que fue sometido a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el cual se proponía una decisión diametralmente opuesta a la que finalmente se

adoptó en la resolución del incidente de impacto fiscal de la referencia, lo que demuestra que se trata de apreciaciones que nada aportan para la decisión – *obiter dicta*–. Con dicho proceder, en la providencia se pasó por alto el mandato contenido en el artículo 279 de la Ley 1564 de 2012³⁸, que establece que debe ser breve la motivación de las providencias, con exposición de las motivaciones que sean estrictamente necesarias para sustentar las decisiones.

3. En segundo lugar, discrepo parcialmente de las consideraciones contenidas en el acápite denominado “*efectos del incidente de impacto fiscal sobre la teoría general del Estado y del derecho*” (págs. 44 a 56), en donde se introducen –sin mencionarlo expresamente– algunas categorías propias de teoría constitucional, en especial lo que tiene que ver con el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil, punto en el cual en forma vaga se sostiene que la institución de la responsabilidad estatal es un elemento indispensable para garantizar el estado de civilidad de la sociedad colombiana. En este punto, considero que la decisión sobre el incidente de impacto fiscal en el *sub lite*, no es el escenario adecuado para llevar a cabo el grueso debate propuesto por la providencia de cuya motivación me aparto, máxime cuando no todas las posturas –tanto desde el punto de vista de la teoría del Estado como la del derecho– defienden una misma significación de conceptos tales como “estado de naturaleza” o “sociedad civil” y, antes bien, existen algunas posiciones que propenden por la defensa a ultranza del aparato estatal –incluso por encima del individuo– para efectos de conservar el estado de civilidad, lo que es una tendencia que, traducida a la problemática de la tensión que existe entre la sostenibilidad fiscal y otros principios constitucionales, podría dar lugar a sostener que aquélla debería tener un nivel de precedencia absoluta, cosa que a su vez iría en contra de los postulados del Estado Social de Derecho.

³⁸ “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”. El texto de la norma aludida es el siguiente: “**ART. 279.- Formalidades.** Salvo los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa. No se podrá hacer transcripciones y reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente. Las citas jurisprudenciales y doctrinales se limitarán a las que sean estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación de la providencia...”. Similares previsiones estaban contenidas en el inciso segundo del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: “**ART. 303.- ...** // A excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa; no se podrá hacer transcripciones de actas, decisiones o conceptos, que obren en el expediente...”.

4. Finalmente, tampoco comparto el razonamiento expuesto en la providencia para contestar la argumentación blandida por quien solicitó la modulación del fallo, punto en el cual la Sala utilizó conceptos, terminología y consideraciones que, además de ser propios de una técnica financiera ajena al conocimiento del juez – y sin dictamen pericial a la vista– (págs.. 60 y sgts.), no fueron analizadas con la razonabilidad que corresponde a la solución de las cuestiones que plantea el caso objeto de análisis. Así, por ejemplo, las aludidas reflexiones pasaron por alto el hecho de que el impacto fiscal debería evaluarse en relación con la dependencia administrativa directamente involucrada en los hechos juzgados por el Consejo de Estado –donde el impacto fiscal es evidente–, y no frente al presupuesto global del Distrito, punto en el que se diluyen las consecuencias económicas que puede tener una sentencia condenatoria como la que se analiza en el *sub lite*.

5. En ese sentido, aun cuando considero que fue acertada la decisión de modular los efectos de la sentencia emitida por la Sección Tercera en el proceso de la referencia, considero que era superfluo incluir en la providencia aseveraciones tales como que es necesario relacionar el monto de la condena con la capacidad económica del Distrito y, acto seguido, aseverar que “... *el monto de la condena no resulta abismal considerando el presupuesto de esa entidad...*” (pág. 61). O la que tiene que ver con la sostenibilidad financiera del Plan de Desarrollo en el Distrito, en los siguientes términos:

Como si fuera poco, no sólo es inaceptable creer que destinar el 1.66% del presupuesto del año 2013 para pagar una condena altera la sostenibilidad fiscal del Distrito, sino que esto tampoco es cierto, porque el Plan de Desarrollo que se analiza se debe ejecutar (4) años: entre el 2012 y 2016, así que faltan los años 2014, 2015 y 2016 para cumplirlo, desde luego con los presupuestos anuales de cada uno de esos años, que si hipotéticamente fueran iguales diluirían el impacto – ya de por sí exiguo– del 1,66% haciendo que en cada año se pueden absorber las cifras en un porcentaje insignificante (p. 63).

6. Al respecto, considero que era imprescindible que en la versión final de la providencia se incluyera la discusión que se llevó a cabo en la Sala Plena, donde pudo determinarse que en el caso concreto no podía ponderarse el impacto fiscal de la condena, a partir de una comparación de esta con el presupuesto global del Distrito Capital de Bogotá, sino que debían tenerse en cuenta los recursos económicos disponibles para la dependencia distrital que tenía a su cargo el cumplimiento de lo decidido en la sentencia materia del incidente de impacto fiscal.

7. Del mismo modo, considero que son innecesarias las insinuaciones con las que se pretende decir que carece de relevancia económica la condena impuesta por la Sección Tercera –Subsección “C”–, máxime cuando la conclusión final fue la procedencia del incidente de impacto fiscal, con lo que quedó desvirtuada cualquier consideración tendiente a sostener la posición contraria, tal como pretendió hacerse en los acápites antes citados, en una argumentación que resulta contradictoria e incoherente.

En los términos anteriores dejo manifestados los motivos de mi discrepancia con algunas de las motivaciones del fallo de la referencia.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-26-000-1999-00002-05(IJ)

Actor: PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CONSEJERO GERARDO ARENAS MONSALVE

He suscrito la sentencia mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al decidir sobre una solicitud encaminada a

diferir en el tiempo los efectos de una sentencia de la Sección Tercera de la Corporación, emitida el 1° de noviembre de 2012, que resolvió una demanda de acción de grupo en contra del Distrito Capital de Bogotá, estudió la procedencia del denominado *incidente de impacto fiscal*.

La parte resolutive de la sentencia, que compartí junto con la mayoría, resolvió conservar la sentencia de la fecha antes indicada, pero modulando una parte de la decisión “para efectos de su adecuado cumplimiento”, disponiendo que fuera pagado “a más tardar el 31 de diciembre de 2014, por lo menos el 50% de la indemnización colectiva objeto de la condena”, y que “la suma restante se desembolsará a más tardar el 31 de enero de 2015”. Así mismo se dispuso ordenar al Distrito “actualizar el monto de la condena” conforme a la fórmula que emplea la Corporación para tales fines.

El objeto de la presente aclaración de voto está en que no comparto plenamente algunas de las apreciaciones de la parte considerativa, en la forma que procedo a explicar.

Estimo, en efecto, que la nueva institución constitucional del incidente de impacto fiscal, prevista en el artículo 334 de la Carta, tal como fue modificado por el Acto Legislativo No. 3 de 2011, constituye un mecanismo creado para “evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal” mediante la decisión de “modular, modificar o diferir” los efectos de una sentencia proferida por una de las Altas Cortes judiciales del país. Dicho mecanismo, cuyo trámite es obligatorio surtir, debe ser aplicado por las mencionadas altas corporaciones si se cumplen los requisitos establecidos en la norma constitucional, con las restricciones impuestas por la misma Constitución, la principal de las cuales es la prohibición para que a través de ese mecanismo se menoscaben los derechos fundamentales de las personas.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-288 de 2012 declaró que la figura en estudio se ajusta a la Carta Política en cuanto no constituye una sustitución de la Constitución, entendiendo que dicha institución debe interpretarse y aplicarse en armonía con las demás reglas y principios constitucionales, entre ellas, la prelación que en la Carta tiene el gasto público social. Igualmente la Sala Plena Contenciosa, mediante el auto en el que resolvió tramitar el incidente, había efectuado un análisis global de la figura del incidente de impacto fiscal y sus limitaciones implícitas.

Ahora en cambio, además de referir esos antecedentes, la sentencia contiene unas expresiones que denotan una mentalidad de rechazo a la figura constitucional que no comparto. Si bien en la primera versión del proyecto que fue discutido en sala dicho rechazo era aún más explícito y casi de rebeldía a la aceptación de la figura, en la sentencia definitiva no termina de aceptarse la institución.

En efecto, hay en la sentencia un extenso y muy detallado recuento de las vicisitudes del proyecto de acto legislativo, con la finalidad de mostrar que éste

siempre fue rechazado en los distintos debates y que la figura renació prácticamente al final de la legislatura. Ese recuento, en mi criterio, sería más propio de una demanda de inconstitucionalidad por vicios de trámite de la figura del incidente de impacto fiscal, que un aporte jurisprudencial a los caracteres de la institución.

Igualmente, en mi criterio no son apropiadas las expresiones de la sentencia que rechazan el contenido modulador o de diferimiento de los efectos de la sentencia, con la idea de que *“las condenas que imponga esta Corporación se pagan en la forma que indica la respectiva sentencia”*, porque según la Sala *“admitir que el Estado posponga un solo día el pago de la indemnización del daño que produjo, resulta, en principio, injustificado en un Estado Social de Derecho”*. Sencillamente no puedo compartir esas expresiones, porque con ellas se impide, sin más, la aplicación de una figura creada en la Constitución y avalada por el juez de constitucionalidad, precisamente para facilitar el cumplimiento de las condenas judiciales dentro de razonables criterios de racionalidad financiera y presupuestal.

Con estas breves consideraciones, aclaro el voto emitido en relación con la decisión del incidente de impacto fiscal de la referencia.

Fecha ut supra.

GERARDO ARENAS MONSALVE

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación número: 11001-03-26-000-1999-00002-05(IJ)

Actor: PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto respecto de la decisión proferida por la Sala Plena de esta Corporación el 25 de noviembre de 2014.

Aunque compartí la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, considero necesario aclarar mi voto en el sentido de precisar que disentí parcialmente del fallo que ahora es objeto del presente incidente de impacto fiscal, esto es, de la sentencia de 1° de noviembre de 2012 dictada por el Pleno de la Sección Tercera.

Dicho salvamento fue fundamentado en la i) insuficiente motivación del daño antijurídico, especialmente cuando debe analizarse la ocurrencia de un daño ambiental; ii) insuficiente motivación de la imputación, y de su encuadramiento según lo consagrado en el Decreto 605 de 1996; iii) la necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales; iv) alcance del daño a la salud; y, v) la negativa del fallo de proferir una condena por un daño colectivo al medio ambiente. Todo lo anterior fue expuesto en los siguientes términos:

“1 Con el respeto y consideración acostumbrada, manifiesto que aunque comparto la decisión de la Sala, adoptada mediante sentencia del 1° de noviembre de 2012, en el sentido de confirmar la declaratoria de responsabilidad del Distrito Capital del Bogotá, con ocasión de los hechos a que hace referencia la demanda, y en consecuencia condenar a la entidad demandada. Me aparto parcialmente de la mencionada decisión precisamente en cuanto se refiere a lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive, en cuanto a que en la providencia se encuentran profundas inconsistencias sustanciales que hacen que su motivación de la condena por concepto de perjuicios morales no se adecúe plenamente, en nuestra opinión, a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, no se concretaron, además, en la motivación de la providencia todos los presupuestos de razonabilidad necesarios, conforme lo requería el caso, para la condena reconocida por concepto de perjuicios morales. Inconsistencias de motivación que se advierten, en similar magnitud de desconocimiento del ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere al daño antijurídico y a la imputación.

2 Adicional a lo anterior, constituye motivo de disidencia la forma de liquidación y pago ordenada en relación con estos mismos perjuicios (morales), que dada las características, la magnitud y significación social del caso no podía estar orientada por consideraciones estrictamente individualistas³⁹, perdiendo de vista el horizonte

³⁹ En una concepción clásica individualista, se aproxima al “resarcimiento” de los intereses personales. En la doctrina se sostiene que resarcir “un daño no quiere decir “resarcir la cosa”. Si es el daño la lesión al interés humano violado, el resarcimiento del daño no puede ser más que la reintegración del mismo interés”. MADDALENA, Paolo, Responsabilità amministrativa danno pubblico e tutela dell’ambiente, Maggioli, Rimini, 1985, p.96.

de una reparación integral, tal como se desprende de la base del Estado Social de Derecho que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, e incluso para dotar a la reparación de un función no simplemente compensatoria, sino preventiva⁴⁰.

3 Se ha perdido una oportunidad histórica para que la jurisprudencia del Consejo de Estado retome los senderos de las bases sociales de nuestro Estado de Derecho, y entienda que en las acciones de grupo la reparación integral comprende tanto la indemnización del perjuicio moral, sino que también puede acudir, en casos precisamente como el que nos ocupa, a reparaciones colectivas que se concreten realmente en cada uno de los individuos del grupo humano afectado.

4 El fallo después de hacer todo un trabajo en relación con la afectación colectiva del medio ambiente y su impacto en el grupo humano que habitaba las cercanías del botadero de basura Doña Juana (relleno sanitario), esto es, después de fundarse en argumentaciones propias de una afectación colectiva, desconoce que la reparación, tal como había sido solicitada en la demanda, también podía hacerse mediante la adopción de medidas de reparación colectivas⁴¹, tanto en relación con perjuicios materiales como inmateriales, lo que implica que a la reparación del perjuicio moral claro y evidente en el asunto, debía completarse (para que se concrete la reparación integral) con remedios colectivos mucho más eficaces, directos y no de medidas individualistas que hacen perder la posibilidad para la decisión judicial induzca a la administración pública condenada a realizar una inversión pública adecuada en la población afectada.

5 Mi discrepancia y mi reparo profundo a la providencia, en esta dirección, se sustenta en el reproche al desperdicio de más de cien millones de dólares, que de haberse resuelto por el juez contencioso administrativo determinar su manejo bajo consideraciones de lo colectivo hubiesen sido mucho más eficientes en la solución de la problemática social generada a partir de los acontecimientos suscitados por el indebido manejo del botadero de Doña Juana (relleno sanitario). El juez contencioso administrativo de las acciones de clase tiene una responsabilidad social que lo debe llevar a promover que instrumentos como la acción de grupo no se empleen con un carácter meramente retributivo o compensatorio, sino que cabe afirmar el efecto preventivo, de tal manera que se sirva de las decisiones judiciales como orientación de políticas públicas en relación con las afectaciones colectivas. En la presente providencia la Sección Tercera ha obrado como un simple juez de un proceso aislado de responsabilidad del Estado, descontextualizando la reparación integral,

⁴⁰ SCHAEGIS, CHRYSTELLE, Progrès scientifique et responsabilité administrative, CNRS, Paris, 1998, p.162.

⁴¹ La Sala Plena de la Sección Tercera ya ha tomado decisiones en esta línea, que inexplicablemente fue desconocida en esta oportunidad, ver Sentencia 18 de octubre 2007. Explicada in extenso en el párrafo 37 de este salvamento.

limitándose a condenar sólo por concepto de perjuicio moral, sin advertir la procedencia de la reparación colectiva, fallando bajo líneas tradicionales de corte individualista, ordenando la entrega al menudeo de enormes recursos públicos que, como lo anoté anteriormente, bajo el respeto al alcance del derecho a la reparación integral le hubieran podido llegar de manera más efectiva a la comunidad afectada.

En fallo desconoce por completo la reparación colectiva del perjuicio, negándole a la comunidad constituida por los habitantes del sur de Bogotá, afectados con los sucesos narrados en la demanda, medidas y políticas de inversión pública que consolidaran una verdadera reparación integral del colectivo, que el juez estaba llamado a diseñar y ordenar en providencia.

Por el contrario, se acudió a revaluadas ideas jurídico-individualistas, ceñidas a conceptos clásicos de derechos subjetivos, que se traducen en meras medidas indemnizatorias de estricto contenido extrapatrimonial que en nada ayudan a lograr una verdadera justicia distributiva. El fallo, desafortunadamente, desestimó la reparación colectiva que procedía como materialización del derecho a la reparación integral.

6 Debo destacar, además, que en la parte motiva de la sentencia el ponente desarrolla de manera coherente la existencia de daños antijurídicos al ambiente lo cual de inmediato implica que un bien de naturaleza colectiva está en juego en el debate jurídico de la acción de clase, y por lo tanto frente a él nadie de manera individual está llamado a sacar ventajas reparatorias aisladamente consideradas, ya que el llamado a ser reparado no sólo es el individuo, sino también es el colectivo, la sociedad, el conjunto de habitantes que disfrutaban de ese ambiente sano, la calidad de vida, bajo condiciones de normalidad, razón esta suficiente para reprocharle a la Sala lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia

7 Para exponer la postura disidente se analizará: 1) insuficiente motivación del daño antijurídico, especialmente cuando debe analizarse la ocurrencia de un daño ambiental; 2) insuficiente motivación de la imputación, y de su encuadramiento según lo consagrado en el Decreto 605 de 1996; 3) la necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales; 4) alcance del daño a la salud; y, 5) la negativa del fallo de proferir una condena por un daño colectivo al medio ambiente.

1) Insuficiente motivación del daño antijurídico, especialmente cuando debe analizarse la ocurrencia de un daño ambiental.

8 En la sentencia la Sala argumentó:

“En el presente caso, de la argumentación expuesta a lo largo de esta providencia y de los hechos acreditados en el proceso, es posible concluir que están presentes los dos elementos que de acuerdo con el artículo 90 constitucional hacen posible la declaratoria de responsabilidad del Estado”.

9 La Sala en la sentencia resolvió sin tener en cuenta, en toda su extensión, el recurso de apelación propuesto por la demandada, en el que se propuso (siguiendo la redacción en la propia providencia), el problema acerca de la inexistencia del “daño jurídico”. Y pese a la incorrecta formulación en el recurso, sin duda alguna cabe precisar en términos generales el daño antijurídico, y los fundamentos que habría podido considerar la Sala respecto al mismo, como consecuencia de la “catástrofe ambiental y sanitaria ocasionada por el derrumbe de basuras sucedido el 27 de septiembre de 1997 en el Relleno (sic) sanitario de Doña Juana”.

10 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁴² y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁴³; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”⁴⁴; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁴⁵, en clave de los

⁴² “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord), Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁴³ LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁴⁴ SCOMAMIGLIO, R, “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁴⁵ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁴⁶.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁴⁷. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁴⁸.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁴⁹.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la

⁴⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁵⁰. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵¹, anormal⁵² y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁵³.

11 Como elemento para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño antijurídico no se aparta en su motivación razonable sea que se trate de una acción de reparación directa, o de una acción de grupo la que se juzge. Para el caso en concreto, la delimitación del daño antijurídico, atendiendo a los hechos vertidos en la providencia, debía considerar el daño ambiental ocasionado como consecuencia de la contaminación que produjo el derrumbe del relleno sanitario de “Doña Juana”. Como no es del caso reabrir un debate probatorio, el propósito de la posición disidente está encaminado a plantear qué elementos pudo la Sala considerar para motivar suficiente y razonablemente la demostración del daño antijurídico en el presente caso.

12 El daño ambiental que de las pruebas que obran en el proceso se encuentra demostrado consiste en las “alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas” a “la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos”⁵⁴.

En la doctrina se sostiene que el “daño ecológico y el daño ambiental, superan la concepción patrimonialista que se ha venido edificando desde el derecho romano⁵⁵. La lógica de tales daños no se expresa conforme al concepto de patrimonio, sino que se indaga si el concepto de «patrimonio de la humanidad» puede dar cobertura a su alcance⁵⁶. La fórmula básica nos indica que toda contaminación amenaza un patrimonio colectivo⁵⁷. Una de las claves para dilucidar ¿a qué concepto responde

⁵⁰ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

⁵¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁵² “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

⁵³ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

⁵⁴ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos conceptos en un mismo esquema de responsabilidad”, I presente texto es la evolución del trabajo titulado “Daño ecológico. Presupuestos para su definición” que ya fue publicado en las Lecturas de Derecho Ambiental, T.V, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños que se deja para otro momento. Texto publicado en 2009 en el Tomo II de Daño Ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

⁵⁵ Cabanillas Sánchez nos recuerda que la responsabilidad por los daños derivados de inmisiones tuvo su origen en la Lex Aquilia de danno “... que hace responder civilmente a quien inmita humos excesivos – Liceo immittere fumum non gravem, decía Pomponio en el texto recogido en el D.8,5,8,6”. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “El daño ambiental”, en Revista de Derecho Ambiental. No.12, 1994, p.14.

⁵⁶ GIROD, Patrick, La réparation du dommage écologique, Paris, LGDJ, 1974, p.20.

⁵⁷ GIROD, Patrick, La réparation du dommage écologique, Paris, LGDJ, 1974, p.20. La doctrina jurisprudencial española viene señalando que “... el daño puede referirse también, sin ceder por ello en individualización, a un grupo de personas”. ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 27 de enero de 1971; de 14 de febrero de 1972; de 16 de marzo de 1972; de 28 de noviembre de 1973; de 10 de marzo de 1994.

este tipo de daños?, radica en la distinción entre la afectación del «patrimonio colectivo» o del «derecho colectivo», pero no en la conformidad del concepto genérico de daño y, menos en atención a lo que se viene a definir como la «aminoración de un derecho colectivo»⁵⁸. Se trata de avanzar en la férrea e invariable concepción antropocéntrica que orienta el derecho, que liga todo a fórmulas cerradas⁵⁹, a términos concretos con los que se pueda delimitar hasta dónde debe alcanzar la obligación de reparar los daños causados⁶⁰. A lo que se agrega, que puede “también, intentar abordarse la cuestión pensando que los daños ecológicos y ambientales nos plantean es la distinción entre lo que se define como «perjuicio privado», esto es, como pérdida o detrimento en el patrimonio o propiedad de un determinado individuo y, aquello que se entiende como «perjuicio público», esto es, el detrimento o disminución para un colectivo⁶¹, o para el conjunto de ciudadanos de determinados bienes ambientales [considerados bienes públicos], o del patrimonio ambiental propiamente⁶²⁶³.

⁵⁸ OSORIO SIERRA, Álvaro, “Responsabilidad por daños ambientales transfronterizos”, en VVAA, Daño ambiental., ob., cit., p.20. Existe el riesgo de confundir el alcance de los derechos colectivos y la asunción de cargas colectivas por los ciudadanos. En la doctrina, se considera que “... cuando por afectar a extensos sectores de individuos su reparación rebasa las posibilidades de las finanzas públicas, obliga a calificarlas de cargas colectivas”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás –Ramón, Curso de derecho administrativo. T.II., ob., cit., pp.383-384.

⁵⁹ Girod señalaba que emprender “... un estudio de la responsabilidad en materia ecológica, en principio supone que los daños de la contaminación constituyen una categoría homogénea que será posible individualizar”. GIROD, Patrick, La réparation du dommage écologique., ob., cit., p.18. No obstante, la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado recuerda, citando a Adriano de Cupis, que los “... daños demostrados son antijurídicos porque se produjeron con una conducta que quebranta la norma que tutela el interés ajeno. En relación con la concepción antijurídica del daño, Adriano de Cupis, dice: “En cuanto al hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia...Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno; el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno...El daño antijurídico se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina en contra de él...”. Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Pon. María Elena Giraldo Gómez, Exp.4420.

⁶⁰ Es un acierto pensar que la reparación de los daños ecológicos y ambientales deben corresponderse con ideas como las de conservación, defensa y mejora del ambiente, términos cuyo fundamento se encuentra en el principio de prevención. HUTCHINSON, Tomás. “La responsabilidad por omisión en cuestiones ambientales”, en VVAA, Daño ambiental. 1a ed. T.I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.58.

⁶¹ Puede equivocarse aquél que invoca este daño como un perjuicio común, ¿cómo puedo determinar este tipo de perjuicio?, salvo que se refiera a las posibilidades de aprovechamiento del ambiente, de los recursos naturales, en cuyo caso no podrá estandarizarse su valoración para todos los colectivos, debiendo operar un criterio de discriminación positiva si se quiere encuadrar este tipo de daños o perjuicios en toda su dimensión jurídica. Apoya la idea de perjuicio común HUTCHINSON, Tomás. “La responsabilidad por omisión en cuestiones ambientales”, ob., cit., p.62.

⁶² “En la acepción comúnmente admitida, los términos private nuisance caracteriza una “atentado ilegal al uso o a los beneficios que una persona saca de su propiedad inmobiliaria o algún derecho sobre ella o en relación con ella”. En tanto que, designaba como public nuisance a las “... infracciones penales “cuyo elemento común (es) causar un daño o de ocasionar inconvenientes a un conjunto de ciudadanos... Constituyen principalmente public nuisances el hecho de tener una casa de tolerancia (de prostitución), vender productos alimenticios dañados o de entregarse a un comercio peligroso... perjuicios causados a la salud pública, o por la contaminación del aire, y por el ruido”. CABALLERO, Francis, Essai sur la notion juridique de nuisance, Paris, LGDJ, 1981, pp.2-3.

⁶³ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos conceptos en un mismo esquema de responsabilidad”, I presente texto es la evolución del trabajo titulado “Daño ecológico. Presupuestos para su definición” que ya fue publicado en las Lecturas de Derecho Ambiental, T.V, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños que se deja para otro momento. Texto publicado en 2009 en el Tomo II de Daño Ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Lo que lleva a asociar o que se entiende por daño ambiental a la necesaria defensa de la «calidad de vida». La calidad de vida es la fórmula que tanto la legislación, como la jurisprudencia, encuentran ajustada para la delimitación de los efectos que se producen como consecuencia de un fenómeno de contaminación. En varias ocasiones, se dice que el daño ambiental es aquel que causa efectos en la calidad de vida⁶⁴, entendida como el detrimento de las condiciones necesarias para el bienestar: salud, integridad personal, placer, etc”⁶⁵.

2) Insuficiente motivación de la imputación, y de su encuadramiento según lo consagrado en el Decreto 605 de 1996.

13 Si bien la entidad demandada apeló afirmando que no se demostró “un actuar negligente” que permitiera establecer la falla del servicio, la Sala abordó limitadamente este aspecto, pero como no se trata de re-elaborar el juicio de imputación, considero pertinente resaltar los fundamentos básicos de la imputación, y su encuadramiento desde la perspectiva de la violación de los mandatos normativos o deberes positivos que se desprendían del Decreto 605 de 1996.

14 En cuanto al primer aspecto, puede considerarse que con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁶⁶ de la responsabilidad del Estado⁶⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁶⁸ y de su

⁶⁴ El «... hombre no vive solamente del aire puro y del agua fresca. El ambiente social a costa del ambiente natural, es otro componentes de la calidad de vida, y los dos frecuentemente entran en conflicto». CABALLERO, Francis. *Essai sur la notion juridique de nuisance.*, ob., cit., p.VIII.

⁶⁵ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos conceptos en un mismo esquema de responsabilidad”, I presente texto es la evolución del trabajo titulado “Daño ecológico. Presupuestos para su definición” que ya fue publicado en las Lecturas de Derecho Ambiental, T.V, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños que se deja para otro momento. Texto publicado en 2009 en el Tomo II de Daño Ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

⁶⁶ En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁶⁷ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁶⁸ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords), Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “ la responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer

patrimonio⁶⁹, sin distinguir su condición, situación e interés⁷⁰. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁷¹. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁷²; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁷³.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁷⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷⁵ tanto por la acción, como por la omisión de

y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

⁶⁹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁷⁰ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile* considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁷¹ RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA, “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁷² “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁷³ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁷⁴ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁷⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

un deber normativo⁷⁶, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁷⁷ y de 23 de agosto de 2012⁷⁸.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁷⁹, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁸⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la

⁷⁶ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁷⁷ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁷⁸ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁷⁹ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel, Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁸¹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

atribución jurídica⁸². Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁸³.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁸⁴. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁸⁵.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁸⁶. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁸⁷. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí

⁸² El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁸³ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7].

⁸⁴ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁶ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁷ JAKOBS, G, La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁸⁸.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁸⁹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁹⁰ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁹¹.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁹² frente a determinados

⁸⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁸⁹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXI, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁹⁰ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXI, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁹¹ ALEXI, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁹² Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁹³⁹⁴.

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁹⁵.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación

⁹³ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁹⁴ A lo que se agrega por el mismo precedente: "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁹⁶, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁹⁷, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁹⁸.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁹⁹, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos¹⁰⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo

⁹⁶ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁹⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁹⁸ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁹⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

¹⁰⁰ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

(probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“(…) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”¹⁰¹.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo¹⁰² que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

15 Para aplicar los anteriores presupuestos, y en la idea de determinar la responsabilidad del Estado en el presente caso, y en concreto del Distrito Capital, procedía examinar el Decreto 605 de 1995, “por el cual se reglamente la Ley 142 de 1994 en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo” (norma que fue derogada por el Decreto 1713 de 2002).

16 De acuerdo con la norma, y en un apretado análisis, dentro de los principios básicos de la prestación del servicio de aseo operaban: “garantizar la calidad del servicio a toda la población” y “minimizar el impacto ambiental de la producción de residuos sólidos, en todas y cada una de las componentes del servicio de aseo” (artículo 3). Como componente del servicio, el artículo 9.7 señala a la “Disposición final”.

¹⁰¹ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰² “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(…) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

A su vez, el artículo 5 estableció que la “responsabilidad por los efectos ambientales y a la salud pública generados por la recolección, el transporte y la disposición final de los residuos sólidos domiciliarios recaerá en la entidad prestadora del servicio de aseo, la cual deberá cumplir con las disposiciones del presente Decreto y las demás relacionadas con la protección del ambiente y la salud pública. El municipio debe promover y asegurar la solución del manejo de los residuos sólidos en su área rural, urbana y suburbana”.

En cuanto a los sistemas de disposición final el Decreto 605 de 1996, cabe señalar varias exigencias: a) para la selección de los sitios de disposición final de basuras la norma establecía que debía hacerse “por el criterio de mínimo costo, satisfaciendo al mismo tiempo los requerimientos sanitarios y ambientales vigentes. La localización dependerá igualmente de los planes de ordenamiento territorial y estará sujeta a la aprobación del municipio o municipios en cuya jurisdicción se encuentre” (artículo 73); b) en cuanto a las técnicas para la disposición final de los residuos sólidos la norma establecía que es “responsabilidad de toda entidad prestadora del servicio hacer la disposición final de los residuos sólidos de acuerdo con la reglamentación sanitaria y ambiental en vigencia” (artículo 74); c) así mismo, los “rellenos sanitarios deben cumplir con las normas sanitarias y ambientales fijadas por la autoridad competente” (artículo 75); d) respecto a la vigilancia y control de los sitios de disposición final de basuras estableció la norma que la “entidad encargada del manejo del sitio de disposición final será responsable por los efectos ambientales asociados, hasta cuando se eliminen las condiciones que puedan originar efectos nocivos a los recursos naturales, la salud de las personas y el medio ambiente” (artículo 77); e) de otra parte, el manejo de las basuras debía realizarse teniendo en cuenta en evitar situaciones como: “4. La contaminación del aire, suelo o agua (...) 6. La generación de olores ofensivos, polvo y otras molestias. 7. La inadecuada disposición final de las basuras” (artículo 95); y, f) finalmente, de acuerdo con lo establecido en el caso concreto podía haberse estudiado, incluso, que se había cometido una conducta sancionable que encajara en alguna de los siguientes supuestos: “7. Establecer o permitir el funcionamiento de sitios de disposición final de basuras que no cumplan los requisitos establecidos. 8. Operar un relleno sanitario sin el cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Decreto” (artículo 109).

17 Es esencial tener en cuenta que después de analizadas las pruebas reseñadas en la providencia, sin duda alguna era necesario, tratándose de una acción de grupo, de establecer claramente los fundamentos en los que se sustentaba el juicio de imputación, ya que como lo señalo había lugar a establecer si la entidad

demandada incurrió en una falla en el servicio (fundada en una imputación objetiva) por incumplir, o cumplir defectuosamente los mandatos normativos o deberes positivos a la que estaba llamada para atender el manejo del botadero (relleno sanitario) de "Doña Juana" con base en todas las exigencias ambientales, sanitarias y de ordenamiento territorial.

18 Es indudable que el daño antijurídico ocasionado al grupo como consecuencia del derrumbe acaecido en el relleno sanitario de "Doña Juana" el 27 de septiembre de 1997 debía permitir a la Sala fijar la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado derivada de daños ambientales, pero que no fue así. En la doctrina, se señala que en "principio, debe decirse que la idea de la responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales «... permite cuestionar el papel que éste debe desempeñar en la regulación y en la protección del medio ambiente, así como permite también estudiar el tratamiento que debe recibir como gran prestador de servicios públicos y de obras de infraestructura potencialmente dañinas»¹⁰³¹⁰⁴.

Dicha responsabilidad se encuentra configurada legalmente en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 a cuyo tenor el "Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente". Teniendo como base esta norma, se habría podido estudiar la imputación de la responsabilidad a) verificando si hubo falla en el servicio (por incumplimiento de deberes positivos), o fundada en la teoría del riesgo ya que la disposición final de residuos es una actividad que puede encuadrarse como peligrosa (a tenor de lo consagrado en el artículo 2356 del Código Civil); y, b) determinar que cuando se trata de la responsabilidad imputable por daños ecológicos el debate central radica en la exigencia constitucional de protección del ambiente en cabeza del Estado que debe ser de procura, de ejercicio de la actividad pública con eficiencia y eficacia (artículo 209 de la Carta Política), así como dar oportuno cumplimiento a las competencias constitucionales y legales que le son asignadas (artículo 315 de la Carta Política), lo que lleva a establecer como presupuesto mínimo de imputación la violación de la "obligación de procurar positivamente el bienestar de la comunidad"¹⁰⁵ (a tenor de los artículos 2 y 334 de la

¹⁰³ HENAO PEREZ, Juan Carlos, "Responsabilidad del estado colombiano por daño ambiental", en *VVAA, Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 142.

¹⁰⁴ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva del Estado*, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007.

¹⁰⁵ La Corte Constitucional, en la sentencia de 22 de marzo de 1995 manifestó [con ocasión de los derechos que se demandaron vulnerados por el tráfico de vehículos de carga procedentes de una actividad minera en una zona residencial] el «... largo plazo al que alude la administración, visto con el trasfondo de 15 años de

Carta Política). Precisamente, la jurisprudencia constitucional establece que el “el daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (arts. 8o y 95.8 del Código Penal). No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento (que puede ser una entidad pública) de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente. De otro lado, la Carta ordena al Estado en punto al ambiente y al aprovechamiento y explotación de los recursos naturales no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados”¹⁰⁶. El aporte sustancial de esta sentencia radica en la imputación objetiva de la responsabilidad por daños ambientales, así como llena de contenido el presupuesto de la antijuridicidad, criterio orientador de la constitucionalización de la responsabilidad de la Administración pública.

19 Cuando se produce un daño antijurídico, la acción de grupo procede con el fin de reparar e indemnizar al colectivo afectado imputable al Estado por incumplimiento de sus deberes positivos, lo que fue objeto de juzgamiento por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 15 de febrero de 2001, con ocasión de la inundación de fincas y terrenos de un grupo de personas en el municipio de La Calera. En esta sentencia, se establecieron una serie de cuestiones: a) la improcedencia de la aplicación retroactiva de la acción de grupo, “con lo cual el daño que deberá reparar la Administración pública no alcanza a los denominados daños históricos, creándose una ruptura causal respecto de aquellos daños cuya continuidad en el tiempo exige su consideración global”¹⁰⁷; b) en cabeza del Estado se prescriben acciones positivas, para el caso concreto de recuperación del cauce

evasivas y omisiones de las autoridades públicas, resulta relativizado y adquiere un carácter dramático y lesivo de la efectividad de los derechos ciudadanos. ¿Cuánto tiempo más requerirá la administración para la construcción de la vía alterna que solucionará el problema que beneficia a unos y perjudica a otros? No pueden los funcionarios públicos, por incompetencia, desidia o complicidad con sectores pudientes de la sociedad, eludir sus responsabilidades de velar por la vida, honra y bienes de los habitantes (CP art.2), mediante el ejercicio oportuno de sus competencias constitucionales y legales (CP art.315). Referir a soluciones extremas, como la de “suspender la explotación minera”, importante fuente de trabajo en la localidad, o traspasar la responsabilidad de la situación a sus causantes, es un fácil expediente de la administración local para abjurar de sus deberes constitucionales, que le obligan a procurar positivamente el bienestar de la comunidad (CP arts.2, 334)». Corte Constitucional, sentencia No. T-437/1992, de 30 de junio. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. T-1554 (Acción de Tutela). Así mismo, la sentencia T 219/1994, se dijo que en ocasiones además de las «... razones técnicas esbozadas por la administración para diferir la solución definitiva del problema, mediante la adopción sistemática y escalonada de medidas legales de persuasión (...), se revela una clara falta de voluntad política que traiciona la confianza depositada en las autoridades y se aparta de la ética de servicio que es la razón de ser del Estado y el parámetro de conducta de los servidores públicos». Corte Constitucional, sentencia T-219/1994. En la sentencia T-666/2002, la Corte consideró que la «... protección del medio ambiente obliga al Estado a adoptar medidas encaminadas a evitar o minimizar su deterioro y a que el desarrollo económico y social se realice de manera armónica con el ambiente». Corte Constitucional, sentencia T-666/2002, de 15 de agosto.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 1998.

¹⁰⁷ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva del Estado, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007.

natural de una quebrada que se desbordó y causó la inundación; c) es necesario examinar, desde las eximentes de responsabilidad, si el grupo de ciudadanos asumió algún riesgo (para el caso en concreto se consideró que “los ciudadanos del conjunto residencia construido sobre la ronda de la quebrada desbordada, sumen el riesgo de las inclemencias de la naturaleza”).

20 Cabe, además, señalar que en cierto momento, la Sección Tercera consideró “que un municipio tiene frente a la comunidad la obligación de preservar el ambiente, y si produce u omite con su acción un atentado al ambiente tiene el deber de cesarlo y de repararlo”¹⁰⁸. Agregándose, que opera el *principio pro natura*, según el cual el juez en caso de conflicto con normas ambientales, interpretará de forma amplia las normas de protección del ambiente. Por tal motivo, cuando se produzcan daños ecológicos o ambientales como consecuencia de la contaminación (por ejemplo, atmosférica) el juez puede ir más allá que exigir el cumplimiento por parte de la Administración pública de las normas y obligaciones legales de protección del ambiente e, indicar a los afectados que procede iniciar la acción popular o la acción de grupo con el fin de establecer la reparación de los daños que se ocasionen, se prescriban las medidas de prevención que impidan la repetición de los mismos hechos¹⁰⁹¹¹⁰.

3) La necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales.

21 En mi criterio, debe destacarse cómo la Sala procuró motivar razonablemente el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando afirma que “de la prueba testimonial y documental recaudada se puede colegir que las consecuencias ambientales generadas por el derrumbe del relleno sanitario de Doña Juana generó en la población afectada una sensación de angustia y miedo, por el desconocimiento de los efectos que sobre su salud podía llegar a tener la exposición continua al aire contaminado por las basuras”, agregándose que “se trata de personas de bajos recursos, circunstancia que dificulta la posibilidad de desplazamiento o reubicación. Por este motivo, el daño moral se predicará de las personas que para la época del derrumbe del relleno residían, estudiaban o trabajaban en cualquiera de las zonas afectadas, de acuerdo con el mayor o menor

¹⁰⁸ Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2003, expediente AG-2001-03182. En cierto momento, rompiendo el principio de solidaridad de la responsabilidad, el Consejo ha dicho que cuando concurre la competencia de varias autoridades (en diferentes niveles y órdenes) para la protección del ambiente, cabe imputar a la Administración pública municipal, en la medida en que es la autoridad que debe cursar la solicitud de licencia ambiental

¹⁰⁹ Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2002, expediente 2001-3904 (Acción de Cumplimiento), Puede verse la sentencia AP 166/2001 y Corte Constitucional, sentencia T – 145 de 2000.

¹¹⁰ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva del Estado, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007.

impacto recibido según los criterios que se determinarán en esta sentencia para el pago de la indemnización”. Sin duda alguna, la Sala está PONDERANDO razonable y proporcionalmente, afirmando que para la indemnización de los perjuicios morales tendrá en cuenta una serie de criterios objetivos con base en los cuales procedió a su liquidación.

22 Sin embargo, el que haya procurado motivar razonablemente, que se aplaude y se destaca como un avance positivo y coherente con la garantía constitucional y legal del derecho a la reparación integral (que no es absoluto), no fue suficiente al momento de establecer la fundamentación en la que se apoyó para fijar los montos a indemnizar por concepto de perjuicios morales ya que simplemente se limitó a emplear el criterio que se tuvo en cuenta por el juez de primera instancia y que estaba ligada a un dictamen pericial, especialmente por haber sido utilizado un solo elemento (paradójico para la postura que al interior del Consejo de Estado se sostiene), esto es “el grado de afectación, determinado a partir de la cercanía o vecindad del lugar donde se produjo el deslizamiento”, ya que no puede un solo criterio, más discutible cuando se trata de un perjuicio moral derivado de daños ambientales, ya que es posible que el mayor impacto lo haya padecido un sujeto a mayor distancia, de tal manera que no podía considerarse como un absoluto que por estar más cerca al foco o fuente de contaminación ese grupo resultaba más afectado, no siendo la CERCANÍA el único criterio que debía operar, si se buscaba una ponderación adecuada de los perjuicios morales a pagar en la condena, de tal manera que resulta insuficiente la sustentación para fijar como “quantum” 3, 2 y 1 salario para cada persona dependiendo los sub-grupos creados.

23 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹¹¹ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte, lesiones afectación o vulneración a derechos constitucionales fundamentales) produce como consecuencia de los daños antijurídicos perjuicios morales, no puede

¹¹¹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

reducirse su materialidad, a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral¹¹² consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹³.

Así mismo, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹¹⁴, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

¹¹² “El principio fundamental fundante de la indemnización, principio general de derecho para algunos, es que el daño debe ser reparado en su integralidad. Ya que constituye una garantía para las víctimas, este principio es analizado por algunos autores como respuesta a un imperativo de equidad”. SCHAEGIS, Chrystelle, Progrès scientifique et responsabilité administrative, ob, cit, p.232.

¹¹³ PINTO, Mónica, “La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Aloeboetoe”, en Annuaire Français de Droit International, T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

¹¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez” (subrayado fuera de texto).

La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho¹¹⁵, y ofrece la acción a través del proceso, del *processus iudicii*, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio>¹¹⁶, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero *coram proprio iudice* y, luego, *coram partibus*, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho¹¹⁷

¹¹⁵ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como *iure conditio* de la jurisdicción. *Vid.* CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

¹¹⁶ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDPProc.*, 1949, pp.165 y ss.

¹¹⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”¹¹⁸.

La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda¹¹⁹.

Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”¹²⁰. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”¹²¹.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso

¹¹⁸ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.139.

¹¹⁹ PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

¹²⁰ ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

¹²¹ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.164.

administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”¹²² (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia”¹²³ (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige

¹²² Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”¹²⁴, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*¹²⁵. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*”¹²⁶.

Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a las personas; y, 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

24 Para finalizar, en mi criterio la insuficiente motivación y la utilización de la CERCANÍA como único criterio para la tasación y liquidación de los perjuicios morales lleva a desestimar sin mayor argumentación el reconocimiento diferenciado petitionado por los demandantes “a colectivos determinados (niños, madres, anciano, etc.), toda vez que en el proceso no obran elementos probatorios que sustenten dicha pretensión, sólo la afirmación realizada en los memoriales presentados por la parte demandante y al identificación en el proceso de los integrantes del grupo que eran menores de edad en la época de los hechos o que padecen alguna discapacidad”, ya que cabía estudiar si por conexidad la vulneración del ambiente comprendió la afectación de derechos constitucionales fundamentales de grupos de especial protección constitucional como los niños, personas de la tercera edad y discapacitados, respecto de los cuales debía haberse examinado criterios de motivación razonables para permitir que la indemnización de

¹²⁴ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova, 1975, pp.450 ss.

¹²⁵ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo>, en Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1986, p.433.

¹²⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.169.

los perjuicios morales respondiese a presupuestos de “acciones afirmativas positivas” y a la protección reforzada de los mismos, porque de lo contrario se pone en cuestión que hayan sido reparados integralmente, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

4) Alcance del daño a la salud.

25 Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

26 En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente¹²⁷, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud”, y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

27 Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”. No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a “integridad psico-física”. El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha

¹²⁷ En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “Sobre el derecho fundamental de salud, la Corte Constitucional ha reconocido que la vida comprende el respeto de la dignidad humana y por ello, una afectación de la salud que altere la vida en condiciones dignas debe ser protegida mediante los mecanismos constitucionales dispuestos para la protección de derechos fundamentales”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-645 de 1996; T-175 de 2002; T-820 de 2007.

exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

28 Debe, por lo tanto, sostenerse que la aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista.

29 Hasta aquí se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse, como se revela en la decisión de la Sala, el denominado “daño-evento” y el “daño-consecuencia”, ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad.

Por lo anterior, debe establecerse una aproximación a las posiciones que se ha sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un “valor capital”, un “valor intrínseco” que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales.

Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea.

30 Cabe en mi criterio, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto.

Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las laborales

(de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista¹²⁸

De igual manera, es necesario precisar el alcance del “daño existencial” considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona. Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la “esfera de desarrollo existencial del hombre”¹²⁹. Dicho daño impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el “no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta”¹³⁰; iii) se “acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos”¹³¹, y; iv) finalmente, se “elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados “daños bagatelares”), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional”¹³².

En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de “una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos”¹³³. En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una ‘fórmula que

¹²⁸ No podía “consistir en el mero perjuicio de la llamada vida en sociedad o en la perturbación de las relaciones mundanas del sujeto pasivo, hasta llegar a considerarse proporcional [el daño] a la importancia de los ambientes sociales que se frecuentan o, a los ingresos de las personas con las que se tienen relaciones de amistad”. CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.159 y 160.

¹²⁹ En la jurisprudencia del derecho comparado cabe encontrar dos pronunciamientos: “todo perjuicio [provocado]... alterando sus hábitos de vida y los aspectos relacionales que le eran propios, perturbando su propia cotidianeidad y privándolo de ocasiones para la expresión y la realización de su personalidad en mundo externo”. Así mismo, se agrega: “el daño existencial se funda sobre la naturaleza no meramente emotiva y ulterior (propia del daño moral), sino que objetivamente relacionado al perjuicio”. ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

¹³⁰ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.162.

¹³¹ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, en *Revista de Derecho Privado*. No.15, 2008, p.152.

¹³² KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, ob., cit., p.152.

¹³³ CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París, LGDJ, 1954, p.414. El precedente de la Sala señala: “El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por

describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha 'fórmula' aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: *préjudice fonctionnel d'agrément*¹³⁴, *préjudice d'accompagnement*¹³⁵ y *préjudice fonctionnel permanent*¹³⁶¹³⁷.

31 Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como "daño integrador" se encuentra representado por la lesión en la función vital del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad¹³⁸ y solidaridad (afirmación de la "justicia distributiva"¹³⁹), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede haber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, como se establece equivocadamente en la decisión de la Sala.

Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un respaldo y legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los "intereses resarcibles"¹⁴⁰. En reciente precedente jurisprudencial italiano se dijo que,

"En la actual configuración del ordenamiento, en el cual asume posición preeminente la Constitución –cuyo, art.2, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre–, el daño no patrimonial debe ser entendido como categoría

cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones". Sentencias de 19 de julio de 2000. Exp.11842; de 15 de agosto de 2007. Rad. Ag-385; 2 de septiembre de 2009. Exp.17827.

¹³⁴ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

¹³⁵ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

¹³⁶ Informe LAMBERT-FAIVRE, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

¹³⁷ KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés"., ob., cit.

¹³⁸ Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los "*sinsabores de la existencia humana*". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

¹³⁹ KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés"., ob., cit.

¹⁴⁰ "Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de daños... reparables y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del derecho a la integridad física sino del daño corporal), en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone en el "elenco" de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea a posteriori el daño)". KOTEICH, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés"., ob., cit.

amplia, comprensiva de toda hipótesis en virtud de las cuales son lesionados derechos inviolables inherentes a la persona constitucionalmente garantizados así no tuvieren naturaleza económica, con subsumiéndose en el daño moral subjetivo”¹⁴¹.

En el derecho comparado, no hay duda, no en nuestro sistema jurídico, que el daño a la salud vino a absorber las categorías que existían en materia de daños no patrimoniales, estableciéndose como modo de “valoración de las consecuencias negativas que una lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el ‘valor hombre, entendido en toda su complejidad”.

32 El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud¹⁴², lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la “satisfacción”, o lo que otros denominan la “indemnización satisfactoria”¹⁴³, de manera que se “trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”¹⁴⁴. Esto lleva, indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente¹⁴⁵.

33 A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de “suma de las funciones naturales” como común denominador de este tipo de daño.

34 Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su

¹⁴¹ ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.

¹⁴² El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el “concepto de esta clase de daños aparece indisolublemente unido con el problema de su reparación”. FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p.222.

¹⁴³ Lambert-Faivre señala: “¿Cuál es el valor monetario de una amputación?, ¿de una parálisis?, ¿de una ceguera?, ¿de un sufrimiento? [E]n materia de daños corporales, más allá de los perjuicios puramente económicos (gastos de cura, honorarios profesionales) es la esencia misma de la persona víctima, cuerpo y alma, la que es lesionada por los daños que se llaman morales o personales o extrapatrimoniales”. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “Droit du dommage corporel”, en VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. París, 1985. “Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden <<indemnizarse>> en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio”. FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.225.

¹⁴⁴ FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.227.

¹⁴⁵ Según Lapoyade Dechamps: “toda vez que el hecho generador y el nexa causal pasan a segundo plano, el derecho de la responsabilidad civil ¿no está llamado a convertirse, insensiblemente, en un derecho de la reparación?”. LAPOYADE DECHAMPS, Ch. “Quelle (s) réparation(s)?”, citado en CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*., ob., cit., p.51.

capacidad de generar beneficios económicos. Estos elementos han permitido a la doctrina formular la siguiente noción del daño a la salud:

“(...) cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos”¹⁴⁶.

35 Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo:

“(...) el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”¹⁴⁷.

36 En mi criterio, la búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en un *damnum maius*, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral.

5) La negativa del fallo de proferir una condena por un daño colectivo al medio ambiente.

37 La sentencia respecto de la cual salvo el voto parcialmente, se limitó a reconocer perjuicios morales individuales, y aunque en la demanda se había pedido la indemnización por el daño irrogado al medio ambiente, se negó a hacerlo invocando el carácter eminentemente indemnizatorio de la acción de grupo y su destinación exclusiva a la reparación de daños individuales. En el fallo, respecto de este tópico se dijo:

“El representante del grupo demandante señala que la catástrofe ambiental acaecida el 27 de septiembre de 1997 ocasionó un daño ambiental que debe ser indemnizado. La Sala, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁸, debe colocar de presente en primer lugar, que el medio ambiente como objeto de la ciencia jurídica conlleva dificultad en la utilización de los esquemas tradicionales de responsabilidad civil extracontractual, toda vez que, si bien es cierto se reconoce como un derecho o interés colectivo que debe ser protegido de manera independiente, es innegable la relación directa que establece con derechos

¹⁴⁶ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.132.

¹⁴⁷ ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de Mayo de 2011. M. P. William Namén Vargas. Exp. 52835-3103-001-2000-00005-01.

fundamentales y de contenido individual (libertad de empresa, salud, intimidad, etc.). Esta conexión tan estrecha se desarrolla en un contexto en el que los avances científicos y tecnológicos, la globalización y el dinamismo e interconectividad de los mercados propician el desarrollo de actividades que tienen la capacidad de generar daños irreparables sobre recursos vitales para la humanidad, tales como el suelo, el aire, el agua y la biodiversidad. Esta realidad, ocasionó el surgimiento de instituciones jurídicas encaminadas precisamente a la prevención, y en las que el individuo deja de ser el centro de la construcción jurídica, desplazándose la protección a la comunidad como sujeto directo de protección.

Así las cosas, "...el daño ambiental usualmente recae sobre un número plural de personas, afecta a una, muchas o todas, puede imputarse a una conducta unitaria o colectiva, provenir de comportamiento únicos, múltiples o coligados, ya del mismo sujeto, ora de varios, sus efectos nocivos a futuro, certidumbre o dimensión, suelen ser difíciles de apreciar por impredecibles e incalculables, el detrimento de idéntico o diverso interés podrá ser directo, indirecto, reflejo, conexo o consecuencial y la causalidad difusa¹⁴⁹."

Al encontrarse el medio ambiente en el ámbito de los derechos colectivos, los intereses que protege desbordan el ámbito individual y encuentran un referente inmediato en la noción de grupo o de comunidad, y este aspecto incorpora en los ordenamientos jurídicos nuevos mecanismos de protección del Estado, para posibilitar precisamente que éste continúe siendo el representante de la relación existente entre "poderes públicos y sociedad".¹⁵⁰ Esta circunstancia, pone de presente como, dado el objeto de las acciones populares, las respuestas en el plano de lo colectivo no pueden ni deben responder a las tradicionales construcciones que gravitan en torno a la persona como sujeto aislado.

Por consiguiente, las situaciones de desprotección que se presentan no pueden solucionarse teniendo como recurso la clásica categoría de derecho subjetivo, ésta se torna vetusta y no da cabida a respuestas novedosas en las que lo importante no es demostrar un interés directo en las results de un proceso judicial sino en constituirse en representante de un grupo o colectividad. La subjetividad se replantea, el requisito de legitimación procesal da paso a una intervención sustentada en el principio de Estado democrático. La protección de derechos colectivos se soporta en un concepto amplio de ciudadano, ciudadano que no se ve de forma apartada sino como un elemento más del grupo; por tanto, su individualidad es trascendente para el derecho cuando es compatible con mecanismos procesales encaminados a proteger bienes no susceptibles de apropiación.¹⁵¹

Los anteriores razonamientos encuentran un referente en la disposición contenida en el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, comoquiera que los efectos de la sentencia no sólo vinculan a las partes sino al público en general. En otros términos, los efectos de los fallos proferidos en los procesos de acciones populares son erga omnes, los cuales, por otra parte, no son extraños en aquellas actuaciones judiciales que se inician con la intervención de cualquier persona y en las que se debe cumplir con la obligación de informar a la comunidad mediante "un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz"¹⁵² para que, quien lo considere conveniente, intervenga como coadyuvante.¹⁵³

Por tanto, si lo que se pretende es la protección del medio ambiente, no interesa la conexidad que éste pueda llegar a tener con derechos subjetivos, pues se trata de "un bien jurídico inmaterial, unitario, autónomo y diverso en sus distintos segmentos, bienes materiales o intangibles, con reconocimiento y tutela normativa per se al

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. "Los Intereses Difusos: Ubicación Constitucional; Tutela Jurisdiccional y "Acción Popular de Masas" (En torno a la Revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de Julio de 1989)" En: Revista de Administración Pública No. 124. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Pág. 417.

¹⁵¹ *Ibidem*. Pág. 418. Por eso VIGORITI señala que las necesidades que encierran los derechos difusos no son del todo novedosas, éstas no sólo afectan a bienes jurídicos nuevos sino que además implican necesariamente una nueva valoración de los antiguos, los cuales se observan desde el fenómeno de masificación de la sociedad. Cfr. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e proceso: La Legittimazione ad Agire*. Milano, Giuffrè. 1979.

¹⁵² Artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

¹⁵³ Artículo 24 de la ley 472 de 1998.

margen de la lesión de otros derechos e intereses individuales, al tratarse de un valor primario, primigenio, colectivo o supraindividual...¹⁵⁴ Por esta razón, el ordenamiento jurídico colombiano reflejando la unidad, no divisibilidad e imposibilidad de apropiación de los derechos e intereses colectivos, diferencia el mecanismo procesal que debe utilizarse para conseguir su protección. De allí que el artículo 88 de la Constitución prevea la acción popular como la indicada para evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, el riesgo o el agravio o conseguir la restitución. Salta a la vista el carácter preventivo que se busca, de forma tal que la posibilidad de que se persiga un resarcimiento o indemnización es residual y se restringe a aquellos supuestos en los que el daño ya se haya causado y éste admita la realización de conductas encaminadas a volver las cosas al estado anterior. Como no se persigue la declaración de responsabilidad por los perjuicios individuales que puedan derivarse de la afectación del interés colectivo, la sentencia debe reconocer la indemnización a favor de la entidad pública no culpable que tenga en su catálogo de competencias el deber de tutela y protección¹⁵⁵.

En consecuencia, es diferente el pretender de la justicia la indemnización por los daños que la afectación sobre el medio ambiente causó sobre derechos, bienes o intereses particulares, y "...cuyo titular, no es la colectividad in abstracto, sino una, o varias, o muchas personas individualmente consideradas¹⁵⁶." En este supuesto, por tanto, la reparación versa sobre un interés particular, sin importar si es de un individuo, de un grupo perfectamente determinado o incluso indeterminado. Se trata entonces, de una consecuencia de la lesión ambiental "...directa o indirecta, inmediata, consecuente, refleja o conexas o de rebote..."¹⁵⁷ que tiene su origen en el mismo supuesto fáctico, en el evento dañoso.

Por esta razón, el ordenamiento jurídico para este segundo supuesto consagró acciones de carácter eminentemente resarcitorio, entre ellas la acción de grupo, cuyo objeto es precisamente la obtención del pago y reconocimiento de una indemnización de perjuicios "...causados a un número plural o conjunto de personas, lo que deja ver que ella sólo abarca los derechos plural-individuales homogéneos, circunstancia que la acerca indudablemente a las class actions for damages... ello quiere decir que la acción de grupo procede cuando se causen agravios individuales a un conjunto numeroso de sujetos que se encuentren en situaciones homogéneas, agravio que se puede producir por la violación de cualquier derecho, ya sea difuso, colectivo o individual, de carácter contractual, legal o constitucional¹⁵⁸." (Subrayado fuera de texto).

Es en el segundo supuesto en el que debe ubicarse el petitum del grupo accionante, pues como se desprende de lo sostenido en párrafos precedentes, la protección al medio ambiente como derecho e interés colectivo debe darse mediante la acción popular, mecanismo que tiene ante todo una naturaleza de carácter preventiva. No obstante, aún cuando en este proceso no pueda reclamarse indemnización alguna por la afectación generada por el derrumbe del relleno sanitario a recursos hídricos y al aire, ello no significa que no sea posible para el juez contencioso administrativo pronunciarse, en sede de acción de grupo, respecto del posible daño que de forma conexas se haya podido causar en derechos fundamentales como la intimidad familiar, la educación y la recreación de los habitantes de las áreas afectadas con la calamidad ambiental".

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia... *Ob. Cit.*

¹⁵⁵ Cfr. Artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia... *Ob. Cit.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

38 De lo transcrito se evidencia un argumento para negar la indemnización colectiva a saber: Que al ser el medio ambiente un interés o derecho colectivo, la protección del mismo en el ordenamiento colombiano se debe invocar mediante la acción popular y no en la acción de grupo. Aunque prima facie, parecería que estas razones coinciden con la estructura formal de la ley 472 de 1998, las mismas riñen con los principios que inspiran la protección de los intereses o derechos fundamentales de tercera generación, tanto en la Constitución como en la citada ley. Debe destacarse que en la sentencia la Sala al transcribir las pretensiones de la primera de las demandas se señaló: “1. Una reparación colectiva de los daños individuales consistente en la reubicación a costa del condenado de todos los habitantes de los barrios ubicados en la zona de catástrofe sanitaria y ambiental del relleno sanitario de Doña Juana. Las condiciones de la reubicación deberán ser concertadas con la comunidad afectada, preservar el valor patrimonial que los bienes de los afectados tenían: antes de los eventos vulnerantes y garantizar condiciones urbanísticas y ambientales tales que se les restituya a los perjudicados el derecho a una vida digna y vivienda dignas y a gozar de un ambiente sano”.

39 Ciertamente, la protección de los intereses colectivos consagrada constitucionalmente en el artículo 88 de la Carta obedece, entre otros, al denominado principio de solidaridad, como bien lo expresó la corte Constitucional en la sentencia C- 569 de 2004:

“34- La precisión de la naturaleza y características de las acciones de grupo remite al modelo de Estado adoptado por la Constitución. La consagración a en la Carta de acciones colectivas –como las acciones populares y de grupo-, entre otros mecanismos de protección judicial de los derechos constitucionales, tiene importantes implicaciones sobre la noción de Estado acogida por la Carta y las particularidades de su esquema de garantías. En particular, el reconocimiento de las acciones colectivas está asociado a dos de los principios fundantes del Estado: la dignidad humana y la solidaridad (CP art 1º), los cuales deben ser tomados en cuenta al momento de definir correctamente las instituciones jurídicas, los derechos constitucionales y los mecanismos judiciales para la protección de diversos intereses.

35- Esta relación entre el modelo de Estado constitucional, la importancia de los principios de dignidad humana y de solidaridad, y el instituto de las acciones colectivas, y específicamente de las acciones de grupo, ha sido resaltado por esta Corte en varias oportunidades. Así, la sentencia C-215 de 1999 señaló al respecto:

“Dentro del marco del Estado social de Derecho y de la democracia participativa consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.

(...)

La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o

situaciones socio - económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos...” Esos estrechos vínculos entre el tipo de Estado establecido por la Carta, el principio de solidaridad y la consagración de acciones colectivas en la Constitución han sido reiterados por decisiones ulteriores, como las sentencias C-1062 de 2000 y C-459 de 2004.

36- La presencia de esta nueva percepción de las instituciones jurídicas ha implicado a su vez una ampliación de algunos de los conceptos jurídicos tradicionales. Esta situación se precisa en tres aspectos concretos que están a la base del régimen jurídico de las acciones de grupo. En primer lugar, el ordenamiento jurídico ha reconocido intereses jurídicos de orden colectivo o difuso; en segundo lugar, se ha reconocido también una titularidad colectiva o difusa de tales intereses; y en tercer lugar, se han diseñado mecanismos judiciales especiales, con el propósito claro de garantizar que la protección de tales intereses sea real y efectiva.

Estos tres aspectos, por un lado, constituyen un desarrollo de una concepción del derecho que, sin abandonar la protección de los derechos de la persona, que siguen siendo el fundamento y la base del ordenamiento político (CP arts 1º y 5º), intenta superar las limitaciones del individualismo egoísta propio del modelo del estado liberal clásico, en la medida en que reconoce la importancia del principio de solidaridad (CP art. 1º y 95). De por lado, estos elementos perfilan una cierta concepción del Estado, en el cual se reconoce un listado generoso de derechos de diversa índole y se diseñan una serie de garantías suficientes para su protección, lo que prefigura y distingue al modelo de Estado constitucional, que no sólo reconoce derechos sino que además establece mecanismos para su protección efectiva (CP art. 2º).

Como un desarrollo de estos postulados constitucionales, la Carta reconoce la institución de las acciones de grupo y por ello dichos principios básicos son importantes para definir los contornos y las particularidades del diseño constitucional de dichas acciones”¹⁵⁹.

40 De otra parte, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, el legislador atendiendo a esta particular características de las acciones, denominadas en el ámbito iberoamericano “Acciones Colectivas”, consagró los principios que regularían el trámite de los procedimientos establecidos para las acciones populares y de grupo. En efecto, el artículo 5º de la ley 472 de 1998 prescribe:

“El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia.

(...)

“Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda”[Subrayado fuera del texto].

41 Con base en todo lo anterior, es claro que el juez que conoce de estas dos acciones colectivas no está atado a los principios que son exclusivos del proceso en el que se ventilan conflictos entre situaciones subjetivas, sino que está autorizado, justamente porque se vinculan intereses colectivos y plurisubjetivos o individuales homogéneos, como los califica el ordenamiento brasileiro; está autorizado, -decía- a buscar la economía procesal, la celeridad. Más aún, existe una manifestación

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 569 del 8 de junio de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny.

precisa de la aplicación de estos principios, cuando se le autoriza a adecuar la petición a la acción que corresponda.

42 Es oportuno en este momento recordar que los primeros de estos intereses, los colectivos, son entendidos como aquellos que comparten una pluralidad de sujetos de manera indivisible; los segundos entendidos como intereses que comparten una pluralidad de individuos en forma divisible. Obsérvese que en los dos casos no estamos frente a simples intereses individuales, pues aún en el evento de los intereses individuales homogéneos, hay un componente colectivo que el juez no puede desconocer y que el legislador no desconoció puesto que cuando instauró los principios que regirían el trámite de las acciones colectivas, no distinguió que algunos fueran propios de la acción popular y otros propios de la acción de grupo.

43 Estas consideraciones fundamentan mi propuesta de que el juez que conoce de una acción de grupo, cuando observa que el daño que se reclama individualmente, tuvo origen a su vez en un daño causado a un interés colectivo, no tiene ninguna atadura que le impida declarar ese daño, y en caso que éste sea irreparable *in natura*, deberá ordenar la indemnización a favor de la colectividad. Más aún, el juzgador está autorizado para hacerlo, en virtud de los principios que inspiran estas acciones, y a los mecanismos que siempre han existido al tratar la reparación como elemento del instituto de la responsabilidad, esto es, la reparación *in natura* (restaurar las cosas al estado anterior), la indemnización o compensación económica (pecuniaria), y la satisfacción. Debe quedar claro, que el régimen de responsabilidad del Estado en Colombia se encuentra inclinado más hacia el reconocimiento SÓLO de la indemnización pecuniaria (compensación económica) como único mecanismo para cumplir con el derecho a la reparación integral, lo que no es cierto dogmática y pragmáticamente, ya que sería como negar cualquier entidad jurídica a los otros dos mecanismos, con los que sí se lograría cumplir con la integralidad que demanda la reparación como derecho.

A lo que puede agregarse, que la operatividad de los diferentes mecanismos de reparación (reparación *in natura*, indemnización y satisfacción) debe corresponderse con la doctrina que busca la reparación integral, pero no la reparación ilimitada¹⁶⁰, lo que ha sido una constante cuando se trata de reparar los perjuicios ocasionados como consecuencia de daños ambientales, ya que por su dimensión se exige utilizar no sólo la indemnización como mecanismo, sino que puede contarse con medidas que con carácter colectivo tengan la virtud de constituirse en una reparación *in natura*, o en una reparación por equivalente y de carácter colectivo, como la pedida en la demanda de reubicación, e incluso cabía el establecimiento de un "Fondo

¹⁶⁰ GIROD, Patrick, *La réparation du dommage écologique*, ob, cit, pp.264 y 265.

Especial" con el que se debía buscar que los recursos públicos fueran canalizados para mejorar las condiciones de vida, ambientales y sanitarias de los miembros del grupo afectado (o de los afectados), de manera que se atendiera no sólo la problemática actual, sino aquella que de manera continuada pueda persistir por la propia naturaleza de los daños ambientales, ya que muchos de sus efectos no se manifiestan temporal y espacialmente en un solo momento, y demandarán una atención a medio y largo plazo.

La reparación por equivalente, por ejemplo, es una forma subsidiaria de la reparación *in natura*, que siendo el principio básico de la reparación da paso a la búsqueda de elementos o medidas sustitutorias, cuando esta última no sea materialmente posible, o sea excesivamente costosa la indemnización. La equivalencia puede tener sustento colectivo y expresarse, por ejemplo, en el traslado o reubicación de comunidades que se encuentren fuertemente afectadas por los daños ambientales antijurídicos imputados. Sin duda, cuando se trata de perjuicios derivados de daños ambientales, y para cumplir con el mandato de la reparación integral, es necesario proceder a determinar una medida de reparación colectiva, ya que el reconocimiento sólo de perjuicios morales y de medidas de satisfacción puede no cumplir con la integralidad y dejar latente la necesidad de atender la problemática que exista aún como consecuencia de los hechos ocurridos el 27 de septiembre de 1997.

Se trata, pues, de cumplir cabalmente y respetar en toda su extensión el derecho a la reparación integral consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y de permitir que su repercusión no sea sólo de carácter indemnizatorio, sino que tuviera la capacidad de influir en las decisiones públicas y en la ejecución del presupuesto público, sin que se corra el riesgo de convertir la indemnización otorgada en una especie de herramienta de política que induzca al gobernante a aprovechar la coyuntura para invocar una suerte de política de solidaridad con un grupo de ciudadanos, a partir de una decisión judicial, como es lo que puede propiciarse con la sentencia de la Sala.

44 A despecho de la negativa que la mayoría de la Sala dio a la pretensión de una indemnización colectiva, esta misma Corporación en ocasión anterior, siguiendo los principios que iluminan las acciones populares y de grupo, ha tomado decisiones propias de las acciones populares en desarrollo de las acciones de grupo. Así ocurrió en sentencia del 18 de octubre de 2007, en una acción de grupo en la que se pretendía la indemnización del mismo Distrito Capital de Bogotá y de una empresa constructora, por los daños que habían sufrido un conjunto de casas, como consecuencia de haber sido levantadas en un terreno con riesgos geológicos que no

se conjuraron con las medidas que la licencia de construcción había indicado. En ese caso, además de condenar al pago de los perjuicios individuales, se protegió el interés colectivo, para lo cual se argumentó:

“Como antes se anotó, una realidad que caracteriza a los habitantes de la Urbanización Santa Rosa, es el grave peligro que estos detentan por continuar viviendo, en unas residencias, que por las condiciones del terreno donde se encuentran construidas, así como, por sus defectos estructurales, pueden caerse en cualquier momento, o dar lugar a averías aún más graves, que atenten contra su integridad física y seguridad.

Lo anterior demanda, sin duda alguna, una respuesta del Estado, que por las características actuales de la urbanización, así como por lo indicado en los dictámenes periciales, no puede ser otra que el adelantamiento de medidas orientadas a la reubicación de los habitantes afectados.

Surge sin embargo, el problema consistente en establecer si por vía de una acción de grupo, resulta viable adoptar órdenes a las autoridades competentes, para que estas adelanten medidas de este tipo.

El artículo 3 de la Ley 472 de 1998, establece que “la acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”. Como consecuencia de ello, se debe resolver la siguiente inquietud:

¿Es viable adoptar órdenes de hacer, en desarrollo del reconocimiento de la indemnización de perjuicios a víctimas de daños reconocidos en las acciones de grupo?

La Sala considera que este interrogante, debe resolverse de manera afirmativa, por las razones que pasa a exponer:

La acción de grupo de conformidad con su configuración constitucional y legal, puede resultar viable, cuando se afecten derechos o intereses individuales, pero también de índole colectiva. Perfectamente puede suceder que se produzca un daño a un grupo de personas, y que (en parte o por completo) la antijuridicidad de éste, se configure, con ocasión de la violación a derechos o intereses colectivos. Por ejemplo, en el caso tantas veces referido en esta sentencia, del medicamento defectuoso, se configuraría una violación, entre otras, al derecho de los consumidores y usuarios de servicios públicos, que al entender de nuestro ordenamiento jurídico detenta naturaleza colectiva.

La oportunidad de la acción de grupo frente a situaciones que comportan violación de derechos o intereses colectivos, trae como consecuencia que al momento de reparar el daño de manera integral, el juez deba atender medidas propias de estos derechos, que como se ha evidenciado en la evolución de las acciones populares, demanda, en muchas oportunidades, la necesaria adopción de medidas diferentes a la simple indemnización patrimonial del daño.

En el caso objeto de estudio, esta situación se hace evidente: De manera independiente a la configuración del daño, que como se ha indicado, no ha sido objeto de discusión en la segunda instancia de este proceso; con éste se produjo la violación a algunos derechos de tipo individual, como la propiedad privada¹⁶¹; pero también a algunos derechos de naturaleza colectiva, como “la seguridad pública” (literal g del artículo 4 de la Ley 472 de 1998) y “la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y

¹⁶¹ Artículo 58 de la Constitución Política.

dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes" (literal m del artículo 4 de la Ley 472 de 1998).

Para la reparación de un daño que involucra estos derechos, como se observa, no resulta suficiente una condena patrimonial de indemnización de perjuicios; se hace necesario además, la adopción de medidas orientadas a mitigar sus efectos, como la adopción de órdenes de reubicación.

Algún sector de la doctrina especializada, ha llamado la atención a la comprensión en este sentido de la reparación integral del daño, en el marco de las acciones de grupo, no solamente por la advertencia presentada de los derechos o intereses colectivos que pueden verse involucrados, sino también por la connotación "extrapatrimonial" de algunos derechos de la víctima¹⁶².

Lo anterior, para corroborar la idea, de que la "indemnización" de perjuicios que debe hacerse en el evento de que resulte procedente una acción de grupo, como la interpuesta en el caso objeto de análisis, no solamente debe concebirse con alcances patrimoniales, toda vez que, en algunos supuestos, se hace necesaria también la adopción de medidas (obligaciones de hacer), para efectos de lograr una reparación integral del daño causado.

En el presente caso, se verifica una efectiva violación, al menos, a los derechos o intereses colectivos antes referidos; y como consecuencia de ello, no se hace suficiente la indemnización patrimonial de los perjuicios causados, sino que se demanda también, la necesidad de adopción de algunos otros mecanismos. Por este motivo, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala ordenará al Distrito Capital de Bogotá, el adelantamiento de efectivas medidas, orientadas a la reubicación de los habitantes de la urbanización Santa Rosa, toda vez que al entender de los técnicos consultados en este proceso, la vida e integridad de estos corre peligro, si continúan viviendo allí.

Para efectos de mayor claridad en el razonamiento que llevará a la decisión indicada, vale la pena advertir que, si bien la parte actora en la demanda, alegó la violación de algunos derechos o intereses colectivos suyos, no hizo alusión expresa a la "seguridad" ni a "la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes". Para la Sala, estos derechos o intereses colectivos, resultan más que violados, en virtud del análisis del trámite procesal y las pruebas pertinentes, antes referidas, que obran en el expediente, y su protección a través de las medidas que se imparten, estructuran a cabalidad el principio de la reparación integral en una diferente faceta a su tradicional acepción, en el sentido meramente económico, y por el contrario apunta en toda su esencia a la indemnidad misma en que deben quedar las víctimas y que constituye la ratio última de la reparación.

Como consecuencia de ello, y habida cuenta de la naturaleza constitucional que detenta la acción de grupo, y con la finalidad de proteger derechos o intereses colectivos que le han sido violados a la comunidad (actora), esta

¹⁶² JUAN CARLOS HENAO, ha llamado insistentemente la atención, en muchos de sus escritos, en la oportunidad y necesidad de concebir reparaciones de daño que superen connotaciones eminentemente patrimoniales, en el caso de las acciones de grupo. En un ensayo relativo, entre otros, a este tema, hace una crítica a la concepción de daño de DE CUPIS y con base en ello, presenta una propuesta conceptual, que permitiría reconocer sin asomo de dudas, este tipo de reconocimiento "extramatrimonial". "daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima". Tal definición supone, naturalmente, que el patrimonio se compone tanto de derechos patrimoniales como de los mal denominados "extramatrimoniales", y, desde otro punto de vista, de derechos individuales como de colectivos. Esta definición permite concebir al ser humano en todas sus características esenciales, pues expresa tanto su faceta individual –no solo económica- como colectiva, que también le es propia." "Con independencia de que se esté de acuerdo o no con nuestra posición, lo importante es que pretende dar realce a los derechos no pecuniarios, puesto que al aceptarlos como derechos inmersos en el patrimonio, se impide que la procedencia de su indemnización sea siquiera cuestionada." *De tal derecho lesionado, tal acción*. En: V Jornadas de derecho constitucional y administrativo. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2005. p.p 491-492.

Sala, se insiste, ordenará al Distrito Capital la implementación de medidas orientadas a la reubicación de los habitantes de la urbanización objeto de análisis”¹⁶³.

45 La posición de la Sala Plena de la Sección Tercera en la decisión que se acaba de transcribir es completamente coherente con los principios que guían la protección constitucional y legal de los intereses colectivos e individuales homogéneos, a través de las acciones populares y de grupo, respectivamente. No se entiende, entonces, por qué en el caso sub judice, con un antecedente como el que se acaba de evocar, en el cual al mismo tiempo que se reconoce una indemnización de daños individuales también se tiene por probada una vulneración a un interés colectivo -el medio ambiente- la Sala no procedió de manera análoga.

Efectivamente, en la sentencia del 18 de octubre de 2007 no se tuvo reparo en que, pese a que no se había presentado solicitud de reubicación del grupo afectado, ni se había invocado el interés colectivo a los desarrollos urbanos, el Consejo de Estado *motu proprio*, y sin atender a la congruencia de la sentencia, dando en cambio prelación a la economía procesal y a la efectividad en la protección de los intereses colectivos, y sin atender tampoco a que la acción de grupo está caracterizada como una acción indemnizatoria; se procedió a imponer obligaciones de hacer como la reubicación.

46 En el caso sub lite resultaba más fácil otorgar la protección al interés colectivo. En efecto, no era necesario pasar por alto el principio de la congruencia de la sentencia, pues el demandante había solicitado la reparación del daño colectivo y la pretensión era justamente indemnizatoria; se trataba simplemente de que, en coherencia con el fallo que se acaba de comentar, se extendiera la función de esta acción colectiva a la protección del interés al medio ambiente.

47 Pero existe una razón de más, las reparaciones individuales nada hacen por la recuperación del medio ambiente, por ello, los dos tipos de indemnizaciones podrían haber concurrido, como ha sucedido en otras acciones de grupo, en las que junto con las indemnizaciones individuales se han impuesto obligaciones de hacer; en contravía de la norma de técnica procedimental que establece esta acción como exclusivamente indemnizatoria, tal vez sí; pero en sincronía con los principios constitucionales que inspiran las dos acciones colectivas con que cuenta el ordenamiento colombiano: las populares y las de grupo.

48 En la doctrina se sostiene que el “objeto de la obligación de reparación que nace después de establecerse la responsabilidad no se reduce únicamente a la

¹⁶³ Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre 2007, exp. 25000-23-27-000-2001-00029-01, C. P. Enrique Gil Botero.

reparación material (*restitutio in integrum*), o a la reparación equivalente, ni siquiera a simple compensación económica de los daños, sino que debe servir para la aplicación del principio de prevención, en la medida en que se trata de orientar las actividades causantes de los daños por la senda del ajuste, de la actualización y de la aplicación de medidas que impidan la continuidad de los daños y perjuicios que se causan, como la posibilidad de que el perjuicio que se cause termine siendo irreparable¹⁶⁴¹⁶⁵.

49 Desde la perspectiva del derecho comparado también se encuentran razones para que en una sentencia de acción de grupo, se impongan condenas para la indemnización de daños colectivos. Basta repasar la estructura de la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, en esta norma que consagra las *class actions* en el ordenamiento Norteamericano, se establecen tres tipos de estas acciones, aunque como lo afirma Yeazell, estas tres subcategorías, denotan apenas dos tipos de *class actions*. Las *injunctive class actions* y las *damages class actions*, es decir, las acciones de clase en las que se profieren sentencias declarativas, y acciones de clase cuyas sentencias contienen condenas al pago de perjuicios¹⁶⁶. Sin duda alguna, de estos dos tipos de *class actions*, fue la segunda la que sirvió de fuente al legislador colombiano que consagró las acciones de grupo en el artículo 46 de la ley 472 de 1998. Ciertamente, de un cotejo de este artículo 46 y el artículo 23.b3, que consagra las *class actions for damages*, se encuentra su similaridad¹⁶⁷.

Pues bien, desde el punto de vista del derecho comparado, se observa que estas *damages class actions*, han dado lugar a que jurisprudencialmente se vayan creando varios tipos de clases, conforme a lo que ha mostrado la práctica judicial en aquel país. Entre las tipologías se destacan las denominadas Clases fluidas, entendidas como aquellas en las que los miembros de la clase pueden cambiar dentro del transcurso del proceso o incluso después de finalizado éste, lo cual hace que sea más útil considerar la clase como un conjunto¹⁶⁸.

¹⁶⁴ RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, "Du préjudice écologique (A propos du naufrage de l'Exxon- Valdez)", en *Recueil Dalloz Sirey.*, ob., cit., p.262

¹⁶⁵ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España), 2007.

¹⁶⁶ Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation To the Modern Class Actions*, Yale University Press New Haven and London, 1987. Pág. 246

¹⁶⁷ El artículo 46 de la ley 472 prescribe: "Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas

La rule 23 en su aparte b3, que es el que consagra las *damages class actions*, prescribe que el juez podrá certificar una *class actions* de este tipo cuando: "El tribunal considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier otra cuestión que afecte solamente a los miembros individuales, y que una acción de clase es preferible a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia...."

¹⁶⁸ Sobre las clases fluidas, Andrea Giussani, *Studi sulle class actions*, Milán, 1996. Pág. 271.

La categoría de las clases fluidas, muestra cómo la indemnización colectiva no es ajena a las *class actions for damages*, en el ordenamiento en que tuvieron origen este tipo de acciones. Lo anterior a mi juicio constituye otro argumento de derecho comparado, que aunado a las razones expresadas anteriormente con base en el derecho patrio, justifican la posición que se defiende en este salvamento de voto, consistente en que debería haberse impuesto una condena tendiente a la indemnización del daño al interés colectivo al medio ambiente.

50 Ahora bien, la indemnización colectiva a la que a mi juicio ha debido condenarse, no podría haber tenido como receptor al representante del grupo ni a la entidad demandada que había resultado culpable de la vulneración al interés colectivo al medio ambiente. En efecto, sobre los legitimados para recibir esta indemnización colectiva, también esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse, y si bien en principio se sostuvo que la indemnización por el daño colectivo sólo procedía en los casos en los que la entidad demandada no fuera culpable,¹⁶⁹ atendiendo a lo previsto en el artículo 34 de la ley 472 que prescribe que la condena por el daño a un interés colectivo procederá “a favor de la entidad pública no culpable que lo tenga a su cargo”; esta posición evolucionó, y se dijo, que la indemnización, entendida como reparación por el equivalente pecuniario, procede también cuando la entidad demandada es la culpable de la lesión al interés colectivo, en esta última oportunidad se dijo:

“Para este efecto, vale la pena recordar que el titular de cualquier derecho o interés colectivo es la comunidad y no un sujeto público o privado en particular. En este sentido, la indemnización de perjuicios apenas mencionada, no hace alusión a un pago que deba hacerse a una entidad pública en su condición de perjudicada o afectada con la vulneración de estos derechos o intereses colectivos en estricto sentido.

La entidad pública beneficiada es tan solo un “instrumento” que prevé la ley para que, en ejercicio de su naturaleza jurídica y de sus funciones, reciba una indemnización en nombre de la comunidad, que debe ser invertida en acciones orientadas a contrarrestar o mitigar el daño producido con ocasión de la vulneración de los derechos o intereses colectivos”¹⁷⁰.

51 Con base en las anteriores consideraciones, en ese fallo se decidió que el receptor de la indemnización fuese una entidad pública que cumplía funciones afines con la entidad demandada que había sido encontrada culpable de vulnerar el interés colectivo al medio ambiente.

Se trae a colación esta discusión, pues podría decirse que aún en el evento en que en la sentencia respecto de la cual salvo el voto parcialmente, se hubiese decidido

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. AP 182, C.P. Alier Hernández.

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2007, exp. AP 25000-32-35-000-2004-00992-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

indemnizar el daño colectivo, el mismo no era procedente, por cuanto la entidad demandada, Distrito Capital de Bogotá, fue la culpable del daño colectivo al medio ambiente; argumento que no sería de recibo, dado el antecedente jurisprudencial que se acaba de reseñar.

52 Ahora bien, a propósito de las indemnizaciones a derechos colectivos, existe un antecedente a nivel interamericano que es oportuno señalar aquí, toda vez que muestra una manera eficaz de resarcir los daños a este tipo de intereses. Se trata de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 17 de septiembre de 2005, en la que se condenó al Estado de Paraguay, a crear un Fondo destinado a la adquisición de tierras para la reubicación de una comunidad indígena que había sido desalojada de sus territorios ancestrales¹⁷¹. Esta forma de indemnización podría haber resultado bastante eficiente para la indemnización colectiva, pues se podría haber creado un fondo con destino a la reparación de los daños, o a la prevención de nuevos incidentes como los que generó el derrumbe presentado en el vertedero de basuras de “Doña Juana”.

La propuesta de haber accedido a la reparación colectiva solicitada por los demandantes, y canalizarla mediante la utilización de un “Fondo” se encuentra dentro de la filosofía según la cual los “fondos colectivos de indemnización simbolizan” una tendencia marcada en el derecho internacional privado (con los Fondos de indemnización por contaminación con hidrocarburos, TOVALOP y CRYSTAL – Convención de París de 29 de julio de 1960, Convención de Bruselas de 31 de enero de 1963, por ejemplo), y cuyo objeto es permitir que se redistribuya eficazmente los recursos económicos que sean necesarios para atender medidas, que enmarcadas en la reparación, permitan en perspectiva colectiva reparar aquellos perjuicios que por su continuidad, complejidad, elevado costo y carácter difuso no pueden determinarse por la vía de la indemnización pecuniaria, o de las medidas de satisfacción simplemente.

53 Recapitulando, a mi juicio, se ha debido condenar a la reparación mediante el pago de una suma a título de indemnización colectiva, gestionada por cualquier entidad que a nivel del Distrito tuviese funciones de protección del medio ambiente, tendiente a mitigar o compensar el daño ambiental que se tuvo por probado y que inexplicablemente se dejó sin reparación.”

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 17 de septiembre de 2005, caso *Yakie Axa vrs. Paraguay*. en la parte resolutive de este fallo se dispuso: “8. *el Estado deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakie Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 218 de la misma*”.

Fecha ut supra