

**SOSTENIBILIDAD FISCAL Y ESTADO SOCIAL DEL DERECHO<sup>1</sup>***SUSTENTABILIDADE FISCAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO*Andrea Alarcón Peña<sup>2</sup>

**Resumen:** El presente artículo mediante una metodología deductiva basada en el análisis de doctrina constitucional económica analiza las implicaciones que para el Gobierno Nacional y las administraciones públicas territoriales supuso la adopción del criterio de la sostenibilidad fiscal. Esta reforma constitucional generó un importante debate entre aquellos que estimaban que la inclusión de este criterio transformaba al Estado Social de Derecho en un Estado Fiscal -al condicionar, en apariencia, el disfrute de los derechos a la disponibilidad presupuestal-. Para ello el artículo describe el sistema constitucional de Economía Social de Mercado y la relación que existe entre este y la necesidad de una política económica previsible y confiable; posteriormente describe las implicaciones de este sistema de cara a la sostenibilidad fiscal y el incidente de sostenibilidad fiscal como herramienta que limita, en apariencia, el poder de la Rama Judicial; y culmina con una revisión de la regla fiscal en perspectiva española.

**Palabras claves:** Regla fiscal; Sostenibilidad Fiscal; Economía Social de Mercado; Estado Social de Derecho.

**Abstract:** The present article by means of a deductive methodology based on the analysis of constitutional economic doctrine analyzes the implications that for the National Government and the territorial public administrations supposed the adoption of the criterion of fiscal sustainability. This constitutional reform generated an important debate among those who believed that the inclusion of this criterion transformed the Social State of Law into a Fiscal State - by conditioning, apparently, the enjoyment of rights to budget availability. To this end, the article describes the constitutional system of the Social Market Economy and the relationship that exists between it and the need for a predictable and reliable economic policy; later it describes the implications of this system for fiscal sustainability and the fiscal sustainability incident as a tool that apparently limits the power of the Judicial Branch; and culminates with a review of the fiscal rule in Spanish perspective.

**Keywords:** Fiscal rule, Fiscal Sustainability, Social Market Economy, Social Rule of Law.

---

<sup>1</sup> Este artículo constituye avance del proyecto de Investigación No. INV-DER- 2318 que se titula Constitución económica y economía social de mercado: Un análisis del subsistema constitucional económico colombiano. Financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada. El proyecto hace parte del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UMNG. Este texto fue publicado originalmente en español en la Revista Estado Finanças e Tributação, coordinada por el grupo de investigación "Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação" (GEIEFT), ISSN 2595-5209, de la Universidade Federal Fluminense (UFF). Incluso debido a la pandemia de COVID-19, la revista se suspendió por decisión institucional. Ahora, el artículo permanece publicado en la Revista Culturas Jurídicas, que reúne una traducción inédita al portugués, realizada por los integrantes del GEIEFT/UFF.

<sup>2</sup> Abogada *Cum Laude* Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Comercial y de los negocios, Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Doctora Sobresaliente *Cum Laude* en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Profesora investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4926-4288>. E-mail: ?

## Introducción

La adopción del modelo de Estado Social de Derecho en Colombia a partir de la Constitución de 1991 (art. 1, CP) permite instalar en la problemática constitucional a la economía colombiana. Sin embargo el constituyente no dio un calificativo expreso al sistema económico colombiano, circunstancia que podría ser interpretada de varias maneras: 1) el constituyente evadió deliberadamente la adopción de una determinación sobre Constitución Económica (quizás debido a las diferencias ideológicas de quienes formaron parte de la Asamblea Nacional Constituyente); 2) el constituyente, considerando el modelo de Estado Social de Derecho, previó que aunque no expresó un sistema de Economía Social de Mercado este resulta ser el único compatible con un sistema democrático como el colombiano, o 3) el constituyente estimó que la inclusión de un amplio catálogo de derechos, libertades y principios — de contenido económico — constituye una hoja de ruta clara al legislador y al gobierno para desarrollar políticas económicas variadas.

De estas tres posibilidades resulta claro señalar que la evasión deliberada nunca fue una opción para la Asamblea Nacional Constituyente. Como se desarrollará con posterioridad, las opciones 2 y 3 resultan ajustarse a la posición que desde la jurisprudencia ha desarrollado la Corte Constitucional sobre el subsistema constitucional económico. A su vez, en aplicación del principio de unidad constitucional, no será posible hablar de una Constitución Política y otra Constitución Económica, ésta última es parte integral de aquella y satisface los mismos principios, valores y fines que la primera consigna.

Lo que resulta absolutamente claro es que la inexistencia expresa de un sistema económico no puede interpretarse como un deslinde entre economía y Estado y mucho menos como una Constitución indiferente en materia económica (C-713 de 1998). Es abundante el clausulado que en esta materia registra la Norma Fundamental<sup>3</sup> y que no se limita a establecer

---

<sup>3</sup> Aunque no es una relación taxativa la Corte Constitucional en sentencia C- 713 de 1998 señaló los principios que, a su entender, conforman el orden económico, así, “(1) la efectividad de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, obliga al Estado y a sus autoridades a propiciar un diseño de la economía y de los diferentes procesos sociales que resulte funcional a este propósito; (2) se garantiza la propiedad privada, asociativa y solidaria, pero se establece que ella tiene una función social y ecológica; (3) la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad debe ser objeto de regulación legal y de vigilancia pública; (4) el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, lo mismo que el ambiente sano, son elementos que integran el núcleo de derechos colectivos y se convierten por tanto en materia de regulación e intensa protección; (5) las políticas económicas, sociales y ambientales, se articulan a través de los planes de desarrollo, que deben ajustarse al concepto de “desarrollo

campos de acción sino que “también reconoce derechos y posibilita la precisión de las potestades que se otorgan al Estado y al particular para ejercer su acción económica” (Sánchez Torres, 2007: 22). Los principios, valores y normas que proclama armonizan claramente con un sistema de Economía Social de Mercado en el que el mercado libre juega un papel fundamental pero la intervención general del Estado en la economía se establece como piedra angular de la actuación estatal<sup>4</sup>, al considerarse el mecanismo idóneo para corregir fallas, propiciar el desarrollo económico equitativo y garantizar la supremacía del bien común — que en un sistema liberal de mercado no es prioridad—. Bajo este esquema no es posible predicar confianza en la mano invisible del mercado y mucho menos libertad absoluta para que el Estado intervenga en la economía.

El proceso constitucional colombiano de 1991 demostró que el Estado no debe ser indiferente a las relaciones económico-sociales (Torres A, 2012). Se ajusta a la tendencia del constitucionalismo propio de la postguerra que permeó buena parte de los textos constitucionales al incorporar, de forma diversa, la estructuración del orden económico. La Constitución de 1991 presenta un Estado ampliamente integrado en la vida socioeconómica, con capacidad real —en ocasiones con la obligación— de intervenir y adentrarse en determinadas áreas del mercado para lograr materializar la teleología constitucional. No se trata de una norma que siga los preceptos del liberalismo clásico, que confié en la mano invisible

---

sostenible”; (6) se garantiza la libertad económica y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación; (7) se promueve el correcto y transparente funcionamiento de los mercados, como garantía y presupuesto de la libertad económica y del eficiente funcionamiento de la economía, para lo cual el Estado debe controlar los abusos que se cometan y que distorsionen sus mecanismos; (8) se ordena al Estado estimular y mantener altos niveles de productividad y competitividad; (9) se señala que la dirección de la economía estará a cargo del Estado y que éste intervendrá por mandato de la ley en el proceso económico con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, la distribución equitativa de oportunidades y la preservación del ambiente sano; (10) la actividad financiera, bursátil, aseguradora y las demás relacionadas con el ahorro se someten a la vigilancia estricta del Estado y a las regulaciones que se dicten; (11) el Estado debe promover la democratización del crédito; (12) los monopolios públicos solo pueden establecerse por la ley como arbitrios rentísticos, con una finalidad de interés público o social; (13) es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; (14) se considera que es objetivo fundamental de la actividad del Estado solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable”.

<sup>4</sup> La sentencia C-265 de 1994 reconoce, por primera vez y de manera expresa, la existencia de un sistema de Economía Social de Mercado en la C.P. que se muestra conforme con la iniciativa privada y la libre actividad económica (art. 333 C.P.) ligada a la dirección general de la economía en cabeza del Estado (art. 334 C.P.).

como motor de la vida socioeconómica, que ceda ante los mandatos del *laissez faire*<sup>5</sup> sino una Ley Fundamental que demanda la acción efectiva de los poderes públicos<sup>6</sup>.

Y esta acción efectiva de los poderes públicos se encuentra materializada en los principios constitutivos, reguladores y suplementarios que desde la doctrina económica se han planteado como mandatos para los diversos órganos del poder público. Los principios constitutivos —o estructurales— son siete y crean la estructura de la libre competencia, suponen requisitos mínimos que deben concurrir en el mercado, garantizando el ámbito de la actividad económica, por esta razón deben estar consignados y protegidos por un sistema normativo fuerte —con instituciones que garanticen su cumplimiento— que permita el orden necesario para su funcionamiento. Estas condiciones son: a) Efectivo sistema de precios en un ambiente de competencia realizable; b) Estabilidad de la moneda aunada a una política de estabilidad monetaria; c) Libertad de acceso al mercado<sup>7</sup>; d) Reconocimiento y protección del derecho a la propiedad privada<sup>8</sup>; e) Respeto y reconocimiento de la libertad contractual; f) Régimen de plena

---

<sup>5</sup> Por ello, es posible revisar en la discusión que precedió a la adopción del articulado del Título XII de la Constitución que ésta “en materia económica consagra el sistema de la libre empresa [...] Así mismo prevé que la empresa es la 'base del desarrollo'. Pero agrega que ella 'tiene una función social que implica obligaciones'. No se trata de consagrar el principio del "*laissez faire, laissez passer*" y por eso “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado” (Pérez González-Rubio, 1991, pág. 29).

<sup>6</sup> No obstante esta afirmación y la indiscutible modificación en la forma de Estado que se asumió con posterioridad a 1991, SÁCHICA reconoce que el sistema económico colombiano no experimentó un “viraje deliberado distinto al modelo que traíamos [...] era éste, desde 1936 un sistema de economía mixta” (SÁCHICA, 1991, pág. 147). Sin embargo, la combinación de la protección de libertades económicas propias de un sistema de economía de mercado con matices intervencionistas en ciertos sectores, reconocidos por el autor como definitorios del sistema defendido, no permiten *per se* predicar la inmutabilidad del sistema económico de 1991 respecto de la modificación de 1936, pues el reconocimiento de un Estado Social de Derecho supuso variaciones importantes respecto a la finalidad de dicha intervención y los objetivos perseguidos por el Estado al poner en marcha planes y políticas públicas. Estas y otras razones, que se desarrollarán en éste acápite, permiten superar la visión del autor y reconocer la existencia de un sistema económico diverso a aquel reconocido por la Constitución de 1886.

<sup>7</sup> Esta libertad de acceso al mercado alude a la inexistencia de aranceles y otras medidas prohibitivas que impidan al acceso a los mercados a través de la imposición de barreras de entrada, por ello era indispensable una política clara que protegiera el mercado nacional de cualquier medida predatoria.

<sup>8</sup> La dicotomía presente en la historia desde finales del siglo XVIII, todo el siglo XIX y principios del XX respecto de la propiedad, apuntaba a determinar si la propiedad privada o la colectiva constituían la forma adecuada para diseñar las políticas económicas (Eucken, 1963 (1948), pág. 68).

responsabilidad; y g) Constancia y confianza de la política económica (Ernste, 2011: 56)<sup>9</sup>. Estos principios se asocian a la individualidad y libertad de los agentes económicos, razón por la cual ante el inadecuado funcionamiento de uno de ellos se hace necesaria la intervención del Estado.

La intervención del Estado, a través de principios reguladores que garantizan la existencia y protección de dicho sistema, apunta a solucionar cuatro problemas derivados del abuso de las libertades y avalan la redistribución de los beneficios de una manera social y justa (Lluch Frechina, 2014): a) Establecimiento de una política de defensa de la competencia que elimine cualquier poder de mercado<sup>10</sup> ejercido por algún agente económico (monopolios<sup>11</sup>, oligopolios, abusos de posición dominante); b) Política fiscal con un impuesto de renta progresivo para evitar un inequitativo desarrollo social; c) Corrección de externalidades; y d) Corrección de situaciones anómalas presentes en el mercado laboral.

Finalmente cuando se hace necesario intervenir, porque se presentan estos problemas, y con el fin de no afectar el orden del mercado surgen cuatro principios complementarios que se orientan a a) evitar intervenciones puntuales; b) formular la legislación en términos de reglas; c) hacer prudente uso de las políticas de estabilización; y d) impulsar una política social conforme al mercado que privilegie la inversión social sobre las oportunidades de consumo

La Economía Social de Mercado critica, como punto de partida, la existencia de una fuerza secreta autorregulatoria que permita el funcionamiento eficaz del mercado a partir de la seguridad absoluta en que por sí mismo puede generar equilibrio y eficiencia económica. La confianza incondicional de la economía de mercado en el orden establecido omite la imposibilidad de que una economía en un sistema liberal puro pueda crear un orden social

---

<sup>9</sup> Para Radke a partir de los años ochenta es posible anexar un principio constitutivo adicional: la problemática ambiental, por ello “el sistema alemán no solo debe ser social sino asegurar también que la conducta económica no destruya las bases naturales de la vida del hombre. Esta nueva óptica se traduce en el término de economía de mercado social y ecológicamente compatible” (1995, pág. 23).

<sup>10</sup> El poder de mercado puede ser comprendido como “la capacidad que tiene una empresa de cobrar un precio superior a su coste marginal y obtener así un beneficio positivo” (Perloff, 2004, pág. 369) generando pérdida neta de excedentes. En el mismo sentido Botero Restrepo, en clara alusión a la doctrina de la Corte Suprema estadounidense, ha indicado que este es “el poder de controlar los precios o excluir la competencia en un mercado” (2002, pág. 75).

<sup>11</sup> Los monopolios para Röpke constituyen “[...] un fenómeno degenerativo de nuestro sistema económico extraordinariamente grave. El Estado puede luchar con eficacia contra tal degeneración si interviene enérgicamente contra las limitaciones en la competencia y evita cuidadosamente favorecer la formación de monopolios con su política económica” (1989 (1966), pág. 126).

válido que considere las necesidades de la vida estatal y cultural, se produce una gran discordancia entre crecimiento económico y justicia social (Marktanner, 2011: 238).

Quizás el aporte más importante de la ESM tiene que ver con el reconocimiento de la imposibilidad del mercado para, a partir de sus leyes, regular toda la vida social, siendo necesario su reconocimiento como medio de organización que debe ajustarse a una regulación superior de las relaciones sociales y del orden social. Para este sistema la demanda, la producción y la inversión son coordinadas por el mercado, circunstancia que exige precios libres, inexistencia de barreras de entrada al mercado y competencia libre (Binder & Dürr, 2004: 59). Partiendo de estas consideraciones Müller-Armack consideró que este sistema suponía una ordenación económica “que discurre según las reglas de la economía de mercado, pero provista de complementos y seguridades sociales” (1963 (1948): 118).

Para lograr esta simbiosis se necesitará de una intervención político-económica y de una serie de apoyos constructivos. Es allí donde el sistema de la Economía Social de Mercado se desmarca de su antecesor (economía de mercado) que negaba y rechazaba cualquier tipo de intervención. El nuevo sistema reconoce que “el sistema de ordenamiento de la economía de mercado no funciona siempre y no siempre sin fricciones. Varios factores perturbadores, tanto externos como inherentes al sistema, exigen, al igual que el deseo de la sociedad de obtener una compensación social, medidas correctivas para poder realizar y garantizar el objetivo del concepto” (Hasse, Schneider, & Weigelt, 2004: 168).

Todos estos plantean de manera clara la necesidad de garantizar una constancia y confianza en la política económica que precisa un sistema de finanzas públicas saludable y estable. Para ello la inclusión de la regla fiscal, el criterio de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal en reciente reforma constitucional y leyes que desarrollan dicho acto legislativo se evidencian como concreciones de este mandato.

## **1. Ley de Regla Fiscal e incidente de impacto fiscal**

La Ley de regla fiscal adoptada mediante Ley 1473 de 2011 busca implementar una regla cuantitativa sobre las finanzas del Gobierno Nacional Central - con claro impacto en las administraciones departamentales y municipales -, con el fin de garantizar la sostenibilidad de la deuda pública y la estabilidad macroeconómica del país, propendiendo por eliminar los sesgos de la política fiscal hacia la prociclicidad, el endeudamiento y la compresión de la inversión pública. Para garantizar el cumplimiento de este mandato se creó el Fondo de Ahorro

y Estabilización Macroeconómica, el cual acumulará recursos del ahorro proveniente de la regla fiscal y de aportes adicionales del Presupuesto Nacional, con el fin de apoyar el gasto contracíclico cuando este sea necesario, la amortización de deuda y la financiación de necesidades producidas por eventos extraordinarios que puedan implicar una suspensión temporal de la regla fiscal.

Desde un comienzo se reconoció que los resultados que esta regla fiscal pueda tener se encontrara condicionada por el hecho de que en Colombia el gobierno nacional no cuenta con el monopolio sobre la iniciativa del gasto público. Resulta claro que a partir de la Constitución de 1991 la iniciativa de leyes que decreten gasto público es compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo, con el agravante de que la Corte Constitucional también tiene iniciativa de gasto y algunos de sus fallos están asociados a enormes costos fiscales.

El criterio de sostenibilidad fiscal modifica el artículo 334 de la Constitución Política incorporando el concepto de sostenibilidad fiscal como un criterio que orienta a las Ramas y Órganos de Poder Público dentro de sus competencias en un marco de colaboración armónica. Asimismo, condiciona los artículos 339 y 346 de la Constitución para que el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley del Presupuesto General de la Nación se ajusten en ese marco de sostenibilidad fiscal.

La ley en mención (Ley 1473 de 2011), señala que en el largo plazo, el gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural en más de 1%. Con dicha Ley el Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit fiscal estructural, que le permitirá alcanzar un déficit estructural de 2,3% del PIB o menos en 2014, de 1,9% del PIB o menos en 2018 y de 1,0% del PIB o menos en 2022. No obstante la realidad económica colombiana supone que para el año 2016 el déficit fiscal fue del 4%.

Como sostiene Arango Rivadeneira, la reforma del Acto Legislativo No. 01 de 2011 al artículo 334 constitucional<sup>12</sup> produjo una “modificación al corazón del modelo económico

---

<sup>12</sup> El artículo 334 de la C.P. ahora preceptúa: “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

constitucional para introducir un incidente fiscal y conciliar el reconocimiento judicial de derechos con la estabilidad económica del Estado” (2012: 14). En virtud de este será posible condicionar o limitar la ejecución de una sentencia, de una de las máximas corporaciones judiciales, sin que para ello sea necesario el consentimiento de los sujetos afectados en sus derechos reconocidos judicialmente, cuando el accionado sea el Estado.

El nuevo mecanismo de control fiscal, de iniciativa gubernamental<sup>13</sup>, pretende garantizar la sostenibilidad fiscal de las finanzas públicas contribuyendo a la estabilidad macroeconómica del país al introducir el concepto de disciplina fiscal que pretende evitar déficit fiscales abultados al limitar la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos para, finalmente, llegar a un equilibrio en el manejo de la economía al reducir el déficit fiscal. La racionalización del gasto y de los recursos públicos se hará teniendo como base

---

ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. *La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público*, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. *En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales*. Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” (cursivas fuera de texto). Esta reforma además modificó los artículos 339 y 346 superiores para que el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley del Presupuesto General de la Nación, se ajusten al principio de sostenibilidad fiscal.

<sup>13</sup> El Gobierno nacional presentó el proyecto de ley partiendo de la existencia de un constante déficit fiscal y la situación permanente de manejo deficitario de la economía. Para el periodo 2002-2006 en Colombia se registró un gasto del Gobierno cercano al 17.3% del PIB, para el periodo 2006-2010 aumentó a un 18%. Como señala Clavijo “estas cifras representan un marcado incremento respecto al 10% del PIB observado en la primera parte de los años noventa, cuando el impacto fiscal de la Constitución de 1991 no había entrado en todo su vigor [...] este despertar del gasto público, en el caso de Colombia, proviene de las interpretaciones “activistas” que se le ha dado a la Carta Política de 1991 (CP-1991), donde se asignaron elevadas responsabilidades al Gobierno Central en materia de transferencias y gasto social. [...] estos mandatos de gasto se han visto agravados por laxitud del Ejecutivo a la hora de concretar las leyes ante el Legislativo, especialmente las referidas a pensiones, salud y gasto social (tipo “Familias en Acción”). En otros tantos, ese mayor gasto se explica por la interpretación que le han dado las Altas Cortes a dichas leyes y al lema del “Estado Social de Derecho,” que para muchos legisladores y jueces debería ser casi un sinónimo del gasto “ilimitado” ordenado por la CP-1991, cuando quiera que se trate del llamado “derecho a la vida digna” (2011, pág. 3).



criterios varios como la sostenibilidad, rentabilidad y conveniencia promoviendo así la satisfacción de mandato constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular — en términos económicos— en el marco del criterio de sostenibilidad fiscal —fin político colectivo— que, a su vez, debe armonizarse con la prioridad que respecto del gasto público social, caracteriza la política económica, y con la satisfacción del núcleo esencial de los derechos de aquel que ve condicionada la ejecución de un fallo que le resultó favorable.

Este condicionamiento se da por la determinada y limitada capacidad que tiene el Gobierno para financiar sus gastos y recaudar ingresos de cara a la necesidad de lograr objetivos constitucionales de superación de la desigualdad, reducción de la pobreza e inequidad con un crecimiento económico estable. Los derechos implican un costo financiero y los recursos existentes, escasos e insuficientes, no permiten que el disfrute sea generalizado; a través de acciones judiciales los ciudadanos obtienen reconocimientos que por otra vía no han alcanzado y que suponen un incremento en el gasto —las corporaciones judiciales, sobre todo la Corte Constitucional, se ha convertido en ordenadora del gasto—. Con recursos limitados la reforma pretendió garantizar una mayor disciplina en materia fiscal frente a los ingentes gastos que decisiones judiciales generan para las finanzas públicas.

Con esta medida el gasto del Estado deberá limitarse a sus ingresos no financieros con el fin de generar en el futuro superávits que deberán, al tenor de la ley 1473 de 2011, ser remitidos al “Fondo de ahorro y estabilidad fiscal y macroeconómica” cuyos recursos podrán ser usados para regular el ciclo económico o para honrar la deuda, generando que en épocas de normalidad económica se contraiga el gasto y en épocas de crisis se realicen inversiones.

La sostenibilidad fiscal en estricto sentido propone el debate entre el disfrute permanente de los derechos de una persona o un grupo, reconocidos judicialmente, y el derecho que tiene toda la sociedad a tener unas finanzas saludables, amén de la protección que debe brindarse a las futuras generaciones respecto a la posibilidad de contar con los recursos suficientes para el disfrute de sus derechos; un debate entre derechos y fines políticos<sup>14</sup> (Arango

---

<sup>14</sup> Como señalaba Dworkin los derechos se basan en argumentos de principio y los objetivos colectivos en argumentos políticos, la diferencia entre estos dos supone que “los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto un todo. El argumento a favor del subsidio a los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o colectivo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [...] y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual

Rivadeneira, *Sustitución del estado social de derecho por un Estado fiscal*, 2011: 71). No obstante aunque la cuestión se plantea, aparentemente, en términos dicotómicos, es preciso reconocer que el fin colectivo —cualquiera que este sea— no podrá restringir el disfrute del núcleo esencial de un derecho concreto institucionalizado salvo casos de extrema urgencia, pues estos “constituyen reglas constitutivas y regulativas en una democracia donde los ciudadanos tienen derecho a la igual consideración y respeto” (Arango Rivadeneira, 2012: 20).

Si se considera que resulta viable limitar el disfrute de un derecho, judicialmente reconocido, por motivos de eficiencia económica se estaría cosificando al individuo al convertirlo en un instrumento para la realización de un fin político colectivo, rompiendo así con el principio de dignidad que constituye pilar fundamental en un ESD, amén de transformarlo en un Estado Fiscal de Derecho<sup>15</sup> en el que argumentos de tipo económico prevalecen respecto a realizaciones individuales, no es posible en el marco del modelo de Estado constitucionalmente reconocido otorgar prevalencia a principios que contienen intereses económicos basándose en argumentos de tipo presupuestal o económico sobre cualquier derecho de los ciudadanos (Mejía Quintana & Galindo Poblador, 2005).

Es posible señalar, en estos términos, que se podría producir una limitación al disfrute del derecho pero nunca un vaciamiento en el mismo, atendiendo en todo caso, al respeto por el principio de progresividad de los derechos. Como se advirtió con antelación Colombia ha suscrito varios instrumentos internacionales que comprometen su respecto por la progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, y en consecuencia, salvo las posibilidades excepcionales que se analizaron anteriormente, no será factible —aún en el marco de un Incidente de sostenibilidad fiscal— adoptar determinaciones que supongan un retroceso en el reconocimiento y disfrute de los derechos.

Existirá entonces un condicionamiento respecto a este criterio, dado por la negativa a adoptar medidas regresivas u orientadas a menguar el núcleo esencial del derecho, circunstancia que supondría la imposibilidad de que, en futuras decisiones judiciales de las altas corporaciones, se adopten medidas que supongan retrocesos históricos frente a conquistas y

---

consideración y respeto, es un argumento de principio” (1984, pág. 148). En ese sentido los derechos serían una protección de los individuos contra los objetivos colectivos.

<sup>15</sup> Como indica Barbosa Delgado la inclusión del criterio de Sostenibilidad fiscal en la Constitución transformó el ESD en un Estado Fiscal con “una Constitución sin derechos, sin justicia, sin separación de los poderes y con una grave ruptura del pacto social” (2014, pág. 19). Sus críticas se orientan, de manera principal a la Sentencia C-288 de 2012 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del acto legislativo que introdujo este criterio.

reivindicaciones en el reconocimiento o disfrute de derechos alcanzados previamente. El problema entonces se presentará, bajo esta perspectiva, frente a decisiones posteriores que vayan más allá de lo reconocido históricamente, pues se realización podría verse condicionada por la escasez de recursos públicos<sup>16</sup>.

Es claro que la introducción de este incidente genera grandes retos respecto a la interpretación de la Constitución Económica que ahora condiciona la efectividad del Estado Social de Derecho al establecer la posibilidad de diferir, modular o limitar los efectos de un fallo de una corporación judicial cuando sus efectos fiscales puedan ser nocivos para la estabilidad macroeconómica. Para el gobierno, y de conformidad con Suescún, la reforma “ha sido inspirada en las obligaciones crecientes de mayor gasto público provenientes de recientes fallos judiciales que han impuesto grandes costos sobre la política fiscal. Ejemplo de ello son las demandas por las pirámides que ascienden 42 billones de pesos o las del UPAC por 32 billones. Al no introducirse el principio de sostenibilidad, estas decisiones supondrían: i) asumir una senda de mayor gasto y endeudamiento, creando mayores restricciones fiscales y generando insostenibilidad de las finanzas públicas; o ii) reacomodar el gasto, sacrificando rubros sensibles como la inversión, en particular, la inversión en infraestructura” (2011: 10).

Con esta modificación, dentro de los 3 días siguientes a la fecha en que se conozca una sentencia de un tribunal de cierre de cualquiera de las jurisdicciones<sup>17</sup>, o un auto proferido posteriormente (art. 1 Ley 1695 de 2013)<sup>18</sup>, el Procurador General de la Nación o cualquier

---

<sup>16</sup> Preocupación similar le asiste a Rodríguez Bereijo quien, al hacer un estudio del principio de estabilidad presupuestaria incorporado en la Constitución española, señala que el sistema estatal ha generado en los ciudadanos amplísimas expectativas y compromisos sociales que “paulatinamente se han consolidado como una especie de “derechos adquiridos” de la colectividad convirtiéndose en premisas normativas de todo programa de gobierno. La lucha contra el paro o la inflación, el mantenimiento de estándares adecuados de nivel de vida, provisión de bienes y servicios públicos... todo ello se ha convertido en un compromiso social normativo en cierto modo irreversible que, mediante el “mercado político” (sistema electoral de partidos), presiona y se impone a los Gobiernos” (2014, pág. 148). Circunstancia que pone en aprietos al Estado que se encuentra en tensión permanente entre la capacidad económica y la satisfacción de necesidades sociales, señalando que esta la solución a esta cuestión supone una decisión política que depende de la capacidad financiera del Estado en cada momento.

<sup>17</sup> Se entenderá que el incidente procede respecto de las sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura (art. 3 Ley 1695 de 2013). Sin embargo el artículo 16 de la misma norma amplía la posibilidad de que el incidente pueda ser adelantado a nivel departamental o municipal cuando una de estas altas corporaciones condene a los entes territoriales y amenace con ello su sostenibilidad fiscal.

<sup>18</sup> Sin embargo la Corte Constitucional en Sentencia C-870 de 2014 indicó, respecto de la posibilidad de interponer el incidente contra autos, que no procede contra las decisiones que se adopten en materia de tutela —pues el desarrollo de esta materia solo procede mediante ley

Ministro de Despacho —sin posibilidad de delegación en otro funcionario [ (C-288 de 2012) y (C-1052 de 2012)]— podrán solicitar a la corporación que profirió la decisión abrir un Incidente de impacto fiscal. En este la Corporación judicial tiene la obligación de escuchar del proponente las razones y el impacto económico que podría tener la sentencia. A partir de este ejercicio aquella podrá modular, condicionar o diferir los efectos del fallo habida consideración de los argumentos propuestos.

El incidente genera retos de cara al principio de separación de poderes que consigna el artículo 113 constitucional, la posibilidad del gobierno y el Ministerio Público para iniciar este trámite pareciera suponer una injerencia indebida en las competencias de la rama judicial, sin embargo pudiera indicarse, al tenor del mismo artículo, que la colaboración armónica entre ramas y órganos del poder público, considerando la identidad de los fines del Estado permite reconocer la constitucionalidad de esta medida (de la Calle, 2011). A su vez, al tenor de la ley que desarrolla este criterio, aunque es obligatorio para las corporaciones judiciales dar trámite al Incidente de sostenibilidad fiscal, no lo es modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia; inclusive tampoco es de obligatorio acatamiento u observancia el Plan concreto de cumplimiento que presenta el Gobierno Nacional, en el trámite, es solamente un elemento de juicio. De lo contrario se podría concluir, sin miramiento alguno, que la independencia de la Rama Judicial se habría condicionado a los intereses del Ejecutivo y que la separación del poder público habría sido desconocida.

El incidente pretende retornar al Ejecutivo el monopolio de la iniciativa del gasto, o por lo menos un control sobre el mismo, que se ha visto menguada por la posibilidad que tienen las corporaciones judiciales de ordenar, vía sentencia, gastos que afectan las finanzas, en aras de proteger un derecho vulnerado. Ha sido claro como durante la vigencia de la Constitución de 1991 múltiples sentencias han generado importantes obligaciones fiscales<sup>19</sup> con cargo al

---

estatutaria y la Ley 1695 de 2013 es una ley ordinaria—, procediendo contra aquellos “a través de los cuales, sin importar su denominación, se ajustan o modifican las órdenes de la sentencia, o se adicionan unas nuevas, con incidencia autónoma en materia fiscal”.

<sup>19</sup> Se planteaba que entre “2010 y 2012 aumentarán los gastos en formación bruta de capital fijo de 0,7% a 1,1% del PIB. En salud, por el efecto de los costos derivados de la jurisprudencia y la evolución del sistema (fallos de la Corte y los jueces y de las necesidades de universalización del acceso a los servicios de salud, unificación de los paquetes de beneficios y los cambios demográficos), se prevé un aumento del gasto de 1,2% a 1,5% del PIB entre 2010 y 2015. En atención a desplazados, los compromisos de gasto aumentan desde 0,3% del PIB a 0,5% entre 2010 y 2013, y permanecen en este nivel en los años posteriores” (Comité Técnico Interinstitucional (Banco de la República, Ministerio de Hacienda, DNP), 2010, pág. 40).

Presupuesto público, sin embargo, todas ellas ponen de presente el rol que ha asumido la rama judicial en la protección de derechos que, de otra manera, no habrían encontrado satisfacción<sup>20</sup>.

Contemplar la posibilidad de que el Ejecutivo y el Procurador General puedan solicitar el inicio del incidente de sostenibilidad fiscal frente a una sentencia de la Rama Judicial no da al traste con el principio de separación del poder público —elemento definitorio del modelo de ESD—; aunque es claro que cada uno de ellos ejerce funciones autónomas e independientes resulta pertinente considerar que la colaboración armónica y el control recíproco e interorgánico no anula la autonomía e independencia (C-971 de 2004) siguiendo la línea de un modelo flexible de distribución de las distintas funciones del Estado en armonía con el principio de frenos y contrapesos asumido constitucionalmente. La inexistencia de poderes absolutos u omnímodos en el ESD legitima la posibilidad que, para el caso en concreto, tendrían los competentes para solicitar la apertura del incidente sin que ello signifique sacrificio de este principio.

Los retos que para la Constitución Económica plantea este incidente deben analizarse de cara con los principios constitutivos de la Economía Social de Mercado de estabilidad de la moneda y constancia y confianza de la política económica. Resulta claro que los derechos sociales juegan un importante papel en el Estado Social de Derecho, su realización justifica, entre otras la prioridad que se predica, constitucionalmente, respecto del gasto público social. Sin embargo, aunada a esta prioridad se encuentra la obligación que le corresponde al Estado para mantener la capacidad adquisitiva de la moneda que se ve mermada por el incremento en el gasto público, que no encuentra soporte en los ingresos de la nación, al que se liga el déficit con incremento de la deuda y aumento en la inflación.

Todas estas variables suponen afectación a la estabilidad macroeconómica y precisan intervenciones del Estado en la economía, la sostenibilidad fiscal se constituye en una de esas

---

<sup>20</sup> Solamente, y a título de ejemplo, se puede señalar que los avances más relevantes en materia de protección a población desplazada, población interna en establecimientos penitenciarios y atención en salud se han producido por mandato judicial de la Corte Constitucional. La Corte en múltiples asuntos, relacionados con algunas de estas materias, ha declarado que existe un “estado de cosas inconstitucional” ordenando al Gobierno Nacional y a múltiples instituciones públicas la adopción de políticas públicas para superar tal situación. Esta corporación judicial ha jugado un papel relevante en la realización del mandato del Estado Social de Derecho, respecto a derechos sociales, lo que ha permitido calificarla como una verdadera “jurisdicción social” además de una “jurisdicción económica” (Molina Betancur, 2010, pág. 387 y 407). El calificativo de jurisdicción social ha sido desarrollado por Arango Rivadeneira (2003) aplicado a la acción de tutela y el papel que juega, sobre todo, la Corte Constitucional cuando revisa sentencias y unifica jurisprudencia.

medidas, que no obstante su pretensión encuentra claras restricciones dadas por la progresividad de los derechos sociales y la imposibilidad de afectar su núcleo esencial. La sostenibilidad y el crecimiento a largo plazo, objetivos de la sostenibilidad fiscal (Grupo Macroeconomía Banco de la República, 2006: 61), podrían encontrarse afectados por el incremento insostenible del gasto, generado por altísimos gastos ordenados por sentencias judiciales. Con el fin de garantizar un equilibrio macroeconómico, la reducción de las fluctuaciones en el ciclo económico exigen que las autoridades públicas se comprometan con el logro de los objetivos de política económica con bajos índices de inflación que favorezcan ese ciclo y mantengan la capacidad adquisitiva de la moneda en beneficio del grueso poblacional. Si esto no ocurre así se producirían fenómenos de desempleo, aumentos en la inflación y afectaciones en sectores estratégicos de la economía, como el financiero, condicionando el acceso al crédito y limitando planes de consumo e inversión (Ramírez Plazas, 2012: 152).

Sin embargo resulta claro comprender que no es posible condicionar la satisfacción de los objetivos del ESD a asuntos presupuestales, pues lo contrario supondría pensar en el condicionamiento de esa forma de Estado dependiendo de los recursos disponibles. La principal crítica que tiene este criterio apunta a que condiciona la efectividad del ESD a políticas presupuestales: si no hay recursos suficientes no podrá materializarse el disfrute de los derechos.

Por ello, aun con la reforma del artículo 334 constitucional es posible indicar, a) el gasto público social deviene en prioritario, b) la sostenibilidad fiscal no puede condicionar el disfrute o reconocimiento de un derecho fundamental, c) se debe asegurar progresivamente que los ciudadanos puedan acceder a bienes y servicios que garanticen vivir en condiciones de dignidad (Archila, 2013: 03), d) no son posibles, en principio, medidas regresivas respecto a derechos sociales, e) en el marco del incidente de sostenibilidad fiscal no es imperativo acceder a la solicitud de modular, condicionar o diferir los efectos de la decisión, que presente el Procurador o el Ministro del ramo, f) no se restringe la autonomía de la Rama Judicial al tratarse de un espacio de interlocución entre las altas Cortes y la Administración (C-584 de 2014); g) aunque deberá considerarse la situación fiscal, al momento de dictar una sentencia, aquella no constituirá dogma a partir del cual se condicione la materialización de los derechos en el marco de un ESD, h) en un marco de escasez de recursos la concepción de igualdad material que orienta el ESD genera la obligación de protección especial a la población más débil en el manejo y reparto de recursos, por ello el gasto público social es prioritario por lo que, i) la sostenibilidad fiscal se encuentra subordinada a la consecución de los fines del Estado propios de aquel

(bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, visible en la solución de las necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación saneamiento básico y agua potable –art. 366 C.P. —); j) el criterio en comento se constituye en uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, ligado a los señalados en los artículos 350 y 366 de la C.P.; j) la sostenibilidad fiscal no es un fin constitucional en sí mismo sino una herramienta para alcanzar los fines del Estado (C-288 de 2012) y; k) cuando las altas corporaciones judiciales profieran una sentencia, no tendrán la obligación de plantear un análisis detallado de las implicaciones fiscales de la misma pues ello excedería el marco de sus competencias.

Estas conclusiones deben reforzarse con la precisión de que, en materia judicial, frente a conquistas alcanzadas no será posible realizar retrocesos, pero frente a posteriores reconocimientos o desarrollos que pretendan ampliar el alcance o garantía de un derecho por vía jurisprudencial si existirá un condicionamiento dado por el criterio de sostenibilidad fiscal que deben considerar todos los órganos del Estado.

Es posible llegar a esta conclusión a partir de la combinación de tres supuestos, el primero de ellos, encuentra referente en el Acto Legislativo, y apunta a la imposibilidad de realizar afectaciones al núcleo esencial de los derechos fundamentales; el segundo, encuentra referente en la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre imposibilidad de adoptar medidas regresivas, salvo algunas excepciones que superen una revisión de constitucionalidad, respecto de derechos; y el restante tendría como soporte la necesidad de atender al criterio de sostenibilidad fiscal en sentencias de las altas corporaciones judiciales que tengan algún impacto fiscal, sin que este criterio, necesariamente, impida seguir adoptando medidas progresivas en materia de derechos, no solamente fundamentales, sino diversos.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el incidente de impacto fiscal tiene efectos a nivel territorial pues con el fin de evitar alteraciones en la sostenibilidad fiscal de las entidades territoriales, el juez al momento de proferir una sentencia que condene a un municipio o departamento, deberá tener en cuenta la capacidad fiscal de la entidad territorial para dar cumplimiento a lo ordenado. Para tal efecto, y de conformidad con las condiciones del artículo 15 de la presente ley que resulten aplicables, cualquiera de las máximas corporaciones judiciales podrá, durante cualquier etapa del proceso, solicitar al representante legal de la entidad territorial vinculada dentro del proceso, que emita concepto sobre los efectos de una eventual condena en las finanzas públicas.

## 2. Criterio de sostenibilidad fiscal y el principio constitucional de estabilidad presupuestaria en España

Aunque se hizo mención expresa en el título de esta parte que el análisis se enmarcaría en el caso colombiano, vale la pena hacer una revisión del principio estabilidad presupuestaria en España, teniendo en cuenta que si bien parecieran ser idénticas, existen claras diferencias entre ellas. Para el caso español, el artículo 135 de la Constitución española y, en el ámbito europeo, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG) —de 2 de marzo de 2012 y ratificado mediante autorización concedida por la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio— que se relaciona estrechamente con el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)<sup>21</sup> —de 2 de febrero de 2012— otorgan el marco para abordar el estudio del principio mencionado.

El Tratado de Estabilidad tiene la función, en los términos de su artículo 1, de “reforzar el pilar económico de la Unión Económica y Monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social”. Este tratado promueve la disciplina presupuestaria y, entre otros, obliga a los estados contratantes a informar sobre planes de emisión de deuda pública además de “presentar un programa de asociación económica y presupuestaria para los Estados en procedimiento de déficit excesivo” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2012), en una clara manifestación del sistema evolutivo que se enmarca en la Constitución y en el Derecho de la Unión Europea que ha experimentado modificaciones sustanciales para ajustarse a los propósitos y fines comunitarios que, en materia del régimen jurídico del gasto público se reflejan en una política económica supranacional (STC 171/2004, de 23 de octubre).

El tratado tiene la pretensión de avanzar hacia una zona económica más fuerte que descansa en torno a tres pilares esenciales, a) el pacto presupuestario que promueve la disciplina

---

<sup>21</sup> La finalidad de este Mecanismo, en los términos del artículo 3, será “movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros”.



presupuestaria y obliga a los Estados a registrar equilibrio o superávit en sus cuentas públicas obligándolos a adoptar mecanismos correctores, automáticamente, en caso de desviaciones significativas<sup>22</sup>, b) coordinación de políticas económicas (art. 11), y c) la mejora de la gobernanza económica<sup>23</sup>. Estas disposiciones se adoptaron debido a la fuerte interrelación económica que registran los países dentro de la zona euro en la que los graves riesgos de inestabilidad financiera generan problemas serios para la estabilidad financiera de la zona euro en conjunto.

En armonía con estos instrumentos internacionales España —con posterioridad a Alemania que lo había hecho en el año 2009 y Suiza (que aunque no hacía parte de la UE introdujo una disposición en este sentido) en el año 2001 (Bar Cendón, 2012: 62) — modificó el contenido del artículo 135 de su Constitución<sup>24</sup> y aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>25</sup>, que “potencia el control del Estado sobre la capacidad de gasto y endeudamiento de las demás administraciones públicas (fundamentalmente sobre las Comunidades Autónomas)” (Sala Sánchez, 2014: 37), amén de

---

<sup>22</sup> De conformidad con el numeral 1 del artículo 3 y el artículo 4 del Tratado, los Estados contratantes deben registrar equilibrio o superávit en sus cuentas públicas que se cumplirá si el saldo estructural anual alcanza el objetivo a medio plazo (OMP) con un límite inferior máximo del 0,5% del PIB a precios de mercado (ampliado al 1% si la ratio de deuda pública se sitúa por debajo del 60% y los riesgos de su sostenibilidad son bajos). En este sentido no es posible tener un déficit superior, para ninguno de los Estados miembros, al 3% del PIB.

<sup>23</sup> Se genera la obligación de realizar, por lo menos, dos cumbres Euro al año

<sup>24</sup> No obstante la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria resultaba novedosa sin que el principio en sí mismo lo fuera pues ya el RD Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, ya era una realidad en la normativa española.

<sup>25</sup> Varias disposiciones de esta ley fueron acusadas de inconstitucionales ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de Canarias, al considerar que se presentaba infracción de ley orgánica por remisión a otras normas o decisiones además de vulnerar la autonomía financiera, la lealtad institucional, el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad al restringir la autonomía presupuestaria y fiscal a las comunidades autónomas. Sin embargo, la acción no prosperó y la Sentencia 215/2014, de 18 de diciembre, da cuenta de ello, en ella el Tribunal señaló a partir de la competencia de que dispone el Estado respecto a la estabilidad presupuestaria y conforme en los artículos 149.1 numerales 11 (fundamentos de la ordenación del crédito), 13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), 14 (hacienda general y deuda del Estado) y 18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas) que se constituyen en habilitaciones al Estado para “adoptar las medidas necesarias para cumplir con los mandatos de la Unión Europea, de cara a la reducción del déficit público y a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario [...]”. Un interesante análisis de dicha decisión se puede consultar en Orón Moratal (2015).

establecer el principio del límite del déficit estructural<sup>26</sup> y de la deuda pública<sup>27</sup> que exige a las corporaciones locales mantener una situación de equilibrio o superávit presupuestario generando la obligación para el Estado y las comunidades autónomas de obtener autorización legal previa emisión de deuda pública o endeudamiento.

Estas disposiciones, y las reformas que ha generado para los países que hacen parte de la Unión Europea, encuentra su fundamento en un objetivo claro de coordinación pues como advierte Bárcena resulta claro que en un área “donde existe una moneda única y una política cambiaria controlada por una sola institución, el hecho de que la política fiscal sea manejada discrecionalmente por los gobiernos nacionales puede facilitar que los países incurran en déficit, déficit cuyas consecuencias se distribuirían negativamente entre todos los países miembros que comparten la zona euro, tal y como estamos teniendo oportunidad de comprobar en la actualidad” (2013: 146). La necesidad entonces de adoptar esta serie de medidas, a pesar de las reacciones que pudiera generar, resultaba consistente.

Al igual que en el caso colombiano, la incorporación de este mandato genera fuertes debates en torno al desmonte del Estado Social de Derecho y que parecieran encontrar confirmación en la Exposición de Motivos de la modificación del artículo 135 constitucional que señala “la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”.

---

<sup>26</sup> “Definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior” (núm. 2 art. 11). Sin embargo en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria cuyo control escape a las administraciones públicas y amenace su situación presupuestal y financiera se podrá incurrir en déficit, siempre que este no amenace la sostenibilidad fiscal a mediano plazo.

<sup>27</sup> Para las Comunidades Autónomas el límite de la deuda pública no podrá ser superior al 13%, para la administración central no podrá exceder el 44% y para el conjunto de corporaciones locales no será superior al 3%. Sumadas estas la deuda pública no podrá ser superior al 60% del PIB nacional (art. 13).

Como señalan Sala (2014: 37-38) y Bárcena (2013: 24-25) esta modificación no supone el desmonte del componente social del Estado en la medida en que economías no financiarizadas pueden generar crecimiento económico que es el que permite generar empleo y recursos necesarios para políticas sociales, tampoco determina ninguna prioridad o postergación en materia de gasto social, ni mucho menos admite condicionamientos a las necesidades que en inversión demanda esta forma particular de Estado. Para otros autores como Rey Pérez (2011: 241) la adopción de esta medida —objetivo de todo buen gobernante— supone la asunción constitucional de políticas neoliberales que minan el Estado Social de Derecho al no establecer un mínimo de gasto para satisfacer demandas sociales e impedir un incremento del nivel de endeudamiento sin precisar si este se condiciona a inversión productiva o gasto corriente. Resulta claro comprender que el componente social del Estado puede conducir a la existencia de déficit fiscales estructurales los cuáles, sin embargo, no podrán ser excesivos pues pondrían en riesgo la estabilidad misma del modelo.

Finalmente, y atendiendo a la necesidad de hacer una interpretación armónica de las disposiciones comunitarias, es posible señalar que el principio de estabilidad presupuestaria pretende materializar los objetivos de “crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social” (art. 1 del TCEG), que deben integrarse con las disposiciones que consigna el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 —que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea— en sus artículos 2 y 3 numeral 3, y de Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado en el mencionado Tratado de Lisboa, en sus artículos 9, 14 y 126, hacen factible concluir que el principio en mención no limita los presupuestos básicos del Estado social, sino que pone de presente al necesidad de optimizar los recursos públicos necesarios para la “garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”.

## Conclusiones

1. La diversidad de principios, valores y normas de contenido económico armonizan claramente con un sistema de Economía Social de Mercado en el que el reconocimiento del mercado como institución indispensable juega un papel fundamental pero la intervención general del Estado en la economía se establece como premisa esencial de la actuación estatal. Se considera entonces que este mandato permitirá corregir fallas, propiciar el desarrollo

económico equitativo y garantizar la supremacía del bien común. Se comprende que la protección del mercado es relevante, pero no es el fin único a perseguir. Así, pretender que funcionará adecuadamente de acuerdo a sus propias reglas no corresponde al modelo de Estado ni a los fines que este persigue. Un Estado abstencionista en materia económica no se compagina con un Estado Social de Derecho, por el contrario este estará ampliamente integrado en la vida socioeconómica para lograr materializar la teleología constitucional.

2. El sistema de Economía Social de Mercado parte del reconocimiento del mercado como la institución más eficiente para permitir el proceso de intercambio y redistribución de la riqueza, sin embargo, es consciente de que, sin límites ni regulación clara, aquel no podrá garantizar que ese proceso se produzca en condiciones de equidad, sacrificando los principios del Estado Social de Derecho. Por ello se exigen reglas claras de intervención con dos perfiles: uno garantista y otro corrector. El primero de ellos reconoce la necesidad de proteger y promover libertades económicas necesarias para el funcionamiento de un sistema de mercado (propiedad privada, libre iniciativa privada, libre competencia) y el restante acentúa el papel del mercado como instrumento que permite alcanzar el bienestar social e individual a través de principios como la igualdad, la dignidad, la solidaridad y la justicia social, siendo necesaria la adopción de un marco normativo que reprima y sancione comportamientos que restrinjan o lesionen las libertades económicas que articulan el sistema constitucional económico. Se reconoce entonces que el mercado sin intervención ni regulación podrá garantizar crecimiento económico y eficiencia, pero no necesariamente equidad.

3. El criterio de estabilidad presupuestaria en el caso colombiano no ostenta el carácter de principio —con consecuencias normativas obligatorias— sino un criterio —una herramienta orientadora con menor valor normativo—.

4. La adopción del criterio no surge como herramienta macro económica propia de un proceso de integración consolidada a diferencia del caso español. Responde a la intención de retornar al ejecutivo el monopolio de la iniciativa del gasto que se ha visto mermada por jurisprudencia de los altos Tribunales.

5. Surge como herramienta necesaria para que los Estados conserven una disciplina económica que evite el déficit fiscal y no pongan en riesgo las finanzas públicas obligando al Gobierno central y a las autoridades territoriales a seguir la regla fiscal en la planeación de sus presupuestos.

6. En el caso colombiano, a partir de este criterio, se incluyó el Incidente de Impacto Fiscal que le permite al Ministerio Público y al Ministro de Hacienda poder iniciar este trámite

cuando la sentencia de una de las Supremas Cortes (Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado) afecte o amenace afectar la sostenibilidad fiscal. Esta circunstancia es inexistente en el ordenamiento español.

7. Para el caso español surge como necesidad de responder a requerimientos de la Unión Europea orientados a garantizar la estabilidad presupuestaria de todos los países que la integran debido a la interdependencia económica.

8. El criterio de sostenibilidad fiscal emerge como una necesidad orientada a evitar altos déficits fiscales que puedan comprometer la garantía y satisfacción de los derechos de futuras generaciones. Sin embargo este no obliga a las autoridades territoriales a solicitar autorización al Gobierno Central en caso de endeudamiento o emisión de deuda pública a diferencia del caso español.

9. Este criterio no podrá atentar contra la prioridad constitucional que tiene el gasto público ni menoscabar la progresividad de los derechos.

10. En la Unión Europea surge como una disposición que pretende garantizar que todos los países que la integran mantendrán sus finanzas públicas saneadas y sus políticas presupuestarias estarán coordinadas. Aquellos que no cumplan con el objetivo fiscal planteado (déficit inferior al 3% y deuda pública superior al 60% del PIB) podrán recibir sanciones, circunstancia que no aplica en el caso colombiano.

## Referencias

ARANGO RIVADENEIRA, R. Sustitución del estado social de derecho por un Estado fiscal. *Revista Zero Universidad Externado de Colombia*, 27(13), 2011, p. 70-72.

ARANGO RIVADENEIRA, R. Derechos y fines políticos. *Revista Jurídicas*, 9(1), jan./jun., 2012, p. 13-31.

ARANGO RIVADENEIRA, R. La jurisdicción social de la tutela. In: C. M. Molina Betancur, *Corte Constitucional 10 años. Balances y perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003, p. 107-128.

ARCHILA, E. J. El dilema de la sostenibilidad fiscal. *Contexto*, 40, jul./dez., 2013, p. 3-4.

BAR CENDÓN, A. La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012, p. 59-88.

BÁRCENA, J. La reforma constitucional y la nueva gobernanza de la Unión Europea. *Estudios de Deusto*, 61(2), jul./dez., 2013, p. 135-171.

BINDER, K.; DÜRR, E. La Economía Social de Mercado. In: C. Botero Marino, & G. M. (Coord.), *Economía Social de Mercado y Tratados de Libre Comercio en Colombia. Análisis y propuestas sobre el impacto del TLC en la pobreza, los derechos laborales y la pequeña y mediana industria*. Bogotá: Fundación Social-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 57-66.

BOTERO RESTREPO, C. *El Derecho antitrust o de la libre competencias en los Estados Unidos*. Medellín: Librería Señá Editora, 2002.

DE LA CALLE LOMBANA, H. Reflexiones sobre la sostenibilidad fiscal. *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional*. Bogotá: Fedesarrollo- Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 19-20. Acceso em: 13 set. 2016.

ERNSTE, D. H. Economía social de mercado desde una perspectiva ordoliberal. In: A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado*. La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006/2011, p. 53-70.

EUCKEN, W. El problema político de la ordenación. In: W. Eucken, A. Müller-Armack; H. Von Stackelberg; W. Röpke; F. Machlup; F. A. Lutz, *La economía de mercado*. Tradução por J. Cerezo, v. 1. Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1963/1948, p. 25-80.

GRUPO MACROECONOMÍA BANCO DE LA REPÚBLICA. *La economía colombiana: situación actual frente a los noventa y sus perspectivas*, dez., 2006. Disponible em: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra429.pdf>.

HASSE, R. H., Schneider; WEIGELT, K. Diccionario Economía Social de Mercado. *Política económica de la A a la Z*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

MARKTANNER, M. The social market economy - Conception and misconceptions. In: *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia*. La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 235-257.

MOLINA BETANCUR, C. M. Protección de derechos sociales y economía. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 6(6), jan./dez., 2010, p. 387-424.

MEJÍA QUINTANA, O.; GALINDO POBLADOR, C. La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos. El giro de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución del 91 en J. Estrada, *Intelectuales, Tecnócratas y Reformas Neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional, 2005, p. 383-406.

MÜLLER-ARMACK, A. Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social. En W. Eucken, A. Muller-Armack, H. von Stackelberg, W. Röpke, F. Machlup, & L. Friedrich, *La economía de mercado*. Tradução por J. Cerezo. Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, v. 1, 1963/1948, p. 81-147.

ORÓN MORATAL, G. Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y la ausencia de valoración del art. 153 C.E. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 18(1), 2015, p. 395-407.

PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO, J. Ponencia para Segundo Debate. "Régimen económico, libre empresa e intervención del Estado". *Gaceta Constitucional*, Bogotá, 1991

PERLOFF, J. *Microeconomía*. Madrid: Pearson Addison Wesley, 2004.

RADKE, D. *Economía Social de Mercado ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1995.

RÖPKE, W. *La teoría de la Economía*. Madrid: Unión Editorial.

RAMÍREZ PLAZAS, J. (2012). Sostenibilidad Fiscal en Colombia. *Revista Piélagus Universidad Surcolombiana*, 11(11), 1989/1966, p. 149-165.

REY PÉREZ, J. L. La reforma del artículo 135: una alteración del Título Preliminar (Estado Social) por la puerta de atrás. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (24), 2011, p. 231-245.

SÁCHICA, L. C. Título XII Del Régimen económico y de la Hacienda pública. In: L. C. Sáchica, & J. Vidal Perdomo, *Aproximación crítica a la Constitución de 1991*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 147-160.

SALA SÁNCHEZ, P. La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica. *Revista española de control externo*, 16(46), 2014, p. 11-121.

SÁNCHEZ TORRES, C. A. *Constitución Económica*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 1ª ed., 2007.



SUESCÚN, R. La sostenibilidad fiscal como pilar de la estabilidad macroeconómica. (F. -K. Stiftung, Ed.) *Debates de coyuntura económica y social*, 86, maio, 2011, p. 9-14.

TORRES AVILA, J. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1ª ed., 2012.

### **Jurisprudencia**

C-1052 de 2012 (Corte Constitucional).

C-288 de 2012 (Corte Constitucional).

C-584 de 2014 (Corte Constitucional).

C-713 de 1998 (Corte Constitucional).

C-971 de 2004 (Corte Constitucional).

STC 171/2004, de 23 de outubro.

### **Como citar este artigo:**

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Sostenibilidad fiscal y estado social del derecho. **Revista Culturas Jurídicas**, *Ahead of Print*, Vol. 10, 2023. Disponible en: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/>.

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Sostenibilidad fiscal y estado social del derecho. **Revista Culturas Jurídicas**, *Ahead of Print*, Vol. 10, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/>.

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Sostenibilidad fiscal y estado social del derecho. **Revista Culturas Jurídicas**, *Ahead of Print*, Vol. 10, 2023. Available for access: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/>.