



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C, 3 de febrero de 2021

Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00992-00
Número Interno: 4473-2016
Demandante: LUIS ALONSO ARISTIZÁBAL MARÍN
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

TEMA: INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

Medio de control: Simple Nulidad –Ley 1437 de 2011

Procede la Sala a decidir la solicitud del incidente de impacto fiscal, cuya apertura fuera requerida por el Ministerio de Educación Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA SENTENCIA CUYOS EFECTOS SE SOLICITA MODULAR

Mediante sentencia del 24 de octubre de 2019, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, declaró la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, *“por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

El aparte declarado nulo, que hacía referencia al trámite de la solicitud de las cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo, señalaba lo siguiente:



“No podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior”.

Para efectos de la declaratoria de nulidad mencionada, la Subsección precisó los siguientes argumentos como *ratio decidendi*:

(i) De conformidad con lo señalado en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era la entidad competente para expedir tal previsión reglamentaria, por cuanto que las funciones establecidas en dicha ley se refieren a la administración del fondo; de suerte que invadió la órbita de competencia de legislador, quien por virtud de la reserva legal es el único llamado a reglamentar el ejercicio del derecho de petición.

(ii) La mencionada disposición, que se declaró nula, constituye una restricción al derecho fundamental de petición, por cuanto impide presentar las solicitudes relacionadas con las cesantías parciales de los docentes en cualquier tiempo, pues tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición *“la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades sin que estas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas”*. (Sentencia T-147 de 2006, entre otras).

(iii) Aunque el Fondo aseguró que el enunciado normativo que se declaró nulo, fue proferido con el propósito de establecer un orden de prioridad en la atención de las solicitudes y lograr una distribución equitativa de los recursos financieros; lo cierto es que no se logran dichas finalidades, dado que la disposición restringe, de entrada, la posibilidad de radicación en cualquier tiempo de la solicitud de avance de cesantías, lo cual resulta ser diferente a determinar un orden en la resolución de los requerimientos de las prestaciones sociales. Tampoco es una medida con la que se logre la distribución equitativa de los recursos financieros, pues la posibilidad de los docentes de hacer uso de las prestaciones a las cuales tienen derecho, no puede quedar supeditada a la falta de disponibilidad presupuestal, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional. (Sentencia SU-014-2002)



Dicha sentencia fue notificada a las partes y a los demás sujetos procesales el 26 de noviembre del 2019, a través de correo electrónico.

2. LA SOLICITUD DE APERTURA DE INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

El 28 de noviembre de 2019, la Ministra de Educación Nacional, doctora María Victoria Angulo González, presentó solicitud de apertura de incidente de impacto fiscal en relación con la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019, por cuanto estima que la misma afecta de manera considerable la sostenibilidad fiscal de la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

Para tal fin, la señora Ministra, propone que se aplaze, gradualmente, por 5 años, la entrada en vigencia de la declaratoria de nulidad, trayendo a colación como argumento central el que al haber sido invalidado el inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG, que reglamentó el retiro de cesantías parciales condicionándolos como mínimo a cada 3 años, es claro que *“al desaparecer dicha condición se va a presentar un incremento sustancial en los retiros parciales de cesantías, impactando a las entidades territoriales y los recursos del FOMAG, en cuanto no se cuenta, de un lado, con la capacidad administrativa para atender las peticiones, y de otro, siendo lo más trascendente, no se dispone con los recursos financieros para atender de manera oportuna el incremento, sin duda exponencial, de dichas solicitudes, generándose demoras en el pago que dan lugar a la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, lo cual hace aún más gravosa la situación fiscal”*.

En ese sentido, la propuesta realizada por el Ministerio, busca que *“la restricción para radicar las solicitudes de trámite ordinario”* para el pago de cesantías parciales establecida inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que fuera declarado nulo, se mantenga vigente hasta el año 2022; de forma tal que para el año 2023 se reduzca la restricción para hacer las respectivas solicitudes a dos (2) años; en el año 2024 a un (1) año y a partir del año 2025 eliminarla de manera definitiva; lo que daría



el tiempo suficiente para incorporar en el Marco Fiscal de Mediano Plazo las nuevas condiciones operativas del FOMAG y, consecuentemente, que estas se reflejen las otras instancia de la normativa del sistema presupuestal, como son el Marco de Gasto de Mediano Plazo y el Presupuesto General de la Nación.

2.1. Sustentación de la solicitud de incidente

El 14 de julio de 2020, el Ministerio de Educación Nacional, por medio de su apoderado especial, sustentó la solicitud de impacto fiscal cuya apertura fue solicitada.

Entre otras consideraciones tendientes a exponer el marco jurídico del incidente de impacto fiscal; precisó que para efectos de determinar el grado de afectación que en las finanzas del Estado tiene la Sentencia del 24 de octubre de 2019, el Ministerio que representa, desarrolló cuatro escenarios, considerando diferentes variables en cuanto al posible aumento de solicitudes de retiro parcial de cesantías y el potencial acrecentamiento de la población que podría realizar dichas peticiones como consecuencia del fallo de esta Subsección, que es objeto de este incidente.

El memorialista parte de señalar que para la vigencia fiscal de 2020, el presupuesto del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG), ascendió a la suma de 2 billones de pesos, integrados por 1,4 billones que provienen del aporte patronal a cargo del Sistema General de Participaciones (en adelante SGP), y de 604 mil millones de pesos del Presupuesto General de la Nación.

De dicho presupuesto, el 58,9% está destinado al pago de cesantías parciales, lo que asciende a la suma de 1178 mil millones de pesos; en tanto, que el monto estimado a reconocer y pagar es de la suma de 1541 mil millones de pesos, lo que, a su decir, arroja un déficit presupuestal de 362 mil millones de pesos; lo que conlleva a un retraso en el pago de 15.380 docentes, a quienes habría que pagarles una sanción por mora que mensualmente equivaldría a los 56.304 millones de pesos.



En ese sentido, consideró, que el escenario No. 1 de impacto fiscal, está delineado bajo la proyección según la cual para el año 2020 se tendría un aumento de solicitudes de cesantías parciales del 33% con respecto al año 2019, lo que correspondería *“al mismo porcentaje alto e inesperado que se dio en la vigencia 2019 posiblemente por causa de los 2 primeros meses transcurridos después del fallo y por el artículo 57 de la Ley 1955 de 2020 y su aplicación”*.

Frente al escenario No. 2, señaló que como consecuencia de la Sentencia tantas veces mencionada *“y como es de esperarse”*, en el supuesto en que el número de solicitudes de cesantías parciales aumentarían *“al menos al 50% de las estimadas para 2020”*, es decir, que se registrarían 98.954 peticiones, el costo estimado sería de \$2,3 billones y el déficit proyectado en este escenario para el presente año ascendería a \$1.157 mil millones. Ante la previsible falta de disponibilidad presupuestal para garantizar el pago oportuno de dichas solicitudes adicionales, se prevé el impacto financiero de la sanción por mora el cual se proyecta en \$179.469 millones mensuales.

En el escenario No.3, se plantea que las solicitudes llegarán a las 134.864, arrojando un costo de 3,1 billones de pesos y una sanción por mora de 310.928 mil millones de pesos por mes.

Finalmente, el escenario No. 4 supone que la mitad del total de los docentes cotizantes al FOMAG presentarían solicitud de pago parcial de cesantías; las que se estiman en 168.689, con un costo de 3.9 billones de pesos, arrojando un déficit presupuestal de 2,8 billones y una sanción por mora de 434.755 mil millones de pesos por mes.

Estos escenarios, conllevarían a que el Gobierno Nacional se viera compelido a realizar un esfuerzo presupuestal adicional al que ha venido realizando para conseguir recursos que *“no tenía previstos”* ni contemplados en la estrategia financiera del plan de desarrollo, ni en el marco fiscal de mediano plazo que fuera presentado al Congreso de la República para integrar el presupuesto del año 2020, pues a su decir, la sentencia cuyos efectos se pide suspender *“fue posterior”* a su aprobación por parte del legislativo.



De la misma manera, tendría que reorientar recursos del sector, realizando un recorte en las inversiones programadas, para direccionar mayores recursos para el pago de cesantías, lo que afectaría, de manera grave, las inversiones sociales y la atención a la población vulnerable. Situación que se ve agravada por la crisis generada a partir de la afectación general de la economía por la pandemia de la Covid-19.

En ese sentido, consideró que en el marco de la emergencia sanitaria derivada del COVID-19, ha sido necesario para el sector disponer de recursos, tanto del SGP, como del PGN, para aumentar esfuerzos en materia de acceso, pertinencia, calidad y estrategias de permanencia a la población educativa de preescolar, básica y media. Esto ha generado presión adicional en los recursos disponibles, que continúan siendo menores para las necesidades que el sector tiene para atender compromisos de años previos en materia de mejoras salariales, y para poder continuar mejorando las condiciones educativas y de calidad.

Y que por lo tanto, “el Gobierno nacional debido a la coyuntura expuesta anteriormente y su restricción presupuestal, podrá honrar únicamente aquellas apropiaciones de gasto contenidas en la Ley 2008 de 2019. Esto estará sujeto a la incertidumbre sobre la evolución de la pandemia y la magnitud de este choque sobre las cuentas del Gobierno”. (Sic)

Finalmente, consideró, que para efectos de “atender de forma adecuada”, la providencia de esta Subsección del 24 de octubre de 2019, “sin causar efectos negativos en la sostenibilidad de las finanzas públicas, especialmente en la estabilidad presupuestal en el corto, mediano y largo plazo, considerando además el marco de la actual crisis global”, se requiere “implementar medidas que propendan por la gradualidad y el alistamiento para su cumplimiento, de manera que puedan darse trámite a las solicitudes, evitando el reconocimiento de la sanción por mora”.



2.2. Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El 21 de julio de 2020, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público de la época, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, allegó concepto, por medio del cual reafirmó las consideraciones que sobre el impacto fiscal de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, presentó el Ministerio de Educación Nacional.

En ese sentido, afirmó que los eventos que incidieron en el incremento de las solicitudes de cesantías parciales respondieron a lo previsto por el artículo 57 de la ley del Plan Nacional de Desarrollo y al fallo sobre el que versa este incidente, que al haber sido posterior a la presentación y aprobación del Presupuesto General de la Nación para el año 2020, no permitió incorporar las apropiaciones para atender el gasto adicional al comportamiento histórico de las cesantías parciales.

Señaló, además, que la expansión viral del *Covid 19* ha afectado la vida y la economía del país, exigiendo una respuesta inmediata del Estado para minimizar los efectos de la pandemia, como lo son la grave situación económica y social, que compelen al gobierno a realizar un esfuerzo en la búsqueda de financiación que permita la atención a la grave situación sanitaria que enfrentan los colombianos, preservando, en la medida de lo posible, el balance fiscal del país. Esta nueva situación obligó a cambiar las prioridades de gasto a partir de marzo de 2020 y mientras que duren los efectos del virus.

Precisó el señor Ministro de Hacienda, que la probabilidad de no contar con los recursos necesarios para atender el pago de cesantías parciales es muy alta, razón por la cual plantea que durante los años 2020 y 2021, las restricciones fiscales derivadas de la incertidumbre económica y la necesidad de atención inmediata por parte del Estado de la Emergencia Sanitaria y la minimización de sus efectos, impiden el pago inmediato del incremento de solicitudes de cesantías parciales.

En ese sentido, señaló que *“a partir del 2022 se analiza la viabilidad”* de atender el pago de cesantías parciales a través de dos mecanismos: *“a) mediante un ejercicio de ajuste fiscal, o b) dada la recuperación económica que se espera, con el uso de instrumentos de deuda para el pago de las solicitudes que el Ministerio tenga represadas”*.



3. CONTESTACIÓN DE LA SOLICITUD DEL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

El 4 de mayo de 2021, el señor Luis Alonso Aristizábal Marín, quien funge como demandante dentro del proceso ordinario de simple nulidad que dio origen a este incidente de impacto fiscal, presentó escrito por medio del cual manifestó su oposición respecto de la solicitud realizada por el Ministerio de Educación Nacional.

El señor Aristizábal Marín, consideró que la Sentencia del 24 de octubre de 2021, emitida por esta Subsección, no ordenó ningún tipo de gasto a cargo de la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que se trata de una providencia declarativa. De suerte que, dadas las características de la decisión, no puede pretenderse una modulación o modificación de la sentencia, ni mucho menos diferir sus efectos, por cuanto que, la providencia, lo que definió fue extraer el mundo jurídico una disposición que transgredía mandatos de orden constitucional.

Precisó que el incidente propuesto por el Ministerio de Educación Nacional, además de “regresivo”, tiene “una finalidad dilatoria” frente a los derechos reconocidos para el colectivo docente; los cuales, en ningún caso, pueden ser menoscabados, restringidos en su alcance o negados frente a su protección efectiva, so pretexto de invocar la sostenibilidad fiscal, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1695 de 2013.

De otro lado, señaló que lo que llama la atención respecto de la postura esgrimida por el Ministerio de Educación no es su preocupación por el valor que deba presupuestar para proveer el pago de las cesantías, sino los montos que se proyectan en relación con la Ley 1071 de 2006, referidos a la sanción moratoria, “dando por hecho que se incurrirá en mora”; perdiendo de vista el hecho de que es obligación del empleador el poner a disposición, de manera anual, los recursos para el reconocimiento y pago de las cesantías a sus trabajadores.

De esta manera, lo *“legalmente razonado es que se calculen y prevean los rubros para el reconocimiento y pago, puntual y cumplido de las cesantías – parciales o definitivas- de los docentes oficiales, con lo cual, se reduce, sin*



duda alguna, los excesos dinerarios pagados por concepto de mora por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías”.

Por consiguiente, solicitó declarar improcedente o en su defecto negar las pretensiones del incidente de impacto fiscal formulado por el Ministerio de Educación Nacional.

4. TRAMITE PROCESAL

Mediante Auto del 12 de diciembre de 2019, el despacho del Magistrado Ponente dispuso la apertura del incidente de impacto fiscal y concedió el término de treinta (30) días para que la Ministra de Educación Nacional sustentare la correspondiente solicitud.

Según informe secretarial, visible a folio 140 del expediente, el 17 de febrero de 2020, el expediente quedó a disposición de la parte demandada, quien propuso el incidente, para efectos de proceder a la respectiva sustentación.

De conformidad con los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020, PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 y PCSJA20-11581 del 27 de junio de 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura; los términos judiciales estuvieron suspendidos en todo el país desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020, con ocasión de la Pandemia de Covid-19.

El 14 de julio de 2020, el doctor Héctor Díaz Moreno, apoderado especial del Ministerio de Educación Nacional presentó sustentación del incidente de impacto fiscal, el cual ingresó a SAMAI, según constancia secretarial del 10 de septiembre de 2020. Igualmente, el 21 de julio de 2020, allegó concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscrito por el señor Ministro de la época, doctor Alberto Carrasquilla Barrera.



Radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00
Demandante: Luis Alonso Aristizábal Marín
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Por medio de Auto del 25 de enero de 2021, el despacho del Magistrado Ponente decidió admitir el incidente de impacto fiscal, dio traslado al demandante en el proceso ordinario, notificó al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y dispuso la vinculación de terceros con interés, como de otros en calidad de *amicus curiae*.

Este mismo auto, *ope legis*, se suspendieron los efectos de la sentencia del 24 de octubre de 2019, proferida por la Subsección, hasta tanto se decida, en el marco del incidente, sobre la modulación o modificación de sus efectos, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 9 de la Ley 1695 de 2013.

Por virtud de las órdenes dadas en la providencia del 25 de enero de 2021, fueron vinculados a este proceso, la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación - FECODE, quien a través de su apoderado presentó escrito de intervención; el señor Enos David Viana Pérez, como tercero con interés y la Universidad Externado de Colombia, que, por medio de su Facultad de Derecho, expresó su interés por participar en este proceso.

Debido a que el 25 de mayo de 2021, se allegó memorial por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, manifestando su interés en intervenir en este incidente de impacto fiscal; por mandato del artículo 611 del CGP, los términos de este proceso estuvieron suspendidos de manera automática por 30 días, esto es, hasta el 12 de julio de 2021.

Finalmente, mediante auto del 14 de julio de 2021, se convocó a la audiencia pública de que trata el artículo 11 de la Ley 1695 de 2013, determinando como fecha para su realización el día viernes 27 de agosto a las 9:00 am.

Llegada la fecha y hora señalada, el Magistrado Ponente instaló la audiencia pública, integrando la Sala con la Magistrada, doctora Sandra Iiseth Ibarra y acreditando a los intervinientes. No obstante, como quiera que no se registró la asistencia del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, como lo ordena el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 1695 de 2013; decidió suspender la diligencia, la que fue reanudada y llevada a cabo de manera efectiva el 8 de



octubre de 2021, a las 9:01 am. En esa oportunidad, la Sala se integró, además del Magistrado Ponente, con el Magistrado, doctor Carmelo Perdomo Cuéter.

5. LA AUDIENCIA PÚBLICA

De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1695 de 2013, se llevó a cabo la audiencia pública de impacto fiscal, bajo la dirección del Magistrado Ponente.

Una vez acreditadas las partes, el Ministerio Público, los intervinientes y los terceros interesados; y fue constatada la presencia del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, se procedió a otorgar por 10 minutos el uso de la palabra.

Las intervenciones se desarrollaron de la siguiente manera:

5.1. Intervención del Ministerio de Educación Nacional

El doctor Héctor Díaz Moreno, apoderado especial del Ministerio de Educación Nacional, inició su intervención refiriéndose al escrito de oposición presentado por el señor Luis Alfonso Aristizábal Marín, para señalar que este resulta ser “descomedido e irrespetuoso”. Consideró, que no es cierto que el incidente que se adelanta se haya propuesto con el ánimo de dilatar el cumplimiento de Sentencia, sino que se trata de una intervención legítima del Estado, por cuanto que considera que la decisión afecta gravemente las finanzas públicas.

Posteriormente le dio el uso de la palabra al doctor Camilo Gutiérrez, Jefe de la Oficina encargada de Planeación y Finanzas del Ministerio, quien luego de hacer una breve descripción del FOMAG, procedió a reiterar los argumentos esgrimidos por el Ministerio en su escrito de sustentación del incidente que nos convoca.

En ese sentido, subrayó el vocero del incidentante, que entre el 2018 y 2019, las solicitudes de pago de cesantías parciales aumentaron en un 33%, lo cual tiene, de manera inmediata, un efecto en el valor que la Nación debe reconocer, a través de 2 fuentes, que son: el Presupuesto General de la Nación y Sistema General de Participaciones, que es con el que se financia la educación pública y gratuita para los niños, niñas y jóvenes de todo el país,



así como el pago de la nómina de los docentes y los aportes de todas las prestaciones sociales de los maestros.

Señaló que en la medida en que se permita que la sentencia del 24 de octubre de 2019, surta efectos, cerca de 101.000 docentes podrían hacer la solicitud para el retiro de sus cesantías, lo que equivaldría a una cifra de 2,3 billones de pesos, sin que se cuente con esta apropiación para pagarlo inmediatamente y dentro de los tiempos de ley.

Además, debe tenerse en cuenta, que del total de los maestros cuya cifra alcanza los 337.00, el 24% de ellos son maestros vinculados antes de 1989, quienes tienen un régimen retroactivo de cesantías, cuyo costo proyectado de la prestación supera el 60%; mientras, que los restantes, es decir, el 75% de los docentes, tienen un régimen anualizado, para quienes el pago de cesantías proyectadas equivale al 40%.

Por consiguiente, refirió que teniendo en cuenta los pagos realizados a la fecha, el pasivo proyectado por esa cartera para el pago de las cesantías de los docentes equivale a 10.8 billones de pesos.

Consideró, también, que el sector le adeuda al FONPEP más de 3 billones de pesos, recursos que se están siendo financiados a partir de un plan de pagos, en el marco de la ley de presupuesto del 2021 y 2022; y que son necesarios, debido a los efectos de los menores crecimiento en los ingresos corrientes de la Nación dentro del Sistema General de Participaciones, fuente que financia la nómina de los maestros y, que al verse afectada por una mayor necesidad de fondeo, impediría la financiación de la educación preescolar, básica y media de los niños, niñas y jóvenes del país en las instituciones de educación pública.

Finalmente, concluyó su intervención reiterando la necesidad de modular los efectos de la Sentencia que originó este incidente y acoger, por tanto, el plan gradual de suspensión por cinco años, presentado por ese Ministerio.

5.2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El señor Ministro de Hacienda, doctor José Manuel Restrepo, inició su intervención acotando que el país está enfrentando el impacto del peor choque en la historia económica de nuestra Nación; debido a la pandemia de *Covid-19*, que ha generado una reducción significativa en la tasa de crecimiento de



la economía, hasta el punto, incluso, de que el año pasado se contrajo cerca del 7%.

La pandemia ha duplicado los índices de pobreza extrema y aumentado la pobreza monetaria, de suerte que el 42% de la población se encuentra en esa condición, elevando los niveles de inequidad y derivando en menos ingresos y crecimiento. Situación que ha forzado al Gobierno a adelantar una política contracíclica, para atender las necesidades sentidas.

En ese sentido, el país ha destinado el 11% del PIB para atender las necesidades de salud, adelantar el plan de vacunación y responder a las demandas sociales. Para lo cual, se han destinado recursos gigantescos, dirigidos a atender a los más vulnerables con rentas básicas de emergencia, con nuevos giros en programas como familias en acción, jóvenes en acción, adulto mayor. A la par que se estableció un nuevo programa social como ingreso solidario, que hoy atiende, con un recurso que reciben recurrentemente, mensualmente, más de 3 millones de hogares en Colombia.

Por consiguiente, se han atendido necesidades de financiación de subsidios a la nómina, subsidios a la prima, de líneas de crédito subsidiadas por parte del Estado. Lo que ha costado mucho dinero, a tal punto que el déficit fiscal del país se ha multiplicado por tres, con respecto al año 2019.

Simultáneamente, consideró que la deuda pública ha aumentado de manera importante, dado que pasó del 50% del PIB del país, hasta llegar casi al 65%. De forma, que el aumento de estos 15 puntos porcentuales, ha puesto las finanzas de la Nación al borde del límite máximo de deuda pública que se puede adquirir.

En relación con la solicitud del incidente de impacto fiscal, el señor Ministro considero que han acompañado la iniciativa del Ministerio de Educación Nacional, toda vez que lo efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, traería de inmediato la obligación de apropiar recursos por 2,8 billones de pesos, lo cual corresponde al 50% del presupuesto de inversión total de esa Cartera; y dada la imposibilidad de pagar la cesantías parciales, la situación se agravaría con las sanciones que se impondrían por mora, que generalmente corresponden al doble del tenor del monto; lo que ascendería, en total, a la cifra de 6,9 billones de pesos.



Por tanto, señaló que teniendo en cuenta la realidad fiscal compleja que enfrentan las finanzas públicas y que la brecha solo se empezaría a cerrar en el año 2025, disponer de recursos para pagar las cesantías parciales frente a las proyecciones de costos por las solicitudes que se presentarían, representaría cerca del 20% de la totalidad del gasto presupuestal de educación y más del 100% de la inversión total que realiza ese ministerio; lo que con criterio de realidad, imposibilitaría su cumplimiento.

5.3. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio de su representante, dejó en claro que actúa en defensa de los intereses patrimoniales del Estado y que, por tanto, acompañan la solicitud que hace el Ministerio de Educación y el Plan que están proponiendo; y dado que el impacto económico *“ya ha quedado suficientemente sustentado a través de los representantes del Ministerio de Educación y el señor ministro de Hacienda”*, su intervención se encaminará a señalar que de acuerdo con los requisitos de la Ley 1695 de 2013, el incidente de impacto fiscal formulado por el Ministerio de Educación está debidamente sustentado y cumple con los requisitos; por cuanto, la señora Ministra de Educación está legitimada para presentar la solicitud, la que evidentemente fue oportuna, toda vez que la sentencia fue notificada el 26 de noviembre de 2019 y la solicitud del Ministerio fue radicada el 28 de noviembre del mismo año. Igualmente, la sustentación de incidente fue radicada dentro del término de ley.

Mencionó, también, que el plan que se está proponiendo para la entrada gradual en vigencia de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, de ninguna manera, afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales, en este caso de los maestros; puesto que con la solicitud del incidente de impacto fiscal no se pretende negar el derecho de los docentes a solicitar el auxilio de cesantías; todo lo contrario, lo que se busca es tomar las medidas para que se garantice el derecho de los docentes a acceder a esta prestación oportunamente, porque, de lo contrario, como ya lo dejó claro el Ministerio de Educación, de llegar todas estas solicitudes que están pendientes, el impacto que esto generaría, no solo económico sino a nivel administrativo, causaría



un colapso, impediría el pago efectivo de los anticipos, lo cual si podría llegar a afectar el derecho de los docentes.

5.4. Intervención del demandante en el proceso ordinario, señor Luis Alonso Aristizábal Marín.

En su intervención, el señor Aristizábal Marín, fundamentalmente reiteró los argumentos que había expuesto en el escrito de contestación de este incidente, para lo cual solicitó que se niegue o en su defecto se declare improcedente las pretensiones del Ministerio de Educación Nacional.

Reiteró, por tanto, que la sentencia frente a la cual se propone el incidente de impacto fiscal no ordenó ningún tipo de gasto a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tratarse de una sentencia declarativa, no condenatoria; que resolvió *“declarar la nulidad del inciso 1º del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con la razones expuestas en la parte motiva de la misma”*. Preciso que se trata de un aspecto de *“fácil comprensión dentro del derecho procesal”*, dadas las características de la decisión, por lo que *“no puede pretenderse una modulación o modificación de la sentencia”*, *“ni mucho menos diferir sus efectos”*, toda vez que la decisión conllevó *“fue extraer del mundo jurídico una decisión que transgredía mandatos de orden constitucional”*.

Insistió, en que el incidente de impacto fiscal propuesto por el Ministerio de Educación, además de regresivo, tiene una finalidad dilatoria frente a un derecho reconocido de los trabajadores, como son el colectivo docente, *“conducta nada extraña a la actual administración, que tiene un deshonroso incumplimiento en muchos de los compromisos con los servidores públicos. Da grima, por decirlo menos, que un Gobierno quiera desplazar o burlar los mandatos judiciales, en este caso, la sentencia del 24 de octubre de 2019, con mecanismo jurídicos que, no obstante, su procedencia, no resultan eficaces para lo pretendido; únicamente, con la finalidad de romper, de manera velada, lo derechos mínimos de los trabajadores”*. (Sic)

Señaló que la preocupación del Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no es el valor que deba presupuestar y proveer para la prestación cesantía de los docentes oficiales, sino los valores



que se proyectan en relación con la Ley 1071 de 2006, referidos a la sanción moratoria, dando por hecho que se incurrirá en mora, siendo que lo legalmente razonado es que se calculen y prevean los rubros para el reconocimiento y pago puntual y cumplido de las cesantías, parciales o definitivas, de los docentes oficiales.

Finalmente consideró, que debido a que los afiliados tienen el derecho a que sus cesantías sean consignadas y puestas a su disposición para cuando lo soliciten, siempre y cuando se demuestren los requisitos que la ley así exige; es obligación del empleador (Estado) provisionar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con los recursos necesarios, para que la entidad fiduciaria encargada de administrarlas pueda hacer los pagos de cesantías parciales o definitivas a los docentes oficiales, atendiendo al reconocimiento que se le haga al respectivo peticionario.

5.5. Intervención del señor Enos David Viana Pérez.

Como tercero interviniente con interés en el proceso, el señor Viana Pérez inició su intervención “*apoyando los argumentos del demandante*” en el proceso ordinario que dio origen al incidente que acá se debate.

Consideró que para tener como procedente el incidente de impacto fiscal se debe tener en cuenta 5 criterios, que se desprenden del análisis de los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política Nacional y que apuntan a la preservación del principio de sostenibilidad fiscal de la Nación, pero que en todo caso no puede ceder frente a la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales. De suerte que, el incidente promovido por la ministra de Educación, desconocería la protección de los derechos fundamentales que fueron salvaguardados con la decisión adoptada el 24 de octubre de 2019, como lo son igualdad, petición y debido proceso; toda vez que se le dio la posibilidad a un grupo de ciudadanos y funcionarios públicos que accedan a su ahorro de ley, como lo son las cesantías dentro del mismo término que se les otorga a los afiliados a los fondos públicos y de los fondos privados.

De otra parte, señaló que como quiera que desde el año 2019, se vienen adoptando medidas gubernamentales en materia de la financiación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como las contenidas en el artículo 57 del Plan Nacional de Desarrollo y en el Decreto 2020 de 2019, el Gobierno



Nacional tenía conocimiento del déficit del Fondo; situación que se sumaba a que la decisión que se cuestiona fue emitida ese mismo año, razón por la cual podría prever la necesidad de obtener recursos para financiar las cesantías parciales de los docentes y adoptar medidas financieras para el efecto; tales como solicitar al Ministerio de Hacienda la venta de bonos de deuda pública para financiar al Fondo, tal como se hizo en el pasado.

Finalmente, teniendo en cuenta que la petición del Ministerio de Educación Nacional, desconoce los objetivos del instrumento del incidente de impacto fiscal, la protección de los derechos fundamentales y los fines del Plan Nacional de Desarrollo; solicitó la no prosperidad del incidente, toda vez que *“la omisión administrativa al deber de cuidado de la ministra de Educación, del presidente de la Fiduprevisora como administrador del fondo, del Ministerio de Hacienda, del Ministerio del Trabajo y del gremio sindical FECODE, que son los miembros de la Junta Administrativa del Fondo, no pueden afectar a los cientos de miles de maestros de territorio colombiano que en estos 2 años no han podido ser beneficiarios de los efectos del fallo”*.

5.6. Intervención de FECODE

FECODE, por medio de su apoderado, el doctor Giovanni López, centró su intervención en sostener que las *“solicitudes de cesantías, no generan impacto fiscal”*; en tanto la crisis por la sanción moratoria a que se refiere el Ministerio de Educación Nacional se remonta a circunstancias normativas y jurisprudenciales del año 2015, que vienen siendo corregidas, en la medida en que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-041 del año 2020, les pidió a los administradores del Fondo presentar, ante la Contraloría General de la Nación y ante la propia Corte, un plan de trabajo para el pago de dichas sanciones, que ya terminó, de forma tal que *“hoy solo se presenta el 4% de las sanciones por mora que se presentaron en algún momento, que no calculó el Estado con su Plan de Desarrollo anterior entre el año 2015 y entre el año 2019”*. (Sic)

Finalmente, señaló que no es posible que se vaya a *“premiar la negligencia en el pago de una apropiación presupuestal, que el Estado se endeude, que comience a pagar las acreencias en unos test de endeudamiento, que desvíe la atención en un incidente de impacto fiscal, que nada tiene que ver con las*



prestaciones de los maestros; cuando hay decisiones correctas, claras y precisas, de manera declarativas, Honorable Magistrado, que le permitan a usted adoptar una decisión en pleno derecho y con justicia para los trabajadores de este país y que está comportada por decisiones que no calculó el Gobierno (...).I” (Sic)

5.7. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

El Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita y el Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, por medio de los profesores Andrés Esteban Ordoñez y Jairo Andrés Castaño, en su intervención, consideraron que el incidente de impacto fiscal no debe estar llamado a prosperar, por cuanto que desconoce los objetivos y alcances que esta figura tiene y las restricciones constitucionales para el uso de esta herramienta; al tiempo que la propuesta planteada por el Gobierno, para diferir en el tiempo los efectos de la sentencia, conlleva una discriminación respecto del ejercicio de los derechos de los docentes.

En ese sentido, para que un incidente de impacto fiscal prospere, se requiere de una carga argumentativa exhaustiva, que permita que una decisión judicial no se aplique como fue prevista inicialmente por el juez; lo que no ocurre en el presente caso, toda vez que se presenta una insuficiencia a la hora de argumentar las razones por las que debe prosperar el incidente, dado que no basta con decir que una decisión implementada va a ser muy costosa, sino que se debe explicar por qué razón la aplicación de esa sentencia puede comprometer el cumplimiento del Estado social de derecho; lo que no se hizo por parte del incidentante.

Por consiguiente, las previsiones que hace el Gobierno Nacional no muestran claramente las afectaciones graves a la sostenibilidad fiscal nacional, sino simplemente hipotéticas con cierto grado de probabilidad, en tanto que el valor de los efectos del cumplimiento de la sentencia depende de múltiples variables, algunas internas y otras externas al Ministerio, al Fondo y al mismo Gobierno, algunas de las cuales, jurídicas principalmente, son ignoradas por los cálculos y por los escenarios expuestos por la señora Ministra de Educación Nacional.



Se señaló que el impacto presupuestario expuesto por el Ministerio de Hacienda se hace sobre el presupuesto del Ministerio de Educación y no sobre el Presupuesto Nacional en general; en ese sentido, el análisis del impacto debe proyectarse más allá del sector educación. Sobre este punto se observa que el proyecto de presupuesto contempla un rubro, de 1,5 billones precisamente para cubrir la afectación por la solicitud de cesantías.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Ministerio presentó como punto de partida un incremento del 33% del número de solicitudes de retiro de cesantías, lo cual genera un impacto no previsto, la Universidad concluyó, a partir de dicha información y frente a los escenarios planteados por la entidad nacional que, en primer lugar, desconocen el turno de radicación, además de otras herramientas y alternativas que tiene el sistema presupuestario nacional para cubrir el faltante que llegare a resultar de acuerdo con el aumento de las solicitudes. Para el efecto se señaló:

“Si bien encontramos que ese incremento del 33% es posible e incluso puede ir más allá dado el anterior escenario, el escenario histórico me refiero, encontramos que los escenarios mantienen ese incremento durante los próximos 5 años, es decir, se mantiene la premisa en los 4 escenarios planteados, y consideramos que esto no es verificable y tampoco es sostenible a nivel matemático”.

“En el segundo escenario planteado, con unas solicitudes de 98.854 anuales se obtendría 494.270 solicitudes en 5 años, lo cual, como dijimos, no resulta plausible ni verificable. En el peor de los escenarios proyectados se supondrían 168.689 solicitudes, es decir, el 50% de los docentes activos solicitarían el retiro parcial de cesantías y un valor estimado de 3.9 billones de pesos. De incurrir en ese escenario, inclusive, del impacto del número de solicitudes debería tender a disminuir dado que en treinta años se promedian 2 desembolsos por persona”.

De esta forma, se concluyó que (...) *“encontramos que no es verificable tampoco el cálculo en ninguno de los escenarios, y, si bien se podría llegar a un aumento o a un impacto previsible, en todo caso, de las solicitudes de cesantías dado el curso histórico, esa tendencia tendería a disminuir el comportamiento histórico de las solicitudes del FOMAG”.*



5.8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, doctor Mariano Ezequiel Barros Rivadeneira, solicitó declarar impróspero el incidente de impacto fiscal promovido por el Ministerio de Educación Nacional y, en consecuencia, que se ordene el levantamiento de la suspensión de los efectos de la sentencia proferida en este asunto el 24 de octubre de 2019. Para el efecto consideró lo siguiente:

En primero término, que no se tiene suficiente certeza de cómo se llega al incremento de solicitudes de cesantías parciales, que, según se afirma por parte del Ministerio de Educación, causará el hecho de que la regla de periodicidad deje de ser exigible; esto es, se calcula que las solicitudes se aumentarán en un 50%, pero sin establecerse en la estimación de ese porcentaje algún estudio probabilístico que permita soportar esa conclusión.

De tal modo, si bien puede válidamente presumirse que las solicitudes aumentarán al ya no tener que esperarse el transcurso de 3 años, no resulta claro la forma como se puede anticipar, con suficiente certeza, que aumentarán en un 50%. Por otra parte, en la determinación de ese porcentaje de incremento no se explica en qué proporción correspondería a cada una de las causas que contribuirán al aumento en el número de solicitudes.

En ese sentido, consideró el Agente del Ministerio Público que en atención a que no se demostró cuál es el impacto fiscal que se presume causará el esperado aumento de las solicitudes de cesantías parciales que originará la sentencia proferida; tampoco es posible determinar si ese impacto amenazaría seriamente la sostenibilidad fiscal de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de magisterio.

Además, precisó que, no debe pasarse por alto que toda erogación con cargo al Tesoro debe estar precedida de la correspondiente disponibilidad presupuestal, por lo que las cesantías y sus anticipos deben pagarse con arreglo a esta regla; de lo cual tampoco es posible derivar el hecho que cuando se anticipa un incremento en el número de solicitudes de cesantías parciales, por esa sola circunstancia se esté en presencia de una grave amenaza a la sostenibilidad Fiscal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Por consiguiente, señaló que, para solucionar los problemas de déficit presupuestal, que supuestamente acarreará el esperado incremento de las solicitudes de cesantías parciales, el artículo 347 superior, autoriza al Gobierno Nacional para presentar ante las Comisiones Legislativas correspondiente, adiciones presupuestales.

Finalmente, concluyó que *“las consecuencias desfavorables por las dificultades financieras por las que atraviesa el Fondo no tienen por qué trasladarse a sus afiliados en desmedro de las expectativas, para servirse de sus cesantías”*.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de las solicitudes de incidente de impacto fiscal, que se presenten contra las sentencias proferidas por esta Corporación, o contra los autos que se emitan según lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 1695 de 2013.

2. Problema jurídico

La Sala debe decidir si, con ocasión de la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado; se afectó, de manera grave, la sostenibilidad fiscal de la Nación, de forma tal que amerite modular, modificar o diferir en el tiempo sus efectos.



En caso tal que la Sala concluya que la respuesta al problema jurídico es positiva, se deberá entrar a analizar si resulta pertinente, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, acoger el plan de cumplimiento de la providencia del 24 de octubre de 2019, propuesto por el Ministerio de Educación Nacional.

Para efectos de resolver el problema jurídico propuesto, se abordarán los siguientes aspectos: (i) El Principio de Sostenibilidad Fiscal; (ii) Alcance y requisito del Incidente de Impacto Fiscal; y (iii) El caso concreto.

2.1. El principio de sostenibilidad fiscal

El Principio de Sostenibilidad Fiscal, que fue integrado a la Constitución Política de 1991 con el Acto Legislativo 03 de 2011, se erigió como un criterio orientador para los diversos órganos del poder público, quienes recibieron el mandato de garantizar el efectivo cumplimiento de las prerrogativas y derechos fundamentales, dentro de un escenario de capacidad económica que asegure su realización.

En la exposición de motivos del mencionado Acto Legislativo 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”*¹. Además, se 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.

Por consiguiente, este principio, surgió como un mecanismo de control fiscal que, por medio de afirmar la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas, contribuye con la estabilidad macroeconómica del país, propiciando la racionalización del gasto público y de los recursos públicos, fundado en la constante revisión de los criterios de rentabilidad, sostenibilidad y

¹ Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43214>



conveniencia; lo que en todo caso, busca, promover la prevalencia del interés general sobre el particular.

Este principio tiene su génesis en las tendencias de la Hacienda Pública moderna que procuran restringir la discrecionalidad de la forma de administración que de las finanzas públicas hacen las autoridades económicas, estableciendo normativas y pautas de medida que eviten que se origine un déficit en las entidades del estado; favoreciendo de esta manera el equilibrio presupuestal.

En ese sentido, algunos doctrinantes² definen el concepto de Sostenibilidad Fiscal como “... *la necesidad de un gobierno por conseguir recursos para cubrir el déficit fiscal; es decir, en el cumplimiento de la restricción intertemporal del gobierno, la cual requiere que el valor presente de los flujos esperados del resultado primario sea igual al valor actual de la deuda corriente. De este modo, la deuda en el largo plazo será igual a cero.*”

Agregan que desde el punto de vista macroeconómico, la importancia de la Sostenibilidad Fiscal radica en que “*dicho análisis puede determinar las medidas de política económica que el gobierno debe asumir. En particular, evalúa si, dada la capacidad de recaudación de ingresos fiscales y la estructura de financiamiento, la política de gastos puede mantenerse en el largo plazo. (...) Una política fiscal insostenible, por ejemplo, conlleva a mayores tasas de interés y de inflación.*”

Esta comprensión de la Sostenibilidad Fiscal es sostenida por otros autores, quienes indican que “[e]l análisis de la sostenibilidad fiscal determina si un gobierno puede seguir indefinidamente un conjunto de políticas fiscales dada, sin cambios de esa política en el futuro (...) en la práctica, la política fiscal se

² JP. Rabanal. *Perú: Dos enfoques para analizar la sostenibilidad fiscal*. Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. Disponible en Internet: http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/Peru_dos_enfoques_analizar_la_sostenibilidad_fiscal.pdf



ha considerado sostenible si se estabiliza la relación entre la deuda y el producto interno bruto".³

El concepto de Sostenibilidad Fiscal, como lo explica Afonso, está en el centro del debate contemporáneo en macroeconomía. Según este autor, la Sostenibilidad Fiscal es un tema recurrente, no solo respecto de los Estados, sino de también de las agencias económicas internacionales. Señala que la discusión sobre la necesidad de lograr la Sostenibilidad Fiscal se hace presente desde la década del veinte del siglo pasado, cuando Keynes, al referirse al problema de la deuda pública francesa de ese momento, señalaba como resulta imperativo que el gobierno llevara a cabo una política fiscal sostenible, so pena que se llegara un punto de desequilibrio excesivo entre la deuda y el PIB, o entre el déficit fiscal y las rentas nacionales. En otros términos, concurría un problema de Sostenibilidad Fiscal cuando los ingresos públicos no son suficientes para mantener la financiación de los costos asociados con la nueva emisión de deuda pública.⁴ Esta misma discusión, con similares características, vuelve a tenerse en cuenta en los tiempos actuales, en especial ante la crisis económica suscitada con ocasión de la pandemia de la Covid-19.

Ahora bien, el artículo 334 Superior, plasmó el principio de Sostenibilidad Fiscal de la siguiente manera:

"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.

³ J. Ntamatungiro. (2004). *Fiscal Sustainability in Heavily Indebted Countries Dependent on Nonrenewable Resources: The Case of Gabon*. Working Paper. International Monetary Fund. African Department, p. 7

⁴ A. Afonso. (2004) *Fiscal Sustainability: the Unpleasant European Case*. European Central Bank.



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 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”. (Subrayas y cursivas ajenas al texto original)

La Corte Constitucional Colombiana, al examinar la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 3 de 2011, “*por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal*” y contra la Ley 1473 de 2011 “*por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.*”; por medio de la Sentencia C-288 de 2012, cuyo ponente fue el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, consideró que el Principio de Sostenibilidad Fiscal, está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen.

Sostuvo el Tribunal Constitucional que la reforma introducida en el artículo 334 de la Constitución Política tiene como propósito definido el de “*fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. Esta previsión es importante, pues vincula a la*



Sostenibilidad Fiscal con los fines esenciales del Estado y, en suma, con la cláusula de Estado Social de Derecho”.

Consideró la Corte, que la reforma constitucional confiere a la Sostenibilidad Fiscal la calidad de criterio orientador; en el entendido que 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 Sostenibilidad Fiscal 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, 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.

Por otra parte, destacó que en virtud de los artículos 250 y 366 de la Constitución, la sostenibilidad fiscal se somete a una cláusula prohibitiva consistente en que el gasto público es prioritario.

Según lo anterior, en criterio de la Corte, existe *“una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la [sostenibilidad financiera] en la intervención del Estado en la economía”*.⁵

Igualmente, recalcó que el mentado principio también debe estar presente en las etapas de planeación presupuestal, de manera que en las actuaciones que

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2014. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



se desplieguen para ordenar el gasto, se preserven los objetivos antes expuestos y exista coherencia en el manejo de la política fiscal.

Por último, la Corte Constitucional estableció que la calidad orientadora que ostenta el concepto de sostenibilidad financiera, no puede ser usado como excusa para impedir la protección de derechos fundamentales:

“(...)A partir de lo expuesto, no cabe duda de que la Sostenibilidad Fiscal como criterio orientador, bajo ninguna circunstancia puede ser utilizada para contrariar los postulados del Estado Social de Derecho o para impedir la realización efectiva de los derechos fundamentales, los cuales, como se ha expuesto de forma reiterada por este Tribunal, no se limitan a los nominalmente previstos como tales en la Constitución, sino que también incluyen todas aquellas prestaciones jurídicas que estén relacionadas funcionalmente con la garantía de la dignidad humana, que puedan traducirse o concretarse en derechos subjetivos y sobre cuya fundamentalidad existan consensos dogmáticos o de derecho internacional, legal o jurisprudencial”.
(Subrayado y cursivas ajenas al texto original)

2.2. Alcance y requisitos del Incidente de Impacto Fiscal

En virtud de la consagración constitucional del Principio de Sostenibilidad Fiscal, el Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo un mecanismo a partir del cual se busca proteger la sostenibilidad financiera cuandoquiera que la misma se pueda ver afectada.

El Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2014, cuyo ponente fue el Magistrado Enrique Gil Botero⁶, revisó el trámite del proyecto de acto legislativo 19 de 2010, que constitucionalizó la sostenibilidad fiscal como criterio rector de la actuación estatal y estudió detalladamente sus ponencias y conciliaciones, encontrando que fue en el séptimo de los ocho debates exigidos por los artículos 157 y 375 de la Constitución Política para

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ). M.P. Dr. Enrique Gil Botero.



reformas de este tipo, que se incluyó el incidente de impacto fiscal, para diferir o modular los efectos de las decisiones judiciales, inicialmente de la Corte Constitucional; y que fue solo hasta el último debate que se extendió el campo de aplicación del mismo a las “máximas corporaciones judiciales”.

El trámite de este incidente fue regulado a través de la Ley 1695 de 2013, en cuyo artículo 2° se dispuso que procedería en contra de las sentencias o autos posteriores, proferidos por las altas cortes, cuando se afecte la sostenibilidad fiscal.

Como notas características, en primer lugar, se destaca 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 (hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial) 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-”⁷, cuestión que ofrece una duda sería sobre

⁷ “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. (...)”(Negritas 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.



su constitucionalidad, pues mientras la Carta Política sólo admite el incidente contra *sentencias*, la ley lo extiende a algunos *autos*.

La Corporación⁸, ha entendido que la expresión se ajusta al sentido que busca el artículo 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.⁹-. 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 en su momento expresó la Sala Plena de la Corporación en la citada sentencia, fue reiterado en el artículo 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,*

“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)

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ). M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁹ “Art. 275. El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público.”



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, se ha entendido 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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, tal como lo establece el artículo 4 de la Ley 1695 de 2013.¹⁰

En *cuarto lugar*, la clase de acción sobre la cual procede formular el incidente de impacto fiscal no está limitada en el artículo 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 tutela, ordinario de nulidad, contractual, extracontractual, de nulidad y restablecimiento del derecho, de acción popular, o cualquier otro.¹¹

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 el *Código General del Proceso*, 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

¹⁰ “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.”

¹¹ 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.” (Negritas fuera de texto)



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 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.

En *sexto lugar* el artículo 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, plantear 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 razonables¹².

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

¹² 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.”



y decidirse en los términos que la ley establezca. No obstante, el artículo 10 de la Ley 1695 reguló el “*Desistimiento del incidente*. De conformidad con lo señalado en el inciso 4° del artículo 334 de la Constitución Política, el trámite del incidente de impacto fiscal es obligatorio. Razón por la cual, una vez sea 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 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 tendrá que ser analizado 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 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.¹³

No obstante la regla indicada, no se 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, 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. Advirtiendo, 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.

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

¹³ 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)



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 reversar 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.” (Cursivas ajenas al texto original)



Sobre este punto, la Sala Plena de la Corporación, recalcó lo siguiente:

“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”¹⁴. (Cursivas ajenas al texto original)

2.3. Caso Concreto

El Ministerio de Educación Nacional, al proponer el incidente de impacto fiscal que nos ocupa, consideró que la Sentencia emitida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, por medio de la cual se declaró la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en relación con la posibilidad que tienen los docentes afiliados para solicitar el anticipo de sus cesantías, disponía que *“no podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior”*; genera un grave impacto fiscal *“en las finanzas del Estado”* y que

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ). M.P. Dr. Enrique Gil Botero.



por tanto, se hace imperioso diferir sus efectos en el tiempo, para lo cual propuso un plan de cumplimiento de 5 años.

Con el propósito de demostrar la seria afectación de la sostenibilidad fiscal, el Ministerio de Educación sustentó su solicitud trayendo a colación dos grandes grupos de argumentos, que fueron acompañados por el respectivo concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Un primer grupo de argumentos, se dirigió a sostener que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra afrontando una grave situación financiera debido a varios factores sobre los que nos detendremos más adelante. En tanto, que con un segundo grupo de argumentos, presenta una serie de escenarios hipotéticos encaminados a avizorar el déficit financiero que tendría que afrontar esa cartera de Educación por razón del aumento en el número de solicitudes de pago parcial de cesantías que se daría con ocasión de los efectos de la tantas veces mencionada Sentencia del 24 de octubre de 2019.

Los dos grupos de argumentos que se expusieron, no se acompañaron de evidencia documental que los respalde, distinta al concepto emitido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Sin embargo, *ab initio* debe ponerse de presente que lo consignado en ese escrito da cuenta de la situación económica en general que afronta el Gobierno Nacional con ocasión de la crisis financiera que venía enfrentando como consecuencia de la caída de los precios del petróleo, el aumento del valor del dólar y la creciente devaluación del peso colombiano, lo que se agravó con la llegada de la Pandemia del Covid-19; por lo que el análisis que se hace por parte del Ministerio de Hacienda, no fue encaminado a sustentar, en términos concretos, lo dicho por el Ministerio de Educación Nacional, sino a exponer la situación macroeconómica del país, haciendo hincapié en los gastos extraordinarios que han debido ser financiados para responder a las demandas sociales y a la necesidad de proveer vacunas y asistencia médica en general contra las afecciones que en la salud pública ha causado el virus del Sars.Cov-2.

En otras palabras, el único sustento que tienen los dos grupos de argumentos que presenta el Ministerio de Educación Nacional para demostrar la importante afectación de sus finanzas públicas, por razón de la declaratoria de nulidad del



inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, subyace en sus propios escritos, esto es, en el libelo de solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal, como en el de su sustentación; dado que, como se dijo, el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no apunta en términos precisos, concretos y específicos a respaldar esos argumentos, sino que de manera abstracta, explica la situación crítica que afronta las finanzas del país, debido al estancamiento de la actividad productiva generada por los confinamientos que tuvieron que ser decretados, situación que ha llevado a que el gasto público social se incremente, ahondando en el déficit fiscal y compeliendo al Gobierno Nacional a aumentar el nivel de endeudamiento para inyectar recursos que, bajo la forma de intervención contracíclica, permita impulsar la reactivación y estimular el crecimiento económico.

Por tanto, el concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no demuestra, sustenta, ni respalda, de forma alguna, la manera en la que el cumplimiento de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, llevaría consigo una grave afectación a la sostenibilidad financiera del Estado.

Hecha esta advertencia, la Sala procede a revisar los dos grupos de argumentos planteados por el Ministerio de Educación Nacional para apoyar su afirmación, según la cual, sus finanzas públicas sufrían una grave afectación, que desequilibraría el principio de sostenibilidad fiscal del Estado, si se aplicara de manera inmediata los efectos de la Sentencia que declaró la nulidad de la disposición antes citada.

2.3.1. Primer grupo de argumentos: Grave situación financiera del FOMAG.

Señaló el Ministerio de Educación Nacional (en adelante el Ministerio), que el FOMAG se encuentra atravesando una crisis financiera de grandes proporciones que le impide pagar las solicitudes que se presenten, tendientes al pago anticipado de cesantías por parte de los docentes, sin restricción temporal alguna; situación, según la cual, infiere y da a entender, se generó por causa y efecto de la decisión que se profirió por esta Subsección en el marco del contencioso ordinario de simple nulidad.



En ese sentido, el Ministerio precisó que el FOMAG presenta las siguientes situaciones que justifican la modulación de los efectos de la Sentencia mencionada, la que como se dijo, afecta la sostenibilidad financiera del Estado:

- (i) El FOMAG ostenta una altísima deuda acumulada por razón del pago de pensiones, servicios médicos y asistenciales y otras erogaciones propias del giro ordinario de sus negocios.
- (ii) El FOMAG acumuló, con corte al 31 de diciembre de 2019, un elevadísimo pasivo de cesantías.
- (iii) Según los cálculos, el FOMAG espera pagar por sanción moratoria por el no pago dentro de los términos legales de las cesantías, una suma de dinero que asciende a los 10 billones de pesos.
- (iv) Existe una deuda importante de recursos del Sistema General de Participaciones que no ha sido cancelada al FOMAG, lo que incide en el aumento de su déficit presupuestal.
- (v) Los efectos que en el presupuesto nacional ha generado la Pandemia del Covid-19, han afectado de manera importante las finanzas del Estado y, por ende, las del Fondo.

Frente a este primer grupo de argumentos, la Sala no desconoce la gravedad de las situaciones que se exponen y su menoscabo al patrimonio del FOMAG; pero si echa de menos la explicación de la manera cómo los efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, podrían haber contribuido e incidido en la generación de tales afectaciones financieras, que en la mayoría de los casos, subyacen con antelación a la emisión de dicha providencia.

En ese sentido, la deuda que el FOMAG acumula y que se esgrime como argumento de afectación grave de la sostenibilidad financiera, como bien lo afirmó el agente del Ministerio Público, nada tiene que ver con el costo de las cesantías parciales, ni mucho menos con el déficit que supuestamente se generaría por la anulación de la regla de periodicidad para su pago; por lo que claramente no se constituye en un elemento que de sustento a la afectación financiera que se arguye.

Similar consideración merece el argumento tendiente a demostrar el déficit del Fondo con corte al 31 de diciembre de 2019, puesto que no se entiende cómo la Sentencia del 24 de octubre de 2019, que fue notificada a las partes el 26



de noviembre de 2019, en tan solo un mes y cuatro días de haber entrado en vigor, hubiere afectado las finanzas de la entidad para esa vigencia fiscal y las anteriores, de forma retroactiva. Razón por la cual, este argumento tampoco resulta ser explicativo de los efectos negativos que en la sostenibilidad fiscal pudiera producir la providencia acusada.

Ahora bien, las acreencias que el FOMAG pueda tener por concepto de transferencias de la Nación, del Sistema General de Participaciones, de los entes territoriales, de la Caja Nacional de Previsión Social y del Fondo Nacional de Ahorro; no guardan relación con el problema jurídico que se dilucida en este incidente de impacto fiscal, por lo que tampoco resulta ser un argumento de recibo.

Especial consideración merece los señalamientos que realizó la entidad incidentante frente al altísimo valor de las sanciones moratorias que, a su decir, deberá pagar en el futuro inmediato por razón del cumplimiento de la sentencia de nulidad que se cuestiona. Toda vez que, llama la atención que este argumento pueda esgrimirse como justificación para hacer nugatorio el derecho que asiste a los docentes, como trabajadores que son, para recibir el pago de sus cesantías.

En efecto, no se debe perder de vista que la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, consideró que los docentes forman parte de la categoría de empleados públicos y, que por tanto, resultan ser sujetos de los supuestos de hecho previstos las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, con respecto de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías. En esa providencia también se exhortó al Ministerio y al Fondo, para que ajustara su manera de actuar a la nueva realidad y tomara las medidas presupuestales requeridas para evitar que se siguiera incurriendo en mora frente al pago de las cesantías de los docentes oficiales.

Importante recalcar que la sentencia de unificación mencionada surtió efectos antes de la emisión de la providencia que mediante este incidente se cuestiona, por lo que, mal hace el Ministerio de Educación en traer a colación una situación, además hipotética, como argumento de afectación de la



sostenibilidad fiscal, cuando quiera que ha tenido el tiempo suficiente para adecuar administrativa y financieramente su proceder.

Tampoco puede perder de vista el Ministerio que la consecuencia jurídica prevista en la Ley 1071 de 2006, no conlleva *per se* un carácter indemnizatorio, sino que se trata de una disposición que busca preservar el derecho a la prestación social de las cesantías, siendo realmente importante para la realización de los derecho sociales y para la consecución de los fines esenciales del Estado.

En ese sentido, consideró la Corporación, en la Sentencia de Unificación mencionada:

“[Por] no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo. (...)”. (Cursiva ajena al texto original)¹⁵

Del mismo modo, resulta pertinente traer a colación, las órdenes dadas al Ministerio y al Fondo, por la Corte Constitucional Colombiana, con ocasión de la expedición de la Sentencia de Unificación 041 de 2020, a partir de la cual el alto Tribunal analizó la situación de déficit en el pago de las sanciones moratorias por no pago oportuno de cesantías a los docentes del sector público y dispuso la confección de un plan de acción que priorice el pago de las cesantías pendientes de resolver, incluyendo *“la definición de un término perentorio para dar respuesta a las solicitudes de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías, en orden cronológico de la más antigua a la más reciente, el cual no podrá superar el de cuatro (4) meses siguientes a la comunicación de la presente providencia”.*

Entre otros aspectos, la Corte Constitucional impartió la siguiente orden:

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 18 de julio de 2018. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15). M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



“(...) a) Dar aviso oportuno, tanto al Ministerio de Educación Nacional como al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la falta de recursos económicos para sufragar el pago del auxilio de cesantías con el fin de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la disponibilidad presupuestal para el pago de las cesantías de los maestros del sector público y evitar la causación de la sanción moratoria; (...)”¹⁶

De acuerdo con lo expuesto, es diáfano concluir que la denominada crisis de moratoria en el pago de las cesantías docentes no responde a una circunstancia que pueda ser imputable a los posibles efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, pues es claro que se trata de un hecho anterior a su emisión, que por lo demás, ha contado con una permanente preocupación por parte de las autoridades judiciales, quienes, como se vio, han impartido órdenes tendientes a procurar, por una parte, la efectividad de los derechos y, por la otra, la adopción de medidas administrativas y financieras por parte de la administración central, para evitar los nocivos efectos de la mora en las finanzas del Estado.

También alega el Ministerio, que la situación propiciada por la Pandemia del *Covid-19* ha impactado negativamente en el haber del tesoro nacional, lo que imposibilita tener los suficientes recursos para el pago del anticipo de las cesantías que se llegaren a solicitar; argumento que no ofrece suficiente contundencia y especificidad al momento de explicar su relación con los efectos de la sentencia emitida en el marco del proceso de nulidad que dio origen a esta causa.

Valga, precisar, que los efectos de la Pandemia sobre la economía del país, fueron nefastos fundamentalmente durante el primer año y medio posterior a la emisión de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, lo que significa que para el momento en que se decide el incidente, el Gobierno Nacional ha implementado medidas para paliarlos. No obstante, la Sala es enfática en señalar que la crisis derivada del cierre temporal de la actividad productiva, ha afectado a todos los ciudadanos por igual, situación que no explicaría el por qué sería posible pagar los anticipos de las cesantías de los otros servidores

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-041 del 6 de febrero de 2020. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



públicos del Estado, sin atender a regla alguna de periodicidad, y no, las solicitudes que en ese sentido realicen los docentes oficiales.

Es claro que este raciocinio del Ministerio de Educación Nacional, auspiciado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se constituye en regresivo, afectando seriamente el goce efectivo de los derechos laborales de los docentes oficiales y colocándolos en un plano de desigualdad que no encuentra justificación en los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pero además, si de lo que se trata, como lo alega el Ministerio de Hacienda, es de adoptar medidas para la reactivación económica del país, en época del *Covid-19*, tendiente a mejorar los ingresos fiscales de la Nación, mediante el aumento de la productividad y, consecuentemente, del *PIB*; resulta ser un argumento contradictorio sostener que no es posible sufragar los anticipos de cesantías, cuando quiera que la inyección de los recursos que estos pagos suponen se constituiría en un instrumento importante de gasto público, que al ingresar en la economía del país favorecería la dinámica de la oferta y la demanda.

En efecto, de acuerdo con el informe de la ANDI “*Colombia: Balance 2020 y perspectivas 2021*”, durante el año 2020, los fondos de cesantías entregaron 6,2 billones de pesos, que se usaron para “*compensar la caída de ingresos de miles de familias*”; lo que sin duda se constituyó en un “*salvavidas para las familias vulnerables*” que, además, “*ayudó a la reactivación económica*” del país.¹⁷

Hace parte, igualmente, de este grupo de argumentos, las afirmaciones del Ministerio según las cuales no ha sido posible realizar ajustes presupuestales para atender las “*futuras obligaciones*” derivadas del “*cumplimiento de la sentencia*”; como quiera que el anteproyecto del presupuesto nacional ya había sido confeccionado al momento de la emisión de dicha providencia.

Para la Sala, este argumento resalta por insulso, pues es un hecho notorio que la entidad incidentante ha tenido el tiempo suficiente, bien para incorporar un

¹⁷ Disponible en:

http://www.andi.com.co/Uploads/Balance%202020%20y%20perspectivas%202021_637471684751039075.pdf



nuevo rubro del gasto en otro proyecto de presupuesto, pues han transcurrido dos vigencias fiscales desde entonces; o bien para solicitar al Ministerio de Hacienda los recursos que estima como faltantes, e, incluso, para hacer los ajustes presupuestales, acudiendo para el efecto a las herramientas con que cuenta, tales como las adiciones, incorporaciones, operaciones de crédito y de situación de fondos. Razón por la cual, este argumento tampoco sustenta los juicios elevados sobre el desequilibrio financiero.

En suma, ninguno de las justificaciones traídas a colación por el Ministerio, en este grupo de argumentos, explica, fundadamente, las razones por las cuales la sentencia del 24 de octubre de 2019 generaría una afectación grave a la sostenibilidad fiscal del Estado, o al menos, de dicha cartera ministerial.

2.3.2. Segundo grupo de argumentos: Escenarios hipotéticos

Los argumentos consignados en ese segundo grupo, están delineados bajo el supuesto según el cual el cumplimiento de la sentencia acusada traería consigo un aumento descomunal del número de solicitudes de retiro de cesantías parciales, frente a las cuales el Fondo no tendría capacidad de responder.

El aumento en las solicitudes de anticipos de cesantías, conllevaría a unos mayores desembolsos, y, por ende, a la presupuestación de un mayor volumen de recursos, de los que no se dispone, situación, que *per se*, trae consigo un “impacto fiscal”, el cual se demostraría bajo cuatro escenarios de posible ocurrencia.

El *escenario No.1* de impacto fiscal, se sitúa en el año 2020, vigencia para la cual el Fondo tenía un presupuesto de 2 billones de pesos, de los cuales 1,4 billones provenían del aporte patronal, con cargo al SGP y 604 mil millones de pesos tenían como fuente el Presupuesto General de la Nación.

De forma tal, que la hipótesis planteada, partía de suponer un aumento de solicitudes de cesantías parciales del 33% con respecto al año 2019, lo que correspondería *“al mismo porcentaje alto e inesperado que se dio en la*



vigencia 2019 posiblemente por causa de los 2 primeros meses transcurridos después del fallo y por el artículo 57 de la Ley 1955 de 2020 y su aplicación”.

Este aumento de solicitudes, conllevaría a que el monto estimado a reconocer y pagar sería de la suma de 1541 mil millones de pesos, lo que, arrojaría un déficit presupuestal de 362 mil millones de pesos y un retraso en el pago de 15.380 docentes, a quienes habría que solventarle una sanción por mora que mensualmente equivaldría a los 56.304 millones de pesos.

Frente al *escenario No. 2*, el Ministerio señaló que como consecuencia de la Sentencia tantas veces mencionada “y como es de esperarse”, en el supuesto en que el número de solicitudes de cesantías parciales aumentaran “al menos al 50% de las estimadas para 2020”, es decir, que se registraran 98.954 peticiones, el costo estimado sería de \$2,3 billones y el déficit proyectado en este escenario para el presente año ascendería a \$1.157 mil millones. Ante la previsible falta de disponibilidad presupuestal para garantizar el pago oportuno de dichas solicitudes adicionales, se prevé un impacto financiero de la sanción por mora proyectado en \$179.469 millones mensuales.

En el *escenario No.3*, se plantea que las solicitudes llegaran a las 134.864, arrojando un costo de 3,1 billones de pesos y una sanción por mora de 310.928 mil millones de pesos por mes.

Finalmente, el *escenario No. 4* supone que la mitad del total de los docentes cotizantes al FOMAG presentarían solicitud de pago parcial de cesantías; las que se estiman en 168.689, con un costo de 3.9 billones de pesos, arrojando un déficit presupuestal de 2,8 billones y una sanción por mora de 434.755 mil millones de pesos por mes.

Revisados estos escenarios, aunque es previsible que, a partir de la declaratoria de nulidad de la regla de periodicidad ya explicada, se aumente el número de solicitudes de retiros parciales de cesantías; es evidente que la entidad incidentante no demostró la manera como infiere que el aumento será del 50% o más de las solicitudes presentadas para el año 2020, toda vez que no soportó su dicho; pues no presentó las reglas matemáticas, ni los cálculos



actuariales, ni los algoritmos empleados para efectuar las proyecciones. Tampoco probó, de manera si quiera sumaria, el número de solicitudes presentadas frente a los pagos efectivamente realizados en la vigencia del año 2020; ni adjuntó sus balances financieros, ni los soportes contables del Fondo.

Adicionalmente, los escenarios planteados pasan por alto que no todas las solicitudes se deben resolver al mismo tiempo, sino que estas obedecen a un orden, sobre la base de un turno de radicación; de forma tal que el FOMAG, bien puede mejorar sus sistemas de gestión para efectos de poder atender y solventar, a tiempo, las peticiones que se le presenten. Asimismo, como ya se dijo, existen otros instrumentos y herramientas en el sistema presupuestario nacional de las que puede disponer el Gobierno para suplir el dinero faltante que se requiera producto del aumento real de las solicitudes.

En efecto, las hipótesis presentadas por el Ministerio, no pasan de ser precisamente eso, meras conjeturas; por lo que es indudable que el juez del incidente de impacto fiscal no puede tomar una decisión tan importante y trascendental, como lo es la de diferir los efectos de una sentencia que versa sobre la efectividad de los derechos fundamentales, solamente basado en afirmaciones y cálculos especulativos. Máxime cuando nuestro estado constitucional se soporta en la premisa fundamental de acuerdo con la cual el goce efectivo de los derechos fundamentales no puede ser suspendido ni en los estados de excepción; por lo que *a minore ad maius*, “*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*”¹⁸.

Para soportar estas consideraciones, la Sala también trae a colación las conclusiones presentadas en el estudio juicioso y riguroso que hicieron los investigadores del Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” y del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, para quienes las cifras y proyecciones realizadas por el Ministerio, e incorporadas en sus escenarios, no tienen soporte alguno, no son

¹⁸ Parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política Nacional.



verificables, ni son factibles de ocurrencia en el mediano plazo; todo lo contrario, los datos y cifras suministradas permitirían establecer “*una disminución en el comportamiento histórico de las solicitudes*”.

Sobre el particular, la Universidad Externado de Colombia, consideró lo siguiente:

“(…) Si bien ese incremento del 33% es posible e incluso puede ir más allá dado el escenario histórico, encontramos que los escenarios mantienen ese incremento durante los próximos 5 años, es decir, se mantiene la premisa en los 4 escenarios planteados, y consideramos que esto no es verificable y tampoco es sostenible a nivel matemático.

Dentro del primer escenario propuesto por el Gobierno, se concluiría con 326.550 solicitudes en cinco años, lo cual, frente a 441.000 solicitudes solicitadas en 30 años corresponderían a un 74% de las solicitudes que se presentaron en esos 30 años, es decir, al 96% de los funcionarios con corte a 31 de diciembre de 2019.

En el segundo escenario planteado, con unas solicitudes de 98.854 anuales se obtendría 494.270 solicitudes en 5 años, lo cual, no resulta plausible ni verificable. En el peor de los escenarios proyectados se supondrían 168.689 solicitudes, es decir, el 50% de los docentes activos solicitarían el retiro parcial de cesantías y un valor estimado de 3.9 billones de pesos. De incurrir en ese escenario, inclusive, del impacto del número de solicitudes debería tender a disminuir dado que en treinta años se promedian 2 desembolsos por persona.

Encontramos que no es verificable el cálculo en ninguno de los escenarios, y, si bien se podría llegar a un aumento o a un impacto previsible, en todo caso, de las solicitudes de cesantías dado el curso histórico, esa tendencia tendería a disminuir el comportamiento histórico de las solicitudes del FOMAG (…)”
(Cursivas y subrayado ajeno al texto original)

Es claro entonces, que este segundo grupo de argumentos tampoco estará llamado a prosperar, puesto que no satisface el elemento esencial del incidente de impacto fiscal, cual es, precisamente, demostrar una afectación grave a la sostenibilidad financiera del Estado.

En ese orden de ideas, la Sala, arriba a la conclusión de acuerdo con la cual el Ministerio de Educación Nacional no demostró que con la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se afectare de manera grave la sostenibilidad financiera de esa



cartera ministerial, ni mucho menos la del Estado en su conjunto. Por tanto, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, no siendo necesario entrar a estudiar la viabilidad del plan de cumplimiento propuesto por la entidad incidentante.

III. DECISIÓN

Como corolario de lo expuesto, la sala negará las pretensiones planteadas por el Ministerio de Educación Nacional, en su solicitud del incidente de impacto fiscal, como quiera que no demostró que la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la Sentencia emitida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, hubiere generado o tenga la potencialidad de generar una grave afectación a la sostenibilidad fiscal de la Nación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones del Incidente de Impacto Fiscal propuesto por el Ministerio de Educación Nacional. En consecuencia, **ABSTENERSE** de modular los efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de Nulidad radicado número 11001-03-25-000-2016-00992-00.

SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión de los efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, proferida por esta Subsección dentro del proceso radicado número 11001-03-25-000-2016-00992-00 y que fuera decretada mediante auto del 25 de enero de 2021.



Radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00
Demandante: Luis Alonso Aristizábal Marín
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

TERCERO.- En contra de la presente decisión procede el recurso de insistencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1695 de 2013.

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>

La presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firmado electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

SALVAMENTO DE VOTO