**DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LIMITAR LAS CONDENAS EN CONTRA DEL ESTADO. UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS IMPACTOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL SOBRE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA T-032 DE 2016**

Laura González Londoño

**1. Antecedentes de la sentencia**

En los tiempos que corren, en los que las decisiones más importantes para la sociedad civil y la comunidad política ya no sólo se adoptan en los parlamentos o en los gobiernos y ni siquiera en las urnas, sino en los despachos judiciales, los tribunales y la Cortes, es frecuente escuchar voces de alerta sobre los efectos económicos y fiscales de las decisiones judiciales. Con frecuencia se les reclama por la falta de tino en sus decisiones y su incapacidad para medir los efectos de sus fallos y, en algunos casos, su indiferencia hacia los mismos. Podría afirmarse que, de todas las jurisdicciones, la de lo Contencioso Administrativo constituye el blanco más repetido de estas críticas, puesto que sus sentencias impactan directamente en el erario, por lo que es a sus jueces a los que se les ha exigido en mayor medida, mesura a la hora de decidir los litigios que se someten a su conocimiento y fijar los criterios para cuantificar la indemnización del perjuicio.

Por supuesto, estas críticas, más que en argumentos de naturaleza jurídica, se sustentan en consideraciones de conveniencia que atañen al mundo de lo práctico. Para hacerles frente podría señalarse que una decisión judicial que tenga como uno de sus principales fundamentos la necesidad de evitar o al menos atenuar sus efectos económicos, poco tiene de jurídica y pone en entredicho la independencia judicial[[1]](#footnote-1). Sin embargo, la justicia no siempre hace oídos sordos a estas críticas. Hoy en día, con el creciente poder que los jueces han acumulado en sus oficinas, es casi imposible que permanezcan inmunes a las críticas y las demandas de la opinión pública.

Para ilustrar este fenómeno, resulta interesante el caso analizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-032 de 2016, una providencia que en no se diferencia de otras que han resuelto supuestos de tutela contra sentencias judiciales y que en principio ha pasado desapercibida para la comunidad jurídica. Sin embargo, resulta interesante por las reflexiones que trae alrededor del deber de los jueces de considerar los impactos fiscales de sus decisiones y el uso que, a propósito de dicho tema, hace del principio de proporcionalidad. Veamos en qué consistió el caso que dio origen a este pronunciamiento.

El litigio se originó en un caso en el que un ciudadano que ocupaba un cargo en provisionalidad en la Secretaría de Salud del municipio de Tumaco, fue declarado insubsistente mediante un acto administrativo que no fue motivado. En primera instancia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cabeza del juzgado correspondiente, declaró la nulidad del acto de insubsistencia, con fundamento en el precedente constitucional establecido en las Sentencias SU-917 de 2010 y T-553 de 2012, según las cuales, el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe realizarse mediante acto administrativo motivado. En consecuencia, el Juzgado ordenó al Municipio de Tumaco reintegrar al demandante al cargo que venía ocupando o a uno de igual o superior jerarquía, bajo el entendido de que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio desde el 23 de mayo de 2005 hasta el momento en que se hiciese efectivo y lo condenó a liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta el mismo.

El Municipio de Tumaco recurrió el fallo y expresó que la providencia impugnada, al momento de ordenar el reintegro sin solución de continuidad, vulneraba lo consagrado en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, conforme el cual nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Por esta razón, solicitó que en el evento de ser confirmada la decisión del *a quo*, se declarara que elMunicipio de Tumaco debía descontar las sumas de dinero recibidas por el actor por concepto de salarios devengados en otras entidades del Estado. Sin embargo, el Tribunal Administrativo confirmó la sentencia y en relación a la indemnización, señaló que el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por efecto del acto anulado, ostenta un carácter indemnizatorio, además de que en el proceso no se demostró que el demandante desempeñara cargo alguno que permita hacer un análisis diferente.

En vista de lo anterior, el municipio de Tumaco interpuso la acción de tutela en contra de las providencias descritas, para que se protegieran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, por considerar que si bien el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño se había amparado en las sentencias de la Corte Constitucional SU-917 de 2010 y SU-691 de 2011, tal posición cambió con la expedición de la providencia SU-556 de 2014, en la que la Corte dispuso que en el evento de los provisionales declarados insubsistentes sin motivación, lo que procedía era «(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario»[[2]](#footnote-2). Además, el Municipio señaló que el fallo del Tribunal Administrativo demandado no sólo desconoció el precedente antes descrito, sino que además era desproporcionado, ya que la condena implicaba el pago de salarios y prestaciones sociales por más de nueve años y el ente territorial se encontraba en ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos, de conformidad con lo previsto en la Ley 550 de 1999.

Mediante sentencia del 14 de mayo de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales del Municipio de Tumaco al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, considerando que si bien la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño aplicó el precedente del Consejo de Estado en relación con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de desvinculación de un funcionario por concepto de indemnización, para la fecha en que fue proferido el fallo de segunda instancia ya se encontraba vigente la providencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, y con esto, los fundamentos en ella descritos frente a las limitantes y restricciones que debe tener en cuenta el juez contencioso al momento al establecer la condena a título de restablecimiento del derecho.

No obstante, a través de Sentencia del 3 de agosto de 2015, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la sentencia del *a quo* y negó el amparo invocado. En consecuencia, ordenó dejar sin efectos toda decisión proferida en cumplimiento de lo dispuesto por la Sección Cuarta de esa misma Corporación judicial. Para estos efectos, argumentó que sobre la cuestión de fondo estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, existía un precedente del Consejo de Estado, en el que «se estableció que el hecho de no descontar de la condena las sumas que hubieren devengado los funcionarios despedidos sin motivación y que hayan laborado en otras entidades, no implica incurrir en la prohibición legal de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, por cuanto el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de desvinculación de un funcionario corresponde a la indemnización del daño sufrido por la expedición del acto ilegal»[[3]](#footnote-3), criterio que adoptó el Tribunal accionando, de manera que no se incurrió en vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

**2. Contenido del fallo**

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional se preguntó si la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño en la que se ordenó, a título de restablecimiento del Derecho, el reintegro de un funcionario y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, vulneraba el derecho al debido proceso del Municipio de Tumaco, o bien, i) por ser contrario al precedente constitucional en la materia o ii) por desconocer las disposiciones superiores de las que deriva la necesaria existencia de unos límites materiales en relación con la cuantía de la indemnización.

En primer lugar, la Corte analizó la postura adoptada pen la sentencia SU 556 de 2014, en la que se rectificó el criterio establecido en la sentencia SU 917 de 2012, en relación a la indemnización que procede a título de restablecimiento del derecho, cuando un servidor público es desvinculado de un cargo en el que está nombrado en provisionalidad, sin la motivación respectiva. Al respecto, explicó que, en efecto, en la sentencia SU 556 se establecieron dos reglas para limitar la cuantía de la indemnización con fundamento en dos (2) criterios: el primero, que a la indemnización le es atribuible un sentido sancionador por el hecho de la desvinculación injusta, y el segundo, la expectativa que había conducido a la persona a incurrir en el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso.

De acuerdo con lo anterior, el límite se fijó tomando como referencia la expectativa máxima de permanencia en un cargo en provisionalidad prevista en la ley. En el extremo superior, a su vez, la Corte consideró que el límite debía fijarse en una cuantía que cubriera de manera suficiente el riesgo del cese laboral imputable a la desvinculación injusta; razón por la cual, se fijó dicho límite en veinticuatro meses, con la finalidad de cubrir suficientemente las hipótesis de desempleo prolongado atribuibles a la desvinculación injusta hasta un límite a partir del cual, de mantenerse la condición cesante, debe establecerse la ruptura del nexo de causalidad.

A continuación, la Corte concluyó que si bien existía una evidente contradicción entre la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño y la postura adoptada en la sentencia SU-556 de 2014, no se configuró la causal de desconocimiento del precedente, ya que para la fecha en que fue proferida la decisión del Tribunal, es decir, el 19 de agosto de 2014, la sentencia SU-556 de 2014 sólo se había puesto en conocimiento mediante el Comunicado de Prensa y no se había notificado, ni su texto completo había sido divulgado, lo que significa que para ese momento la decisión allí contenida no fue apropiada por la comunidad jurídica en general. En consecuencia, nada podía reprocharse al Tribunal accionado por la supuesta violación del precedente, pues dictó la sentencia con fundamento en la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la cual para el momento del fallo se encontraba vigente.

Hasta este punto, el fallo de la Corte no suscita mayores inquietudes, toda vez que aplicó una regla lógica sobre la exigibilidad del precedente para los jueces, según la cual el mismo empieza a regir o entra en vigencia a partir del momento en que se publica el texto de la sentencia que contiene la regla que se convierte en precedente. Sin embargo, el aspecto que suscita inquietud, se encuentra en la segunda parte de la providencia, en la que la Corte Constitucional concluye que el Tribunal Administrativo incurrió en una violación directa de la Constitución, por desconocer el principio de proporcionalidad y el artículo 90 de la Carta, al momento de establecer la condena a título de restablecimiento del derecho, toda vez que, «el fallo no guarda relación directa entre el daño antijurídico atribuible al Estado y su consecuente reparación»[[4]](#footnote-4).

En efecto, la Corte consideró que, con independencia del precedente establecido en la sentencia SU-554 de 2014, era posible advertir una clara falta de proporción entre el posible perjuicio causado por el municipio y la indemnización que se ordenó, toda vez que no era comprensible que un funcionario declarado insubsistente de un cargo de carrera desempeñado en provisionalidad por un periodo inferior a nueve meses, fuera indemnizado con la ficción de los salarios dejados de percibir durante más de nueve años. De igual forma, señaló que, «el carácter desproporcionado y excesivo de la condena surgía de un análisis de las diferentes modalidades de indemnización de perjuicios que se han previsto en la ley y que se han desarrollado por la jurisprudencia y por la doctrina»[[5]](#footnote-5).

Para sustentar su postura, la Corte hizo uso del principio de proporcionalidad y trajo a colación el concepto de la «prohibición de exceso». Al respecto, explicó que, es un límite a los poderes del Estado, que opera no sólo en materia penal, sino que se extiende tanto al Poder Ejecutivo, como al Legislativo y el Judicial. Pero no sólo eso, también hizo alusión al principio de sostenibilidad fiscal introducido a través del el Acto Legislativo 03 de 2011, que reformó el artículo 334 de la Constitución, para concluir que la desproporción de la condena impuesta por el Tribunal, no solo se derivaba de la excesiva tasación de los perjuicios que se hizo, sino también del hecho de no tener en cuenta la situación de precariedad económica en que se encontraba el municipio de Tumaco:

«Por consiguiente, **la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en un Estado Social de Derecho como el colombiano, puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, se advierta que la respuesta de las autoridades, en este caso judiciales, ante situaciones particulares y concretas, compromete de manera grave los recursos públicos,** particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado. En el asunto que hoy se estudia, la desproporción de la condena resulta, no solo de la consideración de los elementos que la hacen intrínsecamente excesiva, sino también, y de modo que tiene particular relevancia, de la precariedad económica del municipio de Tumaco, que en razón del estado de sus finanzas, se encuentra en ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos dispuesto por la Ley 550 de 1999, y que ha visto, por consiguiente, como su capacidad de gasto para la atención de las urgentes necesidades de una población en condiciones de pobreza y marginalidad se ha visto sensiblemente limitada»[[6]](#footnote-6) (Énfasis dentro del texto).

De acuerdo con lo anterior, la Corte dejó sin efectos la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 19 de agosto de 2014, y le ordenó que, en el término de diez (10) días, profiriera una decisión que tuviera como referente los postulados de la actual regla indemnizatoria dictada en la sentencia SU-556 de 2014. Ahora bien, llama la atención, que la Corte, para amparar los derechos fundamentales del municipio de Tumaco, ordenara al Tribunal que el nuevo fallo se ajustara a las reglas establecidas en la sentencia SU 556 de 2014, cuando señaló que no se había configurado una violación al precedente establecido en dicha providencia. Para tratar de salvar esta contradicción, la Corte reconoce de manera expresa que aunque dicha sentencia no era un referente vinculante para el momento en el que se expidió la sentencia cuestionada, es «una regla actual, mediante la cual la Corte Constitucional, resuelve de manera constitucionalmente adecuada la tensión que en estos casos surge entre la protección que se reconoce a la estabilidad laboral de las personas vinculadas en provisionalidad en cargos de carrera *y la expectativa del Estado de no ser sometido a condenas desproporcionadas y excesivas*» (Énfasis fuera de texto).

**3. Reflexiones que se derivan del fallo**

La sentencia descrita genera varias inquietudes, de un lado, por la pirueta jurídica que la Corte Constitucional hizo para ordenarle al Tribunal Administrativo de Nariño que se acogiera a las reglas establecidas en la Sentencia SU-556 de 2014, cuando previamente había concluido que no se había configurado un defecto sustantivo por violación al precedente constitucional establecido en esa decisión; y del otro, especialmente, porque aplica el principio de proporcionalidad para señalar que los jueces están obligados a determinar sus condenas de manera proporcional, no sólo al daño sufrido por la víctima, lo cual es apenas lógico y coherente con la teoría del derecho de daños, sino también a la situación económica del ente que causó el daño. Este último argumento es el que resulta más inquietante, sobre todo al venir de un tribunal constitucional, porque se relaciona directamente con las críticas y posturas que exigen del juez un mayor cuidado sobre los efectos económicos de sus decisiones. Veamos cada aspecto por separado.

En relación a los argumentos que empleó la Corte para señalar que el Tribunal debe aplicar la regla establecida en la sentencia SU-556 de 2014, es necesario señalar que el magistrado Alejandro Linares Cantillo, en su salvamento de voto, llamó la atención sobre esta metodología, pues pone en peligro la estabilidad y el carácter vinculante del precedente constitucional. Para el magistrado disidente, el fallo de la Corte Constitucional estableció la obligación de anticiparse a los cambios jurisprudenciales que posteriormente hará el tribunal constitucional y, sobre todo, de reexaminar las reglas establecidas por este en sus precedentes, con el fin de determinar si las mismas son correctas[[7]](#footnote-7).

Una postura como esta no sólo implica exigirles a los jueces algo prácticamente imposible, sino también, apartarse del propio precedente constitucional cuando encuentran que este no responde a lo que la Constitución debería decir o al menos se deduce de la interpretación de sus cláusulas. Tal exigencia es de difícil cumplimiento para el juez ordinario[[8]](#footnote-8), no porque exceda sus capacidades cognitivas como juez, sino porque lo obliga a desobedecer el precedente establecido por la Corte Constitucional, además de desentrañar, lo que ya implica un ejercicio de valoración subjetiva, cuál es la interpretación correcta de la Constitución.

En efecto, al volver sobre el caso concreto, piénsese qué tan exigible era para el Tribunal hacer caso omiso de la regla contenida en el precedente establecido en la sentencia SU 917 de 2010, que estaba vigente para la fecha en que profirió el fallo de segunda instancia, porque iba en contravía de la finalidad establecida en el artículo 90 de la Constitución. Aceptar este argumento, implica despojar al precedente constitucional de su carácter vinculante, lo que termina desdibujando o al menos haciendo aún más difícil de comprender, el complejo sistema de fuentes que rige nuestro ordenamiento jurídico y, además, desconoce los principios de confianza legítima y buena fe de los ciudadanos e incluso de los jueces, que consideran legítimamente que pueden apoyar sus decisiones judiciales en el precedente constitucional vigente.

Sin embargo, lo que es más preocupante, es que la delicada pirueta argumentativa de la Corte Constitucional tenía una finalidad que va aún más allá de proteger el contenido normativo que se desprende del artículo 90 de la Constitución. Su propósito, en últimas era garantizar que en la indemnización reconocida en el proceso tramitado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa fuera acorde con el principio de sostenibilidad fiscal incorporado al artículo 334 de la Carta, mediante el acto legislativo 03 de 2011. Se dice lo anterior, porque aunque la Corte no ahondó en argumentos –algo que merecía la pena, al tratarse de un tema tan delicado y que ha generado tanta controversia– sí tuvo como uno de los fundamentos más importantes de su decisión, el hecho de que el municipio de Tumaco se encontrara en un proceso de reestructuración de pasivos, por lo que la indemnización impuesta en la sentencia tutelada afectaba gravemente su capacidad financiera para atender las necesidades de la población.

De este modo, la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de proporcionalidad, hizo una interpretación forzada del artículo 90 de la Carta para concluir que se configuró la causal de violación directa de la Constitución. Por lo demás, resulta llamativo que en este caso se haga uso del principio de proporcionalidad para limitar las condenas impuestas en contra del Estado. El uso de este instrumento argumentativo podría obedecer a la necesidad y el deber que tiene todo tribunal constitucional de amparar sus decisiones en argumentos jurídicos, no en consideraciones de conveniencia práctica o económica.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que la Corte hizo por revestir su decisión de un manto jurídico convincente, no es posible olvidar que bajo las reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y el contenido del artículo 90 de la Carta, subyace la idea según la cual el juez debe atender a los efectos económicos de sus sentencias. La expresión que empleó la Corte al final de sus consideraciones, pone en evidencia esta idea cuando alude a «la expectativa del Estado de no ser sometido a condenas desproporcionadas y excesivas», expresión que se itera no fue objeto de mayor análisis, pese a toda la carga crítica que viene con ella. Pero eso no es todo, la postura adoptada por la Corte pone especial énfasis en considerar que las condenas judiciales pueden afectar la capacidad financiera de los entes públicos para atender las necesidades sociales de la población, máxime cuando «[…] la respuesta de las autoridades, en este caso judiciales, ante situaciones particulares y concretas, compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado»[[9]](#footnote-9).

 Con este argumento, la Corte, tal vez sin querer, puso el dedo en la llaga en uno de los temas más controvertidos y debatidos de la jurisdicción contencioso administrativa. La controversia se ha basado en la siguiente pregunta: ¿es viable reparar los perjuicios derivados de los daños antijurídicos ocasionados por el Estado, cuando ello implicaría reducir en gran medida el presupuesto público de la entidad condenada, para resarcir los derechos de un solo ciudadano o de un grupo reducido de ciudadanos, a costa de la cobertura de las necesidades de la población en general?

Sería muy precipitado afirmar que de la sentencia analizada se desprende una respuesta positiva a este interrogante. Sin embargo, los argumentos que la Corte empleó para llegar a su decisión, dan unos primeros pasos en esa dirección. Ahora bien, en honor a la claridad y lejos de pretender hablar con una voz alarmista, se precisa que la postura del fallo no constituye la posición mayoritaria de la Corte y más bien parece una decisión aislada. No obstante, no deja de llamar la atención que la Corte enfatizara en el deber de considerar los efectos económicos que la cuantificación de la indemnización del daño puede tener sobre las arcas del ente demandado. También conviene preguntarse si la Corte, antes de proferir su decisión reflexionó sobre el impacto de sus palabras. De aceptarse sin reparos los argumentos contenidos en el fallo que es objeto de análisis en estas líneas, tendrían que cuestionarse las reglas jurisprudenciales que el Consejo de Estado ha establecido en materia de indemnización de perjuicios morales y por los daños derivados de bienes constitucional y convencionalmente amparados. Y ni que decir, de los efectos que genera la Corte Constitucional con sus sentencias. Sin embargo, lo que podría ser más grave, es que como, con razón lo han dicho quienes responden a las críticas de quienes se incomodan por el impacto económico de los fallos judiciales, una decisión que en últimas se base en consideraciones de orden práctico, pierde de contera su ropaje jurídico y deja de ser una decisión judicial, para convertirse en una decisión política o económica, lo que inevitablemente terminará por erosionar la independencia judicial.

1. En palabras del profesor Rodrigo Uprimny, «La Constitución dejaría entonces de ser un marco pluralista, en donde caben la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y ciertos modelos de desarrollo: aquéllos que son más apreciados por los magistrados» (UPRIMNY, Rodrigo. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En: Revista de Derecho Público. N.º 12 (2001). Consultado en: <https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=203%3Alegitimidad-y-conveniencia-del-control-constitucional-a-la-economia&catid=17%3A12&Itemid=57&lang=es>). [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibid. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibid. [↑](#footnote-ref-6)
7. En palabras del Magistrado Cantillo: «[…] el planteamiento de la mayoría le impone a las autoridades -en este caso al Tribunal Administrativo de Nariño- la obligación de reexaminar en cada caso las reglas fijadas en el precedente a efectos de establecer si tales reglas, pese a ser establecidas por la Corte, resultan constitucionalmente correctas». [↑](#footnote-ref-7)
8. En este punto en específico, por ordinario me refiero a todos los jueces que no hacen parte de la jurisdicción constitucional. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-9)