

# **Nuevos Fallos Jurídicos y Fallas Económicas de la Corte Constitucional Colombiana<sup>1</sup>**

Juan Antonio Gaviria

Correo electrónico: [juan.gaviriag@upb.edu.co](mailto:juan.gaviriag@upb.edu.co)

Universidad Pontificia Bolivariana

## **Resumen**

Es innegable que la Corte Constitucional ha proferido numerosas sentencias de avanzada durante su existencia. En materia económica, empero, su labor es menos encomiable. En efecto, alegando propósitos nobles pero con un equivocado o inexistente análisis económico, la Corte Constitucional ha proferido fallos con nocivos efectos económicos. Este artículo muestra algunos ejemplos de tales fallos, indicando porque estos son, simultáneamente, fallas económicas que generan dificultades macroeconómicas o que causan distorsiones microeconómicas en ciertos mercados. El presente artículo también analiza las razones que motivan estas fallas económicas para finalmente proponer algunos cursos de acción que permitan evitar estos errores.

Palabras clave: Corte Constitucional, Macroeconomía, Microeconomía, Sentencias.

---

<sup>1</sup> Este artículo hace parte del proyecto de investigación sobre Derecho y Economía que lidera su autor, como parte del Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) de Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

# Nuevos Fallos Jurídicos y Fallas Económicas de la Corte Constitucional Colombiana

## Introducción

Es innegable que la Corte Constitucional colombiana ha proferido numerosas sentencias de avanzada en diferentes temas durante sus más de veinticinco años de existencia. En materia económica, lamentablemente, la labor de la Corte Constitucional es menos encomiable. Ya en el 2001, cuando esta Corte tenía solo diez años de existencia, un pequeño pero significativo libro titulado Fallos y Fallas de la Corte Constitucional, del renombrado economista y entonces miembro de la Junta Directiva del Banco de la República Sergio Clavijo, alertaba sobre ciertas decisiones de este tribunal que tenían consecuencias económicas negativas. Tales decisiones se relacionaban, entre otros temas, con: (i) una exigencia de que la tasa de interés en créditos de vivienda siempre fuese la más baja del mercado, lo cual podría restringir la oferta de este tipo de servicios financieros (Sentencia C-955 de 2000); (ii) la prohibición de que los colegios privados cobraran una suma fija o bono al momento del ingreso de un nuevo estudiante, lo que podría limitar las inversiones y la contratación de personal de alta calidad en estas instituciones educativas (Sentencia C-560 de 1997); (iii) la indexación, con base en la inflación causada y no en la esperada, de los salarios de los servidores públicos, con la consiguiente presión sobre el gasto público además de la perpetuación de la inflación inercial (Sentencias C-815 de 1999 y C-1433 de 2000); y (iv) la extensión de programas de salud sin costo a muchos tipos de enfermedades, sin importar ni las pre-existencias ni la capacidad contributiva del paciente (véase, aunque es posterior a la publicación de dicho libro, la Sentencia T-760 de 2008).

Infortunadamente, y durante los quince años siguientes, esta situación no ha solo no ha mejorado sino que se ha agravado, sin que hasta ahora ningún economista o abogado haya vuelto a referirse al tema. En efecto, alegando propósitos nobles pero con un equivocado entendimiento de conceptos económicos básicos y con cierta indiferencia hacia los efectos fiscales, la Corte Constitucional ha tomado decisiones que generan efectos económicos negativos.<sup>2</sup>

Con base en esta problemática, la primera sección de este artículo describe una muestra de sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional que generan efectos económicos negativos. Una segunda sección analiza, de forma más general, tales efectos económicos nocivos. La tercera sección se pregunta las razones de las fallas económicas en los fallos judiciales de la Corte Constitucional y propone cursos de acción que permitan evitar en el futuro las fallas económicas descritas. La cuarta y última sección concluye.

---

<sup>2</sup> Este artículo no pretende hacer afirmaciones sobre toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sino solamente sobre la muestra de sentencias aquí mencionada.

## Sección I - Algunos fallos constitucionales con efectos económicos nocivos

Un análisis exhaustivo de los efectos económicos de los fallos judiciales de la Corte Constitucional requeriría analizar una cantidad significativa de sus sentencias de constitucionalidad y de tutela (por ejemplo, el 1% de dichos fallos durante los últimos diez años). Sin perjuicio de que este objetivo se cumpla en una etapa más avanzada de esta investigación, y teniendo en cuenta límites de espacio, este artículo se limita al análisis económico de cerca de diez jurisprudencias recientes de la Corte Constitucional.

El primer grupo de sentencias que se analizan se relacionan con el sector de minería y petróleo. Estos fallos, que además de las que aquí se detallan incluyen otras sentencias como las C-389 de 2016, C-366 de 2011, C-418 y C-891 del 2002 y T-766 de 2015 parecen reflejar cierta animadversión de la Corte Constitucional hacia la minería de gran escala. De hecho, y de cerca de cincuenta sentencias que sobre el tema la Corte Constitucional ha proferido en la presente década, no más del diez por ciento han sido favorables a las empresas mineras.

En el caso más notable y también más reciente (Sentencia SU-133 de 2017), la Corte Constitucional ordena a una empresa multinacional suspender su actividad de explotación de una mina de oro, sobre la cual tiene un título minero vigente, hasta tanto no realice una consulta previa con los mineros artesanales de la zona, trámite que puede durar años. Mientras tanto, una actividad que genera empleo y regalías estará paralizada. No es sorprendente que este tipo de fallos sobre el sector minero, que genera significativas divisas para el país, disminuyan la inversión y, por ende, la participación de este sector en la economía.

Otro reciente fallo con efectos económicos negativos similares, pero de tutela y relacionada con el sector petrolero, es la Sentencia T-764 de 2015, en la cual se ordena suspender la explotación del campo petrolero Quifa hasta tanto se realice una consulta previa con las comunidades demandantes, generándose así un lucro cesante de miles de barriles de petróleo diarios y afectándose a cientos de trabajadores. Obviamente, este tipo de jurisprudencia no incentiva la exploración de hidrocarburos, tan necesaria para evitar que Colombia se convierta en un importador neto si no se encuentran pronto nuevas reservas.

Un tercer fallo similar es la Sentencia T-445 de 2016. En esta, y en contravía del artículo 332 de la Carta Política de acuerdo con el cual el Estado es *“el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables,”* la Corte Constitucional precisó *“que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera.”* Aunque, en teoría, las sentencias de tutela tienen efectos *inter partes*, los mercados muy seguramente asumirán que esta jurisprudencia se repetirá en casos similares.

Además, la Corte Constitucional afirme en algunos casos, con el fin de otorgar un trato igualitario a quienes no presentaron la demanda, que ciertos fallos de tutela tienen efectos *inter comunis*, es decir, la decisión se extiende a las personas que no promovieron el amparo pero que están afectadas por una situación de hecho o de derecho similar (véase, por ejemplo, Sentencia T-149 del 2017).

Con base en esta Sentencia T-445 de 2016, varios municipios de Colombia podrían prohibir la actividad minera y, bajo la misma lógica, también la petrolera o incluso otras actividades empresariales que se consideren riesgosas, ya sea por decisión de un Concejo o del pueblo mediante consulta popular, como sucedió recientemente en Cajamarca, Tolima, con relación al proyecto minero La Colosa. Tales decisiones negarían a las demás zonas del país, sin que sean escuchadas, los beneficios provenientes de dichas inversiones e implicarían, además una mayor carga fiscal para los colombianos, aquella requerida para compensar los tributos y regalías que dejan de pagar las empresas cuya operación se prohíbe. No es sorpresa, por lo tanto, que la inversión extranjera directa en minería esté disminuyendo y que la producción de este sector se haya reducido en el 9.4% anual al corte del primer trimestre del 2017 (DANE). Simultáneamente, la explotación minera informal, que no requiere permisos previos, no paga regalías y tampoco requiere licencias ambientales, puede haberse incrementado.

El segundo grupo de sentencias que se analizan en esta sección se relacionan con el derecho de los grupos étnicos a ser consultados previamente con relación a normas y proyectos que los afecten directamente. De conformidad con el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa es: “[e]l derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.” No se olvide además que, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, y al haber sido ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, este Convenio 169 la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad. Sobre el derecho a la consulta previa hay una abundante jurisprudencia constitucional como, por ejemplo, la Sentencia C-175 de 2009.

Sobre este derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional, en Sentencia C-175 de 2009, manifestó:

*“En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia*

*particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.”*

Este artículo no está en contra de la consulta previa, pero sí del excesivo alcance que se le ha dado en la jurisprudencia constitucional. Como bien dice el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa solo procede con relación a medidas legislativas o administrativas que afecten a los grupos étnicos directamente. Infortunadamente, la Corte Constitucional ha interpretado con más amplitud de la debida este término de afectación directa. Esto es lo que hace, por ejemplo, la Sentencia C-389 de 2016 al afirmar:

*“El concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”*

Tal alcance excesivo de la consulta previa genera efectos económicos negativos que se describirán en más detalle en la próxima sección, como el oportunismo de ciertas comunidades, un aumento en los costos de transacción y financieros de los proyectos de infraestructura y una ralentización o incluso reducción de las inversiones que requiere Colombia. Mientras tanto, y además de las sentencias ya mencionadas anteriormente, a continuación se resumen los hechos de algunos casos que ejemplifican tales efectos nocivos.

Los casos ya mencionados no son los únicos en los cuales la consulta previa ha generado dificultades para la minería. Un ejemplo adicional es la Sentencia C-366 de 2011, que declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010 o nuevo Código Minero, por falta de consulta previa. Así las cosas, y al requerirse consulta previa con todos los grupos étnicos que puedan ser afectados por la minería, es prácticamente imposible reformar el Código de Minas actual (Ley 685 de 2001). El resultado de que la consulta previa vuelva pétreas normas como estas hace que ante tales altos costos, el Gobierno y el Congreso hayan preferido continuar con una legislación que no corresponde a las necesidades actuales de la minería, en vez de modernizar esta.

Aunque muchos de los casos de consulta previa se relacionan con minería, este no es el único sector que sufre por este tema. Por ejemplo, ciertos precedentes judiciales han neutralizado la ventaja competitiva que Colombia tiene en la generación de energía hidráulica gracias a sus abundantes recursos hídricos. En un primer caso, que no terminó en sentencia pero que es muy conocido, EPM desistió de construir la hidroeléctrica Porce IV debido a que el número de personas que habitaban la zona y con las que se debía celebrar la consulta previa se incrementó exponencialmente desde que esta compañía anunció el proyecto. En efecto, poco menos de 3.000 personas habitaban la zona en el 2006, cifra que sorprendentemente se incrementó a 8.500 dos años después, algo muy extraño en un territorio como el nordeste antioqueño que no ofrece oportunidades de empleo que justifiquen tal migración. Una situación similar vivió la compañía Epsa, que suspendió la construcción de una línea de energía en el occidente colombiano debido a que los trámites de consulta previa y el incremento exponencial del número de habitantes por causas diferentes a la alta fertilidad de sus mujeres, incrementaban el costo del proyecto en casi un 100% y reducían su tasa interna de retorno a niveles negativos. El tercer y último ejemplo es la hidroeléctrica El Quimbo en el Departamento del Huila, cuya construcción fue suspendida durante largos períodos por sentencias como la T-135 de 2013, con el consiguiente aumento en costos potencialmente trasladables a los usuarios, mientras se realizaban consultas previas con comunidades que no estaban en la zona cuando las obras iniciaron.

Algo similar ha ocurrido en otros sectores de la economía. A pesar de que el Decreto 1066 de 2015 y otras normas aplicables señalan que la consulta previa se realiza al momento de iniciar el proyecto con las personas que habitan la zona, de conformidad con un censo de Ministerio del Interior, la Corte Constitucional ha afirmado que las comunidades que durante las obras llegan a la zona afectada, y que suelen hacerlo en grandes cantidades como si fueran atraídas por un imán o como si se tratara de la fiebre del oro en California del siglo XIX, también tienen derecho a consulta previa (aunque realmente ya la palabra previa no es aplicable). En palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia T-436 de 2016 “[/]as certificaciones de inexistencia de comunidades son insuficientes para eludir la

*consulta previa con estos grupos.*” Esta situación, por supuesto, genera un incentivo perverso para que personas de bajos recursos se movilicen por todo el país en busca de proyectos que puedan frenar hasta que sus pretensiones sean satisfechas. Para citar solo dos ejemplos, estos han sido los casos de la construcción de un gasoducto en la Costa Norte Colombiana por parte de Promigás (Sentencia T-197 de 2016) y de la construcción de una vía en doble calzada en el Departamento de Sucre (Sentencia T-436 de 2016). Este caso es particularmente llamativo porque cuando la obra tenía un avance de más del 90%, apareció una comunidad de menos de 50 habitantes que no figuraba en los censos realizados cuando se habían iniciado los trabajos seis años antes.

Es tan kafkiano el tema de la consulta previa que no ha sido posible promulgar una ley que reglamente este derecho constitucional porque, como no, tal ley tiene que ser consultada previamente con todas las comunidades del país, lo que posiblemente la convertiría en la ley más costosa de toda la historia en caso de que llegue a promulgarse.

Los casos sobre minería y/o consulta previa no los únicos donde la Corte Constitucional falla económicamente. Como un tercer ejemplo, y justificándose en la autonomía territorial, la Sentencia C-035 de 2016 declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) que permitía que la licencia ambiental de los Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE) se tramitara de manera integral y exclusiva por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), evitando así que quienes planean ejecutar obras que abarcan una gran extensión geográfica tuvieran que tramitar licencias ante diversas autoridades ambientales territoriales. Con base en esta decisión, y a manera de ejemplo, podría suceder que un proyecto para construir una carretera de cientos de kilómetros, necesaria para abaratar el costo de transporte de productos que se exportan y, consiguientemente, hacerlos más competitivos, no se pueda realizar si siete corporaciones ambientales de la zona de influencia dieron su visto bueno pero una octava entidad negó la licencia. Lamentablemente, la Corte Constitucional no fue consciente ni de los costos de transacción que buscaba evitar la norma demandada ni que su decisión dilata y encarece los proyectos de infraestructura necesarios para superar el atraso de nuestros caminos de herraduras.

Un cuarto ejemplo de fallos económicos son las sentencias que impiden a las empresas de servicios públicos domiciliarios suspender el suministro a ciertos usuarios (ej., Sentencia T-163 de 2014). Esto es loable, además de que tiene sentido constitucional recordando que los adultos mayores son personas en situación de vulnerabilidad mientras que los derechos de los niños, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los demás. El problema es que tal jurisprudencia hace ineficaz el régimen de garantías consagrado en las Leyes 142 y 143 de 1994 y en las resoluciones de la CREG. De conformidad con estas normas, el Estado puede limitar el suministro de

electricidad por parte de las empresas que no hayan cumplido con sus obligaciones de compra de energía. Tal garantía es necesaria para que las compañías no tengan un incentivo para dejar de pagar o para pagar tardíamente sus facturas, caso en el cual el mercado de energía dejaría de funcionar eficientemente.

Pues bien, como por razones técnicas las limitaciones de suministro no se pueden hacer inmueble por inmueble, sino que tienen que ser por zonas, y como previamente tampoco es posible realizar un censo que identifique la edad de los habitantes de zonas residenciales, no es factible (o solo sería posible a costos astronómicos) limitar el suministro a las zonas industriales, comerciales y, en zonas residenciales, a los inmuebles en los que no hay niños, ancianos u otros sujetos protegidos constitucionalmente. En otras palabras, no es posible desconectar a la mayor parte de usuarios sin hacer lo propio con quienes son usuarios protegidos constitucionalmente, como quienes están en cárceles, hospitales y colegios, o quienes son niños, adultos mayores o, teniendo cualquier edad, están enfermos.

El problema aquí descrito no es teórico, sino que se observó con el reciente caso de Electricaribe, así su intervención y posterior inicio del proceso de liquidación por parte del Estado tenga causas diferentes a la imposibilidad de esta empresa de suspender los servicios en zonas donde parte de los usuarios morosos son sujetos de especial protección constitucional. Esta empresa fue intervenida por el Gobierno colombiano luego de que repetidamente incumpliera obligaciones de pago de energía por valor de varios millones de dólares en el mercado mayorista. Ante tales moras, lo que procedía era solicitar a las autoridades competentes la limitación del suministro de energía, lo que incentivaría a la compañía a ponerse al día. Tal limitación nunca se pudo hacer por las razones ya descritas.

Una situación similar, no descrita en detalle en este artículo, es la que limita la ubicación de antenas de telefonía celular, aeropuertos, batallones militares y otro tipo de infraestructura o instalaciones que pueda, así no haya certeza científica sobre ello, poner en peligro a los habitantes actuales o futuros, así quede demostrado que en el momento de construcción ninguno de ellos es niño, adulto mayor o enfermo. (Gaviria, 2012, 1).

La Sentencia C-658 de 2016 es una quinta ilustración de las fallas económicas de la jurisprudencia constitucional. Esta sentencia se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 151B y 151C de la Ley 100 de 1993, adicionados por los artículos 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012. Según las normas demandadas, una pensión familiar de sobrevivencia se agota si no hay hijos beneficiarios con derecho a una pensión familiar. Recuérdese que, según los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, son beneficiarios de una pensión de sobrevivientes: (i) el cónyuge o compañero permanente superviviente (en forma

vitalicia); (ii) los hijos menores de 18 años, los que tengan entre 18 y 25 años y que estén estudiando y que dependieran económicamente del causante, y los hijos inválidos mientras subsistan las condiciones de invalidez sin importar su edad; (iii) a falta del cónyuge o compañero permanente, los padres del causante si dependían económicamente de él; o (iv) a falta de cónyuge, compañero permanente, padres o hijos con derecho, los hermanos inválidos si dependían económicamente del causante. La Corte Constitucional dijo que las normas demandadas eran constitucionales pero solo bajo el entendimiento de que la pensión familiar no se agota cuando muere el cónyuge o compañero permanente supérstite sino que ello solo sucede cuando mueran los padres dependientes y hermanos inválidos dependientes. Una decisión como estas incrementa notoriamente el gasto público, lo que no parece motivo de gran preocupación para la Corte, como lo demuestra el siguiente extracto de la sentencia:

*“[N]o desconoce la Corporación que una decisión como la que ahora se toma tiene efectos en el soporte financiero del sistema general de seguridad social, sin embargo, el criterio de sostenibilidad no le permite evadir el cumplimiento de la función primaria que le fue asignada por el Constituyente de 1991, cual es la de guardar la integridad y supremacía de la Constitución; misión en la que la garantía de los derechos fundamentales debe privilegiarse, pues, se insiste, el criterio de sostenibilidad no condiciona ni delimita su contenido, sino que se convierte en un instrumento para su adecuada materialización.”*

Un caso similar, aunque no de constitucionalidad sino de tutela, es el de la Sentencia T-074 de 2016. El señor Luis María Camargo falleció, sin que su hijo Miguel Antonio Camargo pudiera recibir pensión de sobreviviente puesto que no era, en los términos de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, ni menor de edad ni estudiante menor de 25 años ni inválido. Con todo, la Corte sí consideró que el menor de edad de nombre Yocimar Stiben Camargo Talero, nieto de Luis María Camargo, sí tenía derecho a la pensión de sobreviviente debido al rol que su abuelo había desempeñado en su crianza. Tal situación podría tener sentido en un caso en el cual los padres del hijo lo hubieran abandonado, pero esta no fue la situación analizada. El padre, Miguel Antonio Camargo, reconoció y crío a su hijo, aunque delegó parte de la tarea en el abuelo debido, entre otras razones, a que estaba cesante con frecuencia. Bajo la lógica de la Corte, buena parte de los nietos en Colombia tendrían derecho a pensión de sobrevivientes con el consiguiente impacto en el gasto público y, de contera, en la tributación.

Finalmente, y como sexto ejemplo (Sentencia C-555 de 2013), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 bajo el entendido de que las cláusulas de reversión en los contratos suscritos (obligación de devolver la infraestructura de telefonía móvil al Estado) eran vinculantes a pesar de que normas posteriores habían modificado tal situación. Como es natural, las empresas del sector de telecomunicaciones, que habían invertido millones de

dólares en torres, antenas y redes de telefonía celular sin prever una pronta devolución gratuita al Estado de tales bienes, vieron afectados seriamente sus proyecciones de ingresos.

## Sección 2 - Clasificación de las fallas económicas de los fallos judiciales

Sin ánimo exhaustivo, a continuación se analizan algunas consecuencias económicas negativas de fallos de la Corte Constitucional como los descritos. Estas se dividen en dos grandes categorías: efectos macro y microeconómicos.

### A. Efectos macroeconómicos

Fallos de la Corte Constitucional como los descritos generan al menos dos tipos de efectos macroeconómicos muy negativos: un incremento desmesurado o al menos no medido en el gasto público y una reducción de la inversión, especialmente en áreas de gran importancia para el país.

El primer efecto es el más evidente. Para bien o para mal, y ya sea directa o indirectamente, hoy en día es claro que la Corte Constitucional puede ordenar gasto público y, más aún, al exigir cumplimiento muchas veces inmediato o prioritario de sus decisiones, hacer que tal gasto tenga preferencia sobre otras expensas del Estado. El problema no es tanto que la Corte pueda o no ordenar gasto público. Es verdad que si no lo pudiera hacer, en algunos casos le resultaría mu difícil salvaguardar los derechos fundamentales; en otras palabras, sería un juez sin dientes. La dificultad estriba en que el gasto se ordena, al menos en ocasiones, sin criterios o prioridades claras e igualmente sin límites o sin presupuestación anual. Un problema adicional consiste en que la Corte Constitucional se lleva todo el mérito de las decisiones que protegen derechos fundamentales y que ordenan al Estado ciertas acciones, pero sin que sus magistrados deban asumir el costo político de crear o aumentar impuestos o, alternativamente, reducir otros gastos. Esta última labor, bastante ingrata, no le corresponde a la Corte Constitucional, sino al Gobierno y, en particular, al Ministro de Hacienda y Crédito Público. En síntesis, la Corte Constitucional no parece ser consciente del costo fiscal de sus decisiones (Holmes & Sunstein, 1999).

Una preocupación adicional es que tales decisiones de gasto público son tomadas por nueve magistrados, no elegidos popularmente (al menos no de manera directa) o, en el caso de las sentencias de tutela, por salas compuestas por solo tres magistrados, algunos de los cuales pueden no ser ni siquiera magistrados en propiedad. Así como en materia tributaria el artículo 338 de la Constitución Política consagra el principio de reserva de ley, según el cual solo el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales pueden crear tributos, algo similar debería suceder en materia de gasto público, al menos cuando dicho gasto sea sustancial o excesivo.

Este artículo mostró algunas sentencias que generan gasto público, que en algunos casos puede ser desmesurado. Por ejemplo, y aunque el resultado todavía es incierto, las Sentencias SU-133 sobre minería y C-555 sobre la reversión de infraestructura en contratos de telecomunicaciones podrían dar lugar a condenas multimillonarias futuras, en arbitrajes de inversión ya iniciados respectivamente por Gran Colombia Gold y por Comcel, que alegan incumplimiento de tratados de libre comercio o de protección y promoción recíproca de inversiones, que terminarían siendo pagadas por todos los contribuyentes colombianos vía mayores impuestos. Muy seguramente, si se hiciera un referendo preguntando a los colombianos si están de acuerdo en proteger los derechos de los mineros artesanales de Marmato o en que las empresas de telecomunicaciones devuelvan la infraestructura construida al Estado sin remuneración alguna, la votación sería abrumadora en favor del sí. Pero a lo mejor la respuesta sería diferente si a los votantes se les dijera que, en caso de decir sí, estos deberían pagar mayores impuestos equivalentes al valor de las indemnizaciones que debe pagar el Estado colombiano, dividido entre su número de habitantes. Otras sentencias ya descritas que aumentan dramáticamente el gasto público, esta vez en materia de seguridad social, son las C-658 de 2016 y T-074 del mismo año. Afortunadamente, la reciente anulación por parte de la Sala Plena de la Sentencia T-480 de 2011, que ordenaba al Estado a pagar derechos laborales y pensionales a varias madres comunitarias es una luz de esperanza. De no haberse anulado tal fallo, su impacto fiscal podría haber sido tan grande que incluso podría haber dejado sin recursos a la mayoría de proyectos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a menos que el Estado le hubiera asignado más partidas presupuestales.

La preocupación por el impacto fiscal de las decisiones de la Corte Constitucional no es nueva y debido a ella el Acto Legislativo Tercero de 2011 reformó el artículo 334 de la Constitución Política, reglamentado por la Ley 1473 de 2011. De conformidad con dicho artículo 334, la intervención del Estado en la economía debe hacerse en un marco de sostenibilidad fiscal, que servirá para cumplir *“de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”*. Esta norma también señala que *“[l]a sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público [incluyendo a la Corte Constitucional], dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”* y, más importante aún, que:

*“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.”*

A su vez, el párrafo de este artículo 334 de la Constitución Política señala que: “[a]l 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.”

Con todo, la funcionalidad de la denominada regla fiscal parece ser limitada. Según el ya citado artículo 334, la Corte Constitucional mantiene su autonomía para decidir si modula, modifica o difiere los efectos de una sentencia. Esta decisión debería, más bien, corresponder al Congreso. Segundo, en ningún caso es posible restringir derechos fundamentales. Por ejemplo, la Corte Constitucional podría alegar que un incidente de impacto fiscal contra un fallo que ordena gastos astronómicos en equipos médicos, en medicamentos o en tratamientos experimentales en el exterior, y con efectos inciertos debido al incipiente avance de la medicina en ese tema, no procede porque afecta derechos fundamentales. Como una segunda ilustración, que muestra como las normas y jurisprudencia actuales privilegian las soluciones de extremo, sin ser posibles puntos medios, una interpretación literal del artículo 334 permitiría que la jurisprudencia prohibiera todas las actividades peligrosas, como el transporte aéreo o terrestre, bajo el pretexto de salvaguardar el derecho fundamental a la vida, o que solo permitiese este si se minimiza el riesgo de accidentes al 0,0000001%, lo que implicaría inversiones astronómicas y una menor posibilidad de acceso de las personas a dichos transportes.

El segundo efecto macroeconómico negativo también salta a la vista: la reducción de la inversión. Decisiones de la Corte Constitucional como las mencionadas que incrementan el número de casos en los cuales se exige consulta previa así como los costos de transacción de los proyectos al exigir más permisos y negociaciones aumentan el riesgo de los proyectos empresariales, haciendo que muchas veces su valor presente neto al momento de tomar la decisión sea negativo o muy bajo. En tales casos, nadie podrá criticar a las empresas que, ante tal incertidumbre, prefieren continuar con sus actividades empresariales tradicionales en vez de innovar o adelantar nuevos o más grandes proyectos o, peor aún, prefieren destinar el capital arduamente conseguido entre sus inversionistas o acreedores en países más amigables con la inversión.

#### B. Efectos microeconómicos

Los efectos microeconómicos de los fallos de la Corte Constitucional, aquellos que afectan la eficiencia de los mercados, son menos visibles pero no por ello menos graves que los macroeconómicos. Un primer efecto ya se indicó al narrar los hechos de algunas sentencias claramente adversas a sectores como la

minería, el petróleo y la generación y transmisión de energía eléctrica. Además de lo ya dicho, tales fallos hacen a estas industrias menos atractivas para los inversionistas, lo que a su vez genera dos consecuencias adicionales. Primero, el número resultante de jugadores termina siendo menor; es decir, habrá menos empresas, y cada una de ellas tendrá una mayor participación, en comparación con un escenario en el que las decisiones judiciales no fuesen inamistosas. Esto, por supuesto, implica que en muchos casos estas industrias podrían terminar siendo monopolios naturales o que, en casos menos críticos, las pocas empresas participantes tendrían un alto poder de mercado que necesite ser compensado con regulación económica o por decisiones administrativas o judiciales de las autoridades de competencia.

Un segundo efecto microeconómico negativo es el incremento desmesurado en los costos de transacción, que son las expensas resultantes no solo en dinero sino también en tiempo y esfuerzo de negociar, redactar, supervisar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos o contratos necesarios para llevar a cabo una inversión o un determinado proyecto económico (Williamson, 1996, 379). Sobra decir que a mayores costos de transacción, menor es la tasa de retorno de un proyecto. Pues bien, decisiones de la Corte Constitucional como las aquí resumidas incrementan significativamente los costos de transacción de los negocios privados.

Para empezar, y aunque ello no ha sucedido en las sentencias aquí descritas sino en otras jurisprudencias, muchas veces sus decisiones exigen negociaciones adicionales a las que requiere la ley con determinados grupos de interés, como trabajadores, pensionados, comunidades, etc.. Tales sentencias, además, también suelen crear comités o grupos encargados de socializar ciertas decisiones, con la obligación de presentar informes periódicos a la propia Corte Constitucional o al juez competente. Un tercer ejemplo de incremento de los costos de transacción lo ilustra la Sentencia C-035 de 2016 que impidió que las grandes obras de infraestructura obtuvieran una y no varias licencias ambientales.

Con todo, el mayor incremento en los costos de transacción se debe a la excesiva expansión que ha hecho la Corte Constitucional del derecho fundamental a la consulta previa. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha ordenado negociaciones que no siempre se justifican a la luz del Convenio 169 de la OIT y que suelen ser de larga duración porque, para agravar la situación, las comunidades no tienen incentivos para que éstas terminen rápidamente. Como resultado, tales consultas previas frenan, muchas veces por largos períodos, el inicio de nuevos proyectos con el consiguiente lucro cesante, costo que podría ser asumido por los propios empresarios o, porque no, ser trasladado al gobierno, y de contera a los contribuyentes, por parte de compañías que, curtidas en las tribulaciones de consultas previas del pasado, incorporan estas expensas en el valor del contrato que licitan ante el Estado o ante otra entidad contratante.

Los costos de transacción en materia de consultas previas son especialmente elevados cuando estas se deben hacer con un número significativo de comunidades, como sucede cuando el área de influencia de un determinado proyecto de infraestructura o empresarial cubre un área de gran tamaño o, peor aún, cuando su influencia es en todo el territorio nacional. En tales casos la realización de consultas previas con los cientos de grupos étnicos que existen en Colombia se vuelve una labor quijotesca. Ante tal panorama, muchos empresarios podrían desistir de participar en este tipo de proyectos.

Los costos de transacción derivados de las consultas previas se incrementan aún más porque, en la práctica, las comunidades afectadas por un determinado proyecto cuentan con un derecho de veto, así la Corte Constitucional diga lo contrario. En efecto, la jurisprudencia constitucional insiste en que el derecho a la consulta previa no da un derecho de veto. Por ejemplo, la Sentencia T-704 de 2016 afirma que: *“[e]sta Corporación ha señalado en reiterada y abundante jurisprudencia que la consulta no constituye un derecho al veto. Eso significa que esa garantía no puede convertirse en una barrera arbitraria (carente de razones), para impedir la implementación de medidas administrativas o legislativas.”* Con todo, la misma Corte Constitucional, así no lo llame derecho al veto, dice en esta misma sentencia que éste sí existe al conceptuar que: *“la consulta no debe ser considerada como un derecho procesal que se satisface cumpliendo con ciertas formas. En otras palabras, no basta con hacer “buenas reuniones”, si lo que las comunidades señalan no tiene incidencia alguna sobre la decisión final,”* para más adelante afirmar que:

*“[E]sta misma Corporación también ha señalado que a pesar de que la consulta no es un derecho al veto, tampoco, las medidas a implementar, son un derecho a la imposición en cabeza del Gobierno o Congreso o cualquiera que sea el sector ..., el propósito de la consulta no es otro que el de llegar a consensos en los que la opinión de las comunidades tenga incidencia en las medidas que se adelantaran y que les afecten directamente.”*

Es decir, así no se le llame derecho de veto, las decisiones legales o administrativas del Estado que afecten a determinadas comunidades, y que pueden requerir inversiones multimillonarias con efectos económicos muy positivos, no pueden ser simplemente informadas e ilustradas, sino que es necesario atender algunas de las pretensiones de estos grupos. Eso, en principio, suena muy bien. El problema es que tales grupos, sabedores de que tienen derecho a recibir algo a cambio y de que no tienen prisa en que un determinado proyecto inicie (la prisa la tiene su contraparte), pueden terminar comportándose oportunistamente, exigiendo, así sea de manera irrazonable y cuasi extorsiva,<sup>3</sup> que la empresa que realizará determinada

---

<sup>3</sup> El uso de esta palabra no es exagerado. Las consultas previas han incentivado la aparición de asesores que cobran cuantiosas cifras por intermediar entre las empresas inversionistas y las comunidades. Tales

obra termine asumiendo un gasto público social de significativo valor, el cual se termina discutiendo y aprobando en estas reuniones de consulta previa y no en su escenario natural, que es el Congreso de la República. Las grandes inversiones terminan siendo las perjudicadas, por su demora o porque nunca se terminan realizando, como lo ilustra la hidroeléctrica Porce IVA, mientras que los grandes beneficiados son los abogados y otro tipo de asesores de consultas previas, quienes terminan capturando importantes rentas estatales, algo que no es ilegal, pero que tampoco es la asignación más eficiente de recursos. En síntesis, el excesivo alcance jurisprudencial que se le ha dado al derecho a la consulta previa está frenando reformas legislativas y actividades productivas en diversos sectores de la economía.

El tema de las consultas previas da pie para mencionar un efecto microeconómico nocivo adicional, cual es el de los incentivos perversos que generan algunas sentencias de la Corte Constitucional. En economía, se llama incentivo perverso a aquel que funciona mal, es decir, al que motiva a los individuos o a las empresas a tomar decisiones buenas para ellos pero nocivas para la sociedad en general o para el bien común. Así, por ejemplo, el excesivo alcance del derecho a la consulta previa genera un incentivo perverso para ciertas comunidades de dilatar grandes proyectos, porque mientras más demoren la negociación, mayores pérdidas habrá para la empresa inversora y por lo tanto ésta, ante el afán por mitigar estos daños, estará cada vez más dispuesta a hacer concesiones. Incluso, si son varias comunidades las que están negociando, estas podrían tener incentivos para no ceder de primeras, lo que en economía se conoce, de manera general, como el problema del *holdout*. La última comunidad que negocia es la que mejores condiciones podrá obtener, de manera similar a lo que sucede cuando, si no existieran leyes de expropiación, el constructor de una carretera debe comprar individualmente los predios por los que pasará esta vía a cada uno de sus propietarios. Quien vende de último obtiene el mejor precio.

Los incentivos perversos o negativos no solo existen, en materia jurisprudencial, con relación a las consultas previas. Por muy loable que sea el derecho fundamental de ciertas personas, como los niños o los adultos mayores, a contar con servicios públicos domiciliarios, la prohibición de cortar tales servicios a una residencia en la que habiten este tipo de personas genera dos incentivos perversos: primero, a que personas potencialmente morosas inviten a vivir a sus casas a este tipo de usuarios, para que luego la suspensión no proceda, y segundo, a que estos propios usuarios protegidos constitucionalmente tengan un menor incentivo a pagar oportunamente sus facturas.

---

asesores, y las exorbitantes comisiones que cobran, son un típico caso de captura de rentas, que no contribuyen en nada al desarrollo económico del país y que, por el contrario, incrementan los costos de los proyectos, que tarde o temprano son asumidos por todos los colombianos

El último efecto microeconómico negativo es la indiferencia de la Corte Constitucional hacia el concepto correcto de eficiencia económica. Es difícil encontrar una jurisprudencia de este tribunal en la que mencione explícitamente tal eficiencia como uno de los objetivos a buscar. En cambio, frecuentemente se habla en tales sentencias de otros conceptos como validez de las normas, eficacia, distribución, justicia, etc., sin negar que estos también son muy importantes. La eficiencia, infortunadamente, es un término que erradamente tiene muy mala fama en el mundo del derecho. Se cree, y este es un mito que se debe derrumbar, que las leyes o las sentencias eficientes solo benefician a las clases prósperas. Por el contrario, la eficiencia significa una búsqueda por incrementar los recursos, sin perjuicio de que medidas complementarias busquen su adecuada distribución.

Empero, la Corte Constitucional en ocasiones, aunque de manera implícita si puede estar haciendo referencia al concepto de eficiencia, pero bajo la perspectiva inadecuada. El concepto de eficiencia correcto en materias jurídicas es el de Kaldor - Hicks que, en pocas palabras, significa que una decisión es eficiente si el beneficio para ciertas personas es mayor que el perjuicio para otras, pudiendo aquellas compensar a estas últimas (por ejemplo, mediante impuestos que graven a las primeras que, a su vez, sean la fuente de subsidios para las segundas). Por el contrario, el concepto de eficiencia que la Corte Constitucional pareciera utilizar implícitamente es el de Pareto, según el cual una norma o una jurisprudencia solo es eficiente si esta hace que al menos una persona esté mejor bajo la condición de que nadie esté peor. Este criterio de Pareto, que por eso también se llama criterio Nirvana, es incorrecto en derecho porque es prácticamente imposible que haya cambios jurídicos que no perjudiquen a nadie.

### Sección 3 - Razones que explican las fallas económicas y cursos de acción

Esta sección busca responder a las siguientes preguntas: (i) ¿Por qué la Corte Constitucional no es consciente de las fallas económicas de algunas de sus sentencias?, y (ii) que se puede hacer para corregir tal situación (Gaviria, 2013). En cuanto a lo primero, hay varias hipótesis, aunque ellas solo podrán ser comprobadas si se analiza un mayor número de sentencias. El problema podría partir de la formación de los abogados, que es la profesión de todos los magistrados. Siempre nos enseñan a respetar la norma pero nunca a medir o a estimar sus efectos económicos. Aunado a ello, no existen cursos de análisis económico para los magistrados, así estos correspondan a nociones básicas.

Incluso, dentro de algunos magistrados, podría haber cierto desprecio o aversión por los temas económicos, considerando incluso estos incompatibles con los derechos fundamentales. O podría no ser así, pero de todas maneras el análisis económico queda marginado en la labor judicial porque, como ya se dijo, los magistrados pueden mostrar los beneficios en materia de gasto público social de sus sentencias sin tener que asumir el costo de ellas, no el fiscal porque no se

les pide que aporten de su bolsillo los recursos necesarios, pero si el político o el consistente en exigirle al pueblo nuevos tributos o en decidir reducir otros gastos.

¿Qué hacer entonces? Este artículo no pretende que los magistrados de la Corte Constitucional o de alguna otra corte sean expertos en economía. Bajo esa lógica, necesitaríamos magistrados expertos en biología para resolver asuntos sobre patentes, en medicina para tutelas sobre salud, en ingeniería para temas de construcción, etc. Pero sí es necesario que estos magistrados, que se supone son los mejores juristas de Colombia, tengan conceptos básicos de economía o al menos un sentido común económico. Para tal fin, no sobrarían algunos cursos sobre análisis económico que pudieran dar algunas universidades.

También sería útil que en ciertos casos, aquellos que implican la causación de gasto público por encima de cierto umbral, o en eventos en que una de las partes lo solicite, sea obligatorio pedir una opinión sobre el impacto fiscal o económico de una posible decisión a un experto, sea este economista o no. De igual manera, la regla fiscal actual no tiene dientes al no poderse moderar un gasto si ello afecta derechos fundamentales. Adicionalmente, la decisión de moderar el impacto fiscal de algunas sentencias no debería depender de la Corte Constitucional, cuyos magistrados no sufrirán tal impacto, sino del Congreso de la República, el que deberá crear o aumentar los impuestos para financiar el nuevo gasto, y cuyos miembros podrían tener que asumir el costo político en las siguientes elecciones. Al mismo tiempo, debería presupuestarse anualmente el máximo gasto público que puede decretar vía sentencias la Corte Constitucional, sin que sea posible superar este monto, así se alegue que ello es necesario para la protección de derechos fundamentales.

Finalmente, y en cuanto a la consulta previa, es de esperar que los magistrados elegidos recientemente no sean tan generosos como los del pasado en la determinación y alcance de este derecho. También es deseable que una reforma constitucional permitiese a las empresas iniciar sus proyectos, otorgando para tal fin garantías de seriedad en la negociación, mientras se realiza un trámite de consulta previa. El problema es que tal reforma, como no, requiere consulta previa.

#### Sección 4 - Conclusiones

Este artículo hace una breve contribución al análisis de los efectos económicos de algunas sentencias de la Corte Constitucional, sin pretender ser exhaustivo ni tampoco dar la última palabra sobre este tema. Por el contrario, y partiendo del hecho de que recientemente poco se han analizado estos temas, se busca reabrir nuevamente el debate así como fomentar investigaciones que determinen, con metodologías rigurosas, los efectos económicos de la jurisprudencia, no solo de la Corte Constitucional sino también de las otras altas cortes, así como las posibles soluciones o correctivos a tomar cuando tales

efectos no son los adecuados. Estos correctivos podrían ser reformas constitucionales o legales o, incluso, no hacer nada en caso de que se concluya que los efectos nocivos económicos son un costo soportable del actual enfoque de protección de los derechos constitucionales. Pero en tal caso, por lo menos, la jurisprudencia y la academia deberían llegar a esta conclusión explícitamente, así el autor de este texto no la comparta. De lo contrario, fallos judiciales y fallas económicas como los aquí descritos continuarán sin el suficiente escrutinio económico y con el silencio cómplice de la academia.

## REFERENCIAS

### Libros:

Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, 1996.

Sergio Clavijo, *Fallos y Fallas de la Corte Constitucional - El caso de Colombia 1991-2000*. Documento del Banco de la República, disponible en:  
<http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf>

Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company; 1st edition (1999).

### Artículos de revista:

Juan Antonio Gaviria. "Obstáculos y Riesgos para una Exitosa Interacción entre Derecho y Economía en Colombia. *Rev. Contexto sobre Derecho y Economía U. Externado de Col.* (2013). Recibió el premio "José Ignacio de Márquez", que cada año reconoce el mejor paper colombiano sobre derecho económico.

Juan Antonio Gaviria & Luis Plata. "El Teorema de Coase y la Corte Constitucional Colombiana." *4 Rev. de Derecho de la Universidad del Norte* 22 (2012).

SU-133 de 2017.

C-658 de 2016.

C-389 de 2016.

C-035 de 2016.

C-555 de 2013

C-366 de 2011.

C-175 de 2009.

C-891 del 2002

C-418 del 2002.

C-1433 de 2000.

C-955 de 2000.

C-815 de 1999.

C-560 de 1997.

T-149 de 2017.

T-480 de 2016.

T-445 de 2016.

T-436 de 2016.

T-197 de 2016.

T-149 de 2016.

T-074 de 2016.

T-766 de 2015.

T-764 de 2015.  
T-163 de 2014.  
T-135 de 2013.  
T-760 de 2008.

Legislación colombiana:

Constitución Política.  
Acto Legislativo 3 de 2011.  
Ley 1753 de 2015.  
Ley 1473 de 2011.  
Ley 1580 de 2012.  
Ley 1382 de 2010.  
Ley 1341 de 2009.  
Ley 685 de 2001.  
Ley 422 de 1998.  
Ley 143 de 1994.  
Ley 142 de 1994.  
Ley 100 de 1993.  
Ley 21 de 1991.  
Decreto 1066 de 2015.

Otras normas:

Convenio 169 de la OIT.

Páginas de Internet:

Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE, [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co)