

INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, ARGUMENTOS Y DEBATE DE SU VIABILIDAD

ANA CAROLINA DIAZGRANADOS BONIVENTO
NATALIA GAVIRIA PARRA*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. HIPÓTESIS
3. CASO CONCRETO: UPAC, UVR Y FINANCIACIÓN DE VIVIENDA
4. SEPARACIÓN DE LOS PODERES
5. PENSAMIENTO JURÍDICO *VS.* PENSAMIENTO ECONÓMICO
6. ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
7. ARGUMENTOS DE LOS ECONOMISTAS
8. METODOLOGÍA
9. CONCLUSIONES
10. MÁS SOLUCIONES
11. BIBLIOGRAFÍA

* Estudiantes VII semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia la Constitución es norma de normas, es la norma suprema dentro del ordenamiento positivo de modo que sus disposiciones deberán ser aplicadas siempre que se presente incompatibilidad con otras normas jurídicas. Por tal motivo, es la norma suprema rectora del ordenamiento jurídico del Estado y de las actuaciones de los órganos y actividades del poder público. La guardia de su integridad y supremacía se le confiere a la Corte Constitucional, que en el nuevo ordenamiento asume la función que desde 1910 le correspondía a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, la actividad financiera y económica tienen su formulación jurídica, por tanto, su organización y funcionamiento dependen de las normas; por esto, se observa un interés por el derecho por parte de los economistas y un interés de lo económico por los juristas.

Las relaciones entre derecho y economía son de gran importancia. El funcionamiento armonioso y eficiente de un sistema económico, depende de normas que aseguren la eficiente adquisición, distribución y uso de los recursos y factores de producción, de los bienes y servicios. Sin embargo, ha habido una relación bastante problemática en torno al derecho y la economía y ésta ha tenido efectos empobrecedores, puesto que la economía ha solido desconocer la importancia que tienen las dimensiones normativas y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del propio desarrollo, y también, el olvido de las condiciones económicas puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales¹. Es decir, es una forma de reconocer, desde el derecho, la pertinencia de la lógica económica en el análisis normativo.

Por otra parte, todo ordenamiento jurídico repercute de manera directa en el ámbito económico, porque la Constitución influye sobre éste cuando promueve los valores de estabilidad, responsabilidad y credibilidad económica, tratando de plasmar principios y normas de comportamiento en lo económico, que aseguran los derechos de propiedad, la libre competencia, las contribuciones al Estado, entre otras.

Para el caso en concreto, nos interesa analizar varias cosas, como primera medida, el papel fundamental que debe tener la economía en la formación de los

1 DOUGLAS NORTH, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. “Hay un énfasis en el enorme impacto que tienen los arreglos institucionales como presupuesto de funcionamiento de los mercados, que es una forma de reconocer, desde el campo económico, la importancia del derecho y de las instituciones en los procesos económicos”.

abogados, ya que, sin ésta, muchas de las decisiones judiciales podrían ir en perjuicio de la economía y desarrollo del país.

Más específicamente, analizaremos qué tan viable resulta la intervención económica de la Corte Constitucional y qué beneficios trae para el crecimiento económico del país, puesto que, las decisiones que ha tomado han tenido gran trascendencia en materia económica, como es el caso del UPAC y la UVR y el problema del financiamiento de vivienda. Además, es pertinente adoptar una posición crítica basada en las repercusiones e implicaciones que han tenido los fallos de las altas cortes, encontrando que no son éstos, ni para el caso concreto la Corte Constitucional, un órgano especializado para tomar y ordenar tales decisiones, tanto por el respeto a la separación de poderes, como por la tecnicidad y conocimientos económicos de los cuales carece. Todo lo anterior será objeto de demostración y análisis en el presente trabajo.

Este análisis girará en torno a la escuela de la elección pública, que establece los parámetros de cómo se toman las decisiones en un gobierno determinado, las actuaciones de los gobernantes y el comportamiento de los votantes frente a sus representantes. En este sentido, analizaremos porqué la Corte adopta ciertos comportamientos y de qué modo maximizan sus beneficios el gobierno y los individuos a partir de estas actuaciones.

También desarrollaremos el análisis en torno a la metodología del neoinstitucionalismo, basándonos en los postulados del individualismo metodológico, y el comportamiento oportunista que se desarrollan y se ven claramente en el proceso judicial y demás ramas del poder público.

Es importante señalar que la Corte está interviniendo en materias que no le son de su propia naturaleza y que por lo tanto las implicaciones y alcances de esta intervención degeneran el principio de la *separación de poderes*², puesto que, con estas actuaciones, se están desplazando las funciones de órganos competentes tales como el Congreso³, gobierno, Banco de la República y superintendencias encargadas de la economía y sus decisiones⁴.

2 PÉREZ ESCOBAR, JACOBO, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1997, págs. 396-417.

3 *Constitución Política de Colombia*, Editorial Panamericana, Bogotá, 1998. Artículo 150: "Corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de ellas ejerce funciones...". Artículo 114: "Corresponde al Congreso de la República, reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración".

4 ÁLVAREZ JIMÉNEZ ALBERTO, "La Corte Constitucional no puede convertirse en el árbitro de los economistas", *Estrategia Económica y Financiera*, n° 232, marzo de 1996, págs. 34 y 35.

De igual forma, analizaremos los argumentos de cada parte que conforma este debate, tanto de economistas y gobierno, como de la Corte Constitucional. Estos argumentos están basados en las decisiones que se adoptaron en torno a la problemática de la vivienda y también en cuanto a las tasas de interés establecidas por el gobierno a los deudores en los créditos de vivienda a largo plazo.

A parte de todo esto, analizaremos porqué, al ordenar la Corte otro sistema llamado UVR, la decisión se torna inconsistente por ser éste, igual a la filosofía inicial de la UPAC.

El análisis se realizará tomando las características económicas de los gobiernos GAVIRIA, SAMPER y PASTRANA en materia de financiación de vivienda y trataremos de plasmar los errores en los que se incurrieron en materia de tasas de interés y crédito de vivienda a largo plazo.

Por último, postularemos unas posibles soluciones a este desplazamiento indebido de poderes, pero intentado demostrar que es posible una intervención en pro de grupos menos favorecidos, pero una intervención con responsabilidad y asesoría económica adecuada, respetando los parámetros y órbitas esenciales de cada órgano, para que así, los resultados sean eficaces y no degeneren en un daño peor del que se tenía antes de la intervención.

2. HIPÓTESIS

A través este trabajo se pretende analizar los pros y contras de la intervención económica de la Corte, su viabilidad y concurrencia con la realidad social y económica.

La idea es observar si las decisiones de la Corte propenden por el desarrollo económico o, si por el contrario, al querer proteger el interés general sobre el particular, dichas decisiones estancan la economía por no estar de acuerdo y bien asesoradas por quienes conocen de la verdadera situación económica del país. ¿Son jurídicos o políticos los fallos de la Corte? ¿Es posible y legítimo que exista un control constitucional de la política económica? ¿Qué tan acertada o equivocada fue la decisión de la Corte en el sistema UPAC?

¿Legisla o no la Corte en materia económica?

3. CASO CONCRETO: UPAC, UVR Y FINANCIACIÓN DE VIVIENDA

Sistema UPAC: breve reseña

En septiembre de 1972 y por iniciativa del profesor LAUHLIN CURRIE, se crea el UPAC⁵, sistema de financiamiento hipotecario a largo plazo, estimulado por el

“efecto distorsionado que la inflación provocó al deteriorar progresivamente el poder adquisitivo de la moneda corriente”⁶.

El objetivo de este sistema era canalizar el ahorro hacia la construcción y financiar la creciente demanda de vivienda. Se caracterizaba principalmente, por expresar la cuenta de ahorro en unidad de poder adquisitivo constante (UPAC), cuyo valor crecía a la par de la inflación⁷ (índice de precios al consumidor o IPC), y se ajustaba diariamente según lo dispuesto por el Banco de la Republica.

Este sistema de financiamiento permitió que en Colombia, donde se venía presentando una inflación alta⁸ y predecible,

“se mantuviera el valor real del ahorro y un interés real positivo, pero lo más importante fue que permitió capitalizar intereses, bajo el argumento de que la corrección monetaria se definía como un pago que no constituía una tasa de interés y por lo tanto sobre ésta se podían cobrar intereses”⁹.

Asimismo, se creó el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI) regulado por el Banco de la Republica, cuya función era estabilizar la liquidez de las corporaciones de ahorro y vivienda (CAV)¹⁰, pero en la práctica, facilitaba la transformación de plazos de fondo a las CAV para reducir el riesgo de liquidez y, de tal forma, permitir a ésta, gozar de privilegios con los que no contaban los otros establecimientos de crédito y, del mismo modo, mantener un apoyo permanente de las autoridades monetarias,

5 Se estableció mediante el decreto 667 de 1972.

6 Universidad Sergio Arboleda, *Estructura del sistema financiero*, 1999.

7 “Las deudas y las cuotas se comportaban de acuerdo a la inflación, las tasas de intereses por encima de la corrección monetaria no sobrepasaban el 10% o el 12%”, *Dinero*, “Vivienda, en obra negra”, septiembre 24 de 1999, pág. 100.

8 Lo cual, conllevaba a que los ingresos de las personas subieran en la misma proporción que los precios de las viviendas y afectara las tasas de interés.

9 Revista *Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol. 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 61.

10 Entidad que podía prestar a 15 años los recursos que captaban a muy corto plazo.

a tal punto, que el FAVI llegó a afectar la evolución de los agregados monetarios¹¹. En otras palabras, las CAV podían capitalizar intereses en los créditos otorgados¹² y mantener el monopolio sobre las cuentas de ahorro a la vista remunerada y contaban con el FAVI como mecanismo para estabilizar su liquidez.

Por otra parte, estas entidades mantenían el monopolio de los depósitos denominados en UPAC, y eran las únicas que podían remunerar el ahorro a la vista a tasas equivalentes a la inflación. Lo anterior, permitía que la remuneración de los ahorros tuviera la misma denominación que los préstamos y dichas entidades se caracterizaban por su gran estabilidad¹³.

Crisis del sistema UPAC

Durante el Gobierno de doctor CÉSAR GAVIRIA se realizó una reforma financiera¹⁴ a través de la Ley 45 de 1990, por medio de la cual, se introdujo una mayor competencia en el sector financiero y se balancearon los beneficios que tenían las CAV frente a los bancos y demás entidades, las cuales entraron a competir con éstas en el otorgamiento de créditos para vivienda, ya que, se autorizó a los demás intermediarios financieros, a utilizar un sistema de amortización con capitalización de intereses y se eliminó el monopolio que éstas poseían en la captación de depósitos a la vista remunerados, lo cual provocó el surgimiento de nuevas alternativas de inversión con rendimiento a tasas de interés del mercado distintas a las denominadas en UPAC¹⁵. Como consecuencia de esta reforma, los problemas de las CAV fueron evidentes, porque éstas no pudieron adaptarse a las nuevas condiciones del mercado; a su vez, los rendimientos en los ahorros aumentaron, pero también se disparó el costo de los créditos de la UPAC, ya que las CAV tuvieron que empezar a captar más caro y a prestar de acuerdo con la tasa promedio de las captaciones (DTF)¹⁶. Por tal motivo,

11 Banco de la República, *Las corporaciones de ahorro y vivienda: itinerario y perspectivas*, mimeo, noviembre de 1998.

12 Las familias pagaban cuotas bajas, mediante un sistema que acumulaba interés para el final.

13 Los ahorros de la UPAC crecieron a tal magnitud que fue necesario que varias veces se establecieran topes a la tasa de crecimiento de la UPAC, como por ejemplo el decreto 530 de 1998, en el cual se estableció como límite el 22% anual. Tales medidas fueron tomadas con el objetivo de que las CAV no tuvieran el dominio de la captación de dinero del público.

14 Esta reforma tan sólo pensaba en los ahorradores pero ignoraba completamente a los deudores.

15 Revista *Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol. 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 64.

16 La cual, pesaba más que la inflación, motivo que conllevó a que fuera insostenible para los deudores, puesto que sus ingresos estaban determinados por la evolución de la inflación o del salario mínimo.

“cuando se disparó la tasa de interés que afectaba directamente la DTF, se produjo un aumento desmesurado en los saldos y en las cuotas de las deudas de los propietarios de vivienda”.

A lo anterior se le suma la caída de los precios de la finca raíz¹⁷, lo cual empeoró el problema.

Esta situación se acentuó en noviembre de 1998, cuando la tasa de interés real, es decir, por encima de la inflación, alcanzó un nivel del 19% más la inflación, tras haberse ubicado unos años atrás cerca del 4%, lo cual se vio reflejado en la cartera vencida¹⁸ y en los niveles de morosidad.

Por los motivos expuestos anteriormente, la Corte Constitucional dispuso que la UPAC estaría atada en su totalidad a la inflación y no a la tasa de interés DTF, lo cual, no fue favorable para las CAV,

“puesto que para hacer frente a la competencia sus recursos eran captados con equivalencia a la DTF¹⁹.”

Posteriormente, la Corte declaró inconstitucional el sistema de la UPAC, otorgándole al gobierno un plazo para diseñar un nuevo esquema de financiación de vivienda a largo plazo. La Corte estableció que el sistema UPAC seguiría rigiendo hasta el 20 de junio del 2000, período en el cual, el Congreso debería expedir una nueva ley marco que regulara la financiación de vivienda en Colombia²⁰.

Para el cumplimiento del fallo de la Corte Constitucional, el gobierno diseñó un nuevo sistema cuya unidad de remplazo era la unidad de valor real (UVR)²¹ a

17 Desde 1995, los precios de la finca raíz se desplomaron, mientras que los saldos de las deudas de las familias crecían de manera acelerada, esto se originó por diversas causas económicas, entre ellas, un exceso de oferta y una baja demanda de vivienda, ya que, la construcción estaba en crisis, las personas no querían endeudarse con las altas tasas de la UPAC, pues no había dinero ni empleo para sostenerlas. Los precios de la vivienda tuvieron que bajar por la gran crisis económica que se padecía, Revista *Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol. 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 64.

18 En el caso de las CAV, se pasó a niveles cercanos a \$1 billón de pesos en 1997, a casi 1,5 billones en 1998 y a casi 3 billones en octubre de 1999. Fuentes: Superintendencia Bancaria y cálculo de FEDESARROLLO.

19 Revista *Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol. 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 64.

20 JUAN CAMILO RESTREPO, ministro de Hacienda del Gobierno PASTRANA, definió el proyecto de ley que estudia el Congreso y que se aspira apruebe antes de finalizar el presente año, a fin de que haya una nueva ley marco para regular un sistema de financiación de vivienda individual a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor, Revista *Integración Financiera*, “Muere la UPAC, viva la UVR”, n° 100, Colombia, octubre de 1999, pág. 36.

21 Este nuevo sistema está basado en una unidad que refleja el poder adquisitivo de la moneda con base al índice de precios al consumidor (IPC), certificado por el DANE.

través de la Ley 546 de 1999, la cual postulaba los siguientes cambios: la idea principal era proteger el patrimonio de la familia representado en la vivienda y salvaguardar y fomentar el ahorro destinado a la financiación de la misma, proteger a los usuarios de los créditos y facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia. El gobierno reglamentaría nuevas operaciones destinadas a la financiación de vivienda, preferiblemente expresadas en UVR. Además, se autorizaba a los establecimientos de crédito la emisión de bonos hipotecarios con la finalidad exclusiva de cumplir los contratos de crédito de vivienda individual a largo plazo²².

Por otra parte, se creó el Consejo Superior de Vivienda, un mecanismo asesor del gobierno en esta materia, y “encargado de calcular y divulgar el valor diario de la UVR”²³.

Consideraciones de la Corte

Las grandes preocupaciones de la Corte fueron la tasa de interés y la capacidad del usuario para amortizar la deuda. La Corte decidió en el fallo C-700 de 1999:

“La tasas de interés de los créditos de vivienda serán las más bajas del sistema financiero (...).”

Desde la primera cuota tiene que haber abono al capital. Ningún sistema de amortización de vivienda puede incluir sólo pago de intereses. Además, esto no puede implicar un aumento de las cuotas que se venían pagando. (...).”

La corrección monetaria por inflación se irá pagando a medida que se cause. Los intereses remuneratorios se cobrarán sólo sobre los saldos insolutos del préstamo, que serán actualizados de acuerdo con la inflación”.

Además, la Corte determinó que la UPAC estaría atada por completo a la inflación y no a la tasa del DTF. Para ello, argumentó que

“La Constitución prevé que haya sistemas de financiamiento de vivienda a largo plazo y no es adecuado establecer mecanismos que hagan impagables las cuotas”²⁴.

22 Revista *Integración Financiera*, “Muere la UPAC, viva la UVR”, n° 100, Colombia, octubre de 1999, pág. 37.

23 Universidad Sergio Arboleda, *Estructura del sistema financiero*, 1999.

24 Revista *Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 69.

Además, según la Corte, los artículos del decreto ley 663 de 1993, por el cual se dictó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que compiló el funcionamiento del sistema UPAC, eran inconstitucionales,

“porque no fueron dictados al tenor de la ley de la Republica, sino por las facultades especiales otorgadas al gobierno”²⁵,

Asimismo en la sentencia C-747 de 1999, la Corte declaró inexecutable la capitalización de intereses, y ordenó que sólo es válida, si se aplica a créditos de vivienda a largo plazo y no cuando se utiliza en los demás tipos de obligaciones, puesto que resulta violatorio del artículo 151 de la Constitución Política.

Este tema lo profundizaremos más adelante al tratar los argumentos de la Corte para intervenir en materia económica.

4. SEPARACIÓN DE LOS PODERES

El artículo 113 de la Constitución Política dispone:

“Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

En la sentencia C-276 del 22 de julio de 1993, la Corte ha dicho lo siguiente:

“El principio de la separación de poderes ha sido, como se sabe, uno de los pilares del constitucionalismo moderno y del Estado de derecho. La independencia y el ejercicio autónomo de las ramas del poder público, y, sobre todo, la no interferencia de unas en los asuntos privativos de las otras, es desarrollo de este principio, consagrado desde las primeras constituciones del mundo occidental en el siglo XVIII (...)”.

“Dicho principio no excluye, sino que por el contrario se complementa con el de la colaboración armónica que debe existir entre las diferentes ramas del poder (...) pero debe advertirse que esta colaboración no puede llegar hasta el extremo de incurrir en confusión de poderes, con lo cual se vendría a desvirtuar el principio sustancial de la separación, y a caer en un absolutismo reñido con la democracia y con el Estado de derecho”²⁶.

25 *Dinero*, “Vivienda, en obra negra”, septiembre 24 de 1999, pág. 100.

26 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-276 de 1993, MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

El ejercicio de la función ejecutiva, está a cargo del presidente, sus ministros y los directores de los departamentos administrativos; la función legislativa le corresponde principalmente al Congreso. Por su parte, la función judicial, le corresponde a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces.

Sin embargo, la Corte en el caso de la UPAC, sustituyó al Congreso y al ejecutivo al ver que eran ineficientes²⁷.

Además, la Corte no tomó en cuenta los conceptos de entidades económicas tales como el Banco de la República y el Ministerio de Hacienda para adoptar la decisión de declarar inconstitucional el sistema, ya que según ella, la tasa de interés no debe estar presente en el cálculo de la fórmula para adquirir vivienda digna.

Como punto importante, hay que señalar que la Corte Constitucional no es un órgano elegido por el pueblo, al contrario del Congreso que sí lo es, por ello, no son representantes del pueblo sus funcionarios, y sí han asumido la iniciativa legislativa del Congreso y el gobierno. La Corte es un organismo legal, no político; pero sus fallos lo están siendo. El gobierno y Congreso dirigen a la población, por lo tanto sus decisiones tienen un contenido político y éstas están dirigidas en pro de él. Por ello, la Corte no tiene porqué quedar bien con un pueblo que no le corresponde y de esta forma invadir esferas que no son propias de su esencia²⁸. Además, no hay una representación proporcional que surja del sufragio universal, sino de las posiciones con las que simpatiza la mayoría de la Corte Constitucional. Son evidentes las inclinaciones de la Corte que se escudan en un beneficio general, cuando no es así.

La extralimitación de las funciones conduce a la anarquía, puesto que debilita los múltiples órganos del Estado, aun más cuando estos fallos son carentes de responsabilidad económica.

27 Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA de la sentencia C-955 del 2000.

28 “Esto significa que, en principio, son los órganos de representación popular los responsables de decidir sobre el monto de gasto social destinado a los servicios propios del Estado social de derecho”, SOTELO, LUIS CARLOS, *Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico políticas*. Archivo de macroeconomía, Departamento Nacional de Planeación (DPN), documento 133, Bogotá, 2000.

5. PENSAMIENTO JURÍDICO VS. PENSAMIENTO ECONÓMICO

El pensamiento jurídico es deontológico, es decir,

“se entiende en términos de si la acción va conforme o no con las normas, es un problema de subsunción, y considera que sus fallas no tienen porqué considerar efectos sobrevivientes que sus decisiones provocarían sobre los incentivos, la eficiencia o la sociedad, puesto que, sólo se interesa porque las acciones sean acordes con las reglas, sin considerar que muchos derechos son un tópico dado su nivel de desarrollo”²⁹.

Por su parte, el pensamiento económico, es deductivo porque construye modelos simplificados de la realidad y deriva lo que sucede bajo distintos escenarios que afectan las variables así definidas³⁰. Es decir, la economía está pensada en los efectos de las acciones de los agentes sobre las distintas variables que pueden dar varias vueltas o sea, pueden considerar varias consecuencias de sus acciones.

Con estos precedentes, pareciera que a la Corte, no le interesan las consecuencias que acarrearán sus decisiones, ya que se rigen por una lógica deontológica, en donde todo tiene que estar de acuerdo a la Constitución y a los principios jurídicos, de esta forma, prevalecen estos principios sobre lo económico y lo social. Pensamos que esta adopción del derecho no es concreta y difiere del pensamiento económico, y además aleja cada vez más al pensamiento jurídico de la realidad social que es la que debe guiarlo para poder responder a los conflictos sociales³¹.

6. ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, fortalece la legitimidad y la seguridad jurídica, por ello debe ajustar todos los conflictos a derecho y hacer un juicio legal de los mismos.

La reducción en los poderes de la Corte, no es un asunto que atañe exclusivamente a este órgano judicial, sino que se proyecta sobre la totalidad del sistema institucional colombiano y sobre el bienestar de la ciudadanía³². Esto se

29 VILLORO, TORANZO MIGUEL, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, pág. 276.

30 SORIANO, RAMÓN, *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona. 1997, pág. 28.

31 SORIANO, RAMÓN, *op. cit.*, pág. 29.

32 ÁLVAREZ JIMÉNEZ ALBERTO, “No al marchitamiento de la Corte Constitucional”, *Estrategia Económica y Financiera*, diciembre 15 de 1995, pág. 40.

debe a que la Corte Constitucional es uno de los principales estamentos de control del Estado que equilibra el sistema político,

“pues verifica el respeto de la Constitución de las leyes o decretos leyes expedidos por el Congreso o por el gobierno, que son demandados ante ella”³³.

En este caso, las demandas de la UPAC, eran recibidas por la Corte, teniendo ésta la responsabilidad de observar si dicho sistema resultaba inconstitucional por no ajustarse a la Carta o por vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La Corte, por medio de la acción de tutela, defiende a los particulares de las arbitrariedades cometidas por los funcionarios públicos, señalando los alcances de los derechos fundamentales que se encuentran plasmados en la Carta³⁴. Asimismo, la acción pública de inconstitucionalidad, es otro mecanismo que tienen los ciudadanos para la defensa de la Carta Política.

Es por ello que, marchitar la Corte Constitucional por la incomodidad que generan sus fallos, significa establecer un sistema institucional con un bajo nivel de control y erosionar la legitimidad de éste³⁵. De esta forma, tanto el Congreso como el gobierno, podrían actuar arbitrariamente sin contar con las disposiciones constitucionales, originando inseguridad jurídica,

“pues los derechos de toda clase quedan en realidad sujetos al volátil parecer de las mayorías o a la voluntad de los grupos de presión más influyentes”³⁶.

Para la Corte, la UPAC hacía que las cuotas subieran más de lo que los deudores podían pagar, esto, debido al alza en la tasa de interés que terminó estando ligada al DTF. El sistema no propendía porque muchos ciudadanos obtuvieran créditos hipotecarios sino unos pocos, y además, desmejoraba evidentemente su patrimonio al tener que incurrir en el pago de cuotas tan altas, motivo por el cual la Corte debe, ante una ley que perjudica en exceso a los sectores débiles, salvaguardar los derechos que le ha reconocido la Constitución³⁷. De tal forma, lo que la Corte

33 Ibidem.

34 NAVAS TALERO, GERMÁN, *Guía práctica del derecho*, Editorial Círculo de Lectores, Bogotá, 1995.

35 ÁLVAREZ JIMÉNEZ ALBERTO, “No al marchitamiento de la Corte Constitucional”, *Estrategia Económica y Financiera*, diciembre 15 de 1995, pág. 40.

36 Ibidem.

37 “La Corte quiere un sistema de financiación de vivienda que sea accesible para un amplio número de ciudadanos, en que la cuotas no suban por encima de lo que la gente puede pagar, en el que el saldo de la deuda empiece a reducirse desde el primer día y en el que no haya capitalización de intereses”, *Dinero*, “Vivienda, ¿se nos sale de las manos?, agosto 4 del 2000, págs. 30-40.

quería era eliminar la discriminación en el sistema, lo cual se hace evidente en gran parte del texto de la sentencia³⁸.

Por esto, la Corte quería que la transacción hacia un nuevo esquema no trajera un aumento sobre la cuota que los deudores estaban pagando, de tal forma, sugirió que los intereses reales para la financiación de vivienda fueran los más bajos del mercado³⁹ según definiciones que atribuye al Banco de la Republica y que los actuales créditos fueran preliquidados en consecuencia.

Otro de los argumentos de la Corte, es que la Constitución en el artículo 51, establece el derecho a la vivienda digna como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, por lo cual, el Estado debe propender por la fijación de las condiciones necesarias para hacer efectivo ese derecho, así como promover planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiamiento a largo plazo.

Para la Corte es claro que conforme a la equidad ha de mantenerse el poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual, pueden ser objeto de actualización en su valor real las obligaciones dinerarias, para que el pago de las mismas se realice conforme a la corrección monetaria. Es decir, la actualización de las obligaciones dinerarias a largo plazo con garantía hipotecaria, no vulnera la Constitución, puesto que se mantiene el equilibrio entre deudor y acreedor. Pero, al momento de incluir como factor de la actualización del valor de la deuda, la variación de las tasas de interés, la Corte considera que pugna de manera directa con la democratización del crédito consagrado en el artículo 335 de la Constitución Política y se rompería con el equilibrio de las prestaciones, puesto que hay un aumento patrimonial por parte de la entidad crediticia y una disminución del patrimonio del deudor.

Aunque estas decisiones acarrearón una gran cantidad de críticas hacia la Corte, lo cierto es que no pueden incumplirse, ya que, tienen efectos *erga omnes* y por lo tanto todos debemos acatarlas.

38 Puede resultar cierto que el fallo como político que fue, fue bueno, pero la desigualdad se plasmó en las condiciones en que se llevaron a cabo sus efectos.

39 BORRERO OCHOA, ÓSCAR, presidente de FEDELONJAS, año 1981 a 1989 y de CAMACOL, del 2000 al 2001. Sobre el asunto el economista argumenta: “Este fue un fallo totalmente populista, político y no legal, puesto que, lo que la Corte propuso resulta un imposible económico, que, si hoy se aplicara sería muy baja la tasa y ningún banco prestaría, y si lo hiciera sería a costa de unas grandes garantías, que aumentan los costos de transacción. Prestar barato, sale caro para los menos pudientes. Las tasas dependen del riesgo, si prestar al pobre es riesgoso, hay que cobrarle caro, un ejemplo son las prenderías de la Caja Social. Es evidentemente, un desconocimiento de lo económico por parte de la Corte”.

Por otra parte, a la Corte no le incumbe si las consideraciones de sus fallos no se pueden cumplir dentro del sistema de vivienda vigente en ese momento, sino que si se observa que un sistema es perjudicial y violatorio de derechos y garantías, hay que erradicarlo para proteger el interés general⁴⁰. Un sistema como el UPAC al no ser eficaz debe cambiarse por otro que sí lo sea.

La Corte se ha pronunciado frente a las críticas de los economistas diciendo que son aprendices de constitucionalistas y se trata de un fenómeno de anomia en el sentido del irrespeto a las normas cuando éstas afectan a determinados sectores.

La Corte, frente a la acusación que se le hace en torno a su tecnicidad en el ámbito económico, señala que, en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, para que los tribunales se familiaricen con los alcances de los temas que no conocen, sean económicos o de otra naturaleza. Los jueces pueden decidir homicidios, dar conceptos médicos, decidir sobre peritazgos arquitectónicos o químicos, o aun antropológicos, entonces, ¿por qué no podría pronunciarse sobre un asunto financiero o sobre una política macroeconómica? Argumentan que no encuentran la dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas más o igualmente complejas⁴¹.

Para la Corte, ella debe suplir y llenar los vacíos que deja la ley, ya que, existen en el ordenamiento jurídico normas y principios de textura abierta, por ello si de proteger los derechos se trata, la Corte no puede limitarse a ser legislador negativo y excluir, o dejar sin efectos una norma del ordenamiento jurídico, sino que debe salvaguardar y resarcir, lo que esa norma contrajo en su aplicación. Esto es denominado como carácter expansivo del control constitucional, en donde,

“La hermenéutica constitucional, lejos de agotarse en la mera subsunción lógica, exige la firme voluntad del intérprete dirigida a realizar de forma óptica los objetivos de la Constitución”⁴².

La Corte argumenta que lejos de estar abusando del poder, en el activismo judicial, está cumpliendo con un deber constitucional controlando las omisiones del legislador.

40 Es evidente que no se protegió el interés general, porque la Corte se olvidó de los ahorradores y de los contribuyentes por querer proteger a los deudores. El término interés general le sirve a la Corte para escudar sus actuaciones bajo una figura de derecho que no se cumplió realmente.

41 BORRERO OCHOA, ÓSCAR, al igual piensa que: “El argumento es muy refutable, ya que, eso no es lo que demuestran cuando se ven los resultados e implicaciones económicas que tienen su fallos, dudando de igual forma de cuáles serán las fallas que tendrán en otras disciplinas”.

42 Citado por CLARA LÓPEZ OBREGÓN en: *La Corte Constitucional*, Pérez Luño, 2001.

El costo del cumplimiento del fallo fue grande, por que se ordenó la reliquidación de la cartera de vivienda hipotecaria, pero la Corte dice que la intervención ya sea por el Congreso, o por el gobierno cuesta, todo cuesta y los derechos son caros. La garantía de todos éstos exige prestaciones económicas del Estado.

7. ARGUMENTOS DE LOS ECONOMISTAS

Según las opiniones de la revista *Dinero*, la Superintendencia Bancaria, FOGAFÍN, ASOBANCARIA, FEDELONJAS, CAMACOL y demás entidades económicas, por cada punto porcentual de reducción de la tasa de interés sobre los créditos ordenados por la Corte, las CAV perdían \$1,3 billones. Lo que la Corte sugirió fue que los intereses reales para la financiación de vivienda fueran los más bajos del mercado, por ello se da una situación crítica en el sistema de las CAV, puesto que los efectos hacia atrás (*ex tunc*)⁴³ costarían a las entidades cerca de \$770.000 millones por cada punto porcentual, lo cual llevó a no reliquidar todos los créditos. Por su parte, los efectos hacia delante (*ex nunc*)⁴⁴ les costarían cerca de \$600.000 millones, recursos éstos con los que no contaba el país en un momento de recesión como aquél.

Por otra parte, otra de las consecuencias que se generan con el fallo de la Corte Constitucional, es que los deudores demandados en los procesos ejecutivos tienen derecho a solicitar la reliquidación en cualquier momento, lo que da lugar a una suspensión del proceso ejecutivo que en su contra pueda estar adelantando la corporación de ahorro⁴⁵. Es decir, los procesos ejecutivos ejercidos en contra del deudor quedan en el limbo, por tal motivo las entidades no pueden proceder a vender los bienes recibidos en pago con lo que podrían obtener liquidez para la entidad.

Es también preocupante que, gracias a sus fallos, la Corte ha engendrado en las conciencias de los deudores la cultura del no pago, con lo cual ha generado inseguridad jurídica en los contratos y además, ha congestionado la justicia colombiana, ya que, la gente no lucha por sus derechos trabajando sino que se dirige a instaurar tutelas y así hacer el mínimo esfuerzo.

Una judicialización excesiva de la política económica y de la política en general, puede ser negativa para la democracia y para el propio aparato judicial, pues no sólo puede generar un exceso de expectativas en las posibilidades de que unos

43 Es decir, la devolución a los deudores de la diferencia cobrada sobre la menor tasa que se aplicara.

44 Lo que deja de recibir las entidades en los años que le quedan a los créditos que ya están pactados.

45 *Dinero*, "Vivienda, ¿se nos sale de las manos?", agosto 4 del 2000, pág. 33.

tribunales materialicen la justicia social, sino que, acentúa la desmovilización ciudadana.

Los economistas argumentan que la Corte invoca filosofías personales o argumentos formalistas, para anular políticas económicas masivamente apoyadas por la soberanía y los órganos de elección popular.

En cuanto al argumento de que la Corte sólo quería evitar la discriminación, los economistas dicen que no sólo logró más desigualdad y no fue equitativa, sino que además hizo que se beneficiara a 800.000 personas a costa de los impuestos de los contribuyentes que eran muchos más que 800.000.

En cuanto a los beneficios del deudor, el modelo de la Corte

“A pesar de que había menos intereses, las primeras cuotas se incrementaron entre el 30 y el 78%, puesto que el sistema tuvo que pactar unas cuotas altas al principio del pago del crédito, ya que el deudor debía cancelar el interés, la corrección monetaria causadas en el período y abonar al capital”⁴⁶.

Por otra parte, los gremios financieros consideraron que la decisión de la Corte tuvo un impacto negativo en torno al tema de las inversiones tanto en su patrimonio como en la disponibilidad de los recursos, lo cual, sumado a las provisiones por carteras vencidas, así como el impuesto del dos por mil, retardarían significativamente el fortalecimiento del sistema bancario⁴⁷.

Respecto a la decisión de que la capitalización de intereses opera sólo en algunos casos, es ésta incoherente, porque la Constitución por definición, debe precisar lo aplicable para todos en general, violándose de esta manera el principio de la igualdad frente a la ley. Además, esta decisión es restrictiva a la libertad económica, ya que implica que los usuarios de este sistema utilicen a su juicio las cuotas más acordes con sus ingresos.

Por otra parte, a raíz del cobro de impuestos (2 x 1000) para cumplir con las devoluciones que ordenó la Corte, muchos de los usuarios, se vieron obligados a pagar solamente en efectivo, cerrar cuentas y pasarse a dólares, y con esto, los efectos económicos fueron catastróficos para el país. La gente dejó de manejar el dinero de las cuentas corrientes y de ahorros, con lo cual, los bancos no pueden

46 *Ibidem*, pág. 34.

47 *Revista Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol. 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 72.

manejar el dinero disminuyendo la tasa monetaria disponible para prestar; cuando el dinero se retira en billetes, se esteriliza su acción para la economía por cuanto no permite la denominada creación secundaria de dinero, es decir, el dinero que se crea a través de los bancos mediante los préstamos.

Téngase en cuenta, que se exceptuó de este trato del 2 por 1000 a las cuentas de ahorro, una por cada persona natural, pero sólo hasta un monto determinado, que es relativamente bajo. Lo cual protege a los ahorradores pequeños pero no el ahorro nacional ni a los inversionistas. Inicialmente se frenó el movimiento bancario mediante el manejo a través de billetes o mediante el endoso de cheques que no se cobraban, el cheque se quedaba guardado en las billeteras sin necesidad de volverlo billetes. En la actualidad, dados los problemas que representan el manejo de billetes o cadena de endoso de cheques, los bancos han recuperado su movimiento pero aún se nota la pérdida de este dinero para la tasa mentaría bancaria. Lo que se pensó en un principio que era catastrófico ha sido superado lentamente.

Para los economistas, la Corte debió intervenir pero para lograr un mejor equilibrio entre deudores y acreedores, apoyándose en el concepto de académicos y técnicos del sector financiero y no en demagogos populistas para sentar las pautas del sistema de crédito de vivienda.

Debió tener en cuenta también, que podía afectar menos el presupuesto público si se aplicaba el principio de reparación sólo a los más desprotegidos y no a toda la clase media endeudada. De todos modos, sí se tuvo en cuenta un trato discriminatorio porque a las grandes empresas, todas personas jurídicas y particularmente a los constructores, no se les dio este trato, únicamente se le aplicó a las personas naturales.

Los magistrados escucharon opiniones que eran muy deficientes en calidad pero defendían los mismos intereses con que simpatizaban. No escucharon a los técnicos porque presuntamente favorecían los intereses que ellos creían era necesario debilitar y hasta destruir. Es notorio, que aceptaron el análisis económico populista como cierto, incluso dictaminaron que era un análisis correcto.

Los economistas argumentan que la Corte no debió intervenir en la economía, no solamente por la separación de poderes, sino que además, es lo que le convenía al crecimiento a largo plazo del país, los arreglos institucionales debieron primar y a través de ellos, las discrepancias en materia económica debieron dirimirse solamente en el Congreso⁴⁸.

48 CLAVIJO, SERGIO, *Clasificación JEL: sistemas legales*, marzo de 2001.

“La Corte trató de integrar principios de carácter populista, aumentando el gasto público, sin atender sus negativos efectos macroeconómicos”.

También es evidente que la Corte en virtud de sus fallos a cosa juzgada, quedó con la facultad de fijar ella el alcance de sus propios fallos, sin prestarle mayor atención al principio de la separación de poderes.

La idoneidad técnica de los jueces constitucionales en el campo económico es deficiente, por lo cual, su intervención produce malas políticas económicas. Los jueces no son expertos en estos temas, y por ende, son muy altos los riesgos de que los jueces se equivoquen.

No tienen en cuenta las restricciones presupuestales, ya que, no les corresponde la difícil tarea de cobrar los impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. Permitir que los tribunales intervengan en la política económica, y decreten gastos, sería entonces inconveniente, pues podría conducir a una suerte de populismo judicial.

La intervención de la Corte Constitucional en la economía desfigura y deslegitima la función de las constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas, puesto que, la anulación por el juez constitucional de determinadas decisiones económicas, implica una inevitable constitucionalización de un cierto modelo de desarrollo; pues la Corte, estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del ordenamiento jurídico o que, a veces, sólo una determinada política, es posible, lo cual tiene dos efectos perversos, por un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, pues para modificar una estrategia económica, será necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional; y, por otro lado, la exclusión por el juez constitucional, de ciertas opciones económicas, que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales puedan a su vez, sentirse excluidos de la Constitución, que pierde entonces apoyo y legitimidad social. La Constitución dejaría entonces de ser un marco pluralista, en donde cabe la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y ciertos modelos económicos, aquellos que son apreciados por los magistrados⁴⁹.

La seguridad jurídica es importante, puesto que, la intervención de los jueces constitucionales en materia económica, pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones, pues en cualquier momento, una ley podría ser anulada por

49 UPRIMY, RODRIGO, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*, 2001.

razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos retroactivos, teniendo efectos en aumento de los costos de transacción y desestimulación en la inversión, porque los agentes económicos, no logran conocer con exactitud las reglas jurídicas aplicables, argumento más que todo neoinstitucionalista.

La Corte no refleja el ideal del bienestar social, porque sus procedimientos no permiten adoptar decisiones que expresen amplios consensos sociales siendo probable, que haya grandes grupos de intereses y presión en ella, que buscan rentas distributivas a expensas del interés general y de la dudosa “eficiencia”⁵⁰.

Lo social, no debe, contraponerse a los principios de mercado, no hay que confrontar el Estado social de derecho con mercado, ya que los dos términos pueden convivir juntos, pues la Constitución plasma que el mercado acepta y puede manejar subsidios transparentes para las clases más necesitadas, sin que se requiera trabar el crecimiento y productividad y la sana competencia para la implementación de lo social.

La Corte no tiene asesoría adecuada, información más amplia, ni el más estrecho contacto con la realidad social, tampoco tiene instrumentos de acción, preparación suficiente ni capacidad técnica

Los errores de la Corte están basados en el detrimento de la distribución del ingreso a través del uso de criterios de supuesta igualdad, para casos que requerían precisamente tratamientos diferentes, como los deudores más y menos perjudicados.

El equilibrio social y económico debe estar en manos del Congreso y no de la Corte. Ésta ha invadido, muchas de las órbitas que le corresponden únicamente al legislador.

Curiosamente, muchos de los mandatos de la Corte, han beneficiado a los estratos altos, al reducir sus obligaciones hipotecarias y al elevar los sueldos de los funcionarios públicos que ganan más de dos salarios mínimos, supuestamente en aras de lo social.

50 ROEMER, ANDRÉS, “Introducción al análisis económico del derecho”, Instituto Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, Pontificia Universidad Javeriana, en: *La perspectiva de la elección pública*, págs. 55 a 71.

8. METODOLOGÍA

Elección pública

Esta problemática es abordable a partir de la metodología de la escuela de la elección pública y sus postulados. También es pertinente traer a colación los elementos del neoinstitucionalismo referentes al oportunismo y el individualismo metodológico.

La elección pública estudia la manera en que toman las decisiones los gobiernos y los poderes públicos⁵¹. De este modo, se desenvuelven en este juego tanto los votantes como los gobernantes y éstos se comportan siempre para maximizar sus beneficios.

Con estos precedentes, los gobernantes son elegidos por el pueblo para que representen sus intereses, por ello, las personas eligen a los representantes que creen les van a significar una mejor opción de representación y cumplimiento de sus propias necesidades. Los gobernantes por su parte, se comportan de acuerdo a sus propios intereses, tales como ser elegidos, ganarles a sus contrincantes políticos u obtener un mayor estatus político y social. En estas relaciones se ve claramente el punto de rivalidad entre gobernantes para obtener la realización de sus propios intereses.

La cultura e inclinaciones tradicionales del electorado, las pasiones colectivas, la adaptabilidad de los políticos a los movimientos de la opinión, son algunos de los factores, por lo demás, las constituciones rara vez explican los temas económicos y por lo tanto, la acción pública no está especificada claramente.

En el caso colombiano, el gobierno es elegido por el pueblo, y por ende debe guiarlo y propender por él, todas sus actuaciones deben estar puestas al servicio de toda la población porque le deben moral y materialmente sus mandatos y posiciones políticas, de este modo la maximización estaría dada por el poder que les otorgue el pueblo y el mayor acercamiento a la satisfacción de necesidades del mismo; lógicamente siempre estará presente el interés propio de cada gobernante de obtener su propia posición social, a costa del pueblo y la burocracia. En el caso de la Corte Constitucional, encontramos que no es un órgano de representación popular, ya que no es elegido por el pueblo; el gobierno y el Congreso, son los que tienen derecho a decidir sobre el modelo económico y el gasto público. Por ello, la Corte no está destinada para ello, sino que está destinada a cuidar y velar por los derechos

51 SAMUELSON A, PAUL, *Economía*, “La escuela de elección pública”, Ed. McGraw-Hill, 1993, págs. 364 a 382.

que puedan ser posiblemente vulnerados por actuaciones arbitrarias o por conflictos que se desenvuelven en la vida diaria; está para ajustar las actuaciones a derecho, pero no deben tener sus actuaciones un interés basado en ganarse un populismo para la obtención de un mayor estatus político, tal como lo hace el gobierno o el Congreso en sus actos políticos.

La Corte Constitucional, en el caso UPAC; quiso ser la “defensora de los deudores” y ordenó un fallo en donde se les devolviera todo su dinero perdido a causa de la crisis de la UPAC y de la vivienda. Este fallo, carente de una asesoría adecuada y técnica, generó y fue la consecuencia de numerosos gastos en los que incurrió el gobierno, y para los que no se tenía un presupuesto. Significó entre otras cosas, el pago de impuestos, para poder hacer las respectivas devoluciones mencionadas.

De este modo, la Corte en virtud de la elección pública, debió seguir las prescripciones de los economistas y direccionar sus decisiones en pro de la comunidad, estas decisiones debieron ser eficaces y fluidas, y sobre todo, de acuerdo a la realidad económica del país.

Las tareas de los funcionarios públicos están dirigidas a hacer cumplir las leyes y los lineamientos constitucionales. Si las leyes y las interpretaciones constitucionales se alteran con frecuencia, junto con su esencia, no sólo les resultará difícil a dichos funcionarios acometer tareas que pueden perdurar en el tiempo, sino que también les resultará dispendioso conseguir el apoyo empresarial interno y externo para que el país pueda crecer de forma ordenada y se mejore el bienestar de todos los ciudadanos.

Los deseos de los votantes, deben ser satisfechos por una democracia⁵², esto lo hacen los representantes políticos, pero no los miembros de la Corte Constitucional. Ellos sólo deben ajustar sus decisiones a derecho y en el caso de las devoluciones, lo hicieron, pero con retroactividad, algo que empeoró la situación del país. Además esa fue una decisión que se tomó sin mirar las implicaciones que podría tener, porque era justa una devolución pero a los deudores más afectados y necesitados económicamente, mas no a los ricos y menos afectados.

Es claro el interés de la Corte en sus actuaciones, el cual consiste en obtener de manera muy errada, un estatus que no le corresponde tener, por no ser un órgano de representación popular. El magistrado maximiza sus beneficios actuando de esta manera, ordenando decisiones sin fundamento ni lugar y de esta forma, logra una mayor aceptación de su “magnífica” función, en el ámbito popular.

52 SAMUELSON A, PAUL, *op. cit.*, pág. 367.

La Corte en virtud de la elección pública, debe, al emitir un fallo, acoplarse a las demandas de bienes de los individuos y la capacidad de la economía para ofrecerlos.

Analizando el ámbito del gobierno, es evidente que no se tomaron tampoco las debidas decisiones, puesto que, se afectó la situación económica de los deudores hipotecarios, y no se actuó de acuerdo a los postulados de la elección pública, porque no se maximizaron los intereses de los votantes, no se satisficieron sus necesidades. El gobierno no tomó las medidas necesarias para la crisis que lo abatió, y de esta forma permitió que las tasas alcanzaran niveles que los deudores no podían llegar a pagar⁵³.

La UPAC funciona, pero, acá el gobierno también actuó de modo individualista en torno a los beneficios de los constructores, ya que con el alza de interés al DTF, se lograrían recaudar más recursos para la misma, generándole un perjuicio mayor a los deudores de vivienda.

Con todo, cualquier órgano del poder político debe tomar sus decisiones en pro de la satisfacción de las suyas, en este caso, un gobernante debe velar por los individuos y de este modo, maximiza sus propios beneficios, tales como, ser elegido⁵⁴.

La elección pública postula que las preferencias individuales se trasforman en decisiones colectivas, pero como un consenso absoluto no es posible, estas decisiones deben ir de acuerdo con el beneficio general, y no de unos pocos, y la Corte al querer ayudar a los deudores, porque la reforma financiera sólo cobijaba y traía beneficios para los ahorradores, vulneró los intereses de los mismos y entidades de crédito hipotecario, estancando de esta manera la economía y el propio sistema de vivienda y económico.

La Corte quiere y pretende defender el interés general sobre el particular, y con esto quedar bien con el pueblo y la Constitución, pero esto de nada sirve si las decisiones que toma no están sustentadas económicamente de acuerdo a la realidad del país.

53 Este fue el caso de los gobiernos GAVIRIA, SAMPER y PASTRANA, en donde cada vez se empeoró la situación.

54 ROEMER, ANDRÉS, "Introducción al análisis económico del derecho", en *La perspectiva de la elección pública*, Instituto Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, págs. 55 a 71.

Además es dudoso que la Corte quiera sólo el interés general, ya que no se explican muchas de sus actuaciones en cuanto no es la mayoría la que se está beneficiando con ellas.

Al transformar los intereses individuales en colectivos, la Corte puede intervenir en su control constitucional, y si encuentra irregularidades en un sistema económico, puede ajustarlas a derecho, pero contando con los recursos que hay y observando objetivamente quiénes son verdaderamente los más perjudicados por errores del gobierno. La intervención de la Corte no será del todo negativa si adopta una posición integral y técnica que propenda por mejorar el desarrollo económico y no por empeorarlo, y sobre todo, será positiva si no invade esferas que no le corresponden a otros órganos con la excusa de defender los intereses de los menos beneficiados.

La elección pública también habla del consenso y la unanimidad, pero lo que es cierto es que no es posible que los intereses de todos los actores se vean satisfechos, más aún, cuando esos intereses se encuentran o son compartidos unos con otros, es por esto, que se debe optar por la mayoría, y lo que beneficie a ésta, pero la Corte evidentemente no lo está logrando y el gobierno tampoco. Para que la Corte no se intrometa, el gobierno debe mejorar sus políticas, ni aun así se debe intrometerse, pero no ajustaría tantas cosas a derecho y habría menos riesgo en la economía.

No existe ningún sistema de votación basado en el criterio de la mayoría que garantice la eficiencia y respete las preferencias individuales, ni que sea coherente y lleve a la sociedad a su posición deseable. Para ello, las decisiones que tomen los órganos deben ser las mejores, definidas económicamente y con un beneficio plasmado hacia la gran mayoría.

La elección pública ayuda a comprender cómo influyen las fuerzas políticas en los presupuestos y factores que afectan a la actividad económica⁵⁵.

El gobierno y los actores políticos no están exentos de imperfecciones al igual que la economía no puede perfeccionar los mercados, las democracias son incapaces de responder a las fallas del mercado pero deben hacerlo lo más eficazmente posible. Y esto no sería posible ni con invasión de poderes por intereses propios, ni tampoco con poca actividad económica en medio de las decisiones.

55 GUTIÉRREZ PRIETO, HERNANDO, "El análisis económico del derecho, perspectivas para el desarrollo del derecho económico", en revista *Universitas*, n° 100, diciembre de 2000, págs. 14 a 71.

Las fallas del gobierno se dan en cuanto sus medidas no mejoren la eficiencia económica, para ello, están los poderes públicos que cooperan entre sí, sin invadir sus esferas propias, y optan por ajustar las decisiones al beneficio de todos, esto sólo se logra con criterios objetivos, económicos y técnicos, desprovistos de intereses políticos particulares que no influyen positivamente a estas decisiones.

Las ideologías, prejuicios⁵⁶ y la falta de percepción de la realidad social, hacen decaer el procedimiento de maximización de los beneficios de los actores sociales.

También hay que estar en disposición de entender que así las decisiones se tomen entorno a todo lo anterior, no siempre van a llevar resultados óptimos, por la misma razón de la maximización individual de utilidad, así que siempre habrá un margen de no satisfacción, pero siempre debe procurarse que sea mínimo.

El proceso político se convierte en un instrumento de cooperación entre los agentes políticos para derivar de él mutuos beneficios, dentro estas reglas de juego, están las reglas constitucionales.

La teoría de la elección pública es pues, un intento por realizar un análisis económico de las prácticas políticas y esto se hace a partir de la toma de decisiones que vayan en consenso y que conlleven buenas implicaciones.

Se busca la extensión de los modelos económicos sobre la maximización de la utilidad. Los fallos de la Corte son meramente políticos y por ello la perspectiva desde la que operan es de muy corto plazo y parecen beneficiar al individuo usuario, logran los aplausos y hasta los votos futuros, pero deterioran las finanzas de los entes involucrados.

Neoinstitucionalismo

El neoinstitucionalismo, es una corriente de pensamiento económico, social y político que está demostrando importantes resultados. Las instituciones son las reglas de juego de una sociedad: encausan el desarrollo económico, pero son también, un resultado histórico o dependen del pasado. Las instituciones están influidas por las ideologías legales y religiosas que dan lugar a una ética pública,

56 “Los magistrados siempre tienen prejuicios frente a las decisiones de los economistas. Todo, por razones políticas”.

por la evolución de una estructura social y familiar que internaliza esa forma de comportamiento y por el desarrollo de unos mercados⁵⁷.

Una de las peculiaridades de las instituciones colombianas es que muchos de los agentes no cumplen las reglas contenidas en ellas, es decir, la ley existe pero se incumple, de tal forma que se ve reflejado el proceso incompleto de construcción del Estado.

La economía neoinstitucionalista ha aportado un contenido político y social a la forma de pensar de los economistas. Se introduce la calidad de las normas, de las instituciones y de las creencias de los agentes como limitantes de sus acciones y como imponiendo obstáculos o facilitando el desarrollo económico. Para los neoinstitucionalistas, la legitimidad de la justicia depende de una situación imparcial y de basarse en un cuerpo doctrinario y acumulación de experiencias que dan lugar a una jurisprudencia. Los fallos brotan casi objetivamente de la suma de los antecedentes de casos similares. Actuar de acuerdo con la Constitución y de los antecedentes fallados por los jueces, en sentido siempre similar, produce seguridad jurídica y reduce el costo de transar y contratar. Los agentes litigan menos porque conocen cómo han fallado casos similares en el pasado. Bajo estas condiciones, la justicia contribuye a que la economía pueda entrar en un círculo virtuoso de crecimiento porque los agentes están seguros de sus derechos de propiedad, no hay depredación de los excedentes, se profundizan las divisiones del trabajo, contratan más entre ellos, y si surgen conflictos, éstos son solucionados en forma justa y oportuna.

En presencia de condiciones opuestas de una justicia parcializada por una ideología que falla a favor siempre de deudores, en este caso, lo que tenderá a suceder es que se reducirá el crédito y sólo se otorgará a aquellos que ofrecen garantías plenas muy especiales, el mercado monetario se tornará costoso, habrá menos inversión y menos consumo. Las tasas tan bajas, hacen que aumenten los costos de transacción, pues las garantías a los créditos serán menores y le llegarán a menor número de personas.

Nos es legítimo que sea la justicia y los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en delicadas materias como lo son las económicas.

57 ROEMER, ANDRÉS, "Introducción al análisis económico del derecho", Instituto Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, Pontificia Universidad Javeriana, en: *La perspectiva neoinstitucional*, págs. 41 a 51.

La seguridad jurídica es incluso una condición necesaria para la ampliación de la riqueza. La seguridad que provee un sistema legal eficiente basado en una jurisprudencia lógica cuyas premisas son conocidas por todos, reduce los costos de transacción, garantiza los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos, agrega confianza a los agentes, facilita las inversiones de largo plazo, garantiza el desarrollo del sistema financiero, y genera las condiciones para ampliar los mercados y contratos financieros sofisticados.

El neoinstitucionalismo es una propuesta metodológica que analiza las instituciones jurídicas por medio de herramientas tomadas de la economía. Es pertinente porque los poderes públicos son instituciones jurídicas y es importante analizar las motivaciones de sus actos que generan decisiones trascendentales en el desarrollo económico y social del país.

Las instituciones son importantes para desarrollar el análisis económico, y hay unos supuestos que regulan sus actuaciones.

Son pertinentes para las actuaciones de la Corte Constitucional, el individualismo metodológico y el comportamiento oportunista.

Como se viene observando, los individuos actúan racionalmente para maximizar su utilidad o beneficio, por ello, incurren en prácticas tanto ellos, como las instituciones jurídicas, prácticas que les generan mayor posibilidad de alcanzar sus fines.

El neoinstitucionalismo analiza estos postulados matizando las ideas del método neoclásico.

En cuanto al individualismo metodológico, puede decirse que contiene el individualismo político, en este caso muy claro en la Corte; hay distintas preferencias, fines, gustos e intereses.

Es por esto que la Corte y los poderes públicos actúan de forma individual y luego intentan generar categorías colectivas de beneficios, pero los intereses parten de ser una preferencia individual.

De esto se desprende que los comportamientos en que incurren estos individuos son oportunistas, ya que cada uno cuenta con sus propias necesidades y hacen lo que dé lugar para satisfacerlas, así se puede incurrir en conductas como en las que cae la Corte, que son por ejemplo: deliberadamente confundir asuntos, y es muy palpable en cuanto no supieron diferenciar entre crisis y sistema, por ello, adoptaron decisiones en pro de un falso grupo necesitado y demás.

Distorsionaron datos y con ello generaron pánico financiero y afectaron la inversión internacional, haciendo decaer el sistema de vivienda y empeorar la economía.

La Corte incurre en oportunismo por un estatus de poder frente al pueblo además, sus fallos van por encima de todos y hay que acatarlos.

En el caso del UPAC; las protestas de las clases medias fueron canalizadas pero no por medio de la institución que debía hacerlo, el Congreso, sino por medio de la Corte. Posiblemente, la banca de vivienda trataba a sus clientes de manera arbitraria, pero eso no justificaba que una arbitrariedad fuera respondida por otra, ya que, la sentencia de la Corte se basó en otra norma abierta de la Constitución, el derecho de vivienda digna, para que de ella se dedujera arbitrariamente que el sistema UPAC, era inconstitucional, y cuyo resultado sólo fue favorable para la clase media.

La idea de NORTH sobre la naturaleza de las instituciones, como mecanismo de reducción de incertidumbre y manejo de riesgos que permiten una interacción más compleja y productiva entre diversos agentes económicos, es totalmente aplicable al caso de la financiación de la vivienda. De hecho, antes de que existiera el sistema UPAC; los recursos que se dirigían al sector, eran mínimos y reflejaban las dificultades inherentes al cubrimiento de los más diversos riesgos. El contrato entre un deudor y quien lo financia es de por sí, lo que se llama en economía un contrato incompleto. Es imposible determinar el manejo de todas las contingencias, en particular porque muchas de ellas, están referidas a los precios de las viviendas y las tasas de interés y a la situación macroeconómica. Cuando se creó la UPAC se estableció un precepto fundamental que era que las deudas quedaban indexadas con la inflación, de manera que tanto el deudor, como las CAV, tendrían certeza absoluta del valor de la deuda, lo cual no se dio.

9. CONCLUSIONES

Desde 1991 donde la Constitución colombiana amplió los derechos sociales, e instituyó a la Corte Constitucional, como guardián para interpretar estos derechos, donde la falta de desarrollo de leyes estatutarias para precisar los alcances de los derechos fundamentales, el descuido por parte del gobierno y del Congreso en los procedimientos para la aprobación de las leyes, y las difusas definiciones sobre el espacio de la Corte frente al poder ejecutivo y legislativo, han conllevado a que se abra un gran campo de discrecionalidad por parte de ésta.

La Corte tiene en cuenta para sus decisiones los principios jurídicos, por encima de la realidad económica y social, lo cual conlleva a que se produzca un atraso en

el crecimiento económico, pues ha sido el gran generador de desequilibrio fiscal, con infortunadas consecuencias sobre los contribuyentes y la economía.

La Corte requiere una mejor selección de sus integrantes y de sus decisiones, lo cual se podría llevar a cabo por medio de una reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia y un nuevo régimen de inhabilidad más fuerte para sus miembros, y que los miembros de la Corte sean más plurales y tengan más conocimiento en derecho económico, y que en sus fallos se puedan explicar las consecuencias económicas y sociales que conllevarían las decisiones que toman. Por ello, para obtener un mejor resultado, es necesario que haya mayores libertades económicas y políticas, más autogobierno de las localidades, mejor representación legislativa, una mayor igualdad de oportunidades, y una menor y más eficiente intervención estatal, pero con un Estado mucho más fuerte.

- No es legítimo que sea la justicia y los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en materia económica.
- Por lo general, los países democráticos no permiten que sus cortes decidan sobre asignaciones del gasto público porque esa es función de los poderes elegidos. Si se va a tomar una decisión sobre gasto público, ésta debe ser tomada en el recinto donde todos los intereses afectados puedan pronunciarse y todo esto debe presentarse en el Congreso. Que el Congreso y el gobierno colombianos no funcionen adecuadamente, no es una buena justificación para desplazarlos por la Corte Constitucional, por el simple hecho de que deben respetarse las órbitas de funcionamiento de cada poder. Las constituciones no tienen que buscar la equidad menoscabando las condiciones de crecimiento económico de largo plazo. Es de nuevo un proceso que debe darse dentro de la política y no por medio de fallos judiciales que generan el enorme peligro de politizar la justicia.
- La Corte Constitucional ha invadido los terrenos de otros poderes constituidos por el Estado colombiano, debilitando la democracia representativa. Además, lo ha hecho sin conocimiento de causa, actuando con criterios antitécnicos y anticientíficos que han generado obstáculos nuevos al desarrollo económico colombiano, alejándolo de la construcción de mercados del capital complejos, y a su vez, contribuyendo poco a una mayor justicia social.
- La Corte benefició a los deudores y obtuvo equidad.
- La medida fue buena políticamente, pero no judicialmente.

- No hubo responsabilidad económica en los fallos⁵⁸.
- El fallo generó 3 billones de pesos en pérdidas para la economía que los colombianos pagamos en el 3 por mil, que es el impuesto a las operaciones financieras.
- Todo fallo económico no lo pierde el gobierno, sino todos los contribuyentes.
- El problema es de filosofía: no se puede fallar en derecho puro, sin tener en cuenta los perjuicios sociales y económicos.
- Fue tan político el fallo, que su ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ se lanzó a campaña con SERPA con los votos de los deudores.
- El control constitucional debe darse garantizando el carácter colegiado de las decisiones judiciales y exigiendo una motivación que le inspira ser objetivo de los caprichos, o simples reflejos de uno u otro magistrado.
- Es evidente que la Corte *legisló* en materia económica, ya que su fallo tuvo efectos obligatorios para todas las entidades financieras ejecutando la orden de devolución de dineros a los deudores.

10. MÁS SOLUCIONES

- Menos errores del gobierno y Congreso.
- Intervención responsable económicamente.
- Menos guerra entre poderes y más cooperación.
- Más conocimientos económicos en la formación de abogados para evitar incongruencias y malas decisiones que afecten el gasto y desarrollo económico.

11. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ JIMÉNEZ ALBERTO, “No al marchitamiento de la Corte Constitucional”, *Estrategia Económica y Financiera*, diciembre 15 de 1995, pág. 40.

58 Corte Constitucional, sentencias C-393 de 1999, C-747 de 1999 y C-955 de 2000.

ÁLVAREZ JIMÉNEZ ALBERTO, “La Corte Constitucional no puede convertirse en el árbitro de los economistas”, *Estrategia Económica y Financiera*, n° 232, marzo de 1996, págs. 34 y 35.

CAMACOL, *El UPAC la política económica y la construcción 1970-1987*.

CARRIZOSA SERRANO, MAURICIO, *Análisis económico del sistema de valor constante en Colombia*.

Carta circular 98 del 2000 febrero 17: inflación registrada para efecto de establecer el valor del reajuste de la unidad de valor real UVR.

CLAVIJO, SERGIO, *Clasificación JEL: sistemas legales*, marzo de 2001.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1337 del 2000.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-276 de 1993. C-700 de 1999.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-276 del 22 de julio de 1993, MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-955 del 2000, salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA.

Decreto 234 del 2000 febrero 15; reglamenta el artículo 64 de la Ley 45 de 1990.

Dinero, “¡A unificar las normas¡”, diciembre 14 de 1998, pág. 81.

Dinero, “¿Entrego mi apartamento?”, octubre 8 de 1999, págs. 58 y 59.

Dinero, “¿Qué pasa si se cae la emergencia?”, febrero 26 de 1999, págs. 88-92.

Dinero, “Ahora sí a reestructurar”, enero 28 del 2000, págs. 106-108.

Dinero, “Ajuste a mil”, diciembre 14 de 1998, págs. 90-92.

Dinero, “CAV llegó la hora”, junio 9 del 2000, págs. 74-76.

Dinero, “Correr con vivienda”, agosto 13 de 1999, pág. 20.

Dinero, “Creciendo sin inflación”, julio 21 del 2000, págs. 42 y 43.

Dinero, “El entierro del UPAC”, junio 18 de 1999, págs. 56-59.

Dinero, “El riesgo sistemático se ha reducido”, agosto 13 de 1999, págs. 64-68.

Dinero, “El terremoto macro”, febrero 12 de 1999, págs. 62-71.

Dinero, “La Corte o la Carta”, noviembre 10 del 2000, págs. 116-120.

Dinero, “La globalización no es algo que se pueda escoger?”, marzo 10 del 2000, págs. 108 y 109.

Dinero, “Para compradores”, agosto 13 de 1999, págs. 58 y 59.

- Dinero*, “Subsidios de vivienda”, junio 3 de 1999, pág. 110.
- Dinero*, “Todavía en obra negra”, junio 14 del 2002, pág. 128.
- Dinero*, “Vivienda para el futuro”, octubre 22 de 1999, págs. 68-70.
- Dinero*, “Vivienda, ¿se nos sale de las manos?”, agosto 4 del 2000, págs. 30-40.
- Dinero*, “Vivienda, en obra negra” septiembre 24 de 1999, págs. 100 y 101.
- Dinero*, Finanzas personales, “Ventana de oportunidad”, n° 1, diciembre del 2000, págs. 38 y 39.
- DOUGLAS NORTH, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- DURÁN RODRÍGUEZ MARTA LUCÍA, *Evolución del sistema de UPAC y análisis de la mejor alternativa de financiación en el crédito a largo plazo* (microfichas).
- El sistema UPAC en Colombia: protagonista principal en el mercado financiero*.
- GONZÁLEZ GUILLÉN RAFAEL, *El sistema UPAC en Colombia*.
- GUTIÉRREZ PRIETO, HERNANDO, “El análisis económico del derecho, perspectivas para el desarrollo del derecho económico”, en revista *Vniversitas*, n° 100, diciembre de 2000, págs. 14 a 71
- LOMBANA INDABURO SANTIAGO, *El UPAC: colapso de un sistema* (microficha).
- LÓPEZ OBREGÓN, CLARA, *La Corte Constitucional*, Pérez Luño, 2001.
- NAVAS TALERO, GERMÁN, *Guía práctica del derecho*, Editorial Círculo de Lectores, Bogotá, 1995.
- OBREGÓN HERRERA RAFAEL, *UPAC y desarrollo económico. El deterioro urbano tiene raíces distintas a la del esquema de crédito*.
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1997.
- RESTREPO RIBERA FÉLIX, *UPAC, UVR: ¿se repetirá la historia?*
- Revista *Coyuntura Económica*, “Del UPAC a la UVR”, vol. 29, n° 4, diciembre de 1999, pág. 61.
- Revista *Integración Financiera*, “Muere la UPAC, viva la UVR”, n° 100, Colombia, octubre de 1999, pág. 36.
- RINCÓN ANGULO ALFREDO, *Más allá del UPAC: ¿una solución definitiva?*
- ROEMER, ANDRÉS, “Introducción al análisis económico del derecho”, en *La perspectiva de la elección pública*, Instituto Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, 1994, págs. 55 a 7.

ROSAS LUIS EDUARDO, *En los orígenes más remotos del sistema: la UPAC llega a su fin.*

ROSAS LUIS EDUARDO, *UPAC: pasión y muerte. Un sistema más elogiado en el exterior que en Colombia.*

SAMUELSON A., PAUL, *Economía*. Ed. McGraw-Hill, 1993.

SORIANO, RAMÓN, *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona. 1997, pág. 28.

SOTELO, LUIS CARLOS, *Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico políticas. Archivo de macroeconomía*, Departamento Nacional de Planeación (DPN), documento 133, Bogotá, 2000.

SOTO LUIS GUILLERMO, *UPAC y los sistemas de amortización: una contribución a la democratización del crédito en Colombia.*

Universidad Sergio Arboleda, *Estructura del sistema financiero*, 1999.

UPAC: *las primeras crisis. Los 25 años del sistema de valor constante.*

UPRIMY, RODRIGO, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*, 2001.

VALENCIA COSSIO RAMIRO, "Ganó el estado de derecho", *Dinero*, octubre 27 del 2000, págs. 108 y 109.

VARGAS, MAURICIO, *SARMIENTO defiende la banca: en entrevista exclusiva, el primer banquero del país habla de la crisis financiera, cuestiona las medidas del gobierno y sale a la defensa del UPAC.*

VILLORO, TORANZO MIGUEL, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, pág. 276.