

CONSTITUCIÓN Y VIVIENDA

TEMAS DE DERECHO PÚBLICO N.º 74

EDUARDO
MONTEALEGRE
LYNETT

Constitución y vivienda

*Estudio sobre la liquidación y
reliquidación de los créditos de
vivienda en los sistemas UPAC y UVR*

INVESTIGACIÓN REALIZADA CON LA
COLABORACIÓN DEL PROFESOR
YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA

© EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, 2006
© INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, 2006

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 este, Fax 342 4948. Bogotá - Colombia
www.librosuexternado.com

ISBN 958-710-063-8

Primera edición: marzo de 2006

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Diseño de cubierta: Camilo Umaña Caro
Composición: Depto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia
Impresión y encuadernación: PANAMERICANA, formas e impresos S. A.
Tiraje: 4.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

SUMARIO

PRESENTACIÓN	13
EL ABONO ECONÓMICO RECONOCIDO EN LA LEY 546 DE 1999 PARA LOS CRÉDITOS DE VIVIENDA DEL SISTEMA UPAC	19
i.	
Análisis de los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999, en el marco del derecho fundamental a la igualdad	22
i.i.	
Presentación	22
i.ii.	
Alcance y contenido del derecho fundamental a la igualdad	24
i.ii.i.	
Generalidades	26
i.ii.ii.	
La igualdad como derecho fundamental	33
i.ii.iii.	
La razonabilidad como criterio para llevar a cabo análisis basados en el derecho a la igualdad	33
i.ii.iv.	
El juicio de igualdad a partir de la razonabilidad	41
i.ii.iv.i.	
Análisis en cuanto a los fines	42
i.ii.iv.ii.	
Análisis en cuanto a los medios y su relación con los fines. Juicio de proporcionalidad	43
i.ii.iv.iii.	
Síntesis de lo anterior	56
i.iii.	
El test de razonabilidad en el caso de la Ley 546 de 1999	57
i.iii.i.	
Análisis respecto de los fines	58
i.iii.ii.	
Análisis en cuanto a los medios y su relación con los fines. Juicio de proporcionalidad	62

i.iii.ii.i.	
Adecuación	62
i.iii.ii.ii.	
Necesidad	63
i.iii.ii.iii.	
Proporcionalidad en sentido estricto	65
i.iv.	
Inexistencia de una inconstitucionalidad por omisión	70
i.iv.i.	
Naturaleza conceptual de la inconstitucionalidad por omisión	71
i.iv.ii.	
Omisión legislativa absoluta y relativa	72
i.iv.iii.	
La omisión relativa debe ser inconstitucional	75
i.iv.iv	
La forma de superar la violación de la igualdad	78
i.iv.v.	
El abono previsto en la Ley 546 de 1999.	
Inexistencia de una inconstitucionalidad por omisión	82
i.iv.vi.	
La reliquidación no puede ampliarse a créditos diferentes a los de vivienda. Violación del principio constitucional de unidad de materia	86
ii.	
Análisis de precedentes judiciales sobre reliquidación de créditos en la Ley 546 de 1999	90
ii.i.	
Presentación	90
ii.ii.	
Consideraciones generales sobre la jurisprudencia	91
ii.iii.	
La jurisprudencia en el derecho colombiano	94
ii.iv.	
La fuerza normativa de la jurisprudencia: el precedente	98
ii.v.	
Fundamentos constitucionales de la fuerza vinculante del precedente	101
ii.v.i.	
Derecho a la igualdad	102

ii.v.ii.	
Seguridad jurídica	103
ii.v.iii.	
Confianza legítima y protección de las libertades	104
ii.v.iv.	
Acceso efectivo en la administración de justicia	105
ii.v.v.	
Debido proceso: vía de hecho por defecto sustantivo	106
ii.vi.	
Posibilidades de apartarse de un precedente	106
ii.vii.	
Procedibilidad de la acción de tutela por desconocimiento del precedente	112
ii.vii.i.	
Vía de hecho	114
ii.vii.ii.	
Procedencia como causal autónoma	116
ii.viii.	
La jurisprudencia sobre los abonos ordenados en la Ley 546 de 1999	117
ii.viii.i.	
Sentencia C-955 de 2000	118
ii.viii.ii.	
Sentencia C-1140 de 2000	120
ii.viii.iii.	
Sentencia T-1196 de 2000	125
ii.viii.iv.	
Sentencia T-253 de 2001	127
ii.viii.v.	
Sentencia T-105 de 2005	128
ii.ix.	
Reliquidación y daño antijurídico del Estado	130
iii.	
Conclusiones generales	132
 PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA LIQUIDACIÓN Y RELIQUIDACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE VIVIENDA EN EL SISTEMA UPAC Y EN EL NUEVO SISTEMA UVR	 137
i.	
El sistema de financiamiento de vivienda en Colombia	140

i.i.	
Consideraciones generales	141
i.ii.	
Parámetros constitucionales	143
i.ii.i.	
Libertad económica y autonomía de la voluntad	144
i.ii.ii	
Intervención del Estado en la actividad financiera	145
i.ii.iii.	
La actividad financiera es reglada	149
i.iii.	
Diseño institucional	150
ii.	
Regulación del sistema UPAC y su crisis.	
Inconstitucionalidad del UPAC ligado al DTF	153
ii.i.	
Nulidad del acto administrativo de 1995 que fijó la UPAC en el 74 % de la DTF.	
Sentencia del Consejo de Estado de 1999	156
ii.ii	
Inconstitucionalidad de cualquier UPAC vinculada al DTF. Sentencia C-383 de 1999	158
ii.iii.	
Inconstitucionalidad de todo el sistema UPAC. Sentencia C-700 de 1999	159
ii.iv.	
Inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en créditos de vivienda. Sentencia C-747 de 1999	161
ii.v.	
Problemática sobre el alcance de las sentencias en materia de UPAC	162
ii.v.i.	
Efectos de la declaratoria de nulidad por el Consejo de Estado	162
ii.v.ii.	
Efectos de las sentencias de la Corte Constitucional.	
Inconstitucionalidad e inexecutableidad	166
ii.v.iii.	
Alcance de las sentencias proferidas en relación con el sistema UPAC	171

iii.	
Creación del nuevo sistema de financiamiento bajo la figura de la UVR	179
iii.i.	
Naturaleza y validez constitucional de la UVR	180
iii.ii.	
Correctivos diseñados por el Legislador.	
Reliquidación de los créditos vigentes otorgados en UPAC	189
iii.iii.	
Validez constitucional de los intereses remuneratorios pactados bajo el sistema UPAC	197
iii.iv.	
El cobro de intereses remuneratorios debe ser el más bajo del mercado en el nuevo sistema UVR	201
iii.v.	
La corrección monetaria y el cobro de intereses remuneratorios no son incompatibles	212
iii.vi.	
Validez constitucional del cobro de intereses sobre la corrección monetaria causada pero no pagada en cada cuota	220
iv.	
Es imperativo dar aplicación a las normas y jurisprudencia sobre la liquidación y reliquidación de los créditos en UPAC y UVR	224
iv.i.	
Fuerza ejecutoria de los actos administrativos	226
iv.ii.	
No es posible acudir a la excepción de inconstitucionalidad	228
iv.iii.	
Imprudencia de la excepción de ilegalidad	233
iv.iv.	
Consecuencias en caso de incumplimiento de la normatividad aplicable	234
v.	
Cuadro sinóptico	242
BIBLIOGRAFÍA	249

PRESENTACIÓN

En los albores de la década del setenta el Gobierno implementó un modelo para la adquisición de vivienda propia, estructurado sobre la base de las llamadas “Unidades de Poder Adquisitivo Constante” (UPAC). Sin embargo, luego de ajustes sustanciales introducidos en los años 90, consistentes en ligar el crédito a las tasas de interés en el mercado y autorizar la capitalización de los mismos, se presentó un considerable aumento en las cuotas de los deudores. El incremento de la inflación, el alza en las tasas de interés, el crecimiento del desempleo, la iliquidez en la economía, la inestabilidad internacional, la herencia de la crisis política y el no crecimiento de la construcción, contribuyeron a la pérdida de credibilidad en el sistema y al no pago de las obligaciones en materia de vivienda.

Rápidamente fue diseñado un nuevo esquema de crédito bajo la llamada Unidad de Valor Real –UVR– que buscó superar las distorsiones del modelo UPAC y adoptar medidas para conjurar la difícil situación de quienes estaban en riesgo de perder sus inmuebles (Ley 546 de 1999). Aunque inicialmente se pensó que la problemática sería superada en el corto tiempo, la experiencia demostró que no era fácil encontrar una solución. Si bien es cierto que la crisis fue sorteada en sus cuestiones estructurales y se logró mantener a flote la economía nacional, las controversias judiciales se han incrementado notablemente, a tal punto que “no existe aparente certeza” sobre el rumbo a seguir. Por sorprendente que parezca, las dudas hermenéuticas se acentúan y la diversidad de las interpretaciones pone en riesgo un valor constitucional de gran trascendencia: la seguridad jurídica. Seguridad jurídica que es una base insustituible del desarrollo económico.

Buena parte de esas incertidumbres tiene una explicación: la diversidad de instituciones comprometidas en solucionar los problemas del crédito de vivienda y la dificultad para definir sus ámbitos de competencia. Ante esta tesitura, resulta conveniente que la academia ofrezca

sus buenos oficios para desenredar tan gruesa madeja. Precisamente, a este fin se orienta el siguiente estudio que, como es apenas natural, no tiene pretensión de analizar en su integridad el derecho a la vivienda digna en la nueva Carta Política, ni las herramientas de intervención del Estado en la economía.

El primero de los trabajos aborda el tema del alivio económico reconocido por la Ley 546 de 1999 a los créditos del antiguo sistema UPAC. Con fundamento en el derecho a la igualdad (razonabilidad y proporcionalidad), intenta explicar que el abono previsto sólo es aplicable a los créditos de vivienda y no a obligaciones como los créditos comerciales o de libre inversión. Conclusión que se obtiene con base en el objetivo de la ley, consistente en proteger el derecho a la vivienda digna, a los deudores que se hallaban en grave riesgo de perder sus inmuebles con amenaza de una crisis económica y social de grandes dimensiones. Esa misma circunstancia explica que el alivio económico esté restringido a los créditos que se encontraban vigentes cuando fue expedida la ley, y no se aplica a las obligaciones que por cualquier motivo estuvieren saldadas en ese momento. Lo contrario, es decir, hacer extensivo el alivio a las obligaciones canceladas, implicaría un grave peligro a la estabilidad económica y el desconocimiento del principio democrático inherente a la actividad del Parlamento.

Un análisis sobre el valor de la jurisprudencia en el derecho colombiano reafirma una reiterada posición de los tribunales constitucionales: los jueces están obligados a respetar la fuerza normativa de los precedentes en la materia, so pena de vulnerar los derechos al debido proceso, la igualdad y el acceso efectivo a la administración de justicia. Derechos todos susceptibles de amparo mediante el ejercicio de la acción de tutela.

El segundo estudio trata sobre algunos temas puntuales relativos a la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en UPAC y UVR. En el caso de los créditos otorgados en Unidades de Poder Adquisitivo Constante, la ley previó su reliquidación mediante una conversión a

Unidades de Valor Real (UVR) durante el periodo comprendido entre 1993 y 1999. Con la finalidad de comprender la forma concreta de realizar ese reajuste, es preciso estudiar con detenimiento la normatividad dictada por el Congreso –órgano de representación popular y centro del debate democrático– y los demás órganos involucrados en este proceso: el Banco de la República, el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria.

El análisis que se presenta en este trabajo sigue los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a quienes corresponde ejercer, sobre las leyes y actos administrativos que regulan esta problemática, el control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*. Al interpretar el ordenamiento y los contratos celebrados, no podemos perder de vista los principios de libertad económica y autonomía de la voluntad que rigen la actividad financiera, sometida a la intervención directa del Estado por su relevancia pública.

Respecto de los créditos aún vigentes, la principal característica consistió en su reliquidación mediante la conversión a Unidades de Valor Real –UVR– para calcular retroactivamente el monto del crédito (día a día), excluyendo las tasas de interés como factor de ajuste y corrigiendo así la distorsión del antiguo sistema de financiación de vivienda. Veremos entonces cómo las normas reglamentarias, avaladas por el Consejo de Estado en numerosas oportunidades, concretan la forma de hacer efectivos dichos ajustes.

De acuerdo con las disposiciones vigentes, no hay lugar al pago de intereses sobre el monto de la reliquidación. La razón: dicha medida no fue ordenada por el legislador y en términos contables implicaría un doble descuento, injustificado tanto en el plano jurídico como en el económico. Tampoco parece razonable reclamar la modificación de los intereses remuneratorios libremente pactados, toda vez que dicho factor nunca fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional ni guarda relación con las anomalías del sistema UPAC. Problema distinto es que a partir de la entrada

en vigencia de la Ley 546 de 1999, la Corte Constitucional dispuso que los intereses remuneratorios para los créditos de vivienda fueran, desde entonces, los más bajos del mercado según lo determine la Junta Directiva del Banco de la República.

Por otra parte, en lo que concierne a los créditos en el sistema UVR, se excluyó el cálculo de cuotas con base en las tasas de interés para ligarlo exclusivamente a la inflación (IPC), prohibiendo también la capitalización de intereses. Sin embargo, dicha prohibición no puede confundirse con el cobro de intereses sobre la corrección monetaria. Es decir, sobre la actualización del crédito. Actualización que resulta válida en términos constitucionales por tratarse de figuras distintas.

El estudio ilustra por qué las reglas normativas y jurisprudenciales son de obligatorio cumplimiento para al menos tres tipos de sujetos involucrados en la actividad financiera. En primer lugar, para los organismos encargados del diseño y control de estas actividades (Banco de la República, Superintendencia Bancaria, etc.); en segundo lugar, para las entidades crediticias y los usuarios, verdaderos protagonistas del sistema; y, finalmente, las reglas también son imperativas para los jueces y peritos en los procesos planteados por entidades financieras o deudores hipotecarios. En el análisis se indica cuáles son las consecuencias constitucionales y legales de interpretar las disposiciones con inobservancia de esas pautas jurídicas.

Cuando se examinan con rigor las disposiciones normativas, acompañadas del desarrollo jurisprudencial, se llega a una inexorable conclusión: a pesar de la complejidad del tema y la amplitud de la materia, lo cierto es que las dudas sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda han sido resueltas. O bien por la regulación legal, o bien por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado al ejercer el respectivo control de constitucionalidad. En su decantada jurisprudencia encontramos innumerables respuestas a las inquietudes formuladas. El derecho creado por los jueces de las altas

corporaciones constituye una herramienta básica a la que *deben* acudir los intérpretes cuando diriman las controversias que individual o colectivamente planteen los asociados. Este libro tan sólo intenta sistematizarlas y hacer más ameno el compromiso de administrar justicia.

Agradezco al Dr. FERNANDO HINESTROSA, Rector de la Universidad Externado de Colombia, y a HERNANDO PARRA, catedrático y Secretario General de la misma, por el apoyo en la publicación de este libro, al Prof. JAIRO PARRA QUIJANO, presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, por el espacio de discusión que el Instituto abre a esta problemática. También debo hacer un especial reconocimiento al profesor universitario YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ, quien me brindó valiosos aportes en la investigación y redacción de este trabajo. Sus ideas y conceptos fueron fundamentales en el estudio que presento a consideración de los jueces y demás juristas colombianos.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

EL ABONO ECONÓMICO RECONOCIDO EN
LA LEY 546 DE 1999 PARA LOS CRÉDITOS
DE VIVIENDA DEL SISTEMA UPAC

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DESDE LA
IGUALDAD Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

El presente trabajo aborda el estudio de la Ley 546 de 1999¹, específicamente en lo relativo a la reliquidación de los créditos de vivienda allí ordenada; interesa analizar cuáles son los créditos objeto del alivio económico y su proyección en el plano constitucional. Para ello, el debate se centra en el análisis del derecho a la igualdad y el valor de los precedentes de la Corte Constitucional sobre la materia. De esta manera, es preciso dar respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿Cuáles son los créditos objeto del abono económico –reliquidación– reconocido en los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999?

2. ¿Están comprendidos dentro de esa reliquidación los créditos que no estuvieran pendientes para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999? ¿Comprende la reliquidación préstamos distintos a los destinados para vivienda?

3. ¿Desconoce el derecho a la igualdad el artículo 40 de la Ley 546 de 1999, en la medida en que no incluyó dentro del abono económico las obligaciones crediticias que estuvieran canceladas al momento de entrada en vigencia de esa ley, ni préstamos distintos a los de vivienda?

4. ¿Puede un juez de la República hacer extensivos los bonos mencionados en el artículo 40 de la Ley 546 de 1999 a las obligaciones crediticias ya canceladas a la fecha de entrada en vigencia de la referida ley o a préstamos distintos a los de vivienda?

5. ¿Existen precedentes de la Corte Constitucional donde se establezca que la reliquidación de créditos señalada en la Ley 546 de 1999 fue concedida únicamente a

1. “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”.

las obligaciones pendientes al momento de entrada en vigencia de esa ley?

6. En caso de existir precedentes jurisprudenciales, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas del desconocimiento de los mismos?

I. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DE LA LEY 546 DE 1999, EN EL MARCO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

1.1. *Presentación*

El artículo 40 de la Ley 546 de 1999 reconoció un abono económico a cargo del Estado para las *obligaciones vigentes* contratadas con entidades de crédito destinadas a la financiación de vivienda individual a largo plazo². Siguiendo esa lógica, el artículo 41 de la misma ley dispuso que estos pagos se aplicarían a los “saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999”³.

Como es fácil de advertir, en el régimen de transición consagrado en los artículos 38 a 49 de la Ley 546 de 1999, *el legislador no incluyó como beneficiarios del abono a quienes no tuvieran obligaciones crediticias vigentes, es decir, cuyas deudas ya hubieren sido canceladas para la fecha de expedición de esa ley*⁴. Esta exclusión ha genera-

2. “Artículo 40. *Inversión social para vivienda*. Con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, el Estado invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar a las *obligaciones vigentes* que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito, destinadas a la financiación de vivienda individual a largo plazo y para contribuir a la formación del ahorro que permita formar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado en dación en pago sus viviendas, en los términos previstos en el artículo 46” (cursiva fuera del título no original).

3. “Artículo 41. *Abonos a los créditos que se encuentren al día*. Los abonos a que se refiere el artículo anterior se harán sobre los *saldos vigentes* a 31 de diciembre de 1999, de los préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo así: [...]” (cursiva fuera del título no original).

4. La ley fue publicada en *Diario Oficial*, n.º 43.827 del 23 de

do una amplia controversia sobre el posible desconocimiento del derecho a la igualdad, lo que hace necesario un estudio con el fin de despejar las dudas sobre el particular.

El presente escrito aborda dicha cuestión teniendo como norte la siguiente problemática:

¿Vulnera el derecho a la igualdad el artículo 40 de la Ley 546 de 1999, en la medida en que no incluyó como objeto del abono económico las obligaciones crediticias que no estuvieren vigentes al momento de entrada en vigencia de esa ley?

O dicho en otros términos:

¿Es posible, en virtud del derecho a la igualdad, hacer extensivos los abonos previstos en el artículo 40 de la Ley 546 de 1999, a las obligaciones crediticias ya canceladas para la fecha de entrada en vigencia de la ley?

Para ofrecer mejores herramientas de juicio, antes de dar una respuesta concreta a los interrogantes planteados conviene hacer una breve presentación acerca de (i) cuál es el alcance y contenido constitucional del derecho a la igualdad, y (ii) bajo qué parámetros metodológicos se analizan los problemas relacionados con el derecho a la igualdad. Con fundamento en ello (iii) se procederá luego al estudio específico del artículo 40 de la Ley 546 de 1999.

Adicionalmente, como el asunto plantea un problema de inconstitucionalidad por omisión relativa, dado que la norma no incluyó como beneficiarios del alivio a un grupo específico de sujetos, aquellos que no tenían créditos pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la ley, ni créditos distintos a vivienda, (iv) es preciso analizar su posible configuración en este caso.

diciembre de 1999 y de acuerdo con su artículo 58 entró en vigencia a partir de su promulgación.

I.II. Alcance y contenido del derecho fundamental a la igualdad

I.II.I. Generalidades

Así como desentrañar el sentido de la justicia ha sido uno de los grandes retos del hombre, comprender el significado de la igualdad constituye una de las preocupaciones constantes del derecho por su alto grado de complejidad analítica. No en vano se ha afirmado de ella que es un “ideal político popular pero misterioso”⁵, y que si la función del diablo fue la de introducir una diferencia en el mundo, la igualdad tiene que ser algo “diabólico”⁶.

Justicia e igualdad son conceptos complementarios aunque en ocasiones se confunden. ARISTÓTELES, por ejemplo, sostenía al respecto: “parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁷. Es precisamente debido a ese estrecho vínculo que resulta tan complejo abordar cualquier análisis relacionado con la igualdad, más aún si se tiene en cuenta su carácter dinámico.

Un recorrido histórico nos llevaría demasiado lejos y perderíamos el rumbo de este trabajo. Desde un pasado próximo podríamos remontarnos al medioevo, a los presocráticos o quizá hasta HERÓDOTO, cuyos postulados de isonomía, isocracia e isegoría aún mantienen vigencia. Sin embargo, en cuanto ahora importa es suficiente recordar que es en la Revolución Francesa, cuya cimiento

5. RONALD DWORKIN. *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 21.

6. La expresión se atribuye a NIKLAS LUHMANN. Cfr. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ. “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 560 y 561.

7. ARISTÓTELES. *La Política*, Madrid, Alianza, 1997, libro III, cap. V, “De la división de los gobiernos”.

no fue otra que el deseo de poner fin a los privilegios monárquicos del *ancien régime*, donde la igualdad adquiere verdadera relevancia en el plano normativo y en particular desde la órbita del derecho constitucional.

La virtud que puede atribuirse a la igualdad que predicó la Revolución Francesa, la igualdad en la ley, tiene que ver con el reconocimiento de derechos naturales mínimos e inalienables de todo hombre que ninguna formulación normativa podía eludir, porque todas las personas somos, por esa sola circunstancia, sujetos de derechos⁸. Desafortunadamente, la ausencia de controles efectivos puso en tela de juicio su funcionalidad y permitió otro tipo de arbitrariedades que la doctrina explica así: “La igualdad en la ley quedó exenta de toda revisión efectiva como una consecuencia más de la supremacía del legislativo y de la consiguiente falta de controles de constitucionalidad externos al parlamento. Y la igualdad en la aplicación de la ley se dirigió a la exclusión de la arbitrariedad del poder ejecutivo hasta coincidir con el control de legalidad en los reglamentos y actos administrativos”⁹.

Ante la crisis del Estado liberal y el surgimiento del Estado social de derecho, el concepto de igualdad es reinterpretado (luego veremos que ello también repercute al momento del control judicial), de manera que su contenido formal se complementa con un sentido sustantivo o material. Así, nace un deber de acción, según el cual corresponde al Estado adoptar las medidas para asegurar la realización efectiva de los derechos que no sólo supone una actividad de la Administración sino, en algunos ca-

8. “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”: artículo 1.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

9. ALFONSO RUIZ MIGUEL. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 19, Universidad de Alicante, 1996, p. 42.

sos, de los particulares. Esa doble dimensión de la igualdad (formal y material) se traduce luego en su reconocimiento como derecho fundamental en los textos constitucionales.

I.II.II. La igualdad como derecho fundamental

En palabras de BÖCKENFORDE, un derecho fundamental es, “por un lado, derecho subjetivo de libertad de defensa frente al Estado y, por otro, una norma objetiva de principio/decisión axiológica con respecto a todos los ámbitos del derecho”¹⁰.

Siguiendo la misma óptica, ANTONIO PÉREZ LUÑO advierte que los derechos fundamentales son el producto de una doble confluencia. De un lado, afirma, “suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades”; y por el otro, añade en seguida, “representan el punto de mediación y síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales”¹¹.

Ya fue explicado que la noción de igualdad acompaña buena parte de la historia del hombre aunque su eficacia normativa tardó en rescatarse. Sin embargo, como derecho fundamental su incorporación resultó aún más compleja no sólo en el caso colombiano sino en ordenamientos extranjeros.

En Estados Unidos, por ejemplo, desde la Declaración del Buen Pueblo de Virginia se consagró la igualdad en la lógica del iusnaturalismo (1776)¹²; más tarde, con la apro-

10. E. BÖCKENFORDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 109.

11. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 43.

12. “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e

bación de la Quinta Enmienda (1868) fue considerada como límite a la actividad del Parlamento; pero es sólo a partir de la segunda mitad del siglo xx, con la intervención de la Corte Suprema en la búsqueda por superar los problemas del racismo, cuando adquiere verdadera relevancia como derecho fundamental. Algo similar ocurriría en países como Alemania, Francia, Italia o España, donde el reconocimiento y la eficacia de la igualdad como derecho fundamental se potencian sólo a partir de la segunda posguerra.

Para el caso colombiano es suficiente advertir que en vigencia de la Constitución de 1886 la igualdad no tuvo otra orientación que la difundida por los revolucionarios franceses. No obstante, en la Carta Política de 1991 cobra importancia en virtud de su reconocimiento expreso como derecho fundamental y del sorprendente desarrollo jurisprudencial que le siguió. En el plano normativo el artículo 13 de la Constitución señaló al respecto:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren

independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad”: artículo 1.º de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 12 de junio de 1776.

en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Así concebida, la igualdad implica la presencia de un derecho subjetivo y de un vínculo con la actividad del legislador en su libertad de configuración normativa. La igualdad supone, por paradójico que parezca, el reconocimiento de su contrario, la diferencia, y de esta manera el debate no se aborda desde la óptica de las similitudes exigibles sino de las diferencias legítimas. El derecho no está diseñado para alcanzar la identidad, imposible desde la esfera ontológica, sino con el objetivo de establecer cuáles diferencias son válidas.

Es por ello que el derecho a la igualdad acepta distinciones, pero exige determinar si ellas son suficientemente legítimas. No supone idéntico tratamiento, pero demanda que quienes se encuentran en situaciones fácticas similares sean tratados en condiciones jurídicas similares. Y permite, a su vez, que situaciones fácticas sustancialmente distintas reciban tratamientos normativos también disímiles.

Sin embargo, a pesar de su naturaleza iusfundamental, delimitar su alcance específico no resulta tarea fácil al menos por dos razones:

a. De un lado, porque es un derecho de carácter relacional, lo que supone acudir a un criterio externo para determinar frente a qué se reclama un trato igual. Ese criterio es el denominado *tertium comparationis*, que exige establecer cuál es el parámetro relevante de comparación, pues dos situaciones son iguales desde un punto de vista, pero diferentes desde otro; nunca serán totalmente idénticas o completamente disímiles. Ello explica la famosa ironía de GEORGE ORWELL al respecto, según la cual “todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”¹³.

13. Cfr. RICARDO GUILBOURG. “Igualdad y discriminación”, en

b. Por otro lado, la dificultad para precisar su alcance se explica porque algunas normas que consagran derechos fundamentales, como ocurre precisamente con la igualdad, presentan una estructura similar a la que tienen los “principios”, y no a la manera de “reglas”, según una distinción ya clásica en la doctrina más autorizada e incluso en la propia jurisprudencia constitucional.

De acuerdo con la dogmática propuesta por ROBERT ALEXY, ampliamente aceptada en el constitucionalismo contemporáneo, los *principios* son “mandatos de optimización” que ordenan que algo se realice en la medida de lo posible, es decir, en tanto lo permitan las circunstancias jurídicas y materiales¹⁴. Las *reglas*, por el contrario, son normas que exigen un acatamiento pleno y sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Así, mientras los principios “no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*”, las reglas son prescripciones deónticas definitivas y se aplican a la manera de “todo o nada”¹⁵.

Otra diferencia importante entre reglas y principios se relaciona con su grado de amplitud, de manera que mientras los principios sugieren un grado relativamente alto de indeterminación, las reglas tienen un escaso nivel de vaguedad, aun cuando siempre hay lugar para la precisión hermenéutica.

A manera de ejemplo, el artículo 17 de la Constitución reviste la forma de principio cuando dispone que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Por el contrario, el artículo 28 de la Constitución consagra una regla

Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, n.º 19, Universidad de Alicante, 1996, p. 89.

14. ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86. Un principio comprende en todo caso mandatos y prohibiciones.

15. *Ibíd.*, pp. 99 a 102.

al señalar: “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”. Como puede notarse, a pesar de que las dos normas están referidas a derechos fundamentales, el grado de indeterminación de la primera (*principio*) es más elevado que el de la segunda (*regla*), sin desconocer que ambas son susceptibles de concreciones lingüísticas.

Los textos que consagran derechos son por lo general de contenido abierto, es decir, hacen afirmaciones amplias que no prevén un supuesto de hecho ni una consecuencia precisa (*principios*)¹⁶. Así, en lo referido a la igualdad, no hay una regla de decisión aplicable al caso supuesto, “por la buena y simple razón, entre otras, de que es un mandato dirigido al legislador, es decir, al creador ordinario de las normas legales”¹⁷.

En este orden de ideas, cuando se conjuga: (i) su carácter relacional, (ii) su estructura de principio, y (iii) el contenido sustantivo o material que le acompaña, los sistemas tradicionales de análisis lógico formal se reflejan como insuficientes para dar respuesta a los problemas que plantea el derecho a la igualdad.

Los criterios hermenéuticos de ciertas versiones del positivismo, en los que era suficiente acudir a técnicas formales de subsunción como el silogismo, ya no son funcionales para el intérprete, quien debe realizar ahora una exigente labor de integración de todo el ordenamiento jurídico apelando a otro tipo de herramientas analíticas. Aquí no son posibles valoraciones mecánicas que reclamen solamente abstracción y generalidad, porque bajo esa óptica sería admisible cualquier clasificación en el marco del derecho a la igualdad: “el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posi-

16. MANUEL JOSÉ CEPEDA. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, 2.^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997, p. 37.

17. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 606.

ble. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalista contra los judíos no violaría la fórmula”¹⁸.

Un análisis donde está de por medio la igualdad exige determinar qué clasificaciones son jurídicamente aceptables. En otras palabras, consiste en saber si un tratamiento diferencial es válido en el mundo del derecho, en concreto frente a la Constitución. No se trata de un ejercicio mecánico para incluir todos los supuestos en un mismo universo, sino de determinar si existen motivos fundados para hacerlo. Surgen entonces conceptos como “razonabilidad” y “proporcionalidad”, que en su esencia están concebidos para determinar si una clasificación es legítima, esto es, si respeta el derecho a la igualdad.

Antes de proseguir es necesario aclarar que la posibilidad de establecer tratamientos diferenciales también se explica porque los derechos son susceptibles de restricciones, de limitaciones, en tanto *no existen derechos absolutos*. Y en esa medida el derecho a la igualdad en su dimensión formal también puede ser objeto de matices, más aún en virtud de su carácter relacional.

En efecto, la doctrina ha puesto de presente que los derechos fundamentales son susceptibles de restricciones o delimitaciones en cuanto a su alcance y contenido, pues no es extraño que entren en conflicto o colisión con otros derechos fundamentales, con intereses públicos protegidos y con el cumplimiento de deberes también constitucionales. Ello se explica en gran medida debido a su formulación a la manera de principios (mandatos de optimización)¹⁹. Empero, esas restricciones, que pueden ser de manera directa o indirecta constitucionales según se deriven de forma abierta o no del ordenamiento superior, también están sujetas a ciertos límites, justo aquellos que se derivan de la exigencia de razonabilidad o proporcionalidad. “Los

18. *Ibíd.*, p. 386.

19. *Cfr. ibíd.*, pp. 267 y ss.

derechos son por definición libertades ajustadas y no campos de arbitrariedad mutuamente excluyentes”²⁰; no pueden ser inflexibles en el tiempo, pero tampoco podrán violentarse mientras la Constitución reconozca su existencia: armonizar estas visiones es otra de las tareas de este nuevo paradigma de interpretación del derecho.

De la amplia jurisprudencia desarrollada al respecto, la sentencia C-916 de 2002 condensa en buena medida la posición de la Corte Constitucional en lo relativo a la ausencia de derechos absolutos. En el análisis que finalmente llevó a la Sala a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 97 del Código Penal, relativa a la indemnización por los daños morales, dijo lo siguiente:

De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en nuestro ordenamiento no existen derechos absolutos (sentencias C-150 de 1993, C-355 de 1994, C-189 de 1994, C-454 de 1993, C-448 de 1998, C-531 de 2000, C-1172 de 2001). La regulación legislativa de los derechos y garantías representa inevitablemente una delimitación de sus ámbitos y sus alcances, la cual debe enmarcarse dentro de la Constitución.

El ejercicio de todo derecho encuentra límites en el respeto a los derechos de los demás, en la razonable protección de intereses públicos definidos por el legislador y en el cumplimiento de deberes cuyo alcance preciso también debe ser establecido por el legislador.

No obstante, las limitaciones a los derechos constitucionales también deben respetar límites, que esta Corporación ha identificado y desarrollado en su jurisprudencia para asegurar que se respete el núcleo esencial del derecho limitado, esto es, que la regulación sea razonable y que su justificación sea compatible con el principio democrático (sentencia T-982 de 2001).

20. ANDRÉS OLLERO TASSARA. *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 162.

Por eso, la potestad de configuración del legislador para fijar limitaciones a los derechos constitucionales tiene alcances diversos, es más amplia o más restringida, en atención a la materia regulada, a los valores constitucionales relevantes en cada caso, al instrumento mediante el cual se adoptó la limitación y al contexto jurídico y empírico en el cual se inscribe, entre otros criterios analizados por esta Corte.

En este orden de ideas, lo procedente ahora es entrar a precisar qué es la razonabilidad y la proporcionalidad de acuerdo con la doctrina autorizada y la jurisprudencia desarrollada por los tribunales constitucionales en el marco del derecho a la igualdad.

I.II.III. La razonabilidad como criterio para llevar a cabo análisis basados en el derecho a la igualdad

(i) Para comprender el sentido de la igualdad en el derecho constitucional contemporáneo es necesario hacer referencia a lo que se ha denominado el “cambio de significado de la igualdad”, propuesto desde la academia europea durante el periodo comprendido entre 1925 y 1930, pero que sólo vería la luz en los tribunales a partir de la segunda mitad del siglo pasado y más adelante transportado al joven derecho latinoamericano. Según esta idea, el principio de igualdad no sólo vincula a los encargados de aplicar el derecho en última instancia, los jueces, sino también, y especialmente, al legislador.

La influencia alemana en este punto ha sido notable y de ella fue abanderado LEIBHOLZ, en un comienzo en su condición de académico y más tarde como presidente del Tribunal Constitucional alemán, el primero después de la guerra. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional español, reseña este fenómeno y explica que trascendió a todo el continente europeo, según sus palabras, “hasta el punto de que creo que se puede afirmar sin exageración que, en lo esencial, esta doctrina del cambio de significado se ha generaliza-

do y se ha convertido en una doctrina aceptada por todo el constitucionalismo europeo en la actualidad”²¹ (nosotros diríamos que también el latinoamericano).

Llevado ese concepto al plano metodológico, lo anterior supuso el abandono, por insuficientes, de los métodos analíticos basados en la subsunción y en la lógica de lo racional, para introducir una valoración a partir de relaciones medio a fin, es decir, entre el objetivo que busca una norma y los medios para alcanzarlo: la lógica de lo razonable.

En palabras de GUSTAVO ZAGRABELSKY, presidente de la Corte Constitucional italiana, la razonabilidad no consiste en el absolutismo de una razón, ni el relativismo de diferentes razones, sino en el pluralismo: unas y otras a la vez en la medida de lo posible²². Supone una valoración prudente, no desde una óptica anti-formalista del derecho sino desde una perspectiva que no se reduzca a la mera confrontación en términos lógicos. Corresponde a un equilibrio entre exigencias contrapuestas, a la ausencia de arbitrariedad de manera que se alcancen niveles de aceptabilidad o consenso. Como lo explica RAMÓN MARTÍNEZ TAPIA, el concepto de razonabilidad está “a caballo entre la racionalidad estricta –que abarca tanto a las interferencias necesarias como a las probables cuya plausibilidad es susceptible de acreditarse ante un control intersubjetivo– y la racionalidad”²³.

21. FRANCISCO RUBIO LLORENTE. *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 646.

22. “La manera de concebir la razonabilidad ha cambiado: de un requisito subjetivo del jurista ha pasado a ser un requisito objetivo del derecho. Es razonable el derecho que se presta a someterse a aquella exigencia de composición y apertura, es decir, el derecho que no se cierra a la coexistencia pluralista”: GUSTAVO ZAGRABELSKY. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 147.

23. RAMÓN MARTÍNEZ TAPIA. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000, p. 103.

(ii) De manera sustantiva y análoga, aunque con diferencias metodológicas, en el derecho norteamericano el concepto de razonabilidad también ha estado presente en las discusiones relativas a la igualdad. Para la Corte Suprema de ese país, el derecho a la igualdad exige *razonabilidad* (no arbitrariedad) en las clasificaciones legislativas o administrativas²⁴. Empero, la concepción sobre qué es razonable ha variado de forma notable, pues de una visión formalista que permitía cualquier tratamiento discriminatorio bajo el principio de universalidad del derecho, dio paso a una exigencia de “racionalidad” o coherencia entre los objetivos de una medida y la aptitud de aquella para cumplirlos²⁵. La Corte no exige tratamientos idénticos, sino que aquellos situados similarmente sean igualmente tratados, para lo cual se han diseñado diversas categorías que no es del caso ilustrar en detalle²⁶.

(iii) El concepto de razonabilidad también fue acogido en el derecho colombiano y desarrollado con especial fuerza desde la Carta Política de 1991. Justamente en la sentencia C-955 de 2000, que entre otras cosas abordó el tema de la igualdad en el caso de la Ley de Vivienda y de la que luego haremos especial referencia (Ley 546 de 1996), la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre la *razonabilidad* como herramienta analítica en estos asuntos. Debido a su interés para lo que ahora nos ocupa conviene reseñarla *in extenso*:

24. “Cualquier clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”: caso *Reed v. Reed* (1971). No obstante, ese principio se reconoció ya desde 1920.

25. Cfr. LAWRENCE TRIBE. *American Constitutional Law*, New York, Mineola, The Foundation Press, 1978, p. 993.

26. La división propuesta es la siguiente: (i) clasificaciones perfectamente razonables, (ii) clasificaciones perfectamente irrazonables, (iii) clasificaciones *underinclusive*, (iii) clasificaciones *overinclusive* y (v) clasificaciones sospechosas.

La Corte Constitucional, acerca del postulado de la igualdad, ha sostenido invariablemente que frente a situaciones idénticas se hace menester formular y aplicar las mismas soluciones. Abundante ha sido la jurisprudencia en tal sentido, de la cual cabe recordar:

“En repetidas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación han precisado el alcance del derecho a la igualdad. El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta *no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones* tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes.

“La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en derecho no es otra cosa que la justicia concreta”. (Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-094 del 27 de febrero de 1993).

“El artículo 13 de la Constitución consagra el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. Este principio exige el mismo tratamiento para las personas que se encuentran cobijadas bajo una misma hipótesis y una diferente regulación respecto de aquellas que presentan características diversas, por las condiciones en medio de las cuales actúan, o por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en justificados criterios, el Estado procure el equilibrio, cuyo

sentido en derecho no es otra cosa que la justicia concreta. Para que sea admisible el trato diferente y por lo mismo constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima, deben existir los siguientes requisitos:

– En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en diferente situación de hecho;

– En segundo lugar, que el trato diferente que se les otorga tenga una finalidad;

– En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;

– En cuarto lugar; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga–, sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden racionalidad interna;

– Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-330 del 12 de agosto de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

“La igualdad constituye fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que se deriva de la dignidad humana, pues resulta de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, no presentan entre sí diferencias sustanciales. Todas, en su esencia humana, son iguales y merecen la misma consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos accidentales como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias.

“[...] La Sala Plena, en sentencia del 29 de mayo de 1992 (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), dejó en claro que el principio de igualdad, según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos, es objetivo,

pues se predica de la identidad entre los iguales y de la diferencia entre los desiguales.

“Según esa doctrina, la naturaleza de las cosas puede, en sí misma, hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos de orden natural, biológico, moral o material y según la conciencia social dominante.

“Pero –debe insistir la Corte– tal distinción tampoco puede ser interpretada en el sentido de que desaparezca el sustrato mismo de la igualdad –que descansa en la identidad entre los seres humanos en lo que es de su esencia– siempre que haya diversidad accidental –por ejemplo, en el campo biológico o en el natural–, pues ello implicaría ni más ni menos que desconocer el fundamento mismo del postulado.

“Ha de tenerse cuidado –entonces– en establecer con claridad que *el trato diferente para fenómenos también diversos tiene que fundarse en motivos razonables que justifiquen la diferencia*, con el objeto de no eliminar de plano la igualdad por una apreciación exagerada de características distintas que no sean suficientes para enervar la siempre preponderante equiparación entre seres sustancialmente iguales.

“En otros términos, las divergencias de trato para fenómenos desiguales tienen que ser proporcionales a la desigualdad misma sobre la cual recaen.

“En últimas, lo que persigue la doctrina constitucional cuando rechaza con la misma energía la desigualdad como la igualdad puramente formal es lograr el equilibrio entre las personas frente a la ley y en relación con las autoridades. Las eventuales distinciones que buscan corregir o disminuir diferencias accidentales tienen un carácter excepcional frente al postulado genérico de la igualdad y tan sólo encuentran justificación en la medida en que a través de ellas se realice aquél”. (Cfr. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

“Las discriminaciones introducidas por el legislador o las autoridades entre hipótesis análogas o iguales quebrantan el principio constitucional de la igualdad y violan el derecho fundamental correspondiente (art. 13 C. P.) cuando carecen de justificación, esto es, *de un motivo razonable y plausible para otorgar trato distinto a situaciones que se presentan bajo idénticas o similares características*”. (Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-005 del 18 de enero de 1996).

El legislador no escapa a esa obligación, impuesta claramente por el artículo 13 de la Constitución, que exige además que la igualdad no tenga un carácter puramente formal sino que se refleje en términos materiales y ciertos, de modo que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Así las cosas, en respeto del principio democrático, de la separación de poderes y de la función propia del legislador, la tarea de los jueces no consiste en determinar cuál es la mejor alternativa para dar respuesta a un problema específico, porque existe una amplia gama de posibilidades cuya valoración corresponde a otro órgano, sino que debe excluir aquellas que sean incompatibles con la Constitución. Con ello se busca evitar que los jueces invadan las atribuciones reservadas a otras autoridades y especialmente del Congreso.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la igualdad es realmente extensa y, como lo ha puesto de presente la doctrina, no siempre ofrece la claridad metodológica deseable²⁷. Sin embargo, al margen de las discrepancias analíticas lo cierto es que subyace un proceso basado en la ponderación y el

27. Cfr. RODRIGO UPRIMNY YEPES et ál. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico*, n.º 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

sopesamiento de principios, más allá de una simple confrontación lógica formal.

Es la reconceptualización de la lógica aristotélica que nuestro máximo tribunal ha reivindicado expresamente. Por ejemplo, en la sentencia T-230 de 1994, donde se concedió la tutela a un trabajador que era discriminado por pertenecer a una organización sindical, la Corte explicó frente al tema de la igualdad:

De acuerdo con esto, la lógica predominante en el examen de la igualdad es aquella de la razonabilidad, fundada en la ponderación y sopesación de valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos. ARISTÓTELES ya había previsto esta característica cuando expuso el ideal de la prudencia –lograda a partir de una larga experiencia del funcionamiento de las instituciones sociales– como método para tomar decisiones justas. Cuando se trata de la acción humana, no se puede juzgar con base en la demostración incontestable. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador sólo dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos. Igual le sucede al legislador; sus decisiones sólo tienen en cuenta lo ordinario y lo circunstancial. Por eso, cuando una situación se aleja de lo corriente, el juez debe inspirarse en la idea de equidad. A la justicia entendida como conformidad con la ley, ARISTÓTELES opone, cuando ello es necesario, una justicia superior fundada en la equidad²⁸.

Visto lo anterior, lo procedente ahora es estudiar cómo se lleva a la práctica un juicio basado en el criterio de razonabilidad.

28. En el mismo sentido CÉSAR RODRÍGUEZ recuerda: “En la *Ética nicomáquea* ARISTÓTELES sostiene que toda ley es deficiente, porque sus términos generales no pueden comprender la multiplicidad de matices presentes en las situaciones concretas y, por tanto, no pueden preservar una solución adecuada para cada caso. Por esta razón, para ARISTÓTELES, la ley debe ser complementada por la *epikeia*, la equidad”. Cfr. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *Observatorio de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996, p. 261.

1.II.IV. El juicio de igualdad a partir de la razonabilidad

En breves líneas, el denominado juicio o test de razonabilidad autoriza tratamientos diferenciales si existe una justificación objetiva y razonable, entendida ésta como la búsqueda de un objetivo legítimo a través de medidas proporcionadas²⁹, es decir, que no se reflejen como caprichosas o arbitrarias.

La primera sentencia donde la Corte precisa que la igualdad debe ser estudiada en función de la razonabilidad del tratamiento diferenciado es la T-422 de 1992. Allí sostiene que es necesario saber si hay alguna justificación objetiva y razonable para el tratamiento diferencial, la cual debe valorarse según la finalidad y efectos de la medida, esto es, según la proporcionalidad entre los medios y los fines frente a otros principios sacrificados³⁰. Desde entonces han venido presentándose una serie de cambios metodológicos³¹, aunque la esencia del juicio de igualdad se mantiene: verificar si existe o no una fundamentación objetiva y razonable para legitimar o no un tratamiento diferenciado.

De esta manera, pese a que no hay absoluto consenso acerca de cuál es la estructura exacta para llevar a cabo

29. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de julio de 1968. En el derecho español pueden revisarse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC-108 de 1984, STC-178 de 1989, STC-176 de 1993, STC-2 de 1995, STC-140 de 1995 y STC-49 de 1996, entre otras. Para el caso alemán cfr. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., en especial los capítulos III y VIII.

30. En aquella oportunidad concedió la tutela a quien no había sido nombrado para un cargo, a pesar de haber ocupado el primer puesto en el concurso de méritos llevado a cabo, pues la diferencia de trato no fue “objetiva y razonablemente justificada” y resultaba, por el contrario, discriminatoria.

31. Cronológicamente se destacan las siguientes sentencias: T-530 de 1993, T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-022 de 1996, C-352 de 1997, C-318 de 1998, C-539 de 1999, C-112 de 2000, C-1514 de 2000, C-093 de 2001 y C-673 de 2001.

un análisis relacionado con la igualdad, lentamente la jurisprudencia ha venido depurando su metodología en torno al llamado juicio de razonabilidad. Su análisis exige valorar: (i) la constitucionalidad de los fines perseguidos, y (ii) la constitucionalidad de los medios utilizados en relación con los fines y el costo que representa.

I.II.IV.I. *Análisis en cuanto a los fines.* En esta fase del juicio la tarea del intérprete consiste en determinar cuál es el fin que busca el legislador, la autoridad o el particular (en ciertos casos) con una clasificación o medida, para saber si ese propósito es válido constitucionalmente. Un fin será válido cuando no esté prohibido en la Constitución, ya sea de manera expresa o de forma implícita.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha utilizado diversas expresiones como “fin razonable” (C-530 de 1993), “fin legítimo” (T-015 de 1994), “validez constitucional” (T-230 de 1994), “validez del fin” (C-022 de 1996), aunque su esencia es la misma: verificar la finalidad constitucional de la medida. Cualquier medida que se precie de observar el derecho a la igualdad ha de tener unos objetivos legítimos (la satisfacción de principios o valores constitucionales) o de lo contrario debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta este requisito, en la sentencia T-230 de 1994 la Corte constató que el objetivo buscado con la distribución de beneficios laborales en una empresa (asignación de horas extras), a favor de trabajadores no sindicalizados y en contra de los sindicalizados, no era otro que desestimular la afiliación a dicha organización, lo cual contrariaba el derecho constitucional a la libertad de asociación. Dado que esos fines reñían con el ordenamiento superior, declaró la violación del derecho a la igualdad y concedió el amparo.

De la misma forma, en la sentencia T-596 de 1992 explicó que una sanción penal es admisible (*prima facie*) si está orientada a proteger derechos fundamentales u otros

bienes constitucionales, pero no es legítima cuando busca solamente infligir dolor al delincuente.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que una misma medida puede apuntar en diferentes direcciones, el análisis al respecto no siempre es sencillo. La tarea consiste entonces en identificar, con absoluta claridad, cuál es el objetivo o los objetivos que persigue una norma, sin importar que los mismos hayan sido expresamente señalados o que sean derivados del contexto en el que se desarrolla la norma. Naturalmente que para ello cobra especial relevancia una revisión de los antecedentes legislativos, en tanto es al interior del Congreso donde debe iniciarse la búsqueda de esos fines.

I.II.IV.II. *Análisis en cuanto a los medios y su relación con los fines. Juicio de proporcionalidad.* Superado el análisis respecto del objetivo de una norma, el paso siguiente consiste en analizar su relación con los medios diseñados para alcanzarlo. Es aquí donde cobra relevancia la proporcionalidad como técnica hermenéutica para superar las colisiones entre derechos y principios constitucionales.

Como lo explicó la Corte en la sentencia C-022 de 1996, donde analizó un caso que involucraba problemas de igualdad sobre el que luego se hará especial referencia, “el concepto de razonabilidad puede ser aplicado de manera satisfactoria sólo si se concreta en uno más específico, el de proporcionalidad”.

El principio de proporcionalidad está asociado a la correspondencia entre el fin perseguido y los medios elegidos, y su sentido no es otro que definir el alcance de los derechos fundamentales para limitar excesos; excesos que pueden provenir de la actividad del legislador, de las tareas de la administración pública, o incluso del ejercicio mismo de un derecho. Llevado al campo de la actividad judicial, el principio de proporcionalidad combina elementos útiles para la resolución de cada caso en concreto y mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la inter-

vención estatal bajo la lógica de la moderación en el ejercicio del poder³².

Guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad pero no puede ser confundido con éste como ocurre con frecuencia. En efecto, para determinar la violación del derecho a la igualdad es necesario acudir al principio de proporcionalidad porque hay una ruptura del principio de igualdad formal, pero la proporcionalidad no tiene como esencia el derecho a la igualdad, sino prohibir excesos, limitar la actividad del legislador y evitar que cualquier derecho o bien constitucional sea restringido de manera innecesaria. En este sentido, es la razonabilidad (no arbitrariedad) el criterio transversal que inspira el control en materia de igualdad.

Razonabilidad y proporcionalidad se diferencian porque su objeto no es el mismo: “Mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias de dicha diferenciación”³³. Ambas, sin embargo, presentan un vínculo difícilmente escindible cuando se adelanta un juicio relativo a la igualdad, en la medida en que son el resultado del giro hermenéutico que según fue explicado tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo xx.

El análisis del principio de proporcionalidad se concreta en tres etapas independientes: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad, y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

– Adecuación. Definida la validez constitucional de los fines de una norma que impone un tratamiento diferenciado, el paso siguiente consiste en examinar su aptitud funcional. De acuerdo con este requisito, es necesario que

32. JAVIER BARNÉS. “Introducción al principio de la proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994, p. 501.

33. CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 75.

la medida sea funcionalmente idónea para alcanzar sus objetivos, es decir, que sea potencialmente útil para cumplir los fines que se propone.

La validez de una norma que limita un derecho o principio constitucional, en este caso la igualdad formal, no depende sólo de sus objetivos, sino también de sus posibilidades de éxito, así sea relativo, cuando se lleve a la práctica³⁴. Surge entonces un vínculo de conexidad entre los fines que persigue y los medios que propone.

Vale la pena subrayar que la adecuación es interpretada en su vertiente cualitativa y en su dimensión cuantitativa. Cualitativamente, significa que debe ser jurídicamente aceptable a la luz del ordenamiento constitucional; cuantitativamente, supone un mínimo racional de eficacia práctica para la realización de esos fines. De hecho, “el margen para la fijación de los fines no se refiere únicamente a la elección de los fines, sino también a la determinación de la medida de su realización”³⁵.

En esta etapa del principio de proporcionalidad la Corte ha encontrado que, aun cuando algunas medidas buscan fines acordes a la Constitución, resultan *materialmente ineficaces* para alcanzar el objetivo propuesto y son en consecuencia inadmisibles. Valga como ejemplo la sentencia SU-642 de 1998: la dirección del jardín infantil de la Penitenciaría “La Picota” negó el cupo a una niña de 4 años porque tenía el cabello largo y quería mantenerlo así; la institución alegaba que ese requisito buscaba prevenir el contagio de pediculosis –liendres y piojos– ya que por la extrema situación de pobreza en que se encontraban las familias no contaban con una adecuada higiene.

34. Cfr. MANUEL MEDINA GUERRERO. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 120.

35. ROBERT ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 60.

Sin embargo, una vez valorado el concepto médico se pudo determinar que el corte de cabello era inútil para prevenir la pediculosis capilar y por consiguiente la restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad era desproporcionada. Dijo la Corte en su sentencia:

Una vez demostrado que la medida bajo estudio es ineficaz para alcanzar su finalidad, no se hace necesario proseguir con las restantes etapas del juicio de proporcionalidad. Ciertamente, los distintos requisitos que determinan la razonabilidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales son concurrentes, motivo por el cual, si alguno de ellos llega a faltar, la medida bajo análisis se torna inconstitucional de manera automática.

En otra oportunidad (sentencia T-288 de 1995), la Corte encontró que la decisión de varias autoridades deportivas, quienes dispusieron el traslado de los discapacitados de la pista atlética a las graderías en un estadio de fútbol, no contribuía a mejorar la seguridad de los asistentes. En su concepto, “el traslado de los discapacitados a la tribuna sur se presenta como una medida *inútil e inapropiada* para brindar seguridad a todos los participantes. Ella no reporta una mayor seguridad para nadie en particular sino que, por el contrario, aumenta los riesgos para un sector específico de los participantes, llamado precisamente a recibir un trato especial” (destacado original).

Por lo demás, al igual que en el punto relativo a la constitucionalidad de los fines, en el tema de la adecuación el operador jurídico ha de obrar con especial diligencia para no invadir la esfera funcional de otras autoridades y en particular del legislador, especialmente en lo que tiene que ver con la regulación de asuntos de contenido económico ligados al desarrollo de derechos sociales, donde goza de un considerable margen de apreciación por ser el primer llamado a diseñar las políticas a nivel macro. A menos que se trate de un *error manifiesto*

en la utilidad de la medida, es decir, que sea abiertamente ineficaz, habrá de aceptarse su constitucionalidad.

Bajo dicha óptica, la idoneidad “implica un mayor respeto del margen de acción del legislador, pues lo que se exige de sus medidas no es un grado óptimo de idoneidad para alcanzar la máxima protección de un bien jurídico imprescindible, sino tan sólo que no sea abiertamente inadecuada para contribuir a proteger un bien jurídico legítimo”³⁶.

La anterior postura ha sido acogida por la jurisprudencia, como se ilustra en la sentencia C-936 de 2003, donde se declaró la exequibilidad de una norma que autorizaba a las entidades bancarias a celebrar contratos de *leasing* de vivienda habitacional. Para la Corte, la norma no desconocía el derecho a la vivienda porque no resultaba “manifiestamente inadecuada” para contribuir al financiamiento de esos inmuebles y constituía entonces la expresión de la libertad de configuración del legislador en esa materia³⁷.

En conclusión, una medida que implique un tratamiento diferencial o, lo que es lo mismo, una ruptura del principio de igualdad formal, no sólo debe perseguir un fin legítimo, sino que también debe tener la capacidad de contribuir a su realización efectiva. De lo contrario, no

36. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 135.

37. “En tal evento de *error manifiesto*, el juez constitucional puede, a partir de elementos objetivos, que se derivan del supuesto de hecho de la disposición constitucional, y normativos precisos, que incluyen el cumplimiento de las obligaciones internacionales, ponderar sobre la valoración que hace la autoridad, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o absoluta falta de interés en cumplir el propósito constitucional [...] La evaluación de cuál es el saldo de la mencionada relación corresponde al legislador. Al juez constitucional le está vedado, en principio, inmiscuirse en la valoración de la situación que haga el legislador, *salvo que resulte claro y patente que las condiciones normativas impiden la realización del derecho a la vivienda digna*” (cursiva fuera de texto).

satisface el requisito de adecuación que demanda el principio de proporcionalidad y debe ser retirada del ordenamiento.

– Necesidad. Este paso consiste en determinar si hay otro medio que permita alcanzar el objetivo perseguido y sacrifique en menor grado a quienes no se benefician con la medida. Aquí la relación no es de medio a fin, sino entre los diversos medios posibles una vez definida cuál es la meta a alcanzar y su validez constitucional: “La restricción impuesta por la norma será necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia”³⁸.

La utilización de este segundo paso tiene estrecha relación con el principio de armonización concreta propuesto por KONRAD HESSE³⁹, que impide que la efectividad de un derecho se haga a costa del sacrificio innecesario de otro. Como se busca la medida que menos afecte un derecho (o principio), se pretende, en últimas, maximizar el ejercicio de todos ellos.

El desconocimiento del requisito de necesidad ha llevado a la Corte a declarar contrarias al derecho a la igualdad algunas normas. Se destaca la sentencia C-022 de 1996, donde declaró inexecutable una norma que establecía un mayor puntaje en las pruebas de Estado para aquellas personas que hubieren prestado el servicio militar, pues consideró que la misma resultaba innecesaria y era, en consecuencia, desproporcionada. Sostuvo al respecto:

En efecto, si bien el privilegio otorgado es adecuado para estimular la prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación en quienes se han incorpo-

38. BARNÉS. *Introducción al principio de la proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, cit., p. 505.

39. KONRAD HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

rado a las fuerzas armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin, ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior. *No es necesario el trato desigual establecido por la norma demandada porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que, sin implicar el sacrificio exagerado de los derechos de otras personas, logren eficazmente ese fin.* (Destacado fuera de texto).

También interesa destacar que a la luz del principio democrático es deseable una actitud prudente del juez constitucional, de manera que respete en cuanto sea posible la libertad de configuración del legislador⁴⁰. Así también lo ha entendido la jurisprudencia constitucional⁴¹.

Como lo explica la doctrina más autorizada en esta materia, es preciso tener en cuenta los costes económicos que podría demandar la utilización de medidas igualmente idóneas aunque menos invasivas: “Los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deberán ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad”⁴².

Lo anterior, por cuanto las posibilidades de encontrar otros métodos alternativos son excesivamente amplias y quizá interminables. Hay que reconocer entonces limitaciones de diversa índole, a más de intentar al máximo que se deje a salvo la decisión política adoptada por el legislador, foro democrático por excelencia y donde convergen legítimamente las diferentes corrientes ideológicas del país⁴³.

40. *Ibíd.*, pp. 757 y ss.

41. Sentencias C-445 de 1995, C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-808 de 2001, entre otras.

42. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 741.

43. “Si el legislador debe perseguir un fin y tiene a su disposición

– Proporcionalidad en sentido estricto. Según el principio de proporcionalidad en sentido estricto, “los costes y beneficios que se desprenden de la norma tienen que guardar un razonable equilibrio, lo cual implica ponderar los perjuicios que se irrogan al ciudadano y cualesquiera otros que puedan generarse para el interés general si renuncia a la intervención”⁴⁴. En otras palabras, el beneficio que reporta una medida no debe disminuir otros derechos o principios que son más importantes en un determinado contexto.

El análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere así un ejercicio de ponderación, de sopesamiento, de balanceo de los bienes y derechos que se encuentran en tensión, en conflicto. “La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un mayor peso en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”⁴⁵.

Dos reconocidos teóricos del derecho que tienen profundas divergencias conceptuales, RONALD DWORKIN y HERBERT L. A. HART, coinciden, sin embargo, en la necesidad de acudir a la *ponderación* como técnica para superar los casos más complejos en el mundo del derecho. DWORKIN considera que en los denominados “casos difíciles”, los cuales se presentan cuando surge un conflicto entre principios del mismo nivel, una vez se constata la insuficiencia de las reglas y la indeterminación de los valores o directri-

varios medios igualmente idóneos, la elección del medio adecuado en principio se confía a su discrecionalidad”: ALEXEY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., p. 61.

44. BARNÉS. *Introducción al principio de la proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, cit., p. 507.

45. JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 269.

ces políticas en juego es necesario el sopesamiento de los derechos o bienes jurídicos en pugna con miras a buscar una única respuesta correcta⁴⁶.

HART, por su parte, sostiene que a pesar del amplio grado de discrecionalidad en manos del intérprete, lo cual excluye la presencia de una única solución correcta, es necesario acudir a un ejercicio de ponderación para resolver las controversias surgidas. Según sus palabras,

Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo caso, aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto⁴⁷.

Como una de las principales características de la ponderación está dada en que su análisis debe hacerse en forma particular, es decir, valorando hechos específicos para una situación determinada, podría pensarse en el riesgo de permitir una ilimitada discrecionalidad del operador jurídico. No obstante, el respeto al precedente, la argumentación razonada de las sentencias y la necesidad de garantizar un mínimo irreductible en todo derecho fundamental cierran el margen de arbitrariedad. Y el principio de *proporcionalidad en sentido estricto* busca precisamente ofrecer herramientas metodológicas para definir la prevalencia de uno u otro principio y las restricciones al ejercicio de uno u otro derecho.

46. RONALD DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 (trad. al castellano: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989).

47. H. L. A. HART. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; *El concepto de derecho*, GENARO CARRIÓ (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 253.

La pregunta que surge es entonces: ¿cómo llevar a cabo ese ejercicio de ponderación en el principio de proporcionalidad en sentido estricto?

(i) Pues bien, el primer paso consiste en identificar cuáles son los principios constitucionales o bienes jurídicos que se encuentran enfrentados (en tensión) y que deben ponerse en la balanza.

(ii) En segundo lugar, hay que tener en cuenta cuál es el grado de afectación a los principios involucrados que representa una medida, es decir, si es intensa, moderada o leve. “De esta forma, si un principio se afecta intensamente, debe prevalecer sobre el principio contrario, si este segundo principio sólo sufre una afectación leve”⁴⁸.

(iii) En tercer lugar, como es evidente la dificultad para encontrar criterios matemáticos en este ejercicio hermenéutico, hay que hacer referencia a la ley de ponderación que ALEXY propone: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁹. O como lo explica CÉSAR RODRÍGUEZ, al poner los bienes jurídicos en la balanza hay que tener en cuenta el beneficio que reporta para los sujetos favorecidos con la medida, y el perjuicio sufrido por quienes se ven excluidos⁵⁰.

48. BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, cit., p. 270.

49. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161. ALEXY reinterpreta aquí la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en asuntos relacionados con la libertad de expresión, según la cual “cuanto más afecte la intervención legal expresiones elementales de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su fundamentación frente al derecho fundamental de libertad del ciudadano” (*BVferGE*, 20, 150, 159).

50. CÉSAR RODRÍGUEZ. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *Observatorio de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996, p. 278.

El derecho exige del juez una labor aún más profunda que le obligue a entender de manera sistemática la totalidad del ordenamiento y a confrontar los intereses particulares y colectivos contrapuestos, a partir de las circunstancias propias del caso concreto. Así, en materia de igualdad, es preciso analizar las consecuencias que podría generar la modificación de la medida en dos vertientes: si se eliminara para todos los beneficiados y si se hiciera extensiva a quienes no fueron incluidos en ella.

Algunos doctrinantes proponen acudir a la llamada “fórmula del peso”, que supone analizar aritméticamente tres factores: el mayor o menor grado de afectación de un derecho, el valor abstracto de cada derecho y la certeza de las premisas⁵¹. Sin embargo, en aras de una mayor claridad expositiva, es suficiente advertir que el operador jurídico ha de tener en cuenta múltiples factores, entre los cuales se destacan los siguientes:

– *Urgencia de la medida*. Una limitación que en determinado momento es necesaria puede dejar de serlo si la necesidad de garantizar el derecho que se verá afectado es aún más apremiante. Por ejemplo, en los estados de excepción se reconoce la urgencia de adoptar medidas para restringir derechos, pero por mandato expreso de la Constitución (art. 214.2) esta urgencia no puede suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales⁵².

– *Respeto al precedente*. Aunque esta cuestión será analizada de manera independiente, no puede pasarse por alto que la existencia de precedentes jurisprudenciales condiciona el alcance de la ponderación en los casos concretos, de la misma forma como reduce el margen de la libre apreciación judicial.

51. Para una presentación general cfr. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 101 y ss.

52. La sentencia C-179 de 1994 revisó la constitucionalidad de la ley estatutaria que regula los estados de excepción y reafirma este punto.

– *Precedencias “prima facie”*. Cuando surge una tensión de valores, principios o derechos constitucionales, no es posible establecer una jerarquización absoluta de los mismos. Para superar esta cuestión, la jurisprudencia ha construido la teoría de las precedencias *prima facie*⁵³ según la cual existen algunas condiciones bajo las cuales un principio se impone a otro (la vida, por ejemplo, tiene una mayor importancia *prima facie* sobre el derecho a la libertad de culto). Esta es la mejor forma de armonizar el respeto al precedente y el peso específico en cada caso:

Así, una precedencia *prima facie* del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. Las prevalencias *prima facie* juegan entonces, a nivel de la argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si aparece demostrado lo contrario. Estas supremacías iniciales establecen entonces cargas de argumentación y de esa manera esbozan un orden en las soluciones pero no contienen determinaciones definitivas⁵⁴.

– *Intensidad de la restricción*. La limitación de un derecho solamente podrá tener la duración en el tiempo y en el espacio que sea estrictamente necesaria para el cumplimiento del fin propuesto. Un claro ejemplo se encuentra en los conflictos derivados del derecho a la educación, del deber que el mismo impone, de la autonomía pedagógica y del libre desarrollo de la personalidad: “Un colegio se

53. ROBERT ALEXY. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

54. CATALINA BOTERO MARINO, JUAN FERNANDO JARAMILLO y RODRIGO UPRIMNY YEPES. *Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada*, Bogotá, 1999.

encuentra facultado para corregir e imponer sanciones disciplinarias cuando el comportamiento de sus alumnas así lo amerite, pero el tipo de sanción debe estar acorde con la gravedad de la falta, la edad de la alumna y su personalidad”⁵⁵.

– *Contexto social*. Las experiencias históricas de una comunidad y la capacidad para asimilarlas constructivamente son factores que en determinado momento hacen que un derecho adquiera mayor importancia frente a otro. De la capacidad del juez para reflejar ese proceso histórico y para plasmarlo en una sentencia dependerá en buena medida el desarrollo socio-económico de una comunidad.

Descendiendo al plano jurisprudencial, la Corte Constitucional colombiana también ha seguido esta metodología al sostener que el principio satisfecho con la restricción no debe sacrificar otros principios constitucionalmente más importantes⁵⁶. En caso de ser más gravoso el perjuicio causado la norma será declarada desproporcionada y, en esa medida, contraria al derecho a la igualdad.

A manera de ejemplo, en la sentencia T-411 de 1994 resolvió el caso de una niña que requería asistencia médica especializada debido a su grave estado de salud, pero cuyos padres se negaban a llevarla al hospital porque la religión que profesaban lo prohibía. En un ejercicio de ponderación la Corte encontró que ante la eventual tensión entre los derechos a la libertad de expresión religiosa de los padres, por un lado, y los derechos a la vida y a la salud de la niña, por el otro, debían prevalecer estos últimos.

55. Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Igualmente puede revisarse la sentencia T-124 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, que señaló: “Sin embargo, el test de proporcionalidad se predica no solo de la imposición de una norma específica y de su restricción frente al derecho [...] sino frente a las posibles sanciones que se impriman con fundamento en esa norma”.

56. Cfr. sentencia C-022 de 1996.

Con una mayor claridad metodológica, en la sentencia C-309 de 1997 la Corte declaró la constitucionalidad de una norma del Código de Tránsito que establecía una multa en caso de no utilizar el cinturón de seguridad. La tensión entre el derecho a la autonomía personal, frente a la vida y la integridad física, fue resuelta a favor de la vida y la integridad, luego de aclarar que no se trataba de una medida perfeccionista sino de protección, la cual no resultaba desproporcionada, entre otras razones porque “la carga que se impone a la persona es mínima, mientras que el efecto protector es claro y sustantivo, pues se trata de evitar graves lesiones o innecesarias pérdidas de vidas humanas”.

Más adelante añade la misma providencia: “la sanción no es excesiva, pues se trata de una multa que no es particularmente elevada. En ese orden de ideas, no resulta razonable pensar que una persona está dispuesta a morir o a resultar gravemente lesionada porque considera que el no uso del cinturón de seguridad es un elemento central de su proyecto de vida, pero que en cambio no acepta pagar cinco salarios mínimos diarios por cometer tal infracción”.

Para cerrar esta breve presentación jurisprudencial, en una muy reciente providencia (sentencia T-453 de 2005) la Corte consideró una intromisión ilegítima en la intimidad personal, y por ello desproporcionado, que dentro de un proceso penal relacionado con la investigación de delitos sexuales se indagara sobre la intimidad de quien fue víctima de un ilícito, dado que podría implicar un trauma mayor a la persona afectada en la búsqueda de otro fin constitucionalmente valioso: la verdad y imposición de una pena por la comisión de un delito.

I.II.IV.III. *Síntesis de lo anterior.* Ante la insuficiencia analítica de los métodos tradicionales basados en la lógica formal (*subsunción*), la razonabilidad se erige como el criterio hermenéutico desarrollado por los tribunales para determinar si una norma viola o no el derecho a la igual-

dad. De acuerdo con este concepto, la igualdad se afecta cuando la correlación entre los fines perseguidos y los medios utilizados se quiebra, ya sea porque el fin es ilegítimo en perspectiva constitucional, porque los medios no son los apropiados para alcanzarlo, o porque hay una desproporción en términos de costo-beneficio. En este panorama, el test de razonabilidad y sus diferentes etapas no son más que una herramienta metodológica para llevar a cabo el análisis constitucional con mayor claridad conceptual.

I.III. *El test de razonabilidad en el caso de la Ley 546 de 1999*

El estudio precedente sobre la forma correcta de interpretar y llevar a cabo cualquier análisis donde se involucre el derecho a la igualdad, permite ahora dar paso al estudio específico de la Ley 546 de 1999, frente al régimen de transición en ella previsto y desarrollado específicamente en sus artículos 40 y 41.

Como fue indicado al comenzar este escrito, la ley reconoció un abono económico (reliquidación⁵⁷) a las obligaciones crediticias adquiridas con entidades financieras para la compra de vivienda individual, siempre y cuando estuvieren vigentes a la fecha de su expedición. En esa medida, excluyó del beneficio las obligaciones que para entonces hubieren sido definitivamente canceladas y los créditos distintos a vivienda.

Pues bien, para determinar si lo anterior desconoce el derecho a la igualdad, es necesario adelantar el juicio de

57. “Se entiende por *reliquidación* el abono que imperiosamente se debe hacer a un crédito de vivienda individual o a varios pero respecto del mismo inmueble, sobre las bases señaladas en los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999, operación que no implica alternativa diversa a la rebaja del saldo que determina el abono y que se hace por una sola vez”: HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *La Ley de Vivienda (546 de 1999) y sus implicaciones en el campo procesal civil*, Bogotá, Dupré Editores, 2001, p. 17.

razonabilidad de acuerdo con los parámetros anteriormente explicados.

Como punto de partida hay que advertir que el criterio de comparación (*tertium comparationis*) es la condición de deudor a la fecha de entrada en vigencia de la ley (*requisito para recibir el abono económico*). Y la pregunta a responder es si dicho criterio es o no razonable, es decir, si existen fundamentos objetivos para acoger tal distinción, o si por el contrario ella se refleja como caprichosa o arbitraria.

I.III.I. Análisis respecto de los fines

El abono económico reconocido en el régimen de transición de la Ley 546 de 1999 puede ser interpretado, en cuanto a sus fines, desde varias aristas, todas ellas válidas en perspectiva constitucional.

En primer término, el propio artículo 40 de la ley es claro en señalar que la medida fue adoptada “con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda [...] y para contribuir a la formación del ahorro que permita formar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado en dación en pago sus viviendas, en los términos previstos en el artículo 46” –posibilidad de readquisición de vivienda en caso de que el inmueble no hubiere sido enajenado–.

Su finalidad primordial no fue otra que la protección del derecho a la vivienda digna de aquellos deudores que se encontraban en *grave riesgo de perder su inmueble*. Así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, donde se pronunció frente a varias normas de dicha ley. Dentro de las consideraciones expuestas por la Corte al referirse a la constitucionalidad del régimen de transición se destacan los siguientes apartes:

21. El principio de igualdad y las reliquidaciones de créditos contraídos en UPAC. Razón de las actuaciones estatales orientadas a conjurar una crisis social de grandes propor-

ciones. Exequibilidad del ejercicio de la función legislativa con miras a solucionar, al menos en parte, una grave situación social.

[...] El legislador encontró, entonces, una situación creada, de excepcional gravedad, *de cuya solución dependía no solamente la buscada reactivación económica sino la atención inmediata de la crisis individual y familiar* causada por los aludidos factores, con inmenso perjuicio para miles de personas.

[...] *A juicio de la Corte, independientemente de la constitucionalidad de cada una de las normas del capítulo individualmente consideradas, el conjunto de las disposiciones puestas en vigencia obedeció a una legítima actitud del legislador, quien quiso adelantarse, mediante reglas ordinarias, a la circunstancia de una posible declaración del estado de emergencia económica y social por el Presidente de la República (art. 215 C. P.).* (Destacado no original).

Siguiendo la misma línea, al referirse específicamente a la finalidad del artículo 40, esto es, sobre la reliquidación allí prevista, la Corte precisó que el reajuste apuntaba a la inversión social para hacer efectivo el derecho a la vivienda, como una respuesta ante la amenaza de una grave inestabilidad económica y social en el país. Dijo entonces:

El artículo 40, también impugnado en este proceso, se refiere a la inversión social para vivienda y estatuye que, con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional del que se trata, el Estado invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar las obligaciones vigentes que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito, destinadas a la financiación de vivienda individual a largo plazo, así como para contribuir a la formación del ahorro que permita estructurar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado a título de dación en pago sus viviendas, en los términos previstos en el artículo 46 (opción de readquisición de vivienda).

Se concretan en esta norma los postulados que ya fueron objeto del análisis genérico efectuado por la Corte en la presente providencia, relativos a la efectiva vigencia del Estado social de derecho y concernientes también a la asunción anticipada por parte del Estado de las responsabilidades inherentes a los acontecimientos que precipitaron la crisis del sector inmobiliario y de crédito financiero de vivienda en los años inmediatamente anteriores.

En la disposición cuestionada el ente estatal busca realizar el mandato superior del artículo 51, varias veces citado en este proceso, y se obliga a invertir sumas integrantes del patrimonio colectivo en el abono a obligaciones vigentes contraídas por las personas con establecimientos de crédito.

Ello no puede catalogarse como subsidio, pues no corresponde tal concepto a los antecedentes verídicos del establecimiento de la normatividad en tela de juicio, ni tampoco es posible que se lo catalogue como auxilio, de aquellos prohibidos por la Constitución en favor de particulares (art. 355 C. P.), sino que *debe encasillarse en la función de respuesta del ente estatal frente a una circunstancia grave y crítica que amenazaba con descomponer, de manera inminente e incontrolable, el orden económico y social de la República.* (Destacado fuera de texto).

En segundo lugar, de acuerdo con la anterior cita jurisprudencial otro de los fines de la norma fue el de evitar el colapso del sistema financiero y con ello proteger el “orden económico y social de la República”, ante el riesgo considerable de que un elevado número de deudores de vivienda no pudiera cubrir sus obligaciones bancarias perdiendo entonces sus inmuebles, pero afectando la estabilidad del país en grandes proporciones.

Por último, la norma buscó proteger a los deudores que habían entregado sus inmuebles como dación en pago, a fin de que pudieran recuperarlos, siempre y cuando las condiciones jurídicas y fácticas lo permitieran, es decir, si el bien no había sido enajenado por la entidad financiera acreedora.

Bajo esta óptica, es claro que los objetivos trazados con los abonos de la Ley 546 de 1999 son plenamente válidos en el ordenamiento constitucional colombiano, pues se enmarcan en desarrollo de los principios inherentes a un Estado social de derecho, que adopta acciones positivas (acciones afirmativas) para asegurar condiciones de igualdad sustantiva en favor de los grupos en condiciones de debilidad manifiesta: en este caso, los deudores que veían amenazado en alto grado su derecho a la vivienda digna.

Al revisar los antecedentes de la ley también puede constatar que los objetivos aquí mencionados corresponden con los que llevaron al Gobierno a impulsar el proyecto. Así, en la exposición de motivos presentada el 8 de octubre de 1999, el Ejecutivo explicó lo siguiente:

Como resultado, los actores del sistema de vivienda: deudores, intermediarios, ahorradores y el Estado, enfrentan una situación de evidente y acelerado deterioro en los más importantes indicadores de la salud del sistema: la cartera morosa ha alcanzado índices superiores al 14%, el valor de las viviendas entregadas en dación en pago excede los \$500.000 millones y la credibilidad de los esquemas hipotecarios ha alcanzado su punto más bajo. De no adoptarse las medidas de corrección estructural del modelo de financiación de vivienda *se pondría en peligro no sólo la vivienda de los colombianos, sino también sus depósitos en el sector financiero, y por ende, la estabilidad de la economía*⁵⁸. (Destacado no original).

Así las cosas, queda claro que la reliquidación prevista en los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999 estuvo concebida *solamente* para los deudores que tenían créditos de vivienda pendientes con instituciones del sector financiero, con el propósito de evitar la pérdida de sus

58. *Gaceta del Congreso*, n.º 371 de 1999. Proyecto de Ley 134 de 1999, y acumulados n.º 141 de 1999, 149 de 1999 y 156 de 1999.

inmuebles más preciados y a la postre un colapso global de la economía. Ninguno de los fines perseguidos guardaba relación con las personas cuyas obligaciones crediticias ya se habían satisfecho, o con créditos distintos a vivienda.

I.III.II. Análisis en cuanto a los medios y su relación con los fines. Juicio de proporcionalidad

I.III.II.I. *Adecuación*. Respecto de la idoneidad funcional de la norma, esto es, frente a su eficacia práctica, es poco lo que se puede añadir diferente a lo que demostró la realidad.

La reliquidación no sólo era potencialmente apta para cumplir su cometido, en la medida que representaba un alivio económico considerable para los deudores en riesgo de perder sus inmuebles, sino que la experiencia también demostró que el mecanismo diseñado por el legislador resultaría adecuado cuando se llevó a la práctica. En efecto, la medida fue tan eficaz que la emergencia económica, avizorada e incluso temida por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, por fortuna nunca se presentó.

En virtud del abono económico aplicado bajo las directrices del Congreso, muchos deudores pudieron refinanciar sus créditos sin perder sus viviendas y, sobre todo, sin ocasionar un grave desequilibrio en la economía nacional. Sin embargo, de haberse ampliado la reliquidación de forma indiscriminada, a todo tipo de deudores, los costos se habrían incrementado exponencialmente, desencadenando un grave peligro para la economía, esta vez ante la insuficiencia de recursos estatales destinados a reliquidar todas las obligaciones crediticias, incluso las fenecidas muchos años atrás.

Ahora bien, como la medida estaba dirigida a los deudores de vivienda con obligaciones vigentes, el requisito de adecuación sólo se predicaba respecto de su situación y ningún sentido tendría hacerlos exigibles frente a otros

deudores. De ampliarse el abono a quienes tuvieran sus obligaciones saldadas, o a créditos distintos, la medida en nada contribuiría a la realización del derecho a la vivienda ni a minimizar el riesgo de inestabilidad económica porque se aplicaría a sujetos extraños. De esta manera, la relación entre los fines perseguidos y los medios utilizados se vería afectada por la falta de correspondencia entre unos y otros (ineptitud funcional de la medida).

I.III.II.II. *Necesidad*. Naturalmente que para dar respuesta a las necesidades de los deudores en riesgo de perder sus inmuebles, el legislador podía acudir a tantos mecanismos como existieren en la mente creativa de los parlamentarios. Lo mismo es predicable de la reforma estructural al sistema de financiamiento de vivienda, pues así como optó por la Unidad de Valor Real (UVR) pudo haber implementado una figura distinta sin que por ese simple hecho fuera reprochada de inconstitucional.

Es por ello que el análisis del juicio de necesidad, orientado a definir si existían otras medidas igualmente eficaces pero menos gravosas, no debe perder de vista el amplio margen de configuración inherente al legislador para regular temas de contenido económico ligados al desarrollo de derechos prestacionales como la vivienda. Recuérdense entonces las sentencias C-445 de 1997 y C-936 de 2003, sobre las cuales ya se ha hecho mención, relativas a la amplia libertad de configuración del Congreso y a la necesidad de un error manifiesto para reprochar la inconstitucionalidad de una medida de esta naturaleza.

Pues bien, de la multiplicidad de alternativas, los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999 se reflejan como una de las menos lesivas no sólo para los deudores, sino también para las instituciones financieras y la economía en su conjunto.

En este sentido hay que destacar que el abono económico fue asumido directamente por el Estado, con el objetivo de amparar únicamente a los sujetos en mayor grado de debilidad económica y social, y no a todos quie-

nes alguna vez adquirieron un crédito con las entidades financieras. Ello explica el porqué sólo se amparó una modalidad crediticia (la vivienda individual a largo plazo), un único inmueble (la vivienda) y un solo tipo de sujetos (las personas naturales con deudas vigentes). Se excluyeron todos los otros créditos.

Y por otro lado, ningún perjuicio se causó a los deudores cuyas obligaciones no estaban pendientes a la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999, puesto que no se les impuso un gasto o carga adicional: simplemente se respetó una situación jurídica consolidada al amparo de las normas vigentes en ese momento histórico.

Ahora bien, tampoco se les incluyó como beneficiarios de la medida por la sencilla razón de que no hacían parte del universo de deudores en inminente riesgo de perder su inmueble, ni cuya situación pudiera amenazar la estabilidad económica nacional. Nótese que el abono no obedeció a errores en los cobros o a pagos indebidos, pues los mismos se ajustaron al ordenamiento hasta entonces aplicable (no puede perderse de vista que la declaratoria de inequidad del sistema de UPAC nunca tuvo efecto retroactivo), sino a la necesidad de atemperar el riesgo de la pérdida de viviendas y evitar así el colapso de la economía colombiana.

Aunado a lo anterior, como fue explicado en la parte general de este escrito, el impacto económico es un criterio a tener en cuenta al momento de valorar la presencia de otras medidas que pudieren ser menos gravosas e igualmente idóneas (necesidad): “los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deberán ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad”⁵⁹. Y es precisamente esta circunstancia la que demuestra la necesidad de res-

59. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 741.

tringir el ámbito de aplicación del abono a los deudores con créditos vigentes, excluyendo cualquier otro tipo de crédito ya cancelado, o que no fuere para vivienda.

Así las cosas, queda claro que la reliquidación de los créditos autorizada en la Ley 546 de 1999 sólo para quienes tuvieran deudas en ese momento, no se refleja como innecesaria o resultado de un imperdonable capricho del legislador.

I.III.II.III. *Proporcionalidad en sentido estricto*. Como se explica en seguida, al adelantar el ejercicio de ponderación entre los principios en tensión, puede notarse que el beneficio es mayor que el eventual perjuicio causado.

(i) Para llevar a cabo el ejercicio de ponderación el primer punto consiste en identificar los bienes jurídicos en tensión o pugna.

En el caso de la reliquidación tenemos que el otorgamiento *restringido* de los abonos buscaba satisfacer simultáneamente diversos bienes jurídicos: (1) potenciar el derecho a la vivienda de sujetos en condiciones de debilidad económica, (2) asegurar la estabilidad de la economía del país, (3) proteger los recursos públicos y evitar un gasto excesivo con cargo al tesoro público y, finalmente, (4) garantizar la seguridad jurídica.

Por su parte, el hecho de excluir como beneficiarios del abono a quienes no tuvieran deudas vigentes implicaba: (1) un eventual menoscabo patrimonial, y (2) la menor realización de su derecho a la vivienda.

(ii) El paso siguiente consiste en determinar cuál es el grado de afectación que la medida supone a los derechos y principios (intenso, moderado o leve).

Al respecto hay que señalar que el costo para quienes se encontraban al día en sus obligaciones (deudas ya canceladas) fue aparente o en todo caso leve, aunque no por ello sin importancia.

Frente al detrimento económico hay que precisar que, en estricto sentido, no operó ningún daño, por cuanto nunca se generó una carga económica adicional o impre-

vista; simplemente no fue otorgado un abono que fue reconocido a otros sujetos. Sin embargo, podría alegarse que esta afirmación es tan sólo un eufemismo, pues el hecho de no haberlos incluido como beneficiarios de la reliquidación del crédito implicó dejar de ingresar un activo en el patrimonio.

Si en gracia de discusión se aceptara este reproche, lo cierto es que el perjuicio no trascendía de la órbita de las relaciones estrictamente contractuales y económicas. En esa medida, como no se trataba de una exoneración de la deuda sino de una reliquidación, el sacrificio individual puede ser considerado como leve o de menor intensidad.

De otra parte, en cuanto a la presunta restricción del derecho a la vivienda para quienes no fueron incluidos como beneficiarios del abono, también hay que advertir que la medida no representó vulneración alguna. En efecto, si para finales de 1999 las obligaciones fiscales ya se encontraban saldadas, la consecuencia obvia era que no había derecho a la vivienda amenazado, al menos en relación con la obligación financiera hipotecaria, pues la deuda había sido satisfecha.

(iii) Determinado entonces el nivel de restricción económica que implicó la medida, queda por llevar a cabo el ejercicio concreto de ponderación frente a los beneficios reportados.

Pues bien, al sopesar los principios y derechos enfrentados, no es difícil concluir que la balanza se inclina a favor de la reliquidación de créditos *únicamente* para quienes tuvieren deudas vigentes al momento de aprobación de la Ley 546 de 1999. En efecto, no sólo los principios protegidos son de la más alta importancia constitucional, sino que el sacrificio que representó fue apenas aparente, o en todo caso de menor entidad si se compara con los beneficios que produjo la medida en los términos en que fue diseñada por el legislador.

– La valía constitucional del derecho a la vivienda se potencia aún más en el caso de los sujetos en condiciones de debilidad económica, para quienes el artículo 13 de la

Constitución reconoce una protección reforzada, como lo ha señalado de tiempo atrás la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal. Pero más allá del beneficio individual que representa la tenencia de un inmueble, el derecho a la vivienda está concebido como soporte a la familia, institución básica de la sociedad. Así lo sostuvo expresamente la Corte en la sentencia C-936 de 2003:

Habiéndose analizado su contenido general, resta por considerar las personas protegidas. La vivienda digna no es un bien jurídico de carácter exclusivamente individual. Antes bien, frecuentemente tiene un destino grupal (no colectivo): la familia.

La familia como objeto constitucionalmente protegido (art. 42 C. P.) requiere un espacio determinado en el cual se desarrolla y se realizan los procesos propios de este fenómeno social. Dicho espacio corresponde a la vivienda y las condiciones antes indicadas, que cualifican su dignidad y benefician a cada uno de sus integrantes, así como a la familia. Sin la mencionada protección a los individuos integrantes de la familia, ésta se ve desprotegida y se enfrenta a su disolución.

En este orden de ideas, resulta evidente que la protección del derecho a la vivienda para los grupos en condiciones de debilidad económica constituye un principio de especial trascendencia, lo que justifica la restricción impuesta en la Ley 546 de 1999 al otorgar el abono sólo a ese colectivo.

– Otro de los principios en juego es el de la estabilidad económica nacional, cuya importancia es de tal magnitud para toda la sociedad que el propio constituyente autorizó la declaratoria de un *estado de excepción* en caso de perturbación o amenaza grave del orden económico y social (art. 215 C. P.), con las profundas implicaciones jurídicas por todos conocidas y sobre las cuales la propia Corte Constitucional ya ha tenido ocasión de referirse en varias ocasiones.

– Adicionalmente, el hecho de limitar el abono sólo al universo de los deudores con obligaciones pendientes se justifica al sopesar el riesgo de desestabilización del sistema económico en su conjunto, la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a las relaciones contractuales y la escasez de recursos del Estado para reliquidar todos los créditos, que podría remontarse hasta la creación misma del sistema UPAC en la década del 70, con una cifra astronómica incalculable. Y si a ello se suma que nunca fueron los destinatarios de la medida, queda en evidencia que en ningún momento se desconoció su derecho a la igualdad.

Al respecto, hay que advertir que el costo que supuso la medida no fue asumido integralmente por las instituciones financieras, ni incluso por el Estado, sino por todos los colombianos, por cuanto los abonos fueron financiados mediante la emisión de títulos de deuda pública (TES) emitidos a diez años de plazo, como lo autorizó el parágrafo 4 del artículo 41 de la Ley 546 de 1999⁶⁰ y lo avaló la Corte Constitucional.

La carga se justificaba plenamente en el principio de solidaridad, ante la necesidad de no dejar al garete un sector de la población en condiciones de debilidad manifiesta (los deudores hipotecarios en riesgo de perder su vivienda), cuya crisis podría comprometer en alto grado la situación económica a nivel general. Pero no se explicaba para otro tipo de deudores.

60. “Artículo 41 [...] Parágrafo 4. El Gobierno Nacional queda autorizado para emitir y entregar Títulos de Tesorería, TES, denominados en UVR y con el rendimiento que éste determine, con pagos mensuales, en las cuantías requeridas para atender la cancelación de las sumas que se abonarán a los créditos hipotecarios. Dichos títulos serán emitidos a 10 años de plazo. Estas operaciones sólo requerirán para su validez del decreto que ordene su emisión y determine las condiciones de los títulos, que podrán emitirse con cargo a vigencias futuras y con base en los recursos provenientes de las inversiones forzadas establecidas por la presente ley”.

– Ahora bien, aceptando la hipótesis (cuestionable) de que hubo un detrimento económico para quienes ya habían saldado sus obligaciones, porque no se les otorgó la reliquidación, lo cierto es que el hecho de no hacerles extensiva la reliquidación no representó un costo más allá del posible detrimento patrimonial.

Cuando la norma hacía una distinción entre los deudores al día en sus obligaciones financieras y los deudores morosos a la fecha de entrada en vigencia de la ley, para aplicar el beneficio a los primeros y negarlo a los segundos, esa correspondencia entre el medio y el fin sí se veía afectada debido a que ambos grupos (deudores cumplidos y deudores morosos) estaban en riesgo de perder su inmueble. Tal circunstancia ya había sido estudiada al interior del Congreso durante el debate parlamentario, donde en la ponencia para primer debate en Cámara la comisión de ponentes puso en evidencia la necesidad de analizar la situación de los deudores morosos con créditos vigentes. Dijo entonces:

Habiendo estudiado las diversas propuestas, la Comisión de ponentes acoge la fórmula de reliquidación de los créditos establecida en el proyecto del Gobierno, *pero haciéndola extensiva a todos los deudores hipotecarios con créditos vigentes a la fecha de expedición de la presente ley*. Es decir que el abono de la diferencia al capital de cada obligación, correspondiente a la reliquidación de los saldos, se aplicará a todos los créditos vigentes sobre la base del IPC, sin tomar en cuenta el monto de dichos préstamos ni el hecho de encontrarse o no al día en sus pagos⁶¹. (Destacado fuera de texto).

Ante la insuficiencia de la regulación finalmente aprobada, la Corte declaró inexecutable algunos apartados que preveían una regulación distinta para créditos en mora, pues la necesidad de la medida exigía amparar especialmente a los deudores morosos.

61. *Gaceta del Congreso*, n.º 482 de 1999.

Sin embargo, ninguna desproporción existió al fijarse un tratamiento distinto a las obligaciones pendientes y obligaciones saldadas, porque en este último caso la amenaza al derecho a la vivienda digna desapareció con el pago de la deuda. En esa medida, el problema social se predicaba sólo de quienes tuvieren obligaciones vigentes, ya fuere al día o en mora, y era a ellos a quienes debía ofrecerse alguna solución urgente a sus problemas.

Como conclusión de lo expuesto, la pregunta sobre si los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999 vulneran el derecho a la igualdad, por no haber incluido como objeto del abono económico las obligaciones crediticias ya saldadas para la entrada en vigencia de la ley, o créditos distintos a vivienda, debe responderse de forma negativa. El abono económico, en los términos anteriormente reseñados, supera con éxito el juicio de razonabilidad y no se refleja como una medida arbitraria o caprichosa del legislador. Es, por el contrario, el resultado de su prudente margen de apreciación en un asunto abierto a una amplia gama de posibilidades.

I.IV. Inexistencia de una inconstitucionalidad por omisión

El complejo tema de la igualdad también plantea interesantes debates desde otra óptica, relacionada esta vez con la forma como el derecho se puede ver afectado en el plano normativo y el camino para superar una posible discriminación normativa.

Si bien ya ha quedado en claro que los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999 no vulneran el derecho a la igualdad, para completar esta presentación conviene explicar, así sea brevemente, por qué no se trata de una inconstitucionalidad por omisión y por qué ningún juez puede hacer extensivo el abono económico a un universo de sujetos o de obligaciones crediticias diferente al allí expresamente reconocido.

I.IV.I. Naturaleza conceptual de la inconstitucionalidad por omisión

A pesar de que la violación en el plano normativo del derecho a la igualdad opera de formas muy variadas, la doctrina ha tratado de sistematizarlas en dos grandes grupos: (i) las discriminaciones por diferenciación expresa, y (ii) las discriminaciones por exclusión tácita o de omisión⁶².

Las discriminaciones por diferenciación expresa surgen cuando hay dos o más regímenes jurídicos aislables, es decir, cuando hay regulaciones en textos claramente separados o cuando el tratamiento diferencial deriva de uno o varios incisos específicos. Es una de las formas tradicionales de violación de la igualdad y podría ocurrir, por ejemplo, si una norma fijara expresamente un régimen salarial para los hombres y otro para las mujeres, por supuesto sin que mediara una justificación objetiva y razonable.

Las discriminaciones por exclusión tácita, por su parte, “se producen cuando un régimen jurídico excluye de su ámbito de aplicación a un supuesto de hecho equivalente al regulado en el mismo, sin que dicha exclusión se produzca a través de un inciso aislable, es decir, que pueda ser suprimido sin dejar sin sentido o sin alterar profundamente el régimen jurídico en cuestión”⁶³. Aquí están las llamadas inconstitucionalidades por omisión o por defecto legislativo, donde se echa de menos una regulación expresa que debió haber sido tomada en cuenta.

Antes de continuar conviene hacer una precisión: la omisión legislativa se refiere a la inactividad normativa del legislador que en algunos casos puede vulnerar la Constitución, pero no está reducida sólo a los problemas derivados del derecho a la igualdad sino que va más allá.

62. MARKUS GONZÁLEZ BIELFUSS. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, pp. 29 y ss.

63. *Ibíd.*, p. 30.

Cosa distinta es que por lo general se configura en asuntos de tal naturaleza.

En la inconstitucionalidad por omisión el reproche se hace al legislador, “no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución”⁶⁴. De manera que es la indebida actuación del Parlamento lo que desencadena el vicio, su precariedad, mas no el hecho mismo de haber aprobado una norma, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia constitucional nacional⁶⁵ y comparada⁶⁶.

I.IV.II. Omisión legislativa absoluta y relativa

Como es fácil observar, cuando se habla de omisión legislativa no hay un texto que se pretenda retirar del ordenamiento jurídico⁶⁷. Y es ahí, al momento de llevar a cabo el juicio de constitucionalidad, donde surge la verdadera dificultad, porque el tradicional papel de legislador negativo del juez constitucional, como lo definiera KELSEN, se torna confuso al no haber un texto escrito que pueda ser excluido del mundo del derecho.

64. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. *Tipos de sentencias, el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*, Bogotá, 2000, p. 399.

65. Se destacan, entre otras, las sentencias C-562 de 2004, C-016 de 2004, C-403 de 2003, C-809 de 2002, C-1218 de 2001, C-132 de 1999, C-540 de 1997, C-690 de 1996, C-543 de 1996 y C-554 de 1994.

66. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, desde sus primeras sentencias explicó que “la inconstitucionalidad por omisión existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”: STC-24 de 1982.

67. Aunque la ausencia de un texto positivo no significa que no haya norma, pues en la teoría jurídica se distingue el enunciado normativo (texto) y las normas (o proposiciones normativas), las cuales son derivadas de la interpretación del enunciado. Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO. *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 22.

Ante esta dificultad, tanto la doctrina como los tribunales tuvieron que apelar a ciertas distinciones conceptuales para definir bajo qué circunstancias la inercia del legislador es susceptible de control judicial y cuándo dicha pasividad no es más que el resultado de su libre y autónoma voluntad política. Surgió entonces la distinción, ya clásica, entre omisión absoluta y relativa, propuesta por WESSEL en el derecho alemán a mediados del siglo anterior⁶⁸, y asimilada más tarde por los tribunales judiciales, incluida también nuestra reciente Corte Constitucional, según veremos en seguida.

La omisión absoluta hace referencia a la ausencia total de norma aprobada por el legislador para desarrollar un mandato constitucional, mientras que la omisión relativa opera cuando existe un precepto legal aunque el mismo solamente comprende ciertas situaciones y deja de lado algunas circunstancias o no abarca a todos los sujetos.

Una de las sentencias que explica con mayor claridad la diferencia entre omisión absoluta y omisión relativa, a la vez que demuestra su receptividad en el derecho colombiano, es la C-543 de 1996. En aquella oportunidad se demandaba la inconstitucionalidad de la omisión del Congreso para reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución, relativos a las acciones de cumplimiento y populares. Sin embargo, la Corte concluyó que por tratarse de una omisión absoluta no podía ejercer el control de constitucionalidad pues no había acto alguno susceptible de ser confrontado con el ordenamiento superior; en consecuencia se declaró inhibida para conocer de la demanda. Debido a su importancia vale la pena hacer algunas transcripciones de la sentencia:

68. W. WESSEL. "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde" (La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la acción de constitucionalidad), en *Deutsches Verwaltungsblatt* (Hojas Alemanas de la Administración), 6/1952.

En el primer caso, de acuerdo con la clasificación creada por WESSEL, quien fue el primero en aceptar que el “no hacer” del legislador puede vulnerar derechos individuales, se presenta una *omisión legislativa absoluta* por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una *omisión legislativa relativa* porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio en la primera, no hay actuación en absoluto.

[...] Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte.

Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. *Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas supe-*

riores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía y, de hecho ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos arriba señalados, de violación al principio de igualdad o al debido proceso.

Así las cosas, no es posible acceder a la petición del demandante, pues la Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, tal como quedó explicado. (Destacado fuera de texto).

Como puede notarse, la Corte autoriza, como lo han hecho otros tribunales constitucionales tanto en el derecho de tradición romano-germánica (entre los cuales sobresalen el español⁶⁹, el italiano⁷⁰ y el alemán⁷¹), como en el de corte anglosajón (en particular la Corte Suprema de Estados Unidos)⁷², la posibilidad de ejercer un control constitucional en el caso de omisiones legislativas relativas. Esa posición jurisprudencial aún mantiene plena vigencia en el derecho colombiano.

I.IV.III. La omisión relativa debe ser inconstitucional

El hecho de que se constate una omisión legislativa relativa (si es absoluta no procede el juicio de constitucionalidad), no significa automáticamente que la omisión

69. Sentencias STC-24 de 1982, STC-98 de 1985, STC-74 de 1987, STC-317 de 94, STC-136 de 1999, entre otras.

70. Cfr. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. *Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales*, Bogotá, 2000, p. 380.

71. GONZÁLEZ BIELFUSS. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., 2000, p. 196.

72. Cfr. MARTÍNEZ CABALLERO. *Tipos de sentencias, el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*, cit., pp. 391 y ss.

atente contra el derecho a la igualdad. Para ello será necesario someter la medida al juicio de razonabilidad con miras a definir si existe o no un fundamento sólido que justifique el tratamiento diferencial, es decir, que explique la no inclusión de otros supuestos o sujetos dentro de las hipótesis comprendidas en la norma.

Así lo puntualizó la Corte Constitucional en la sentencia C-809 de 2002. En ese entonces estudió la demanda contra el artículo 91 de la Ley 617 de 2000, que excluía a las Fuerzas Armadas y al Departamento Administrativo de Seguridad del límite de gastos especiales establecidos en esa disposición (crecimiento anual de gastos), pero no había excluido a la Fiscalía General de la Nación (omisión relativa). La Sala consideró que el vínculo de la Fiscalía con el mantenimiento del orden público y la defensa nacional no era el mismo que el de las otras dos entidades (directo e inmediato), por lo que concluyó que el tratamiento diferente estaba justificado y declaró exequible la norma. Sobre la necesidad de apelar a la razonabilidad en el juicio de constitucionalidad de las omisiones legislativas sostuvo lo siguiente:

Como vemos, la Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador. (Destacado fuera de texto).

Ligado a lo anterior, la omisión debe ser relevante, es decir, de tal entidad que comprometa algún bien o principio de especial interés en el plano constitucional. Valga como ilustración la sentencia C-563 de 1998, donde la Corte declaró exequible una norma del Código Penal que redefinía la noción de servidores públicos en materia pe-

nal, por considerar que la omisión que allí había era materialmente irrelevante⁷³. Aquí ya no es suficiente reclamar el derecho a un tratamiento similar como fundamento autónomo, sino que por tratarse de una cuestión donde ha intervenido el Congreso como foro de deliberación política y democrática, debe existir un vínculo de conexión con otro principio constitucional.

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, en la sentencia C-1218 de 2001 la Corte se refirió a la necesidad de delimitar los cargos de forma precisa y concreta, no haciendo acusaciones abstractas e indeterminadas que impedirían ejercer un control basado en el derecho a la igualdad:

De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, tampoco puede proceder la declaratoria de una omisión legislativa en el caso *sub examine*, por cuanto para ello “es necesario que la violación provenga del silencio de la disposición demandada, porque ésta ha debido incluir de manera explícita un determinado caso o situación, con el fin de dar un trato idéntico o similar a situaciones expresamente contempladas en esa norma” (sentencia C-246 de 2001). Así, *la eventual protección del principio de igualdad frente a situaciones fácticas por virtud de lo cual se impugna la ley, es necesario establecerlo claramente, pues*

73. Al analizar el artículo 63 del Código Penal frente al tema de la omisión relativa la Corte señaló: “El demandante igualmente censura el parágrafo del artículo 63, con las mismas razones ya expuestas (asimilación de particulares) y, además, agrega que esta norma debe ser declarada inexecutable, porque omitió incluir en su regulación a los otros servidores que menciona la Constitución, como el Presidente de la República, el Contralor, el Fiscal, los ministros, los jueces, etc. [...] No es válido el argumento del demandante en relación con la anotada omisión legislativa, porque dentro del concepto de servidor público se comprende a los funcionarios a los cuales se refiere la censura. En tal virtud, la referida omisión es irrelevante” (cursiva fuera de texto).

acusaciones sin objeto específico sino en forma general y abstracta, no permiten concretar la vulneración del principio de igualdad por una omisión legislativa dentro del juicio de constitucionalidad. (Destacado fuera de texto).

Así las cosas, el juicio de constitucionalidad por omisión relativa es muy exigente en materia de igualdad, no sólo ante la necesidad de señalar de forma precisa cuál fue el tratamiento similar omitido por el legislador, sino porque dicha omisión debe ser relevante y, en todo caso, someterse al juicio de razonabilidad que ha sido largamente explicado en este estudio y a cuyas consideraciones se hace remisión expresa.

1.IV.IV. La forma de superar la violación de la igualdad

Cuando en el ejercicio de control se llegue a la conclusión de que la omisión relativa desconoce el derecho a la igualdad, porque no concedió un tratamiento análogo debiendo hacerlo (exclusión injustificada), surge un nuevo interrogante: ¿cuál es la forma de reparar esa discriminación normativa?

La dificultad para dar respuesta a dicha pregunta es de tal entidad que abordar un análisis al respecto desbordaría la dimensión y las pretensiones de este escrito, y sobre ello existen profundos estudios críticos⁷⁴. No obstante, en breves líneas podríamos decir que la dificultad se deriva del elevado riesgo de que el juez constitucional invada la órbita de competencia funcional del Congreso y lo sustituya en el ejercicio de su función primaria: hacer las leyes. Quizá por ello la igualdad se ha convertido en “el foco de

74. Cfr. GONZÁLEZ BIELFUSS. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., 2000; cfr. también, FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

la tensión entre el legislador y el juez, entre política y derecho, y es en consecuencia su aplicación la que más frecuentemente suscita acusaciones de activismo judicial o abdicación del juez ante la arbitrariedad del legislador”⁷⁵.

A fin de evitar esa usurpación de poderes, siguiendo la tesis propuesta por MARKUS GONZÁLEZ señalemos que existen dos grandes modelos de reparación de la discriminación normativa. El primero basado en la intervención unilateral del juez constitucional y el segundo derivado de una intervención conjunta del Parlamento y el juez, que procura respetar al máximo las competencias de uno y otro órgano a partir de un proceso dialógico coherente. Surgen entonces las denominadas sentencias manipulativas, o con efectos modulados en el juicio de constitucionalidad, que en su esencia buscan el objetivo anteriormente descrito.

Situados específicamente en el ámbito de la omisión legislativa, cuando interviene sólo el juez constitucional para reparar una discriminación normativa, por lo general lo hace retirando la totalidad de la norma del ordenamiento jurídico, o bien haciendo extensivos sus efectos al universo que fue injustamente excluido, lo cual ocurre a través de las llamadas sentencias integradoras⁷⁶. Sin embargo, como el riesgo de usurpación de la función legislativa es tan elevado en este último caso, la Corte Constitucional ha sido muy cautelosa y por ello *exige para ampliar el alcance de la norma que no haya otra alternativa distinta derivada de la propia Constitución, es decir, que sea la única medida por adoptar*⁷⁷.

75. RUBIO LLORENTE. *La forma del poder*, cit., p. 631.

76. Cfr., entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-690 de 1996, C-183 de 1998, C-688 de 2002 y C-043 de 2003.

77. Cfr. sentencias C-043 de 2003 y C-112 de 2000. En esta última sentencia, la Corte apeló a una sentencia integradora y declaró que para el matrimonio se podría celebrar, no sólo en el domicilio del hombre, sino también en el de la mujer (contenido integrado). Dijo entonces: “Ahora bien, con tales criterios, es claro que en este caso

Por el contrario, cuando existen diversas alternativas de regulación normativa o el hecho de acoger una solución inmediata compromete aún más el orden supremo o la estabilidad institucional, se deja en manos del Congreso la facultad de adoptar la regulación que estime conveniente dentro del marco constitucional⁷⁸. Así, por ejemplo, en la sentencia C-141 de 2001 la Corte declaró la inexecutable de una norma que se refería a los corregimientos de las antiguas intendencias y comisarías, porque esa figura reñía con el nuevo modelo de territorio diseñado en la Carta de 1991, pero dejó en manos del legislador la solución específica a tomar en respeto del principio democrático y ante la multiplicidad de alternativas de respuesta jurídica. En sus consideraciones generales sostuvo lo siguiente:

Si el mantenimiento de la disposición inconstitucional no es particularmente lesivo de los valores superiores, y el legislador goza de múltiples opciones de regulación de la materia, entonces es preferible otorgar un plazo prudencial al Congreso para que corrija la situación inconstitucional, ya que en tal evento, una sentencia integradora afecta desproporcionadamente el principio democrático (art. 3.º C. P.)

procede una sentencia integradora, por cuanto la Corte ha concluido que la ley puede válidamente establecer que es competente el juez del lugar de residencia de los contrayentes, pero que es inconstitucional preferir el domicilio de la mujer. Por ende, esta Corporación debe declarar la exequibilidad del mandato relativo al domicilio de los contrayentes, pero la inconstitucionalidad de la referencia exclusiva al lugar de residencia de la mujer. *En tal contexto, el vacío normativo resultante sólo puede ser llenado de una forma, y es la siguiente:* en virtud del principio de igualdad entre los sexos (arts. 13 y 43 C. P.), debe entenderse que el funcionario competente para celebrar el matrimonio es el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes a prevención. Tal será entonces la decisión de esta Corte” (cursiva fuera de texto).

78. Sentencias C-221 de 1997, C-737 de 2001 y C-016 de 2004, entre otras.

pues el tribunal constitucional estaría limitando la libertad de configuración del legislador. *Por el contrario, es deseable una sentencia integradora en aquellas situaciones en donde la Constitución impone una solución clara a un determinado asunto, o es imposible mantener en el ordenamiento la disposición acusada sin causar un grave perjuicio a los valores constitucionales.* (Destacado fuera de texto).

Pues bien, en lo referido a la inconstitucionalidad por omisión relativa que desconoce el derecho a la igualdad, la Corte también ha obrado con prudencia atendiendo las razones hasta aquí señaladas. Veamos un ejemplo.

El artículo 233 del Código Penal tipificaba el delito de inasistencia alimentaria cuando una persona no suministra alimentos a su cónyuge, pero nada decía si se trataba del compañero o compañera permanente. Un ciudadano interpuso una demanda por considerar que la omisión del legislador en este sentido vulneraba el derecho a la igualdad. La Corte consideró que la regulación en sí misma era constitucional, como expresión de la libertad de configuración del legislador en el diseño de la política criminal, aunque encontró que efectivamente había una omisión relativa (sentencia C-016 de 2004). Sin embargo, como su labor de juez constitucional no podía llegar al extremo de suplir la voluntad del Parlamento, la Corte declaró de forma unánime la exequibilidad pura y simple de la norma, y exhortó al Congreso para que, en ejercicio de sus competencias adicionara el tipo penal de inasistencia alimentaria. Sostuvo al respecto:

En este sentido dentro del marco fijado por el artículo 42 de la Constitución y tomando en cuenta la omisión que se evidencia en este caso el Congreso de la República determinará las modificaciones a introducir en el tipo penal de inasistencia alimentaria que aseguren la plena vigencia del ordenamiento constitucional en lo referente a la protección integral de la familia, así como al respeto del principio de legalidad penal.

En consecuencia, y dado que como ya se explicó, la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada, ni la posibilidad de dictar una sentencia integradora que adicione el texto legal resultan procedentes, la Corte declarará la constitucionalidad pura y simple de la expresión acusada contenida el artículo 233 de la Ley 599 de 1999 que tipifica el delito de inasistencia alimentaria, al tiempo que, por evidenciarse una omisión por parte del legislador, así lo declarará y exhortará al Congreso para que en el marco del artículo 42 superior se adicione el tipo penal de inasistencia alimentaria para adecuarlo a los mandatos constitucionales.

Las anteriores consideraciones, que son las que ha tenido en cuenta la Corte al momento de adelantar el juicio abstracto de constitucionalidad, *suponen también un límite preciso y aún más riguroso para aquellos jueces que pretendan hacer extensivos los efectos de una norma alegando omisión relativa y acudiendo para tal fin a la figura de la excepción de inconstitucionalidad.*

En efecto, si la Corte obra con suma prudencia como máximo guardián de nuestra Carta Política, y si se abstiene de ampliar los efectos de una norma en respeto del legislador y del principio democrático, lo mínimo que se puede exigir es que los jueces obren con mayor prudencia en este tipo de asuntos, más aún cuando apelan a una herramienta tan importante y delicada como la excepción de inconstitucionalidad, pues no sólo no representan la cúspide de la jurisdicción, sino que su conducta podría desencadenar nuevos problemas de desigualdad, esta vez derivados de la aplicación de la ley.

Con estas precisiones conceptuales lo procedente es ahora analizar el caso específico de los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999.

1.IV.V. El abono previsto en la Ley 546 de 1999. Inexistencia de una inconstitucionalidad por omisión

Para entrar a determinar si los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999 suponen una inconstitucionalidad por

omisión relativa, al no haber incluido como objeto del abono económico las obligaciones crediticias ya saldadas para el momento de la entrada en vigencia de la ley, la metodología a seguir de acuerdo con los fundamentos reseñados es la siguiente: (a) determinar si en realidad existe una omisión normativa, (b) establecer si ella es absoluta o relativa, (c) definir si es inconstitucional y, en caso afirmativo, (d) precisar cuál es la manera de superar esos yerros. Como el control es condicionado, es obvio que si la primera pregunta tiene una respuesta negativa se entenderá que no hay lugar a continuar; lo mismo es predicable de las preguntas subsiguientes.

a. En primer lugar, efectivamente se observa en los artículos mencionados una omisión normativa, pues es claro que nada se dice –al menos no se señala de manera expresa– en relación con la reliquidación de los créditos cuyas obligaciones no estuvieren vigentes para el momento de la aprobación de la Ley 546 de 1999.

b. En segundo lugar, también es claro que se trata de una omisión de carácter relativo, pues hubo una actuación positiva del legislador, aunque para algunos esa norma es insuficiente por no regular la reliquidación de otro tipo de créditos, ni la situación de aquellos créditos de vivienda que ya estuvieren saldados a la entrada en vigencia de la ley. De esta manera, aunque podrían plantearse cuestionamientos más profundos, lo cierto es que no parecen surgir muchas dudas sobre el carácter relativo de la omisión y la posibilidad de ser sometida a un juicio de constitucionalidad.

c. Sin embargo, en tercer lugar, la omisión legislativa no es inconstitucional. De una parte, porque sí hay fundamentos objetivos y razonables para restringir el abono económico únicamente a los créditos de vivienda que estuvieren vigentes al momento de aprobación de la Ley 546 de 1999, según fue explicado en detalle al analizar el tema relativo al juicio de razonabilidad y proporcionalidad. De otra, porque aunado a lo anterior, la omisión que se cuestiona no es relevante en términos constitucionales,

pues el hecho de no incluir otro tipo de créditos no compromete ningún otro derecho o principio constitucional de interés primordial. Tal y como fue reseñado anteriormente, a lo sumo podría aducirse un detrimento económico, pero el mismo no sería de mayor importancia al ponerlo en la balanza frente a los otros derechos y bienes jurídicos que la medida pretendía alcanzar.

d. De esta manera, habiendo aclarado que la omisión legislativa no compromete el ejercicio del derecho a la igualdad, y que en esa medida no es inconstitucional, es innecesario proceder al análisis del punto siguiente porque no hay discriminación normativa a reparar. Y aun si la hubiera, el único llamado a corregirla sería el propio legislador, ante la amplia gama de posibilidades para dar solución a esa hipotética violación, si se tiene en cuenta que para dar respuesta a esa problemática sería necesario un debate democrático donde la solución fuera el resultado de esas deliberaciones.

Así las cosas, *ningún juez de la República está autorizado para hacer extensivos los efectos de la norma a situaciones fácticas no comprendidas en ella*. Si obrara en sentido contrario no sólo afectaría el derecho a la igualdad, porque no existe fundamento objetivo y razonable para ampliar el abono económico, sino que desconocería el principio democrático y de separación de poderes, porque se pretermitiría la labor del Congreso en la elaboración de las leyes, tal y como fue señalado, entre otras, en las sentencias C-1064 de 2001, relativa al incremento salarial de los servidores públicos⁷⁹, y C-420 de 2002, sobre la autonomía del legislador para la tipificación de ilícitos⁸⁰.

79. Sostuvo la Corte al respecto: “En estas condiciones especiales, debe abordarse la cuestión de cómo ha de efectuarse el reajuste salarial para la vigencia fiscal de 2001 regulada por la norma demandada. La Corte estima que en su fallo no le corresponde imponerles al Congreso de la República y al Ejecutivo una fórmula única, general y automática que atienda las diferencias anteriormente señaladas” (cur-siva fuera de texto).

Adicionalmente, si en una controversia concreta el juez otorgara el abono económico a créditos no previstos en los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999, incurriría en vía de hecho por defecto sustantivo⁸¹, es decir, en violación del debido proceso, por aplicar una norma de tal manera que resulta incompatible con la Constitución y que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es susceptible de ser controvertida mediante la acción de tutela, tema que será abordado luego con más detalle pero sobre el cual conviene dejar sentada desde ahora una clara posición.

En consecuencia, tampoco desde esta perspectiva es posible ampliar el alcance de los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999, en el sentido de hacer extensivos los abonos allí previstos a las obligaciones crediticias ya canceladas para la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley.

80. “Para responder ese interrogante debe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. *Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático.* Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales” (cursiva fuera de texto).

81. Cfr., entre muchas otras, las sentencias C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-204 de 1998, T-567 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-1185 de 2001, T-SU-159 de 2002, T-1031 de 2002 y T-198 de 2003.

Por lo demás, nótese que ello podría significar, en últimas, acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia “únicamente puede aplicarse cuando resulta incuestionable –conforme al texto de la disposición o clarísima jurisprudencia de la Corte Constitucional– que viola la Carta”⁸². O en otros términos, cuando una norma “contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política”⁸³.

Pero según ha sido demostrado a lo largo de este escrito, en el caso de la Ley 546 de 1999 no sólo no existe esa “incuestionable” o “flagrante” violación de la Carta Política, sino que, por el contrario, se trata de una medida plenamente legítima de acuerdo con las facultades que en este campo tiene el legislador.

I.IV.VI. La reliquidación no puede ampliarse a créditos diferentes a los de vivienda. Violación del principio constitucional de unidad de materia

Las anteriores consideraciones han puesto de presente que la Ley 546 de 1999 fue diseñada con el único propósito de regular la financiación de los créditos para vivienda y adoptar medidas de choque ante la grave crisis económica que enfrentaba el país en ese momento histórico. Así lo señaló claramente el Congreso cuando aprobó la ley y bajo esa óptica giró el desarrollo normativo y jurisprudencial subsiguiente.

Nótese, a manera de ejemplo, que en el título de la ley se hace una delimitación expresa del ámbito de aplicación, esto es, la adopción de normas en materia de vivienda⁸⁴,

82. Sentencia T-685 de 2003.

83. Sentencia C-037 de 1996. No obstante, debe precisarse que la noción de flagrancia está referida a la ausencia de razonabilidad en la interpretación de la norma.

84. “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su fi-

que entre otras cosas debe tener coherencia con el contenido de la misma según lo ordena el artículo 169 de la Constitución⁸⁵. Ello hace parte del principio de unidad de materia, diseñado con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica y evitar una vorágine normativa que impida a los asociados conocer las disposiciones a las cuales deben someterse.

El principio de unidad de materia también está reconocido en el artículo 158 de la Carta⁸⁶, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional constituye una limitación a la actividad del legislador, “pues éste se halla obligado a definir con precisión, como lo exige la Carta, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias en que se ocupe al expedir esa ley, y simultáneamente ha de observar una estricta relación interna, desde el punto de vista sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, para que todas ellas estén referidas a igual materia, la cual, desde luego, deberá corresponder al título de aquella”⁸⁷. En virtud de este principio una ley debe confinarse a un núcleo temático común a fin de garantizar una mayor transparencia en la actividad parlamentaria⁸⁸.

nanciación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”.

85. “Artículo 169. El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula: ‘El Congreso de Colombia, Decreta’”.

86. “Artículo 158. Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

87. Sentencia C-390 de 1996.

88. “Por su intermedio, se busca racionalizar y tecnificar el proceso normativo, procurando que las disposiciones incluidas en un proyecto de ley guarden la necesaria armonía o conexidad con el tema

Pues bien, en el caso de la Ley 546 de 1999, el hecho de hacer extensiva la reliquidación a otro tipo de créditos ajenos al tema de vivienda, conllevaría a la ruptura de ese núcleo común a la vez que supondría pretermitir un indispensable debate democrático al interior del Congreso, todo lo cual riñe con los artículos 158 y 160 de la Constitución.

De la misma forma, y según será explicado con más detalle en la segunda parte de este escrito, la jurisprudencia decantada por la Corte Constitucional se ha centrado siempre en el tema de la financiación de vivienda, tanto del sistema de UVR como del antiguo sistema UPAC, éste último que encuentra sus orígenes en la década de los 70 también con el propósito de financiar la adquisición de inmuebles para vivienda. Fue así como la declaratoria de inconstitucionalidad del sistema UPAC no obedeció a otra circunstancia que la afectación del derecho a la vivienda digna.

Es por ello que a todas luces resultaría equivocado aplicar las disposiciones de la Ley 546 de 1999 a otro tipo de créditos que no sean los de vivienda, puesto que se trata de situaciones totalmente distintas que no pueden ser asimiladas por la simple circunstancia de que se trate de obligaciones crediticias. El *tertium comparationis* a que se hizo referencia al llevar a cabo el juicio de razonabilidad, debe ser entendido como la condición de deudor, pero restringida a los créditos hipotecarios de vivienda, pues

general que suscitó la iniciativa legislativa o, en su defecto, que converjan en un mismo propósito o finalidad sociológica. De esta manera, se logra impedir las incongruencias temáticas que tienden a aparecer en forma súbita o subrepticia en el curso de los debates parlamentarios, las cuales, además de resultar extrañas al asunto o materia que se somete a discusión, en últimas, lo que pretenden es evadir el riguroso trámite que la Constitución prevé para la formación y expedición de las leyes”: sentencia C-657 de 2000. En el mismo sentido cfr. sentencias C-523 de 1995, C-087 de 2001, C-501 de 2001, C-714 de 2001, C-309 de 2002 y C-460 de 2004, entre otras.

ningún sentido tendría hacerla extensiva a obligaciones que el legislador nunca consideró al momento de aprobar la ley, por la sencilla razón de que son ajenas al derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 de la Constitución y en cuya realización está comprometido el Estado.

En este orden de ideas, si los efectos de la Ley 546 de 1999 se restringen a los créditos hipotecarios en materia de vivienda, es consecuencia lógica que la reliquidación económica prevista en los artículos 40 y siguientes de esa ley tampoco pueda ser aplicada a obligaciones distintas. En consecuencia, están excluidos del abono los siguientes créditos:

- a. Los de libre inversión;
- b. Los otorgados para establecimientos comerciales o empresariales;
- c. Los conferidos a personas jurídicas, de quienes no es predicable el derecho a la vivienda digna;
- d. Los créditos a constructores, en tanto su objeto es la empresa pero no la vivienda en sí misma considerada y,
- e. En general, cualquier crédito que no haya sido expresamente otorgado para un asunto relativo a la vivienda.

Proceder en sentido contrario riñe con los principios de una sana hermenéutica constitucional. Pero, además, implicaría desconocer no sólo el alcance de la ley, *sino el principio de unidad de materia*, la seguridad jurídica y la voluntad del Congreso como órgano que materializa la voluntad política de los asociados.

Al respecto no sobra advertir que cuando una autoridad judicial hace interpretaciones que riñen con el texto constitucional se configura una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así lo dejó en claro la Corte en la sentencia T-200 de 2004, en cuya oportunidad señaló expresamente:

Estos criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, han venido sistematizándose y racionalizándose a lo largo de las decisiones de constitucionalidad en casos concretos. Tales criterios, han sido

clasificados en por lo menos seis eventos que pueden ser señalados de la siguiente manera: [...]

(vi) Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, *realiza interpretaciones inconstitucionales* o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto (T-522 de 2001 y T-462 de 2003)⁸⁹. (Destacado fuera de texto).

II. ANÁLISIS DE PRECEDENTES JUDICIALES SOBRE RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS EN LA LEY 546 DE 1999

II.1. *Presentación*

La segunda parte del trabajo está dedicada al análisis jurisprudencial acerca del abono previsto en los artículos 40 y siguientes de la Ley 546 de 1999. Con ello se persiguen dos objetivos bien definidos: (i) de una lado, explicar cómo la Corte Constitucional ha sostenido en varias oportunidades que la reliquidación fue concedida *únicamente a los créditos de vivienda vigentes cuando fue aprobada dicha ley*; (ii) de otro lado, busca demostrar por qué *el desconocimiento de esos precedentes jurisprudenciales vulnera los derechos fundamentales* de igualdad, acceso efectivo a la administración de justicia y debido proceso, susceptibles de protección mediante la acción de tutela.

Para ofrecer una mayor claridad expositiva, antes de dar paso al estudio específico de la jurisprudencia en materia de reliquidación de créditos son convenientes algunas reflexiones conceptuales sobre el precedente judicial y su fuerza vinculante en el derecho colombiano. A partir de

89. Cfr. también las sentencias T-462 de 2003 y T-949 de 2003, entre otras.

ellas se abordará luego el análisis puntal de la Ley 546 de 1999.

II.II. Consideraciones generales sobre la jurisprudencia

En el mundo del derecho uno de los debates más profundos tiene que ver con la labor que desempeñan los jueces en los sistemas donde existe algún tipo de control de constitucionalidad, sobre todo a partir del reconocimiento de la Constitución no sólo como propuesta política sino como verdadera norma jurídica: “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*”⁹⁰.

Pero más allá de la controversia sobre los jueces, en sí mismos considerados, el debate gira en torno al producto de su labor, las sentencias, y el alcance práctico de sus decisiones. No en vano reconocidos autores de talla internacional, como ALEJANDRO GARRO, profesor de la Universidad de Columbia, han hecho notar la importancia del precedente judicial como herramienta para el fortalecimiento del modelo democrático⁹¹; otra corriente va más lejos y entiende que los jueces asumen incluso un compromiso político en la toma de decisiones⁹², mientras que otras tantas son escépticas y reconocen a la jurisprudencia un rol menos protagónico, que por lo demás busca

90. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 49.

91. ALEJANDRO GARRO. “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n.º 24, 1988.

92. Me refiero a las diferentes corrientes que se inscriben en el denominado anti-formalismo del derecho, entre las que sobresalen la del *uso alternativo del derecho*, el *realismo jurídico* o la *escuela de los*

reducir el grado de discrecionalidad judicial⁹³. La cuestión se reduce, en últimas, a definir cuál es la fuerza vinculante de la jurisprudencia o, si se quiere, a determinar cuál es el lugar que ocupa como fuente de derecho.

En este panorama tradicionalmente encontrábamos dos grandes modelos bien diferenciados: el de origen romano-germánico o *civil law*, donde la principal y más importante fuente de derecho era la ley, y el de tradición anglosajona o *common law*, donde la jurisprudencia tenía asignado un lugar predominante. Esa diferencia halla sus raíces en la historia, pues mientras en Europa continental el imperio romano y su derecho (*corpus iuris civilis*) ejercieron una mayor influencia, en Inglaterra la conquista normanda creó condiciones para desarrollar otro modelo basado en las decisiones judiciales de la Corte, erigidas en ley común para el reino, y que luego sería transportado con algunos matices a Estados Unidos. Diferencias que se vieron acentuadas aún más con la formación educativa y el modelo de análisis del derecho: mientras en el primer caso los esfuerzos se concentraron en el estudio del derecho codificado, en el *common law* la práctica llevó a que la educación de los juristas se focalizara en la investigación de las decisiones judiciales⁹⁴.

Sin embargo, así como los procesos culturales propiciaron el distanciamiento entre los dos modelos, fueron también los encargados de crear las condiciones para un diálogo fecundo muchos años después. A partir de la segunda posguerra el proceso de integración transnacional se vio altamente fortalecido a todo nivel, y si a ello se suma el fenómeno de la globalización y el sorprendente

estudios críticos legales. De esta última se destaca la obra de DUNCAN KENNEDY. *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997.

93. Para una presentación general del tema cfr. DIEGO LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, Bogotá, Edit. Legis, 2000, pp. 137 y ss.

94. ARTHUR TAYLOR VON MEREN. *Law in the United States. A General Comparative View*, Kluwer, 1987, pp. 3 a 10.

avance de las comunicaciones, ninguna duda cabe sobre la facilidad para un acercamiento también en el mundo del derecho.

En los sistemas de *common law* el derecho legislado ha cobrado especial relevancia. Para el caso inglés, por ejemplo, se destaca la normatividad positiva aprobada en el marco de la Unión Europea, especialmente directivas y reglamentos comunitarios, o los estudios adelantados por la *Law Commission* en el ámbito interno. En Estados Unidos sobresale, además de la Constitución escrita de 1787, la aprobación de los denominados *acts o statutes*, que no son otra cosa que leyes de carácter general en materias específicas, así como la adopción de normas básicas en el marco del derecho internacional, entre las que sobresalen las de la Organización Mundial del Comercio en el ámbito de las relaciones contractuales.

En sistemas de *civil law*, por su parte, la fuerza normativa de los precedentes judiciales se ha potenciado, lo que también se explica por la implementación del control de constitucionalidad sobre las leyes, pues la necesidad de asegurar una única hermenéutica de la Constitución y de interpretar las leyes conforme a ésta, significó reconocer una especial importancia a las decisiones judiciales.

Aun cuando ese proceso de integración sistémica no ha resultado del todo pacífico, la simbiosis que ha operado entre el *common law* y el *civil law* no permite hacer ahora una clara diferenciación entre ellos: “Si en algunos países de *civil law* sigue habiendo fuertes resistencias a la introducción del control de constitucionalidad (o al menos a su evolución hacia formas que puedan dar vida a manifestaciones de derecho jurisprudencial), debe observarse que subsisten resistencias no menos fuertes también en los países de *common law*, empezando por Gran Bretaña, de manera que el debate sobre el papel del juez en el proceso de creación y aplicación de la ley, en el que aparecen estos problemas, termina por desarrollarse en las dos áreas de manera casi paralela”⁹⁵.

El profesor PIZZORUSSO anticipaba hace casi 20 años que el acercamiento entre los dos modelos se intensificaría día a día salvo que ocurriera algún evento extraordinario⁹⁶. Y como ese acontecimiento extraordinario no tuvo lugar, la historia le ha dado, una vez más, la razón.

II.III. *La jurisprudencia en el derecho colombiano*

Situados entonces en el caso colombiano, lo primero que debemos advertir es que la tradición histórica lo enmarca en un modelo romano-germánico con preeminencia de la ley (*civil law*), aunque no se puede desconocer el fuerte impacto que en la creación del derecho ha tenido desde siempre la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, y más recientemente de la Corte Constitucional.

No obstante, la entrada en escena de la Carta de 1991 fue el catalizador en ese proceso de integración sistémica y desde entonces asistimos a una revalorización del precedente judicial como fuente de derecho, que entre otras cosas no es sino consecuencia lógica del valor normativo de la Constitución (art. 4.º C. P.) y del fortalecimiento de los mecanismos de control a la actividad del legislador.

El artículo 230 de la Carta señala expresamente que “los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley”, y en seguida añade: “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

95. ALESSANDRO PIZZORUSSO. *Curso de derecho comparado*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987, p. 226.

96. “Es obvio que no puede decirse cuáles serán las futuras etapas de este acercamiento, pero pareciera seguro que salvo acontecimientos actualmente imprevisibles, esta tendencia continuará manifestándose y es probable que se intensifique, sobre todo por la presión que en este sentido ejerce el progreso tecnológico en todos sus aspectos”: *ibíd.*, p. 227.

Una lectura rápida y aislada de la norma podría sugerir que la jurisprudencia fue desplazada a un segundo plano. No obstante, la doctrina y la propia Corte Constitucional ya han tenido oportunidad de precisar el sentido de esa norma, haciendo una interpretación sistemática de todo el ordenamiento. El profesor DIEGO LÓPEZ explica este fenómeno así:

La sabiduría tradicional parecía quedar plenamente confirmada mediante la expedición del artículo 230 de la Constitución de 1991. Nada, sin embargo, más alejado de la realidad. El nacimiento de la Corte Constitucional a finales de 1991 dio un nuevo ímpetu al valor del precedente en Colombia a pesar de que una vez más se le había calificado como mera “fuente auxiliar” no vinculante⁹⁷.

En primer lugar, la Corte ha aclarado que la expresión “el imperio de la ley” no está circunscrita a la comprensión de la ley en sentido formal, sino que debe ser interpretada como referida a todo el ordenamiento jurídico para evitar contradicciones con otras normas de la Constitución. Así, en la sentencia C-486 de 1993, donde declaró exequible la fuerza normativa de la costumbre en materia comercial, sostuvo:

El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la Constitución Política necesariamente designe “ordenamiento jurídico”.

Siguiendo esta línea la Corte se ha pronunciado en sentencias posteriores, de las cuales vale la pena destacar la C-836 de 2001. En esa oportunidad abordó el tema a profundidad y declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, relativo a la doctrina

97. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 14.

probable de la Corte Suprema de Justicia y la posibilidad de cambio en su jurisprudencia⁹⁸. Sobre lo que ahora interesa puntualizó lo siguiente:

La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.

En segundo lugar, la tarea hermenéutica ha consistido en explicar cómo la jurisprudencia está comprendida en el concepto material de “derecho” u “ordenamiento jurídico” y en esa medida los jueces están sometidos a su imperio. Al respecto no parece haber mucha controversia, pues es claro desde las teorías positivistas propuestas por KELSEN que las decisiones judiciales son, cuando menos, normas jurídicas individuales; el juez no sólo aplica el derecho, también lo crea. Más exactamente, el juez determina las verdaderas normas contenidas en una disposición o enunciado normativo⁹⁹.

Pero más allá de ese alcance jurídico en el caso concreto, la fuerza como “derecho” de la jurisprudencia se deriva de aquella parte que constituye el eje central de la decisión y que tiene la virtualidad de proyectarse para resolver

98. La Corte declaró exequible la norma, “siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer claramente y de manera razonada, los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”.

99. De la interpretación del enunciado normativo (texto) se derivan las normas (o proposiciones normativas). Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO. *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, cit., p. 22. En la jurisprudencia colombiana puede consultarse la aclaración de voto a la sentencia C-543 de 1996.

casos con supuestos fácticos similares. Aquí se introduce el concepto restringido de “precedente” y su vínculo con la noción de *ratio decidendi*, sobre la que luego se hará especial referencia. De momento sólo interesa destacar su naturaleza como parte del ordenamiento jurídico.

Y en tercer lugar, tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado interpretar en debida forma el valor de la jurisprudencia como “criterio auxiliar de la actividad judicial”. Los esfuerzos se concentran en dos frentes aunque la cuestión no está exenta de críticas fundadas¹⁰⁰:

De un lado, sostienen que no se puede llegar al extremo de sacralizar la fuerza del precedente debido a los riesgos que ello supone. En la sentencia SU-995 de 1999 la Corte consideró:

El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro.

Por otro lado, los intentos por acotar el concepto de “criterio auxiliar” parten de la idea según la cual la labor de auxilio hermenéutico de la jurisprudencia se relaciona con el correcto entendimiento de las fuentes formales del derecho, en la medida en que a través de la jurisprudencia es posible encontrar “normas adscritas” o verdaderas reglas normativas que están comprendidas en los enunciados normativos:

100. Cfr. ALEXEI JULIO ESTRADA. “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, *Anuario de Derecho Constitucional*, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 51.

La jurisprudencia es un “criterio auxiliar” en el sentido de que cuando las disposiciones de la Constitución y de las demás fuentes formales del derecho no tienen un sentido unívoco, que sea capaz de eliminar toda indeterminación, la jurisprudencia auxilia al entendimiento pleno del sentido de dichas fuentes formales, pues en ella se encuentran las normas adscritas que expresan su significado en sentido prescriptivo¹⁰¹.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia en Colombia es considerada como una verdadera fuente del derecho, que hace parte del “imperio de la ley” (entendido como ordenamiento jurídico) al cual están sometidos los jueces para la toma de decisiones¹⁰². Su naturaleza no sólo es el producto del inevitable diálogo cultural de dos modelos que en algún momento histórico llegaron a ser antagónicos pero ahora convergen, sino que encuentra asidero en la naturaleza del control de constitucionalidad y en el propio diseño acogido en la Carta de 1991 cuando es interpretado de forma sistemática. No obstante, surge la pregunta acerca de cuál es la fuerza vinculante de la jurisprudencia y cómo se fundamenta específicamente en el marco de la Constitución.

II.IV. *La fuerza normativa de la jurisprudencia: el precedente*

Hasta ahora ha sido analizado el porqué la jurisprudencia no sólo es un criterio auxiliar de interpretación, sino que en cierta medida se erige como fuente de derecho, lo cual, cuando se piensa un poco, ha ocurrido siempre en mayor o menor grado¹⁰³. Sin embargo, sería equivocado

¹⁰¹ BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 214.

¹⁰² “La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del ‘imperio de la ley’ a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”: Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001.

sostener que una decisión judicial tiene fuerza normativa en su integridad, pues además de ser inmanejable analíticamente llegaría al absurdo de anular la ley como fuente de derecho. Es por ello que se ha delimitado su eficacia en función del concepto de “precedente”, lo cual se explica a partir de los elementos de la decisión judicial. Como lo recuerda el profesor DIEGO LÓPEZ, “la doctrina de la disciplina jurisprudencial [...] en campos jurídicos relativamente poco impactados por el derecho legislado, llevó al desarrollo de técnicas muy elaboradas de hermenéutica de precedentes jurisprudenciales”¹⁰⁴.

Todo gira en torno al principio de *stare decisis*, según el cual el juez tiene la obligación de observar la regla que fue aplicada por él o por otros jueces para resolver casos con supuestos fácticos similares. Y para determinar esa regla utilizada en el pasado se distinguen al menos tres elementos en la decisión judicial: la *ratio decidendi*, los *obiter dicta* y el *decisum*. La *ratio decidendi* es, en su formulación más abstracta, la razón central de la decisión; los *obiter dicta* –dichos al pasar– son aquellas consideraciones accidentales no vinculadas directamente con el fundamento del fallo; y el *decisum* es la resolución concreta del asunto sometido a consideración del juez (parte resolutive).

En el derecho colombiano la sentencia SU-047 de 1999¹⁰⁵ abordó por primera vez esta distinción conceptual de manera explícita. Debido a su importancia vale la pena hacer la transcripción literal:

103. “También en los países del *civil law* los precedentes han cumplido en el pasado un papel similar al que aún ejercen en los países del *common law* [...] y hoy puede afirmarse que la autoridad de los precedentes en los países del *civil law* no es cualitativamente diferente, ni cuantitativamente inferior a la de Estados Unidos”: PIZZORUSSO. *Curso de derecho comparado*, cit., p. 173.

104. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 113.

105. Donde la Corte tuteló el derecho al debido proceso ligado a la inviolabilidad de varios congresistas que eran investigados

Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del *common law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del *stare decisis*¹⁰⁶, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, *es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces “decisum”, la “ratio decidendi” (razón de la decisión) y los “obiter dicta” (dichos al pasar).*

Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores¹⁰⁷, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: así, el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, *la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.* En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario (destacado fuera de texto).

penalmente por haber votado a favor de precluir la investigación contra el entonces presidente ERNESTO SAMPER.

106. Cfr. al respecto KEENNAN. Ob. cit., p. 134. Igualmente cfr. FRANCISCO RUBIO LORENTE. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en íd. *La forma del poder*, cit., pp. 500 y ss.

107. La terminología no es siempre idéntica. Así, algunos autores, en especial estadounidenses, prefieren hablar del *holding*, en vez de *ratio decidendi*, y de *disposition*, que es la parte resolutive, pero la idea es básicamente la misma.

El concepto de *ratio decidendi* ha venido depurándose poco a poco, de tal manera que exige no sólo tomar en cuenta la razón de la decisión, sino muy especialmente los presupuestos fácticos relevantes del caso¹⁰⁸. Se determina entonces a partir de un análisis conjunto de los hechos sometidos a valoración del juez y el fundamento de aquél para dirimir la controversia.

La anterior interpretación no riñe con la idea según la cual la *ratio* se define en función del problema jurídico planteado por el juez y la respuesta al mismo. Constituye, por el contrario, un complemento, en la medida en que un problema jurídico debidamente formulado guarda siempre relación directa con los supuestos fácticos. No obstante, en el juicio abstracto de constitucionalidad la cuestión presenta algunos matices, por cuanto en estricto sentido no hay “supuestos fácticos” sino acusaciones abstractas contra una norma general; en tales eventos son los cargos de la demanda, reinterpretados en el momento de plantear el problema jurídico, los que cumplen dicha función.

Bajo esta perspectiva, el concepto de precedente se asocia a la *ratio decidendi*. Es ahí donde radica la fuerza normativa de la jurisprudencia como fuente de derecho. El precedente es entonces aquella parte de las providencias judiciales que vincula al juez de una causa, y constituye parámetro a tener en cuenta para decidir un nuevo proceso con supuestos fácticos análogos.

II.V. *Fundamentos constitucionales de la fuerza vinculante del precedente*

La fuerza normativa del precedente y su relación de conexidad con los hechos y razones de la *ratio decidendi*,

108. “Bajo esta metodología es claro que la *ratio decidendi* es la expresión del argumento de analogía o disanalogía basado en la identificación de los hechos materiales, relevantes o claves del caso y en la desestimación de los hechos inmateriales, irrelevantes o secundarios del caso”: LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 121.

no sólo obedecen a la comprensión del precedente como fuente de derecho, a cuyo imperio están sometidos los jueces (art. 230 C. P.), sino que son expresión de otros derechos y principios constitucionales no menos importantes. Entre ellos sobresalen los siguientes: (a) igualdad en la aplicación de la ley, (b) seguridad jurídica y coherencia del sistema, (c) confianza legítima y protección de las libertades, (d) acceso efectivo a la administración de justicia, y (e) debido proceso.

II.V.I. Derecho a la igualdad

Como fue explicado en la primera parte de este documento, en la órbita de la igualdad está comprendido el derecho a recibir el mismo tratamiento en la aplicación de la ley. Esta característica se remonta a la formulación clásica inspirada en la Revolución Francesa y no es más que una concreción del derecho a la igualdad de trato (igualdad formal). Así, dado que el respeto al precedente exige juzgar de la misma forma situaciones fácticas similares, su vínculo con el derecho a la igualdad resulta evidente (art. 13 C. P.)¹⁰⁹.

La primera ocasión donde la Corte Constitucional estudió ese vínculo de conexidad fue la sentencia T-123 de 1995. Allí explicó que en materia judicial la jurisprudencia de órganos de superior jerarquía debe ser acatada, a menos que se justifique de manera suficiente y razonada los motivos que llevan a obrar en sentido contrario, esto último como expresión de la autonomía judicial: “se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable”.

Sentencias posteriores reafirman que del respeto al precedente depende la realización del derecho a la igualdad,

109. Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano*, investigación para la Fundación Ford, mimeo, mayo-junio de 2004, p. 16.

“puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez”¹¹⁰.

“La violación del precedente, pues, es una causal de tutelabilidad del derecho de igualdad, si, se repite, el juez no ofrece ‘justificaciones suficientes y adecuadas’ para fundar su fallo contrario”¹¹¹.

II.V.II. Seguridad jurídica

Otro de los bienes que protege la observancia del precedente es la seguridad jurídica, y con ello la coherencia del sistema. Al respecto la Corte ha recordado que las autoridades judiciales deben ser consistentes en sus decisiones, por cuanto éstas han de ser medianamente previsibles (seguridad jurídica), lo que también constituye una exigencia de la ética: “Por eso algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico [KANT] son a la ética”¹¹².

En la sentencia SU-047 de 1999 la Corte reivindica la importancia de seguir el precedente, “por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles”. Postura que mantiene plena vigencia e incluso se ha visto reforzada con el paso del tiempo¹¹³.

110. Sentencia SU-047 de 1999. En el mismo sentido se destacan las sentencias C-447 de 1997, C-252 de 2001 y C-836 de 2001.

111. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 49.

112. Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997.

113. “La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido

Difícilmente sería concebible un Estado de derecho donde las decisiones judiciales no tuvieran un mínimo de racionalidad, universalidad y coherencia; donde el socaire de los acontecimientos y el capricho fueran los vectores de la decisión judicial.

II.v.III. Confianza legítima y protección de las libertades

El principio de la confianza legítima, como derivado de la buena fe (art. 83 C. P.), se garantiza también con el respeto al precedente. De esta manera los asociados reducen el riesgo de verse sorprendidos con decisiones extrañas cuando someten sus controversias a la autoridad de un juez. Situados en el plano jurisprudencial, la sentencia que mejor ilustra este punto es la C-836 de 2001, donde la Corte sostuvo:

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimen-

por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. *Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley*": sentencia C-836 de 2001 (cursiva fuera de texto).

sión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio– la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial T-475 de 1992, T-578 de 1994, T-503 de 1999, T-295 de 1999). (Destacado fuera de texto).

La relación entre seguridad jurídica y confianza legítima es palpable y difícilmente podrían establecerse contornos definidos. Por eso es más acertado sostener que entre ellas opera un nivel de complementariedad, al menos en lo que hace referencia al precedente judicial.

II.V.IV. Acceso efectivo a la administración de justicia

El deber de respeto al precedente se compagina también con el acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 C. P.), que entre otras cosas es considerado como un auténtico derecho fundamental¹¹⁴. El Estado no sólo tiene la obligación de asegurar el acceso a la justicia para dar respuesta definitiva a las controversias que se le plantean, sino que su compromiso va aún más lejos, en el sentido de ofrecer una respuesta “materialmente justa”. Y ahí entra en escena, una vez más, la observancia del precedente, siempre ligada al principio de igualdad.

Desde muy temprano la Corte dejó en claro que el derecho de acceso a la administración de justicia se construye sobre la base de la igualdad:

114. Cfr., por ejemplo, las sentencias C-662 de 2004, T-493 de 2003, C-426 de 2002 y T-004 de 1995.

El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales¹¹⁵. (Destacado fuera de texto).

II.v.v. Debido proceso: vía de hecho por defecto sustantivo

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la vía de hecho por *defecto sustantivo*, que es una manifestación específica de la violación al debido proceso, se configura cuando el funcionario basa su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso, o cuando no aplica la que debió servir de regla controlante¹¹⁶.

Pues bien, el precedente judicial no hace otra cosa que precisar cuál es la regla a seguir dados ciertos supuestos fácticos, así como indicar su correcto entendimiento. En esa medida, su inobservancia supone desconocer la norma aplicable y, simultáneamente, la utilización de una que no tenía asidero. Todo ello, en franca violación del derecho al debido proceso.

II.vi. Posibilidades de apartarse de un precedente

El valor del precedente en el derecho contemporáneo, sumado a su vínculo con algunos derechos fundamentales y otros bienes constitucionales no menos importantes,

115. Sentencia C-104 de 1993.

116. Cfr. sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, SU-1185 de 2001 y T-382 de 2003, entre otras.

explican, como se ha visto, su fuerza vinculante en el ordenamiento y el deber de observancia por las autoridades judiciales en la resolución de las controversias que se les plantean.

Sin embargo, lo anterior no significa sacralizarlo o anular la posibilidad de que, en ciertos casos verdaderamente excepcionales, puedan los jueces apartarse de sus propios precedentes o de los de sus superiores jerárquicos. Por ejemplo, en el derecho norteamericano un cambio en la jurisprudencia puede operar si se configura uno de cuatro eventos: (i) un error doctrinario que hubiese afectado al precedente desde su promulgación, (ii) un cambio de las circunstancias fácticas para la aplicación del precedente, (iii) un anacronismo de la jurisprudencia, o (iv) una síntesis de los anteriores¹¹⁷.

En este panorama, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de analizar bajo qué condiciones es legítimo apartarse de un precedente sin desconocer los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. Pero antes de explicarlas en detalle conviene advertir que opera una suerte de presunción, o más exactamente una *precedencia prima facie*, según la cual, en términos abstractos, el operador jurídico tiene la obligación de seguir los precedentes, a menos que demuestre poderosas razones que inclinen la balanza en sentido contrario¹¹⁸.

Para el ordenamiento colombiano, el hecho de dejar abierta esa puerta, entre otras cosas muy estrecha, obedece sobre todo a dos circunstancias distintas:

De un lado, para permitir que las equivocaciones del pasado puedan ser superadas al momento de administrar justicia en un caso posterior. Como fue explicado en la sentencia SU-047 de 1999, “el respeto al precedente es

117. Cfr. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 133.

118. Sobre las procedencias *prima facie*, cfr. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro”.

Por otro lado, la posibilidad de un cambio jurisprudencial se explica ante la necesidad de ajustar las decisiones de los jueces a nuevos requerimientos sociales o normativos, que no son otra cosa que el resultado de los procesos históricos que acompañan al hombre. En la mencionada sentencia la Corte recordó que “en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica”.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte Constitucional, las hipótesis que permiten apartarse de la jurisprudencia (*overruling*) son las siguientes:

a. Cuando hay diferencias relevantes entre los supuestos fácticos del precedente y los hechos del nuevo caso. Se trata del concepto de diferenciación (*distinguish*), herramienta que permite al juez inaplicar un precedente si considera que no se trata de supuestos similares.

En la sentencia C-836 de 2001 la Corte se pronunció al respecto en los siguientes términos:

Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A *con-*

trario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación –*tertium comparationis*– que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, *el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar*. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho. (Destacado fuera de texto).

El juez tiene la obligación de explicar de manera suficiente cuáles son los hechos que hacen diferentes las situaciones y conllevan la inaplicabilidad del precedente. Hechos que deberán ser relevantes, es decir, que alteren de manera sustancial las condiciones del primer caso frente a las del segundo.

b. En segundo lugar, puede haber un giro interpretativo con motivo de cambios en el ordenamiento jurídico, es decir, “debido a un tránsito constitucional o legal relevante”.

Según lo explicó la Corte en la mencionada sentencia, “en principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (art. 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (arts. 1.º y 3.º)”.

Así, no es válido invocar cualquier modificación en el ordenamiento para desatender la jurisprudencia, pues debe tratarse de reformas relevantes y pertinentes frente a los hechos objeto de estudio. Por ejemplo, si una norma es

reproducida en una nueva ley, aunque con una redacción distinta, esa modificación no tiene injerencia alguna para justificar el desconocimiento de un precedente jurisprudencial, pues no tiene la entidad de alterar las condiciones sustantivas que regula.

c. Cuando el operador jurídico considera que la jurisprudencia decantada en sentencias precedentes resulta equivocada y debe corregir su posición. Como explica el profesor DIEGO LÓPEZ, surge una especie de “arrepentimiento”, donde vale más la corrección que la coherencia, y en cuyo caso “la interpretación correcta es más importante que una decisión coherente”¹¹⁹.

d. Finalmente, cuando es necesario acoplar la jurisprudencia a las condiciones sociales, económicas o políticas de un nuevo momento histórico. O como lo explicó la Corte en la sentencia C-836 de 2001, “cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior”.

Debido a los riesgos que plantea, por la estrecha relación con los derechos fundamentales y bienes antes mencionados, un giro hermenéutico de estas dimensiones exige una muy fuerte carga de argumentación para demostrar que el cambio es necesario y no simplemente deseable o incluso conveniente:

En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, *para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior*, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo,

119. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 101.

goza ya de un *plus*, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario *es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho*¹²⁰. (Destacado fuera de texto).

En el caso de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, como máximo garante de la Carta y órgano de cierre del sistema judicial, las posibilidades de apartarse del precedente están restringidas a las hipótesis mencionadas, situadas en el marco de un criterio de *razón suficiente*:

Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. *Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual.*

¹²⁰. Sentencia C-400 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, f. j. n.º 57.

De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento. (Sentencia T-1025 de 2002, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL).

En este orden de ideas, para que una autoridad judicial pueda apartarse de un precedente deben existir motivos verdaderamente excepcionales que así lo justifiquen (supuestos fácticos distintos, cambios normativos relevantes, equivocadas interpretaciones que hacen inaplazable el cambio, o adaptación a nuevas condiciones sociales). Pero, además, el operador jurídico tiene la obligación de presentar una carga argumentativa lo suficientemente sólida que respalde su posición.

Así las cosas, como lo que está comprometido es, en el fondo, el derecho fundamental a la igualdad de trato (en la aplicación de la ley), el principio de razón suficiente exige entonces demostrar que el cambio de postura no conlleva la violación de ese derecho. En otras palabras, el operador jurídico deberá adelantar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de acreditar que esa nueva postura no vulnera el derecho a la igualdad.

II.VII. *Procedibilidad de la acción de tutela por desconocimiento del precedente*

Destacada la relevancia constitucional del precedente como fuente de derecho, queda por estudiar si el ordenamiento ofrece las herramientas para enmendar los yerros en que pudieren incurrir las autoridades judiciales cuando desconocen el precedente, en concreto de la Corte Constitucional.

Al respecto debe señalarse que, si las autoridades judiciales hacen caso omiso del precedente (ya sea pasándolo por alto o apartándose de él sin una fundamentación objetiva y razonable), su conducta se traduce en el menoscabo de los derechos fundamentales referidos en el apartado

anterior, los cuales son susceptibles de protección mediante el ejercicio de la acción de tutela¹²¹, e implica dejar sin efecto la decisión indebidamente proferida (nulidad). Sobre la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales la Corte ha dicho lo siguiente:

De otro lado, en cuanto a los requisitos sustanciales la procedencia de la tutela está sujeta a la violación de un derecho fundamental que, ligado al acceso efectivo a la administración de justicia, puede materializarse bajo una de las siguientes hipótesis:

a. En aquellos eventos en los cuales la providencia enjuiciada incurre en defecto orgánico, *sustantivo*, fáctico o procedimental, *ante el desconocimiento de las normas aplicables a un asunto específico*.

[...] A partir de los anteriores conceptos, la Corte ha elaborado la teoría a de la vía de hecho judicial, parámetro utilizado de manera relativamente sistemática para fijar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. No obstante, como fue explicado en reciente providencia, “de la evolución jurisprudencial en la materia a estas hipótesis vendrían a sumarse otras que han venido a incorporar el nuevo listado de causales de procedibilidad en comentario”¹²².

b. Cuando la providencia tiene graves problemas ante una insuficiente sustentación o justificación de la decisión, *o por desconocimiento del precedente judicial, en particular de la Corte Constitucional*¹²³.

121. Cfr., entre muchas otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-622 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003 y T-598 de 2003.

122. Cfr. sentencia T-441 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

123. Cfr. sentencias SU-640 de 1998, SU-160 de 1999, T-114 de 2002, T-462 de 2003.

c. También son controvertibles mediante tutela las decisiones donde la vulneración de los derechos obedece a un error en el que fue inducida la autoridad judicial, que esta Corporación ha denominado vía de hecho por consecuencia¹²⁴.

d. Si la decisión del juez se adoptó haciendo una interpretación normativa que resulta incompatible con la Carta, o cuando la autoridad judicial no aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser manifiesta la incompatibilidad con aquella y haber sido solicitada expresamente¹²⁵.

En todo caso, la Sala recuerda que la configuración de cualquiera de los yerros anteriormente descritos no es en sí misma motivo suficiente para concluir la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, porque para ello se requiere la vulneración de algún derecho de naturaleza fundamental¹²⁶.

Veamos ahora específicamente por qué motivo el desconocimiento del precedente hace viable el ejercicio de la acción de tutela.

II.VII.I. Vía de hecho

Desde la sentencia C-543 de 1992 la Corte señaló que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales cuando constituyen actuaciones de hecho¹²⁷, posición que no sólo ha sido reiterada desde aquel entonces, sino que constituye una clara línea jurisprudencial que se vincula

124. Cfr. sentencias SU-014 de 2001, T-407 de 2001 y T-1180 de 2001.

125. Cfr. sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-522 de 2001.

126. Sentencia T-598 de 2003.

127. Sentencia C-543 de 1992. La Corte declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, y la exequibilidad del artículo 25 del mismo estatuto. La importancia de dicha providencia estriba en la introducción de la figura de las *actuaciones de hecho* como susceptibles de ser controvertidas mediante tutela.

también con el respeto de la cosa juzgada: “la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, más que un precedente tiene fuerza de cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes, lo cual implica que no puede ser desconocida por ninguna autoridad”¹²⁸.

Así las cosas, dado que el desconocimiento del precedente constituye una vía de hecho, en tanto no se aplica la regla que debió seguirse para resolver un caso concreto, nada obsta para acudir a la acción de tutela a fin de superar ese grave yerro judicial.

Por ejemplo, en la sentencia SU-640 de 1998 la Corte Constitucional dejó sin efecto decisiones del Consejo de Estado que no seguían su jurisprudencia en relación con el periodo de los alcaldes (personal y no institucional):

En las dos decisiones del Consejo de Estado examinadas por la Corte se verifica la violación de la cosa juzgada constitucional en detrimento de los derechos fundamentales de un ciudadano elegido como alcalde de un municipio, al igual que de los derechos de sus electores, *lo que entraña una manifiesta vía de hecho*. En la primera providencia, las sentencias de la Corte son ignoradas como fuente de forzosa aplicación. En la segunda, las sentencias se toman en cuenta, pero con el objeto de sustituir su *ratio decidendi* por el propio concepto del Consejo de Estado, como si ello fuera posible o constituyera materia sobre la cual pueden disponer los órganos vinculados por la Constitución y, por ende, por las sentencias de la Corte Constitucional¹²⁹.

Siguiendo la misma línea, en la sentencia T-082 de 2002 la Corte dejó sin efectos una decisión que había hecho caso omiso de la jurisprudencia constitucional sobre la prohibición de *reformatio in pejus* y señaló:

128. Sentencia T-598 de 2003. En el mismo sentido cfr. sentencia T-088 de 2003.

129. En el mismo sentido obró en la sentencia SU-168 de 1999, otra vez con motivo de sentencias del Consejo de Estado que desatendían la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En otras palabras, la aplicación del artículo 31-2 superior, por fuera de los cánones establecidos en la preceptiva constitucional citada y en contra de lo dispuesto por el intérprete autorizado de la Carta, constituye una vía de hecho que puede ser declarada en sede de tutela, cuando no existan otros medios de defensa judicial que garanticen el restablecimiento efectivo de los derechos fundamentales afectados. Ello, *por cuanto el desconocimiento del precedente constitucional, en últimas, se traduce en un desconocimiento directo de la Carta Política.* (Destacado fuera de texto).

II.VII.II. Procedencia como causal autónoma

Sin hacer énfasis en la presencia de una vía de hecho, la Corte Constitucional ha considerado que la inobservancia del precedente constituye una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela. Ello ha ocurrido a partir de una redefinición dogmática que busca abandonar, poco a poco, el concepto de vía de hecho, para referirse a causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales¹³⁰.

Así, por ejemplo, en la reciente sentencia T-330 de 2005 la Corte declaró la nulidad de varias sentencias de Tribunales superiores de distrito judicial, debido a que se habían apartado de los precedentes de la Corte Constitucional en materia de fuero sindical:

Esta Sala revocará la decisión del juez constitucional y, en su lugar concederá el amparo. En el caso bajo estudio *se configura causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por varias razones. En primer lugar, el juez demandado desconoció la jurisprudencia sentada sobre el punto por la Corte Constitucional, en el sentido del deber del INPEC de promover demanda de levantamiento de fuero sindical cuando pretenda despedir a un trabajador amparado por este beneficio. De igual manera, desconoció el objeto de la acción laboral promovida por el*

130. Sobresalen las sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-200 de 2004 y T-330 de 2005.

empleado despedido. Es decir, estudió de fondo si la institución pública estaba amparada en una justa causa para desvincular al trabajador sin que mediara calificación judicial, cuando sólo debió determinar si el INPEC debió iniciar proceso de levantamiento de fuero. *En último lugar desconoció el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del demandante, por cuanto, pese a que unos meses antes ordenó el reintegro de un trabajador del INPEC en iguales supuestos de hecho en lo relevante a los del demandante, sin que mediara una argumentación adecuada y suficiente para ello, resolvió no reintegrarlo.* Desconoció, entonces, la vinculatoriedad del precedente dictado por la misma Sala del Tribunal (precedente horizontal). (Destacado fuera de texto).

En conclusión, cuando una autoridad judicial desatiende los precedentes jurisprudenciales, en particular de la Corte Constitucional, la acción de tutela es plenamente legítima para asegurar la protección de los derechos fundamentales y el acceso efectivo a la administración de justicia. La consecuencia no será otra que dejar sin efecto la sentencia indebidamente dictada (nulidad) y disponer lo necesario para proferir una nueva decisión ajustada a derecho.

II.VIII. *La jurisprudencia sobre los abonos ordenados en la Ley 546 de 1999*

El anterior recuento permite analizar con mayor claridad si existen precedentes sobre la reliquidación de los créditos de vivienda previstos en la Ley 546 de 1999, así como determinar su alcance y los efectos de su eventual inobservancia por las autoridades judiciales. La cuestión central consiste en definir si, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la reliquidación se amplía a los créditos que ya estaban cancelados para la fecha de entrada en vigencia de esa ley, o a créditos distintos de vivienda.

Pues bien, lo primero que debe decirse es que mediante sentencia C-700 de 1999 la Corte declaró inexecutable el

sistema UPAC de financiamiento de vivienda. Ante esta circunstancia el Congreso tomó cartas en el asunto y aprobó la Ley 546 de 1999, fijando en los artículos 38 a 49 un régimen de transición con miras a ajustar las obligaciones del antiguo sistema UPAC a la nueva figura de la UVR (Unidad de Valor Real) y evitar los traumatismos en la economía que ya fueron mencionados.

Desde entonces la Corte Constitucional efectivamente se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el alcance de la Ley 546 de 1999. Para los efectos de este análisis resulta imperioso referirse a la reliquidación de los créditos prevista en los artículos 40 y siguientes de la misma, tomando como referentes cuatro decisiones: las sentencias C-955 de 2000, C-1140 de 2000, T-1196 de 2000 y T-253 de 2001.

IV.VIII.I. Sentencia C-955 de 2000

En aquella oportunidad¹³¹ la Corte declaró la constitucionalidad del sistema general de financiamiento de vivienda a través de la UVR, pero declaró inexecutable algunos artículos específicos de la Ley 546 de 1999.

La Corte encontró ajustado a la Constitución el sistema, pues resultaba legítimo para el legislador diseñar un sistema para atender los problemas de protección de la vivienda digna de los colombianos, en particular para enfrentar los derivados de la “comparación entre las sumas que adeudaban y las que efectivamente cancelaron, la opción de readquisición de vivienda para quienes la habían perdido y la suspensión de los procesos ejecutivos iniciados”.

Según fue indicado en la primera parte del escrito, al analizar el tema relativo a la igualdad, ante la insuficiencia de la regulación aprobada por el Congreso de la República la Corte declaró inexecutable algunos aparta-

131. Sentencia del 26 de julio de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

dos que preveían una regulación distinta para los créditos en mora, pues la necesidad de la medida exigía amparar especialmente a los deudores morosos. Sobre este punto la alta corporación sostuvo lo siguiente:

Los artículos 41 y 42, para efectos de las reliquidaciones y los abonos, distinguen injustificadamente entre los créditos que a 31 de diciembre de 1999 se encontraban al día y los que a esa misma fecha se hallaban en mora.

Tal diferenciación resulta contraria a la igualdad de trato que impone la Constitución, ya que las hipótesis –no obstante la mora de unos deudores y el cumplimiento de otros– eran las mismas. La verdadera fuente del derecho de todos ellos y de las obligaciones correlativas en cabeza de las instituciones financieras acreedoras (reliquidar y abonar o devolver lo pagado de más) era precisamente el efectivo traslado patrimonial de recursos a las entidades prestamistas, lo que causó el problema social que el legislador quiso solucionar. Tales obligaciones no desaparecían por el hecho de la mora, y como se trataba de cosas diferentes –una el derecho al abono y otra el estar o no en mora–, no podía tomarse la situación –estar al día o en mora– de cada crédito como factor para dilatar la reliquidación de unos de los deudores, ni tampoco para que, por vencimiento del plazo otorgado a los morosos para solicitar sus reliquidaciones, quedaran ellos sin los abonos que les correspondían.

En consecuencia, las palabras “que se encuentren al día el último día hábil bancario del año de 1999”, del numeral 1; “que estuvieren al día el 31 de diciembre de 1999”, del numeral 3, del artículo 41; y “siempre que el deudor manifieste por escrito a la entidad financiera su deseo de acogerse a la reliquidación del crédito, dentro de los 90 días siguientes a la vigencia de la ley”, del inciso 1.º, y “cumplido lo anterior”, del inciso 2.º del artículo 42 acusado, serán declaradas inexecutable.

De esta manera, la Corte hizo extensiva la misma reliquidación de los créditos a todos los deudores de vivienda con obligaciones pendientes a la fecha de entrada

en vigencia de la ley, sin importar si se encontraban al día o en mora en el pago de la deuda; en otras palabras, igualó a los deudores morosos, que inicialmente estaban amparados en la ley con una regulación distinta. Sin embargo, *dicha sentencia no amplió la cobertura a otro tipo de obligaciones*, en concreto a los créditos que ya estaban cancelados cuando fue expedida la Ley 546 de 1999; por el contrario, toda su argumentación giró en torno a la necesidad de amparar sólo a quienes tenían deudas pendientes.

II.VIII.II. Sentencia C-1140 de 2000

En esta oportunidad¹³² la corporación se ocupó nuevamente de varias demandas contra la Ley 546 de 1999. Para lo que ahora nos interesa, debe decirse que frente a los artículos 43, 44 y 45 de la ley, la Sala declaró su exequibilidad “en los términos de esta sentencia”, es decir, condicionada, lo que implica acudir a la parte motiva de la misma.

Pues bien, al respecto la Corte hizo, entre otras, las siguientes consideraciones:

La Corte Constitucional, en los fallos C-383, C-700 y C-747 de 1999, así como el Consejo de Estado en la sentencia del 21 de mayo de 1999, dedujeron que en las cuotas pagadas por los deudores hipotecarios a las instituciones financieras desde 1993, al haberse incluido en ellas los elementos inconstitucionales de la DTF y la capitalización de intereses, agregándolos a la corrección monetaria, a los intereses remuneratorios y a las amortizaciones a capital (de ínfima proporción en las cuotas), excedieron en mucho, durante varios años, los montos que han debido cancelarse, que sólo eran los últimamente enunciados, y, por lo tanto, debía procederse a una reliquidación de los créditos para efectuar las compensaciones respectivas o hacer las devolu-

132. Sentencia del 30 de agosto de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

ciones pertinentes en los eventos de pagos completos ya efectuados.

[...] Resulta entonces que el tema debe ser ubicado, en este proceso, no exclusivamente en el campo de la responsabilidad patrimonial al que se refiere el artículo 90 de la Constitución, sino en el de la justicia y la equidad, quebrantadas por la ruptura del equilibrio económico entre deudores y acreedores.

[...] Así, pues, lo que debe darse en el curso de tales relaciones bilaterales no es nada diferente de la compensación, para realizar el objetivo constitucional de un orden justo. Deben cruzarse las cuentas para saber quién finalmente le está debiendo a quién, y cuánto. Y ello sólo se logra si se reliquidan los créditos. Lo anterior debe ocurrir aunque ya se haya cancelado la totalidad del préstamo, para proceder a las restituciones consiguientes, si es el caso.

Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-700 de 1999, a la cual pertenecen los siguientes párrafos, que hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional, en cuanto se los vinculó expresamente a la parte resolutive:

[...] Pero —claro está— de las reliquidaciones resulta la obligación de las entidades financieras de devolver o abonar a sus deudores las sumas que habían recibido en exceso, y sus intereses a la misma tasa que ellas vienen aplicando, y no hay motivo válido alguno para que sea el Estado —con el dinero de los contribuyentes— el que de manera absoluta y exclusiva asuma la obligación de restituir en su totalidad los enunciados recursos, pues tal carga, asumida por el Estado, se plasma en la ley sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haber a sus organismos y a sus antiguos servidores por la adopción de las medidas y por la expedición de las normas que propiciaron el injusto traslado de fondos de los deudores hipotecarios a las instituciones crediticias, y también sin detrimento de los recursos que, previa sentencia judicial, corresponda restituir a las propias instituciones crediticias. Estas, en efecto, los recibieron, los usufructuaron y los invirtieron. Es de su cargo su devolución, con los réditos respectivos.

Y luego concluyó:

Así, pues, la responsabilidad voluntariamente asumida por el Estado se entiende sin perjuicio de lo que los jueces dispongan en casos particulares, a la luz de las sentencias dictadas por esta Corporación.

Serán declarados exequibles, en los indicados términos, los artículos 44 y 45 de la normatividad demandada.

Por su parte, en relación con el artículo 43 de la ley la sentencia señaló:

En efecto, considera esta Corporación que no se puede anular toda posibilidad de reclamación judicial efectiva del deudor contra la institución financiera, presumiendo que el pago o abono efectuado cubre completa y satisfactoriamente lo que aquélla debía al demandante, pues ello supondría el desconocimiento del debido proceso (art. 29 CPP), el acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem), el equilibrio entre las partes y, en general, el orden justo al que propende la Constitución (Preámbulo).

En este orden de ideas, el artículo 43 de la Ley 546 de 1999 se declarará exequible, pero en los términos que se acaban de señalar en este fallo.

Aunque algunos podrían sugerir que en esta sentencia la Corte reconoció la posibilidad de reliquidar los créditos de obligaciones ya satisfechas, lo cierto es que tales apreciaciones resultan equivocadas y corresponden a una indebida comprensión sobre el alcance y la fuerza vinculante del precedente constitucional, al menos por cuatro razones: a. Porque la consideraciones en este sentido no hacen parte de la *ratio decidendi* de la sentencia; b. Porque la reliquidación referida se entiende sólo para obligaciones que hubieran sido liquidadas en forma indebida, es decir, en contravía de las disposiciones legales aplicables para ese entonces; c. Porque la Corte no abordó el análisis de los artículos 40, 41 y 42 de la ley desde el

punto de vista del derecho a la igualdad, y finalmente, d. Porque la jurisprudencia desarrollada en sentencias posteriores, incluso con el mismo magistrado ponente, así lo reafirma.

a. En primer lugar, la *ratio decidendi* en relación con los artículos 43, 44 y 45 tiene que ver con los cargos de la demanda, que fueron formulados por desconocimiento del artículo 90 de la Constitución, relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado, *pero no frente a la supuesta responsabilidad de instituciones privadas como las corporaciones bancarias*. En efecto, fue bajo esta óptica que la Corte reseñó los cargos y planteó la discusión¹³³.

Y así se entiende luego la *ratio decidendi* cuando en la parte considerativa de la sentencia la Corte declara la constitucionalidad de los artículos 44 y 45 de la Ley 546, “sin perjuicio de lo que los jueces dispongan en casos particulares, a la luz de las sentencias dictadas por esta Corporación”. Como es fácil de observar, lo que la Corte reivindica es la eventualidad de que *el Estado* (y no los particulares) asuma otro tipo de responsabilidades por su conducta, ya sea por el hecho del legislador, la falta de control y vigilancia, o cualquier otra conducta antijurídica de la que sea responsable. Es en ese sentido que debe ser concebida la *ratio decidendi* y la fuerza vinculante del precedente.

Ahora bien, *las demás consideraciones* que pudo haber hecho la Corte en su sentencia no pueden ser consideradas entonces como “precedente” ni se asocian a la *ratio decidendi* de la sentencia, y por lo mismo *carecen de eficacia normativa en tanto son dichos al pasar (obiter*

133. “Es obvio que para poder deducir esta responsabilidad estatal resulta necesario que se demuestre que los daños causados son imputables, por acción u omisión, a las autoridades públicas, y que exista sentencia judicial que la declare. Es precisamente al artículo 90 de la Constitución al que acuden los demandantes para deducir la inexequibilidad de los artículos 40 a 45 de la Ley 546 de 1999”.

dictum), de acuerdo con la terminología que ha desarrollado el propio tribunal.

b. En segundo lugar, la facultad de reclamar la reliquidación del crédito ante las autoridades judiciales se entiende referida *sólo para obligaciones que hubieran sido liquidadas en forma ilegal, es decir, en contravía de las disposiciones aplicables para cada momento histórico*.

Es por ello que frente al artículo 43 de la Ley 546 la Corte deja a salvo, luego de haber señalado la constitucionalidad condicionada de los artículos 44 y 45, la posibilidad de acudir a los estrados judiciales para dirimir las controversias que pudieren surgir (*ratio decidendi*). Pero en manera alguna hace extensivo el abono a otro tipo de obligaciones crediticias, ni menos aún a las que ya estuvieren canceladas para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999.

Y sin duda fue lo que debió hacer, porque la Corte Constitucional no podía impedir a los particulares que acudieran ante la administración de justicia para reclamar por la responsabilidad del Estado, o en caso de que alguna entidad financiera hubiere hecho cobros desbordando el marco normativo al que estaba sometida por mandato legal.

c. En tercer lugar, hay que decir que en esta sentencia la Corte *no analizó el tema relativo a la supuesta inconstitucionalidad por violación de la igualdad*. De hecho, nada dijo frente a la restricción impuesta en los artículos 40 y 41 de la Ley 546, en el sentido de aplicar la reliquidación únicamente a quienes tuvieran deudas vigentes al momento de aprobación de la ley.

Es más, en relación con los artículos 38 a 42, la Corte declaró “estarse a lo resuelto” en la sentencia C-955 de 2000. En esa medida, su posición jurisprudencial se mantuvo inalterada, como era apenas lógico, frente a la constitucionalidad de la reliquidación de créditos en los términos señalados por el legislador, es decir, solamente aplicable a las obligaciones pendientes al momento de

entrada en vigencia de la ley (y ampliada a los créditos en mora en virtud de la sentencia C-955).

d. Finalmente, el hecho de que la Corte no hizo extensiva la posibilidad de reliquidar los créditos ya saldados para la fecha de entrada en vigencia de la ley, u otros diferentes a los créditos de vivienda, se confirma cuando se analiza la jurisprudencia que con posterioridad ha desarrollado la alta corporación en este sentido, incluso con ponencia del mismo magistrado que dirigió los debates de las sentencias C-955 y C-1140 de 2000.

Como se verá en seguida, ante la problemática que pudo surgir en algún momento, fueron las sentencias T-1196 de 2000, T-253 de 2001 y T-105 de 2005 las que vinieron a despejar cualquier manto de duda, en el sentido de que la reliquidación fue concedida *únicamente a los créditos de vivienda vigentes cuando fue aprobada la Ley 546 de 1999*, o dicho en otros términos, sobre la imposibilidad de hacer extensivo el abono económico a otras hipótesis no previstas en la ley. Como se explica en seguida, la *ratio decidendi* de esas sentencias fue precisamente que las reglas de la Ley 546 de 1999, en lo que a la reliquidación de créditos se refiere, no se extienden a situaciones jurídicas consolidadas al momento de dictarse la ley.

II.VIII.III. Sentencia T-1196 de 2000

En aquella oportunidad la Corte conoció de la demanda de tutela interpuesta contra Bancafé y los juzgados 8.º Civil Municipal y 5.º Civil del Circuito de Neiva. El demandante había adquirido un crédito de vivienda en 1997, pero como incurrió en mora Bancafé adelantó proceso ejecutivo que llegó a su fin el 30 de junio de 1999, quedando pendiente sólo la entrega del bien.

En enero de 2000 el actor presentó a Bancafé un escrito solicitando la reliquidación de su crédito en el marco de la Ley 546 de 1999. Igualmente, en aplicación de la misma ley solicitó al juzgado la suspensión del proceso seguido en su contra. Sin embargo, sus solicitudes fueron

resueltas de forma adversa a sus intereses tanto por la entidad financiera como por las autoridades judiciales.

Llegado el asunto a revisión ante la Corte Constitucional, esa corporación negó el amparo por considerar que el caso no se encontraba dentro de las hipótesis previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999, pues no se trataba de un crédito pendiente cuando entró en vigencia la ley. Luego de explicar que el caso se diferenciaba del que fue resuelto en otra oportunidad (sentencia SU-846 de 2000), la Corte concluyó:

3.3. *La reliquidación de créditos y la suspensión de los procesos a que hacen referencia los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999, declarados parcialmente exequibles en la sentencia C-955 de 2000, y que el actor solicita aplicar, hacen referencia a créditos insolutos y a procesos en curso.* En el caso del señor GUTIÉRREZ MANRIQUE, no podemos decir que su crédito al momento en que se produjo la solicitud de reliquidación ostentaba dicha condición ni que el proceso ejecutivo seguido en su contra estuviera en curso, pues éste finalizó con la ejecutoria del auto que adjudicó a la entidad bancaria el bien dado en garantía. No puede olvidarse que el objeto último del proceso ejecutivo con título hipotecario, es, precisamente, el pago con el producto de la venta del bien dado en garantía, cuando aquél no se ha logrado a través de otros medios.

3.4. Con la mencionada adjudicación, entonces, se satisfizo no sólo el monto de la deuda contraída por el señor GUTIÉRREZ MARTÍNEZ con la entidad financiera, sino las costas del proceso. *En otros términos, en el caso en estudio, no existía crédito que reliquidar cuando entró en vigencia la Ley 546 de 1999, diciembre 23, dado que en febrero de ese año, éste se canceló con la adjudicación antedicha, dando lugar a la terminación del proceso de ejecución.* En el auto de adjudicación del bien para el pago de lo adeudado, por demás, se ordenó la cancelación del gravamen hipotecario; de las medidas cautelares de embargo y secuestro, así como la inscripción en el registro de la adjudicación del bien en cabeza de la entidad bancaria, orden que se cumplió según

el certificado de tradición y libertad que obra a folios 12 a 16 del segundo cuaderno¹³⁴. (Destacado fuera de texto).

Con base en esas consideraciones se confirmaron las decisiones de instancia en el sentido de negar el amparo “por cuanto no evidencia esta Sala vulneración de derecho fundamental alguno que deba protegerse”.

II.VIII.IV. Sentencia T-253 de 2001

En esta oportunidad la Corte conoció dos acciones de tutela mediante las cuales se pretendía dejar sin efecto dos procesos ejecutivos con título hipotecario, los cuales habían llegado a su fin el 26 de mayo y el 4 de noviembre de 1998.

El amparo también fue denegado por cuanto no se trataba de procesos en curso o de créditos vigentes, frente a los cuales se pudiera aplicar las medidas previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999. Luego de reiterar expresamente las consideraciones de la sentencia T-1196 de 2000, la Corte concluyó:

En los casos en referencia, debe la Corte esclarecer si es posible que el juez de tutela ordene la reliquidación de créditos hipotecarios, de conformidad con los lineamientos señalados en los fallos proferidos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado sobre esta materia, respecto de procesos ejecutivos hipotecarios en los que ya hubo adjudicación de los bienes a favor de las entidades ejecutantes.

La Corte considera que en los casos sometidos a examen no es procedente el amparo constitucional para suspender los procesos puesto que, como se sostuvo en sentencia T-1196 del 14 de septiembre de 2000, *las reglas establecidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999 se refieren a procesos en curso o a créditos vigentes*¹³⁵. (Destacado fuera de texto).

134. M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

135. M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

En ambas sentencias (T-1196 de 2000 y T-253 de 2001) el problema jurídico consistió en establecer si las normas de la Ley 546 de 1999, en los términos de la sentencia C-955 de 2000, eran aplicables a la situación de personas que habían perdido sus inmuebles luego de incumplir sus obligaciones pactadas bajo el sistema UPAC, en virtud de sentencia judicial en proceso ejecutivo que adjudicaba los bienes a un tercero.

II.VIII.V. Sentencia T-105 de 2005

En la sentencia T-105 de 2005 la Corte rechaza la posibilidad de hacer extensiva la reliquidación prevista en la Ley 546 de 1999 a otro tipo de créditos diferentes a los otorgados en materia de vivienda. Al decidir sobre una demanda de tutela contra una sentencia judicial proferida en un proceso ejecutivo hipotecario comercial la Corte razonó en los siguientes términos:

La Sala de Revisión no observa que se está ante la vía de hecho planteada por la actora, por la sencilla razón de que el crédito objeto del proceso ejecutivo hipotecario no es de vivienda sino comercial, y concierne a un local comercial, local que se persigue en el proceso ejecutivo.

Si el crédito es comercial y no de vivienda, no hay lugar a examinar el contenido de la ley de vivienda y de las sentencias de la Corte sobre los créditos para adquisición de vivienda y su incidencia concreta en el proceso ejecutivo que se le adelanta en el juzgado demandado. La incidencia reclamada por la demandada le corresponde al juez de la causa decidirla en el proceso correspondiente, ya que se trata de una controversia meramente patrimonial en la aplicación de la ley.

Si bien es cierto que la Corte dejó abierta la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria para reclamar por eventuales pagos que no se ajustaran a la normatividad vigente, también lo es que su pronunciamiento fue muy claro en cuanto a la imposibilidad de ampliar el sentido de la Ley 546 de 1999 a hipótesis allí no previstas.

La posición de la Corte Constitucional fue entonces la siguiente: no procede la reliquidación del crédito o la suspensión del proceso ejecutivo, cuando éste ya hubiese culminado con anterioridad a la expedición de la Ley 546 de 1999, por cuanto “la reliquidación de créditos y la suspensión de los procesos a que hacen referencia los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999, declarados parcialmente exequibles en la sentencia C-955 de 2000 [...] hacen referencia a créditos insolutos y a procesos en curso” (sentencia T-1196 de 2000). De esta manera, para la Corte las situaciones jurídicas consolidadas –ausencia de pagos insolutos–, sea por pago del crédito o por ejecutoria de decisiones judiciales definitivas, no están cobijadas por la Ley 546 de 1999.

De acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas, si una autoridad desconoce el precedente constitucional fijado en las sentencias T-1196 de 2000, T-253 de 2001 y T-105 de 2005, vulnera los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. Todo ello permite acudir a la acción de tutela para dejar sin efecto la decisión y enmendar de esa forma los yerros en que hubiere incurrido.

Ahora bien, podría pensarse que los jueces pueden apartarse de la posición sentada por la Corte en las mencionadas providencias. Sin embargo, según fue explicado en la primera parte de este concepto, lo cierto es que existen fundamentos objetivos y razonables para restringir el abono económico sólo a los créditos de vivienda que estuvieren vigentes cuando fue aprobada la Ley 546 de 1999. Si lo hicieren afectarían además el derecho a la igualdad, el respeto al principio democrático, la separación de poderes y la autonomía del legislador como foro político por excelencia.

En estas condiciones, el correcto proceder consiste en observar las previsiones de la Ley 546 de 1999 y acatar la jurisprudencia que al respecto ha sentado nuestro máximo tribunal.

II.IX. *Reliquidación y daño antijurídico del Estado*

Por otra parte, del contenido de la Ley 546 de 1999, así como de la jurisprudencia constitucional desarrollada al respecto y a la que se ha hecho referencia, se observa sin dificultad que el pago de la reliquidación a los créditos de vivienda fue asumido por el Estado (aunque de manera indirecta por toda la sociedad), en tanto fue éste el responsable de crear las condiciones en el sistema de financiación de vivienda que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales.

En efecto, el artículo 40 de la ley señala que “con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, *el Estado* invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar a las obligaciones vigentes que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito”. Y más adelante el artículo 41 dispone que los abonos se financien con títulos de deuda pública (TES) emitidos a diez años de plazo.

De manera que el supuesto de hecho previsto en la ley constituye una especial forma de responsabilidad del Estado derivada del artículo 90 de la Carta¹³⁶, en tanto las normas expedidas en materia de vivienda se tradujeron luego en una conducta antijurídica que afectó los derechos de un número considerable de deudores hipotecarios, en detrimento de los principios de justicia y equidad¹³⁷. Así también lo ha entendido la doctrina, para quien la

136. “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas./ En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

137. “Resulta entonces que el tema debe ser ubicado, en este proceso, no exclusivamente en el campo de la responsabilidad patrimonial al que se refiere el artículo 90 de la Constitución, sino en el de la justicia y la equidad, quebrantadas por la ruptura del equilibrio económico entre deudores y acreedores”: sentencia C-1141 de 2000.

reliquidación de los créditos de vivienda ordenada en la Ley 546 de 1999 no es otra cosa que el reconocimiento de una responsabilidad por el hecho del legislador, figura que poco a poco ha venido consolidándose en el derecho colombiano. “Surge aquí la interesante inquietud acerca de la responsabilidad del Estado por leyes constitucionales”¹³⁸, o más exactamente por leyes declaradas inconstitucionales.

Es evidente entonces que el costo de la reliquidación de créditos no se trasladó a las instituciones financieras, por cuanto la conducta de dichas entidades sencillamente se ajustó a la normatividad vigente para entonces. Y, naturalmente, el hecho de acatar las leyes no puede erigirse en fundamento válido para imputar a terceros de buena fe algún tipo de daño antijurídico. Por el contrario, como es sabido, el hecho de obrar en cumplimiento de un deber legal configura una causal eximente de responsabilidad.

Ahora bien, si el sistema de financiación de vivienda en algún momento llegó a ser inequitativo, tal circunstancia jamás puede imputarse a las corporaciones bancarias, sino al Estado, pues fue éste el encargado de fijar las directrices políticas y normativas que regularon la materia. Es por ello que la Ley 546 de 1999 buscó enmendar los yerros en que pudo haber incurrido el propio Estado.

Además, no puede pasarse inadvertido que las instituciones bancarias están sometidas a rigurosos controles de la Administración Pública, donde precisamente se constató su legítimo y correcto proceder en el proceso económico relativo a los créditos de vivienda.

Por lo anterior, si una autoridad judicial o administrativa extiende el alcance de la Ley 546 de 1999, en el sentido de atribuir a las instituciones financieras responsabilidad económica derivada del indebido funcionamiento del sistema de crédito para vivienda, desconoce el fundamento

138. LÓPEZ BLANCO. *La Ley de Vivienda (546 de 1999) y sus implicaciones en el campo procesal civil*, cit., p. 17.

de la responsabilidad y la expresa voluntad del Congreso plasmada en una norma vinculante. Así mismo, incurre en violación al debido proceso por vía de hecho (defecto sustantivo¹³⁹), en la medida en que da a la norma un alcance que no tiene; desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que hace referencia a la responsabilidad del Estado y no de los particulares en la regulación del sistema de financiamiento de vivienda; y, por último, causa una ruptura de la igualdad material, por cuanto genera una carga económica a las entidades bancarias sin que haya un fundamento válido de imputación de responsabilidad. Todo ello es susceptible de ser controvertido mediante el ejercicio de la acción de tutela a fin de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia.

III. CONCLUSIONES GENERALES

Tomando en cuenta las consideraciones hasta aquí reseñadas pueden extraerse las siguientes conclusiones generales:

1. Los créditos objeto del abono económico (reliquidación) previsto en los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999 son *únicamente* aquellos otorgados en materia de vivienda, que estuvieron pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley.

2. De esta manera, *no* están comprendidos dentro de la reliquidación económica los créditos ya cancelados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999. Tampoco están incluidos los créditos de libre inversión, los otorgados para establecimientos comerciales o empresa-

139. “El defecto sustantivo opera cuando la decisión cuestionada se funda en una norma evidentemente inaplicable para el caso, ya sea porque perdió vigencia, porque resulta inconstitucional, o porque no guarda conexidad material con los supuestos de hecho que dieron origen a una controversia”: sentencia T-639 de 2003.

riales, los conferidos a personas jurídicas, los créditos a constructores y, en general, cualquier crédito que no haya sido expresamente conferido para un asunto relativo a la vivienda.

3. El artículo 40 de la Ley 546 de 1999 *no desconoce el derecho fundamental a la igualdad*, por no haber incluido como beneficiarios del abono a quienes no tuvieran obligaciones crediticias pendientes, es decir, cuyas deudas ya hubieren sido canceladas para la fecha de expedición de esa ley. Tampoco se desconoce este derecho por no incluir los créditos de libre inversión, o cualquier otro distinto a la vivienda.

No se vulnera el derecho a la igualdad por cuanto existe un fundamento objetivo y razonable que justifica el tratamiento diferencial. De hecho, el abono económico, en los términos anteriormente reseñados, supera con éxito el juicio de razonabilidad y no se refleja como una medida arbitraria o caprichosa del legislador. Es, por el contrario, el resultado de su prudente margen de apreciación en un asunto abierto a múltiples opciones de regulación normativa.

4. Si bien es cierto que en el artículo 40 de la Ley 546 de 1999 hay una omisión legislativa relativa, porque no incluyó como objeto de la reliquidación los créditos que no estuvieren vigentes para el momento de la aprobación de dicha ley, ni cualquier otro crédito distinto a los de vivienda, también lo es que *esa omisión relativa de ninguna manera es inconstitucional*.

De un lado, porque efectivamente existen fundamentos objetivos y razonables para restringir el abono económico sólo a los créditos de vivienda que estuvieren vigentes al momento de aprobación de la Ley 546 de 1999; y por otro lado, porque la omisión cuestionada no es relevante en términos constitucionales, pues el hecho de no incluir otro tipo de créditos no compromete ningún otro derecho o principio constitucional de interés primordial.

5. En el caso de los abonos previstos en la Ley 546 de 1999 no puede acudirse a la figura de la excepción de

inconstitucionalidad, puesto que no existe una flagrante o incuestionable violación de la Carta Política, sino que, por el contrario, se trata de una medida plenamente legítima de acuerdo con las facultades que en este campo tiene el legislador. Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional limitó los casos de reliquidación a créditos de vivienda vigentes para cuando fue aprobada la ley (al día o con saldo en mora).

6. El único facultado para ampliar la cobertura del abono económico tantas veces mencionado es el Congreso de la República en ejercicio de su más importante función: hacer las leyes. En esa medida, ningún juez de la República puede extender el alcance de los artículos 40 y 41 de la Ley 546 de 1999.

De lo contrario vulneraría no sólo el derecho a la igualdad, sino también el principio democrático, la separación de poderes, el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, todo lo cual es susceptible de ser controvertido mediante la acción de tutela.

7. En la sentencia C-995 de 2000 la Corte hizo extensiva la reliquidación de los créditos a todos los deudores de vivienda con obligaciones pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la ley, sin importar si se encontraban al día o en mora en el pago de la deuda. En otras palabras, incluyó a los deudores morosos que inicialmente no estaban amparados en la ley.

Sin embargo, la mencionada sentencia no amplió la cobertura a otro tipo de obligaciones, en concreto a las situaciones jurídicas consolidadas cuando fue expedida la Ley 546 de 1999. Por el contrario, toda su argumentación giró en torno a la necesidad de amparar sólo a quienes tenían deudas pendientes.

8. Aunque algunos podrían sugerir que en la sentencia C-1140 de 2000 la Corte reconoció la posibilidad de reliquidar los créditos de obligaciones ya satisfechas, lo cierto es que tales apreciaciones resultan equivocadas y corresponden a una indebida comprensión sobre el alcance y la fuerza vinculante del precedente constitucional, al

menos por cuatro razones: a. Porque las consideraciones en este sentido no hacen parte de la *ratio decidendi* de la sentencia; b. Porque la reliquidación referida se entiende sólo para obligaciones que hubieran sido liquidadas en forma indebida, es decir, en contravía de las disposiciones legales aplicables para ese entonces; c. Porque la Corte no abordó el análisis de los artículos 40, 41 y 42 de la ley desde el punto de vista del derecho a la igualdad, y finalmente, d. Porque la jurisprudencia desarrollada en sentencias posteriores (T-1196 de 2000, T-253 de 2001 y T-105 de 2005), incluso con el mismo magistrado ponente, así lo reafirma.

9. Las sentencias T-1196 de 2000 y T-253 de 2001, proferidas por la Corte Constitucional, señalaron con claridad que el abono económico previsto en la Ley 546 de 1999 fue concedido únicamente a los créditos de vivienda vigentes cuando fue aprobada esa ley.

La *ratio decidendi* de esas sentencias fue precisamente que las reglas de la Ley 546 de 1999, en lo que a la reliquidación de créditos se refiere, no se extienden a situaciones jurídicas consolidadas al momento de dictarse la ley.

10. Si una autoridad judicial o administrativa desconoce el precedente fijado por la propia Corte Constitucional en las sentencias T-1196 de 2000 y T-253 de 2001, vulnera los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. Todo ello permite acudir a la acción de tutela para dejar sin efecto la decisión y enmendar de esa forma los yerros en que hubiere incurrido.

11. Si una autoridad judicial o administrativa extiende el alcance de la Ley 546 de 1999, en el sentido de atribuir a las instituciones financieras responsabilidad económica derivada del indebido funcionamiento del sistema de crédito para vivienda, además de desconocer el fundamento de la responsabilidad y la expresa voluntad del Congreso plasmada en una norma vinculante, incurre en violación al debido proceso por vía de hecho (defecto sustantivo),

desconocimiento del precedente constitucional y ruptura de la igualdad material, todo lo cual es susceptible de ser cuestionado mediante el ejercicio de la acción de tutela a fin de garantizar un efectivo acceso a la administración de justicia.

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SOBRE
LA LIQUIDACIÓN Y RELIQUIDACIÓN DE LOS
CRÉDITOS DE VIVIENDA EN EL SISTEMA
UPAC Y EN EL NUEVO SISTEMA UVR

Este documento pretende analizar, en perspectiva constitucional, algunas cuestiones relativas a la liquidación de los créditos para vivienda otorgados bajo el antiguo sistema UPAC, así como sobre la liquidación de los créditos en el nuevo sistema UVR. Para una mayor claridad he considerado oportuno plantear los siguientes interrogantes generales, los cuales servirán de guía para el desarrollo del debate:

1. ¿Cuáles son los parámetros normativos a tener en cuenta para la reliquidación de los créditos de vivienda otorgados bajo el antiguo sistema UPAC, a los cuales hace referencia el régimen de transición de la Ley 546 de 1999 (arts. 38 y ss.)?

2. Para efectos de la reliquidación de estos créditos, ¿debe procederse a una conversión de las antiguas Unidades de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, a las nuevas Unidades de Valor Real, UVR? En caso afirmativo, ¿cómo se hace dicha conversión?

3. Para la reliquidación de los anteriores créditos, ¿debe hacerse una modificación de los intereses acordados entre las entidades financieras y los deudores hipotecarios de manera que se apliquen los más bajos del mercado, o son válidos los intereses remuneratorios libremente pactados?

4. ¿Hay lugar al pago de intereses al deudor sobre la reliquidación de créditos del antiguo sistema UPAC?

5. ¿Cuál es y quién determina el interés máximo que pueden cobrar las entidades financieras en los créditos para vivienda bajo el sistema de UVR?

6. ¿A partir de cuándo se debe cobrar el interés más bajo del mercado en los créditos para vivienda a largo plazo?

7. ¿Es compatible la corrección monetaria con el cobro de intereses remuneratorios en los créditos para vivienda?

8. ¿Es constitucionalmente válido cobrar intereses sobre la porción de corrección monetaria no cancelada en cada cuota?

9. ¿Pueden los jueces y peritos apartarse de los anteriores parámetros al analizar y resolver controversias relacionadas con la liquidación o reliquidación de los créditos en materia de vivienda?

Con el propósito de situar el debate en el plano constitucional, el escrito comienza por hacer algunas referencias generales sobre el sistema de financiamiento de vivienda en Colombia (i). Posteriormente se aborda la regulación del sistema UPAC y la problemática que años más tarde condujo a la inconstitucionalidad del modelo (ii). A partir de ello, el siguiente punto consiste en analizar el diseño y validez del sistema de crédito bajo la figura de la UVR (iii). Con fundamento en esas consideraciones podrá constatarse cómo, contrario a lo que a primera vista parecería, gran parte de las controversias sobre la liquidación de los créditos en UVR y reliquidación de los antiguos créditos bajo el sistema UPAC han sido resueltas en el plano normativo, y avaladas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al ser sometidas al control judicial; ellas ofrecen las herramientas básicas para orientar la forma como los jueces deben resolver las controversias que les sean planteadas, donde es imperativo darles estricta observancia (iv). Por último, se presentan algunas conclusiones generales que, en breves líneas, resuelven los interrogantes planteados.

Es preciso aclarar desde ahora que cuando utilizo la palabra “*reliquidación*”, hago referencia al reajuste que fue ordenado por la Ley 546 de 1999 para los créditos otorgados bajo el antiguo sistema UPAC y su conversión a Unidades de Valor Real, mientras que la palabra “*liquidación*” está circunscrita a los nuevos créditos en el sistema de UVR.

I. EL SISTEMA DE FINANCIAMIENTO DE VIVIENDA EN COLOMBIA

Cualquier respuesta jurídica que no provenga del derecho [...] debe constituirse en un puro juicio político, y los jui-

cios políticos son equiparables al mayor de los males jurídicos, el capricho judicial¹.

1.1. *Consideraciones generales*

Comprender las vicisitudes del sistema de crédito de vivienda, en particular las surgidas ante la inconstitucionalidad del sistema UPAC y la creación de la denominada Unidad de Valor Real –UVR–, exige una previa presentación contextual con el fin de saber en qué escenario se desarrolla el tema.

La provisión de vivienda en Colombia, más allá del componente económico que representa, constituye una verdadera política pública, entendida ésta como el conjunto de estrategias diseñadas por el Estado para dar respuesta a situaciones socialmente problemáticas². Desde hace varias décadas las cuestiones relativas a la vivienda y en especial a la vivienda de interés social tienen proyección, en mayor o menor grado, en las políticas públicas gubernamentales³.

Uno de los grandes proyectos de política de vivienda en Colombia tuvo lugar hacia 1970, cuando el gobierno de la época puso en marcha un ambicioso sistema de crédito hipotecario bajo la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC– y la creación de corporaciones de ahorro y vivienda –CAVS– como intermediarias financieras de primer orden. El modelo sería exitoso durante algunos años pero, como por todos es sabido, hizo crisis en la

1. LIEF H. CARTER. *Derecho constitucional contemporáneo. La Suprema Corte y el arte de la política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 131.

2. CARLOS SALAZAR VARGAS. *Las políticas públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 41 y ss.

3. Cfr. AA. VV. *Medio siglo de vivienda social en Colombia (1939-1989)*, Bogotá, Instituto de Crédito Territorial et ál., 1995; *Política de vivienda*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación-PND, 1972; Centro Nacional de Estudios de la Construcción. *Anotaciones sobre planeación de vivienda de bajo costo: programa de reordenamiento urbano*, Bogotá, CENAC, 1995.

década pasada hasta que finalmente colapsó con los efectos que luego se analizan en detalle.

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 la vivienda se proyecta también como derecho, aunque no goza de la categoría de fundamental por vía directa⁴. De acuerdo con el texto constitucional, si Colombia es un Estado social y democrático de derecho no renuncia a la búsqueda de un cierto grado de bienestar en sus asociados, para lo cual interviene en la actividad económica con miras a lograr un reparto más equitativo de bienes y servicios, porque “los Estados llamados de bienestar continúan políticas redistributivas a través de la legislación y por lo tanto la redistribución es un tema central en el análisis económico del derecho constitucional”⁵.

Significa lo anterior que el Estado tiene la facultad, y más que ello el deber, “de dictar una legislación que (i) garantice seguridad en la tenencia de vivienda y (ii) que establezca sistemas de acceso a la vivienda”⁶. Una de las tradicionales estrategias para contribuir a la realización de este derecho ha sido la actividad financiera, particularmente con la implementación de sistemas de crédito hipotecario a corto, mediano y largo plazo. Y es en este panorama donde encontramos el sistema de crédito bajo la desaparecida UPAC, así como también el modelo diseñado con la Unidad de Valor Real –UVR–.

En breves líneas, el crédito para vivienda se sitúa en tres grandes escenarios. En primer lugar, es expresión de la libre actividad económica y consecuencia del ejercicio del derecho a la propiedad (arts. 58 y 333 C. P.), ya que

4. “Artículo 51. *Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna.* El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

5. JUAN VICENTE SOLA. *Constitución y economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 26.

6. Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2004.

supone la facultad de toda persona de disponer de sus excedentes financieros con miras a obtener un rédito legítimo en el marco de la libre competencia.

En segundo lugar, se trata de una actividad financiera que supone la presencia de un intermediario entre aquellos sujetos con disponibilidad inmediata de dinero y quienes lo necesitan con mayor o menor urgencia (art. 335 C. P.); en otras palabras implica la captación de recursos al público y su canalización a otros destinatarios a través de entidades previamente autorizadas. Cabe señalar que las funciones principales del sistema financiero son particularmente dos: “poner en contacto, en forma eficiente, a ahorradores e inversionistas y proveer los mecanismos a través de los cuales fluyan los pagos que se requieran en una economía para atender las necesidades de producción y consumo”⁷.

Finalmente, el sistema de crédito es un instrumento para la realización del derecho a la vivienda, algo con lo cual está comprometido el Estado (art. 51 C. P.) y que, según veremos más adelante, autoriza una amplia intervención en este sector de la economía.

I.II. *Parámetros constitucionales*

Como fue mencionado, cuando se habla de sistemas de crédito para vivienda se involucran diversas normas constitucionales que van desde el derecho a la propiedad y a la vivienda, hasta la libertad económica y la actividad financiera. Ello explica el hecho de que el ejercicio de la actividad financiera y particularmente el uso del crédito para vivienda se caractericen por la confluencia de tres grandes referentes constitucionales: (i) el principio de libertad económica y la autonomía de la voluntad, (ii) el

7. CORRIGAN E. GERALD. *Financial Market Structure: A Longer View*, Federal Reserve Bank of New York, 1987, citado por CARLOS CABALLERO ARGÁEZ. “Hacia una nueva relación entre el Estado y el sistema financiero”, en AA. VV. “Seminario sobre la intervención del Estado en la economía”, documento DANE, Bogotá, 1991, p. 45.

principio de intervención del Estado en actividades de interés público, y (iii) el sometimiento riguroso de la actividad financiera al ordenamiento jurídico.

1.II.I. Libertad económica y autonomía de la voluntad

La Constitución no sólo protege sino que estimula la libertad económica dentro del marco del bien común (art. 333 C. P.), lo cual es expresión del derecho a la autonomía de la voluntad (art. 16 C. P.). Por eso la propia Carta reconoce que los particulares “sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” (art. 6.º), límite último al que están sometidos en el mundo del derecho.

Desde el punto de vista jurídico la autonomía de la voluntad privada “consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”⁸.

Así, los principios de libertad y autonomía orientan las relaciones económicas privadas, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de mutuo con intereses y específicamente en los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda; los particulares, es decir la entidad financiera y su cliente, son autónomos para fijar las condiciones de un contrato.

Naturalmente no se trata del ejercicio irrestricto de la libertad, sino de comprender que uno de los principios que subyace es la autonomía de los sujetos involucrados para tomar sus propias decisiones y asumir con responsabilidad las consecuencias de sus acciones.

De tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que una de las características de los sistemas de crédito para vivienda es la naturaleza privada de sus contratos y la

8. G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Bogotá, 1994, p. 6.

aplicación, *prima facie*, de los principios generales que rigen dichos negocios jurídicos. Sin embargo, como se trata de una actividad de interés público donde no necesariamente hay una relación de completa simetría entre las partes, se entiende necesaria la intervención directa del Estado⁹.

I.II.II. Intervención del Estado en la actividad financiera

La actividad financiera es de interés público porque de su éxito o fracaso depende en buena medida la provisión satisfactoria o frustrada a los asociados de ciertos bienes y servicios en cuya realización está comprometido el Estado. Así, más allá de la captación de recursos de los ahorradores y su transferencia segura a quienes los demanden, la necesidad de intervención del Estado se explica por los efectos que de ella se derivan en la búsqueda del bienestar general, por las llamadas “externalidades”. Como señala el profesor HUGO PALACIOS MEJÍA, “es la existencia de estas externalidades lo que fundamenta la afirmación constitucional según la cual la actividad financiera es de interés público, y es ello lo que debería tenerse en cuenta al diseñar las normas sobre legislación e intervención en el sector”¹⁰.

Lo anterior, sumado al riesgo de abuso de la posición dominante de algunas entidades (art. 333 C. P.) y al reconocimiento de desigualdades económicas y sociales (art. 13 C. P.), supuso la creación de un modelo económico

9. Sobre el particular, en la sentencia T-423 de 2003 la Corte explicó lo siguiente: “Los contratos celebrados en el marco de los sistemas para adquisición de vivienda entre entidades financieras y personas naturales, tienen principalmente tres características: (i) ser contratos de derecho privado (ii) que están altamente intervenidos por el Estado y (iii) que respecto de su ejecución, la entidad financiera goza de posición dominante negociada”.

10. HUGO PALACIOS MEJÍA. *La decadencia del contrato, y el sector financiero en la construcción*, Bogotá, ANIF, 2002, p. 21.

abierto a la intervención estatal dentro de ciertos límites. Desde muy temprano la Corte Constitucional tuvo clara esta circunstancia y así lo dejó plasmado, por ejemplo, en la sentencia C-073 de 1993, cuyas consideraciones mantienen plena vigencia¹¹.

La intervención del Estado en el sistema financiero se proyecta entonces en varias dimensiones: para asegurar condiciones mínimas de igualdad, para evitar el abuso de la posición dominante, para garantizar el cumplimiento de otros principios constitucionales. Y uno de los objeti-

11. “En primer lugar, el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales. En segundo lugar, la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento. En tercer lugar, la Carta otorga a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública. No se trata entonces, como ya lo ha manifestado esta Corporación, de un texto indiferente frente al comportamiento económico del Estado o de los particulares. Las reglas fundamentales introducidas por la Constitución se convierten, a la vez, en razón de ser y en límite de las acciones públicas y privadas. Ahora bien, es cierto que la Carta crea un marco general de regulación económica, pero mal podría un texto —que pregona como fundamental el principio de la democracia—, constitucionalizar un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias”.

vos constitucionales de la actividad financiera es, como ya se dijo, contribuir a la provisión de vivienda en condiciones dignas mediante sistemas adecuados de crédito hipotecario.

Es así como el artículo 335 de la Carta Política dispone que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, “son de interés público, y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regula la forma de intervención del Gobierno en estas materias y la democratización del crédito”.

De esta manera, los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual se ven considerablemente restringidos en el caso de la actividad financiera, cuyo ejercicio está condicionado a la previa autorización estatal y sólo puede desarrollarse conforme a la ley. La sentencia SU-157 de 1999 ilustra con bastante claridad el tema y por su valía conceptual resulta oportuno hacer referencia a las consideraciones allí expuestas:

La autonomía privada en materia negocial es un concepto creado por la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, en cuya época fue considerada como un poder genérico e ilimitado de autodeterminación inherente a la naturaleza del ser humano. Con el tiempo, esta noción comenzó a restringirse a través de la prohibición de la arbitrariedad individual y, en la actualidad, especialmente con la introducción de la cláusula social del Estado de derecho, exige que las actividades económicas particulares se desarrollen dentro del marco de la función social. Así pues, es claro que la autonomía negocial “se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial” (T-240 de 1993).

Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (art. 2.º C. P.) [...]

Así las cosas, aquí surge un interrogante obvio: ¿la autonomía privada, y en especial la libertad contractual de las entidades financieras, son del mismo grado que aquellas que se predicen para todas las personas? Dicho de otro modo, ¿las entidades financieras son tan libres para contratar como cualquier particular? Para resolver este interrogante la Sala entra a estudiar la especialidad de la función de la banca y el interés público que es inherente a la actividad financiera [...]

La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular en el ejercicio de la autonomía privada. Esto se explica con el análisis de los preceptos constitucionales que claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras, a saber: de un lado, el artículo 335 de la Constitución establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general.

Sin embargo, la definición de interés público aún no parece unívoca, puesto que aquel puede considerarse como un concepto jurídicamente indeterminado. Por lo tanto, la Corte considera que, en la actividad bancaria, esta noción se materializa en estas premisas: el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado. En pocas palabras, no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental.

Siguiendo esta línea, en la sentencia SU-846 de 2000 la Corte explicó por qué el interés público y la protección social de los créditos para vivienda justifican una cierta intervención del Estado que restringe la autonomía de la voluntad pero sin borrarla de un plumazo¹². Así, queda claro que la potestad de injerencia de ninguna manera

significa anular la autonomía de la voluntad de las partes, sino el señalamiento de unas reglas básicas que permitan la libre empresa en un escenario abierto a la competencia.

I.II.III. La actividad financiera es reglada

Ligado a lo anterior, otra característica de la actividad financiera consiste en su desarrollo estrictamente sometido al derecho, entendiéndose por éste la normatividad expedida tanto por el legislador como por el Gobierno Nacional y el Banco de la República, cada uno en el ámbito de su competencia y según los derroteros trazados por la jurisprudencia constitucional. En este sentido cabe puntualizar que “la regulación financiera, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores, no se agota con las leyes: el Gobierno y el Banco de la República están llamados, por mandato constitucional, a participar en ella”¹³.

Ahora bien, el hecho de que la actividad financiera sea reglada, y particularmente el crédito, no sólo obedece al interés público que le subyace, sino que tiene ínsita otra finalidad no menos importante: generar confianza y seguridad jurídica en torno a los procesos económicos nacionales. Se trata de una expectativa legítima que protege tanto a los ahorradores de quienes las entidades captan sus excedentes, como a los deudores que disponen de esos recursos, y también a las entidades financieras

12. Dijo entonces la Corte: “el otorgamiento y la aceptación de créditos por las entidades financieras para la adquisición y conservación de vivienda, mediante contratos de mutuo con garantía hipotecaria, no se rigen de manera absoluta por el principio de la autonomía de la voluntad sin limitación alguna, sino que ellos son contratos que han de obedecer a la intervención del Estado, esto es, que son contratos de los que la doctrina denomina *dirigidos*, en los que, en aras del interés público y las finalidades sociales, se restringe la autonomía de la voluntad”.

13. PALACIOS MEJÍA. *La decadencia del contrato, y el sector financiero en la construcción*, cit., p. 24.

que desempeñan la tarea de intermediación entre unos y otros.

Todos ellos deben tener la absoluta certeza de que si obran conforme a las reglas previamente establecidas su conducta no será objeto de reproche, al menos en el plano jurídico, de la misma forma como conocerán de antemano cuáles serán las consecuencias y sanciones aplicables si obran al margen de la ley. Así se desprende sin mayores esfuerzos hermenéuticos del artículo 335 de la Constitución.

Por supuesto que la sujeción a las normas no implica que las mismas se sustraigan del control judicial, como de hecho no lo está ninguna actuación en un Estado constitucional de derecho en el mundo contemporáneo. No. De lo que se trata es de dejar en claro que frente a los particulares (ahorradores, deudores, entidades financieras), su capacidad de acción en el sistema financiero viene definida por el derecho y sólo les puede ser imputada una responsabilidad en caso de incumplimiento de las normas vigentes (art. 6.º C. P.). Tal circunstancia obliga entonces a indagar cuáles son las instituciones del Estado involucradas en la regulación de la actividad financiera, para ser más exactos en lo relativo al crédito para vivienda.

I.III. *Diseño institucional*

Los artículos 150, 189 –lit. d num. 19–, 333, 335, 371 y 372 de la Carta Política establecen los lineamientos generales acerca de cuáles son las instituciones públicas que intervienen en la actividad financiera. La complejidad para interpretar sistemáticamente estas normas ha sido destacada en varias oportunidades debido a la dificultad de desligar el crédito de la actividad financiera. Así, por ejemplo, HUGO PALACIOS sostiene al respecto:

Los textos son particularmente difíciles porque separan, en forma explícita, la “actividad financiera” del “crédito”, cuando, a todas luces, éste es parte sustancial de aquella. Y porque confían la regulación secundaria, y la intervención

sobre la “actividad financiera” al Presidente, mientras que atribuyen a la Junta del Banco la capacidad de expedir regulaciones secundarias y actos de intervención (contratos de préstamo a los bancos con ciertas condicionalidades), en materias relacionadas con el crédito¹⁴.

A pesar de todo, la jurisprudencia ha contribuido a despejar las dudas para hacer un reparto funcional de competencias, de manera que cada institución desempeñe su labor constitucional sin invadir la esfera reservada a otros órganos. Y cuando esa invasión ocurre entran en escena tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, a quienes corresponde adelantar el control constitucional con efectos *erga omnes* –analizado luego– y zanjar definitivamente las controversias.

A manera de introducción puede decirse que al Congreso corresponde fijar los lineamientos generales de la actividad financiera, sujetos al control de la Corte Constitucional; al Gobierno compete desarrollar esas directrices y ejercer las tareas de inspección, control y vigilancia a la actividad financiera; el Banco de la República tiene reservada una labor especializada para la regulación del crédito; y el Consejo de Estado ejerce el control de legalidad y constitucionalidad sobre las decisiones tanto del Gobierno como del Banco de la República.

La inspección, control y vigilancia a la actividad financiera, que corresponde al Gobierno en virtud del artículo 189.24 de la Constitución, se ejerce por intermedio de la Superintendencia Bancaria, organismo de naturaleza técnica adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio¹⁵.

14. *Ibíd.*, p. 37.

15. “En efecto, según el artículo 325 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), la Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, algunos de cuyos principales objetivos

El artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dcto. 663 de 1993) asigna a la Superintendencia un considerable número de facultades, de manera que interviene directamente sobre la actividad de un –también– considerable número de instituciones, dentro de las que se incluyen los establecimientos bancarios y las corporaciones financieras¹⁶, todo lo cual debe ser ejercido, como es obvio, en el marco de la ley¹⁷. En este sentido, la Corte ha explicado que la actividad veedora del Gobierno “está condicionada a la voluntad del legislador, en la medida en que éste debe instruir al Ejecutivo para ejercer la atribución, señalándole, mediante una ley marco, las orientaciones y lineamientos a los cuales debe atenderse en su función interventora”¹⁸.

La labor de la Superintendencia Bancaria se considera de “policía administrativa”, según la expresión utilizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹, lo que supone que las medidas por ella adoptadas son de imperativo cumplimiento, en especial para las entidades sometidas a su control y vigilancia inmediata. Es justamente por esa razón que la ley la autoriza a imponer severas sanciones pecuniarias o administrativas cuando alguna entidad desatiende sus directivas y pone en riesgo la estabilidad o seguridad del sistema financiero.

consisten en asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones; prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de dicha confianza, protegiendo el interés general y particularmente el de terceros de buena fe; y adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de sanas prácticas”: Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 1994.

16. Artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 72 de la Ley 795 de 2002.

17. Sobresalen la Ley 35 de 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dcto. 663 de 1993) y la recientemente aprobada Ley 964 de 2004.

18. Corte Constitucional. Sentencia C-012 de 1994.

II. REGULACIÓN DEL SISTEMA UPAC Y SU CRISIS. INCONSTITUCIONALIDAD DEL UPAC LIGADO AL DTF

A comienzo de la década del 70 el Gobierno de la época diseñó un sistema de crédito a largo plazo para adquisición de vivienda bajo una cuenta de caja denominada Unidad de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, que fijaba el índice de los créditos de acuerdo con la inflación (IPC). El modelo fue inicialmente muy exitoso aunque no exento de correctivos menores. Pero en el año 1984 el cálculo de la UPAC se desligó exclusivamente de la inflación para ajustarse también con las tasas de interés²⁰; y más tarde, en 1988, se introdujo en su cálculo un factor que empezó a ser preponderante, y finalmente conduciría a la desestabilización del sistema: la tasa de interés para depósito a término fijo ofrecida por los establecimientos de crédito (DTF)²¹.

Entrada en vigor la Constitución de 1991 y ante las dudas sobre la validez de los decretos que ligaban la UPAC al DTF, el Congreso aprobó la Ley 31 de 1992, en cuyo artículo 16 dispuso lo siguiente:

Artículo 16. *Atribuciones.* Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá:

[...] f) *Fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los mo-*

19. Consejo de Estado. Sentencia del 18 de septiembre de 1998, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, exp. 8531.

20. Decreto 1131 de 1984.

21. Decreto Autónomo 1319 de 1988.

vimientos de la tasa de interés en la economía". (Cursiva fuera de texto).

Como se explica luego, esta norma mantuvo su vigencia y plenos efectos jurídicos hasta la sentencia C-383 de 1999, cuando por decisión de la Corte Constitucional fue retirada del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el artículo 134 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero complementó esta regulación al señalar:

Artículo 134. *Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC–*.
1. *Aplicación*. El fomento del ahorro para la construcción se orientará sobre la base del principio del valor constante de ahorros y préstamos, determinado contractualmente. Para efectos de conservar el valor constante de los ahorros y de los préstamos a que se refiere el presente capítulo, unos y otros *se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado*.

En desarrollo del principio de valor constante de ahorros y préstamos consagrado en el inciso anterior, establécese la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) con base en la cual las corporaciones de ahorro y vivienda deberán llevar todas las cuentas y registros del sistema, reducidos a moneda legal". (Cursiva fuera de texto).

Otras normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero delimitaban el diseño del sistema UPAC, en particular los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140.

Desde entonces, por expresa autorización legal el valor de la UPAC estuvo sujeto a las tasas de interés, específicamente al DTF. El cambio introducido en el modelo de la UPAC puede explicarse en los siguientes términos:

1. Modelo anterior²²:

Capital denominado en UPAC (ligado a la inflación)
+
Intereses remuneratorios libremente pactados

2. Modelo modificado:

Capital denominado en UPAC (ligado al DTF)
+
Intereses remuneratorios libremente pactados

Con fundamento en esas disposiciones el Banco de la República expidió la Resolución Externa n.º 6 de 1993, donde fijó el valor de la UPAC en un 90% de la tasa promedio de captación (DTF)²³; la misma resolución fue sustituida por la Resolución Externa n.º 26 de 1994, según la cual el valor de la UPAC sería del 74% del promedio móvil de la tasa DTF²⁴, modificada luego por la Resolución Externa

22. Con el Decreto 1131 de 1984 se ajustó la corrección monetaria con base en las tasas de interés, desligándola exclusivamente del IPC, y desde 1993 se calculó solamente con base en el DTF.

23. Resolución Externa n.º 6 de 1993: “Artículo 1.º El Banco de la República calculará mensualmente para cada uno de los días del mes siguiente e informará con idéntica periodicidad a las corporaciones de ahorro y vivienda, el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC–, equivalente al *noventa por ciento (90%)* del costo promedio ponderado de las captaciones en las cuentas de ahorro de valor constante y Certificados de Ahorro de Valor Constante del mes calendario anterior./ El Banco de la República podrá calcular el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC para períodos inferiores al señalado en el inciso anterior, en la medida en que disponga de la información correspondiente” (cursiva fuera de texto).

24. Resolución Externa n.º 26 de 1994: “Artículo 1.º El Banco de la República calculará mensualmente para cada uno de los días del mes siguiente e informará con idéntica periodicidad a las corporaciones de ahorro y vivienda, el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC–, equivalente al *setenta y cuatro por ciento (74%)* del promedio móvil de la tasa DTF efectiva de que

n.º 18 de 1995, que mantuvo en el mismo porcentaje el valor de la UPAC (74%) aunque con algunos pequeños ajustes en cuanto al periodo de cálculo²⁵.

Como se verá en seguida, el hecho de atar el valor de la UPAC al DTF conduciría finalmente a la declaratoria de inconstitucionalidad del sistema, pues el incremento de las tasas de interés hizo que la UPAC superara el índice de inflación y desatara una grave crisis económica por el incremento de las cuotas de los deudores y la consecuente imposibilidad de pago. A continuación se exponen los pronunciamientos judiciales más relevantes en esta materia.

II.I. *Nulidad del acto administrativo de 1995 que fijó la UPAC en el 74% de la DTF.*

Sentencia del Consejo de Estado de 1999

La Resolución Externa n.º 18 de 1995 fue demandada ante el Consejo de Estado, que mediante sentencia del 21 de mayo de 1999 declaró la nulidad de su artículo 1.º²⁶. A juicio del Consejo de Estado, el componente principal y casi único para el cálculo de la UPAC no debía ser el DTF sino el índice de precios al consumidor (IPC), esto es, la inflación:

La UPAC, como fórmula indexada, se halla naturalmente ligada al IPC y sólo en mínima proporción a otros indicadores

tratan las resoluciones 42 de 1988 de la Junta Monetaria y Externa n.º 17 de 1993 de la Junta Directiva de las *doce (12) semanas anteriores a la fecha del cálculo*” (cursiva fuera de texto).

25. Resolución n.º 18 de 1995. “Artículo 1.º El Banco de la República calculará mensualmente para cada uno de los días del mes siguiente e informará con idéntica periodicidad a las corporaciones de ahorro y vivienda, el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC–, equivalente al *setenta y cuatro por ciento (74%)* del promedio móvil de la tasa DTF efectiva de que tratan las resoluciones 42 de 1988 de la Junta Monetaria y Externa n.º 17 de 1993 de la Junta Directiva de las *cuatro (4) semanas anteriores a la fecha del cálculo*” (cursiva fuera de texto).

26. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 21 de mayo de 1999, C. P.: DANIEL MANRIQUE GUZMÁN, exp. 9280.

económicos, por lo cual si se toman exclusivamente los DTF como factor de cálculo, en la forma como lo dispuso la Junta Directiva del Banco en el caso, necesariamente se desvirtúan la índole y objetivos económicos de las UPAC [...]

De conformidad con lo anterior la Sala concluye, en consonancia con las apreciaciones de los actores y la Procuraduría Delegada, que la Junta Directiva del Banco de la República, al expedir la resolución impugnada quebrantó en forma directa los artículos 16, literal f) de la Ley 31 de 1992 y 134 del Decreto 663 de 1993, e indirectamente, los artículos 372 y 373 de la Carta, por no tener en cuenta las disposiciones de rango legal a las que debía sujetarse para el cálculo de las UPAC, como se precisó anteriormente, razones suficientes para acceder a la nulidad solicitada.

Como es sabido, una declaratoria de nulidad produce efectos *ex tunc*, lo que significa retrotraer el acto hasta el momento anterior a su expedición. Es por ello que la declaratoria de nulidad supuso que el artículo 1.º de la Resolución Externa n.º 18 de 1995 careció de eficacia jurídica, hechas algunas salvedades que luego se analizan en detalle.

Sin embargo, como el fundamento normativo que ataba la UPAC al DTF no era la resolución externa sino la Ley 31 de 1992 (lit. f art. 16), surgía una nueva problemática. En efecto, a pesar de la declaratoria de la nulidad el Banco de la República seguía autorizado –para ser más exactos obligado– a calcular el valor de cada UPAC de acuerdo con la tasa DTF. Así pues, aun cuando la situación se retrotrajera hasta antes de la mencionada resolución, lo cierto es que por mandato legal debía continuar calculándose con base en la tasa de interés de los depósitos a término fijo (DTF).

Lo anterior explica el hecho de que, casi en forma concurrente con la demanda ante el Consejo de Estado, otro ciudadano hubiere demandado ante la Corte Constitucional el literal f artículo 16 de la Ley 31 de 1992, justamente la norma que generaba la principal anomalía del sistema.

De esta manera, la sentencia del Consejo de Estado solamente afectó la Resolución Externa n.º 18 de 1995, pero en nada repercutió sobre la validez de la Ley 31 de 1992, norma que ordenaba el cobro de la UPAC ligado directamente al DTF.

II.II. *Inconstitucionalidad de cualquier UPAC vinculada al DTF. Sentencia C-383 de 1999*

El 27 de mayo de 1999 la Corte Constitucional profiere la sentencia C-383, mediante la cual declara inexecutable el artículo 16.f de la Ley 31 de 1992. Para la Corte, si bien es cierto que “la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, no vulnera por sí misma la Constitución”, también lo es que la norma cuestionada introdujo un nuevo factor, el rendimiento del dinero, ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda y desarticulador del sistema de financiamiento de vivienda, en tanto desbordaba la capacidad de pago de los deudores. Dice la sentencia:

Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del derecho, es decir opuesto a la “vigencia de un orden justo”, como lo ordena el artículo 2.º de la Constitución.

Es desde este momento que la Corte Constitucional deja sin piso jurídico la conexión entre la UPAC y el DTF. No lo hace con efecto retroactivo sino que es clara en señalar que la norma no puede tener aplicación “a partir de este fallo”, para lo cual advierte sobre la liquidación

de “nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que respecta a créditos futuros”.

Cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable el cobro de la UPAC a partir de la DTF, la Junta Directiva del Banco expidió la Resolución Externa n.º 10 de 1999, en la que fijaba la corrección monetaria únicamente con base en la inflación. La norma fue demandada ante el Consejo de Estado pero éste consideró que simplemente se daba cumplimiento a lo ordenado por la Corte, en el sentido de que la corrección monetaria debía estar ligada al IPC²⁷.

II.III. *Inconstitucionalidad de todo el sistema UPAC. Sentencia C-700 de 1999*

A los pocos meses, en la sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, la Corte concluye que todo el sistema de financiamiento de vivienda diseñado con base en la UPAC es contrario a la Constitución. Pero ante las implicaciones económicas de su decisión, difiere los efectos de la inexecutable hasta el 20 de junio del año 2000, con el objetivo de que durante ese lapso el Congreso adopte un nuevo sistema de financiamiento en materia de vivienda. Eso sí, deja en claro que desde la sentencia C-383 de 1999 la liquidación de las cuotas en UPAC no podía estar ligada al DTF sino a la inflación:

27. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de junio de 2001, C. P.: DARÍO PLATARUEDA VANEGAS, exp. 10164. Dice la sentencia: “Tanto el acta, como el documento que contiene la propuesta para calcular la corrección monetaria, demuestran de una parte, el ánimo de la Junta Directiva del Banco de la República de acatar la decisión de la Corte Constitucional y de otra, que la corrección monetaria a partir del 1.º de junio de 1999 es la inflación anual calculada con base en el IPC. Es decir que en la metodología adoptada no se tienen en cuenta factores diferentes a la inflación. Carece entonces de soporte probatorio la afirmación del actor en el sentido de que la Junta Directiva, mediante un truco matemático, involucró en la fórmula, la variación de las tasas de interés de mercado financiero”.

Las normas acusadas, integrantes del Decreto 663 de 1993, son retiradas del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucionales, desde la fecha de notificación de la presente Sentencia. No obstante, en cuanto el vicio encontrado en ellas, que ha provocado la declaración de inexequibilidad, consiste precisamente en que las reglas generales sobre financiación de vivienda a largo plazo deben estar contenidas en ley dictada por el Congreso y de ninguna manera en un decreto expedido con base en facultades extraordinarias, *la Corte considera indispensable dar oportunidad para que la Rama Legislativa ejerza su atribución constitucional y establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable.*

Para la Corte es claro que, con miras a un adecuado tránsito entre los dos sistemas, sin traumatismos para la economía, es el caso de que las normas retiradas del ordenamiento jurídico puedan proyectar sus efectos ultraactivos mientras el Congreso, en uso de sus atribuciones, dicte las normas marco que justamente se han echado de menos, y el Ejecutivo, por decretos ordinarios, las desarrolle en concreto.

Se estima razonable, entonces, que dicha ultraactividad de las normas excluidas del orden jurídico se prolongue hasta el fin de la presente legislatura, es decir, hasta el 20 de junio de 2000.

Pero la Corte Constitucional no podría autorizar que ese lapso de vigencia ultraactiva de las normas declaradas inexequibles –en el que debe tener lugar el tránsito institucional hacia el nuevo sistema de financiación de vivienda a largo plazo, una vez desaparecido el denominado UPAC– transcurra *sin que la forma de liquidar cuotas y saldos se ajuste, como ha debido ocurrir desde la fecha de notificación, a lo dispuesto en la sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999.* (Cursiva fuera de texto).

La providencia aclara que la inexequibilidad “no revive las normas que antecedieron a las declaradas inexequibles”,

y añade que “las normas acusadas, integrantes del Decreto 663 de 1993, son retiradas del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucionales, desde la fecha de notificación de la presente sentencia”.

II.IV. *Inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en créditos de vivienda.*

Sentencia C-747 de 1999

El común denominador en las tres sentencias que han sido expuestas fue el vicio derivado de ligar la UPAC al DTF. Pero en ninguna de ellas la Corte o el Consejo de Estado abordaron el tema de la capitalización de intereses²⁸.

La capitalización es una práctica crediticia bastante común, consistente en “acumular al capital los intereses que se vayan causando y la suma de ambos factores estimarla como nuevo capital que genera sus respectivos intereses”²⁹. Por lo general tiene cabida en los créditos a largo plazo donde el sistema de amortización permite al deudor que durante cierto tiempo no pague la totalidad de los intereses causados, los cuales se adicionan al capital prestado y sobre cuyo total se generan los intereses remuneratorios o de plazo³⁰.

La Corte ha reconocido su legitimidad en el mercado financiero al considerar que su utilización “en créditos concedidos a mediano o largo plazo, *per se*, no resulta violatoria de la Constitución, por lo que no puede declararse su inexecutable de manera general y definitiva para cualquier clase de créditos de esta especie”³¹.

28. Si bien es cierto que en la sentencia C-383 de 1999 la Corte hizo algunas precisiones sobre el particular, también lo es que sólo en la sentencia C-747 de 1999 analiza esta cuestión para declarar su inconstitucionalidad en los créditos de vivienda a largo plazo.

29. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 9 de diciembre de 1994.

30. NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA. *Cátedra de derecho bancario colombiano*, Bogotá, Legis, 2004, p. 530.

31. Sentencia C-747 de 1999. Cfr. también la sentencia C-383 de 1999.

No obstante, en la sentencia C-747 de 1999 se rechaza su aplicación para los créditos de vivienda, al considerar que puede desbordar la capacidad de pago de los deudores y en esa medida resulta contraria a la equidad y la justicia, así como a la vigencia de un orden justo. Con esos argumentos declara inexecutable la capitalización de intereses aunque “únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo”, para lo cual difiere los efectos de la inexecutable hasta el 20 de junio del año 2000³².

*1.v. Problemática sobre el alcance
de las sentencias en materia de UPAC*

En este panorama encontramos tres sentencias dictadas sobre el sistema UPAC, dos de la Corte Constitucional y una del Consejo de Estado, que plantean algunas dificultades en cuanto a su alcance práctico a pesar de que sus fundamentos jurídicos coinciden en reconocer las anomalías estructurales e inconvenientes de calcular el valor de la UPAC según las tasas de interés en el mercado (DTF). Así mismo, hay otra sentencia que hace referencia a la prohibición de capitalizar intereses en créditos de vivienda a largo plazo (C-747 de 1999), aunque también difiere en el tiempo los efectos de la decisión.

Para una debida comprensión del alcance de estas sentencias es necesario explicar la distinción entre nulidad, inconstitucionalidad e inexecutable, así como la facultad que tiene la Corte para señalar los efectos temporales de sus providencias.

*1.v.1. Efectos de la declaratoria de
nulidad por el Consejo de Estado*

Como la acción de simple nulidad –que fue el mecanismo utilizado para acusar la Resolución Externa n.º 18 de

32. Numeral 1 artículo 121 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

1995— únicamente está dirigida al restablecimiento del orden jurídico en abstracto y del principio de legalidad, “no le corresponde al juez hacer un pronunciamiento distinto [de la declaratoria de nulidad], ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos”³³.

La jurisprudencia sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter general (como la Resol. Ext. n.º 18 de 1995) no ha sido del todo uniforme, aunque prevalece la tesis según la cual la nulidad produce efectos retroactivos (*ex tunc*), es decir, como si nunca hubiera existido, lo que significa rehacer las actuaciones surgidas con motivo de ese acto.

Pero como surgen dificultades en lo que tiene que ver con las situaciones jurídicas individuales creadas durante la vigencia de un acto general que luego es declarado nulo, la jurisprudencia reconoce plena validez a los actos consolidados de manera que los efectos de la nulidad sólo aplican a partir de la sentencia que así lo declara³⁴. De acuerdo con la posición asumida por el Consejo de Estado, la declaratoria de nulidad sólo tiene la capacidad de afectar situaciones no consolidadas y deja a salvo las que fueron cumplidas en vigencia de la norma que más tarde es anulada:

33. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, “El acto administrativo”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 538.

34. Sobresalen, entre muchas otras, las sentencias del Consejo de Estado del 27 de mayo de 1941, del 17 de octubre de 1969 (Sección Cuarta, C. P.: HERNANDO GÓMEZ MEJÍA), del 26 de abril de 1973 (Sección Primera), del 18 de noviembre de 1988 (Sección Primera, C. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ), del 9 de marzo de 1989 (Sección Primera, C. P.: LUIS ANTONIO ALVARADO), del 28 de noviembre de 1989, C. P. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ), del 12 de octubre de 1990 (Sección Primera, C. P.: CONSUELO SARRIA OLCOS) y del 16 de junio de 2005 (Sección Cuarta, C. P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA). Así mismo, cfr. sentencia C-426 de 2002 de la Corte Constitucional.

El fallo de nulidad como en repetidas oportunidades lo ha precisado la Corporación produce efectos *ex tunc* (desde entonces), es decir, desde el mismo momento en que se produjo el fallo anulado y como consecuencia, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de su expedición, por lo que *las situaciones no consolidadas*, entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria, como la que es objeto del presente juicio, son afectadas por la decisión tomada en el fallo de nulidad de la norma que le sirvió de fundamento³⁵. (Cursiva fuera de texto).

Posición que ha sido reafirmada en pronunciamientos posteriores y que a la fecha mantiene plena vigencia. Por ejemplo, en sentencia del 16 de junio de 2005 la Sección Cuarta del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

La sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa³⁶. (Cursiva fuera de texto).

De esta manera, la declaratoria de nulidad de un acto general sólo repercute en las situaciones en discusión, ya sea porque a la fecha de la sentencia están en debate ante la propia administración, o bien porque se controvierten ante las autoridades judiciales respectivas:

El Consejo de Estado en varios fallos ha sostenido la tesis de que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto administrativo *sólo afecta aquellas situaciones cumplidas que no se hayan consolidado*, bien porque al momento de ser dictada la sentencia se encontraran en discusión ante la

35. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 5 de agosto de 1994, C. P.: CONSUELO SARRIA OLCOS, exp. 5656.

36. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 16 de junio de 2005, C. P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, exp. 14311.

autoridad administrativa o bien porque estuvieran demandadas ante la jurisdicción”³⁷. (Cursiva fuera de texto).

Como lo recuerda la doctrina autorizada, esta opinión prevalece en el derecho colombiano. “Se trata de una tesis de avanzada jurídica, que no puede ser desconocida y que eventualmente protegería a todos aquellos que de alguna manera obtuvieron derechos o situaciones jurídicas concretas durante el tiempo en que estuvo vigente la norma declarada nula”³⁸. En el mismo sentido el profesor CARLOS BETANCOURT JARAMILLO sostiene:

Por regla general, la anulación de un acto reglamentario ilegal no implica el retiro o la revocatoria de las decisiones individuales tomadas con base en el mismo y no impugnadas dentro de los términos señalados en la ley para la correspondiente acción, frente a estos últimos actos y a todos aquellos que devengan irrevisables jurisdiccionalmente por el transcurso del término plausible, su intangibilidad, así desaparezca el acto —regla que los justificó—, nace de la cosa juzgada virtual o material que puede predicarse de ciertos actos administrativos en determinadas hipótesis³⁹.

En esa medida, razones de seguridad jurídica y de confianza legítima exigen que cada uno de los actos individuales haya sido previamente cuestionado ante la jurisdicción respectiva con miras a obtener su ineficacia, porque de lo contrario se reconoce su validez hasta el momento en que se declara la nulidad del acto principal.

Situados ahora en el caso de la Resolución Externa n.º 18 de 1995, tenemos que la nulidad declarada por el Consejo de Estado no implicó la automática anulación de todos

37. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 5 de febrero de 1992, C. P.: GUILLERMO CHAÍN LIZCANO, exp. 4476.

38. SANTOFIMIO. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 304.

39. CARLOS BETANCOURT JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, 3.ª ed., Dike, 1992, p. 434.

los cobros realizados en UPAC. Ello se explica al menos por tres razones:

– En primer lugar, porque de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las situaciones individuales que se crearon mientras la resolución externa estuvo vigente adquirieron plena firmeza, a menos que para el momento de la sentencia ya se hubieran acusado ante las autoridades judiciales respectivas.

– En segundo lugar, porque el acto administrativo que le precedía (Resol. Ext. n.º 26 de 1994) también fijaba en el 74% del DTF el valor de la UPAC y sobre ella no hubo pronunciamiento judicial alguno.

– En tercer lugar, y sobre todo, porque la base normativa que mantenía unido el valor de la UPAC al DTF (art. 16.f Ley 31 de 1992) continuó vigente hasta que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-383 de 1999, entre otras cosas sin efectos retroactivos. Precisamente por esto último es necesario definir cuál fue el alcance de dicha providencia.

I.V.II. Efectos de las sentencias de la Corte Constitucional.

Inconstitucionalidad e inexecutableidad

Aun cuando se trata de conceptos con frecuencia asimilados, inconstitucionalidad e inexecutableidad son, sin embargo, claramente separables.

La inconstitucionalidad está referida a la contradicción de una norma (ley, decreto, acto administrativo, etc.) con la Constitución, de tal manera que riñe con un precepto del ordenamiento supremo. En esa medida, es el vicio del que adolece una norma, casi siempre desde el momento de su aprobación, pero que sólo se constata cuando es declarado como tal.

La inexecutableidad, por su parte, consiste en la *inejecutabilidad* de una norma como consecuencia del defecto de inconstitucionalidad que la acompaña; es el impedimento para darle aplicación derivado de su pugna con el texto superior.

Esta diferencia tiene profundas implicaciones, en la medida en que una norma inconstitucional puede haber producido efectos jurídicos y continuarlos produciendo hasta tanto no se declare su inexecutable. Como lo ha explicado la Corte,

... la inexecutable de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución, para lo cual se requiere que el operador jurídico facultado para ello constate la existencia de esa irregularidad. Se deriva de un vicio que generalmente acompaña la norma desde que nace al mundo jurídico, pero que sólo es declarado cuando aquella es sometida al examen de constitucionalidad⁴⁰.

En el derecho constitucional contemporáneo coexisten tres tipos de regulaciones en lo que tiene que ver con los efectos de las sentencias de constitucionalidad. En primer lugar, aquellos ordenamientos como el alemán, el español y el portugués, donde por regla general la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la nulidad de la norma sometida a control (efectos retroactivos o *ex tunc*); en segundo lugar, aquellos como el austriaco o el italiano, donde las decisiones sólo tienen efecto a partir de la sentencia que declara la inconstitucionalidad (irretroactivos o *ex nunc*); y finalmente, aquellos otros ordenamientos, como el estadounidense, donde los efectos son retroactivos pero se restringen al caso sometido a revisión.

Sin embargo, la referencia es hecha “*como regla general*”, puesto que son los propios tribunales los que definen el alcance y los efectos de sus sentencias teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Así ha ocurrido en la totalidad de los tribunales de los países mencionados, que algunas veces aplican de forma retroactiva sus sentencias y en otras difieren en el tiempo los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad⁴¹.

40. Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2003.

41. Para una presentación general cfr. AA. VV. *Las tensiones entre*

La facultad que tienen los tribunales para delimitar el alcance de sus providencias ha sido objeto de profundos estudios académicos y jurisprudenciales que no es del caso ilustrar en detalle. Esa potestad no es sino la consecuencia directa de su labor como guardianes supremos de los textos constitucionales. Como ha explicado la Corte Constitucional, las sentencias de inexecutable diferida (o constitucionalidad temporal) buscan evitar las consecuencias traumáticas de retirar en forma inmediata una norma del ordenamiento jurídico cuando las consecuencias de ello serían aún más gravosas que la situación que pretenden remediar. Y lejos de ser contradictoras, “son expresión de la dinámica misma de la justicia constitucional”⁴².

En el derecho colombiano la declaratoria de inconstitucionalidad suele ir acompañada de la inexecutable inmediata de la norma aunque no implica su nulidad (también como regla general), pues no supone retrotraer los efectos jurídicos desde su entrada en vigencia (*ex tunc*), sino que los efectos son sólo a partir del fallo (*ex nunc*). El artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala que las sentencias dictadas por la Corte Constitucional “*tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”⁴³.

Como fue explicado en la sentencia C-737 de 2001, “en el caso colombiano, la regla general es la siguiente: la cons-

el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, ELISEO AJA (ed.), Barcelona, Ariel Derecho, 1998. En el mismo sentido cfr. AA. VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Para el caso colombiano pueden consultarse las sentencias C-737 de 2001 y C-619 de 2003, entre otras.

42. Sentencia C-737 de 2001. La Corte declaró inexecutable la ley sobre regalías del petróleo, pero difirió sus efectos declarando su validez por algunos meses más, a fin de que el Congreso expidiera una nueva regulación en la materia sin causar los graves traumatismos económicos que ocurrirían en caso de su retiro inmediato del ordenamiento jurídico.

43. Artículo declarado executable en la sentencia C-037 de 1996.

tatación de que una ley adolece de un vicio de inconstitucionalidad implica su declaración de inexecutable por la Corte Constitucional, y esa decisión tiene efectos hacia el futuro o *ex nunc*. No obstante, esta regla ha sido invertida para el caso de las normas dictadas al amparo de los estados de excepción cuando se declaran inconstitucionales, porque hay una ruptura del principio democrático que altera las reglas generales de competencia⁴⁴.

La jurisprudencia nacional ya ha estudiado la problemática relativa a los efectos de sus decisiones cuando declara la inexecutable de una norma, tema complejo si se tiene en cuenta el dilema entre reconocer eficacia al principio de supremacía constitucional (que sugiere conceder efectos retroactivos a los fallos como si se tratara de una nulidad), y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la buena fe (que propone conceder efectos sólo a partir de la sentencia). Ante la dificultad de plantear soluciones definitivas ha considerado que los efectos “dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución —que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica —que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro—”⁴⁵.

Así las cosas, cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma tiene tres alternativas:

(i) Otorga efectos retroactivos a su decisión (*ex tunc*). Valga como ejemplo la sentencia C-149 de 1993, donde declaró la inconstitucionalidad de una norma tributaria y

44. Sentencia C-619 de 2003. La Corte declaró inexecutable una norma tributaria dictada por el Gobierno al amparo de un estado de excepción y ordenó reconocer efectos retroactivos a su decisión.

45. Sentencia C-055 de 1996. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias C-737 de 2001, C-113 de 1993, C-131 de 1993, C-226 de 1994, C-037 de 1996, C-221 de 1997, C-442 de 2001 y C-619 de 2003.

dispuso que era necesario dar efectos hacia el pasado a su decisión, ordenando la devolución de los dineros indebidamente cancelados por los contribuyentes. En el mismo sentido puede verse la sentencia C-619 de 2003.

(ii) Declara la inexecutable simple y los efectos sólo son a partir de la sentencia. Esta es la regla general prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 y se aplica cuando la Corte no hace precisión alguna.

(iii) Declara la constitucionalidad temporal (o inexecutable diferida) de la norma, es decir, su validez transitoria a pesar de ser contraria al ordenamiento superior. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia C-737 de 2001, donde declaró inexecutable la ley sobre regalías del petróleo pero difirió los efectos del fallo en el tiempo para que, en un plazo razonable, el Congreso expidiera una nueva regulación ya que ese era el foro democrático y deliberativo para tomar decisiones que involucraban una decisión política⁴⁶.

Cuando el tribunal constitucional define el alcance temporal de sus decisiones ninguna autoridad puede desconocer ese valor de cosa juzgada en virtud del efecto *erga omnes* en asuntos de esta índole⁴⁷. Su función como órgano de cierre del ordenamiento y garante máximo de la Carta hace que sus decisiones pongan fin al debate en el plano jurídico, de manera que si declara la inconstitucionalidad con efectos retroactivos tanto los jueces como la administración y los particulares quedan obligados a deshacer las situaciones jurídicas, incluso si se hubieren consolidado, cual si la norma nunca hubiere existido. Si declara su

46. De la misma forma procedió la Corte, entre otras, en la sentencia C-221 de 1997.

47. Artículo 243 C. P.: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional./ Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de base para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

exequibilidad simple deberán proceder de conformidad respetando las situaciones consolidadas y desconociendo la eficacia de la norma solo a partir de ese momento. Y si por el contrario declara la exequibilidad temporal, es imperativo reconocer su validez hasta cuando haya sido ordenado por el tribunal constitucional.

I.V.III. Alcance de las sentencias proferidas en relación con el sistema UPAC

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la pregunta que surge es entonces la siguiente: ¿cuál es el alcance de las sentencias proferidas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado sobre la inconstitucionalidad del sistema UPAC y la capitalización de intereses en los créditos de vivienda a largo plazo?

Al respecto debe advertirse, en primer lugar, que el Consejo de Estado no tenía la autoridad suficiente para prohibir al Banco de la República fijar el valor de la UPAC con base en la DTF, ya que la entidad actuaba por autorización y mandato legal⁴⁸. Lo que sí podía hacer, como en efecto ocurrió, era anular un acto administrativo que presentaba vicios en su diseño estructural (Resol. Ext. n.º 18 de 1995). Queda claro entonces que la decisión del Consejo de Estado no supuso la inconstitucionalidad de la Ley 31 de 1992, ni del sistema UPAC, sino la nulidad de un acto administrativo defectuoso.

Siguiendo la jurisprudencia sobre los efectos de la nulidad de un acto general, las liquidaciones de los créditos que hasta la sentencia del Consejo de Estado fueron calculadas con base en la Resolución Externa n.º 18 de 1995 adquirieron plena firmeza, a menos que para el momento de la sentencia ya se hubieren demandado ante algún juez de la República.

48. A menos que hubiere apelado a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, pero ello no se presentó en la sentencia que estudió la Resolución Externa n.º 18 de 1995.

No obstante, si en gracia de discusión se aceptara que todas esas liquidaciones estuvieran viciadas, lo cierto es que ellas deberían volverse a calcular con fundamento en el mismo factor (DTF), pues así lo ordenaba la resolución que le precedía (Resol. Ext. n.º 26 de 1994) y el artículo 16.f de la Ley 31 de 1992. En otras palabras, a pesar de la nulidad del acto ninguna solución se dio a los deudores hipotecarios, cuyo crédito seguía atado al DTF por mandato legal y reglamentario. Según se explica en seguida, fueron las sentencias C-383 y C-700 de 1999 las que vinieron a ofrecer respuestas concretas a dicha problemática, canalizadas posteriormente en la Ley 546 de 1999.

La primera solución efectiva se dio en la sentencia C-383 de 1999, aunque sólo para los créditos futuros y para las cuotas pagaderas a partir de ese momento (26 de mayo de 1999). En este fallo la Corte acude a la regla general prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, según la cual sus decisiones producen efecto general e inmediato.

Significa lo anterior que el Tribunal Constitucional reconoció la validez de los cobros realizados hasta entonces, que ligaban el valor de la UPAC al DTF. No de otra forma pueden entenderse las precisiones que hizo la Corte en su sentencia y sobre las cuales ya se ha hecho referencia⁴⁹.

49. “De esta suerte, ha de concluirse entonces por la Corte que por las razones ya expuestas, la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante ‘procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía’, como lo establece el artículo 16, literal f de la Ley 31 de 1992 en la parte acusada, es inexecutable por ser contraria materialmente a la Constitución, lo que significa que no puede tener aplicación alguna, tanto en lo que respecta a la liquidación, a partir de este fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que respecta a los créditos futuros, pues esta sentencia es ‘de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares’, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991”: sentencia C-383 de 1999.

Ello armoniza con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-846 de 2000, donde, al abordar otro problema relativo a la suspensión de los procesos ejecutivos, hizo referencia al alcance de la sentencia del Consejo de Estado. La Corte explicó que la decisión del Consejo de Estado tenía efectos retroactivos “en el sentido de que dejó sin efecto la resolución del Banco de la República desde el mismo día en que ésta fue expedida”, pero según hemos visto ella no tenía la capacidad de afectar las situaciones debidamente consolidadas, ni podía resolver sobre la constitucionalidad o no del artículo 16 de la Ley 31 de 1992. Por eso mismo la Corte reconoció que era necesaria la expedición de una ley marco que adoptara los correctivos pertinentes⁵⁰.

Una segunda solución tuvo lugar con la sentencia C-700 de 1999, donde la Corte definitivamente constata la inconstitucionalidad de todo el sistema de financiamiento de vivienda bajo la fórmula de la UPAC. Fue esa sentencia la que obligó al Congreso a diseñar una nueva regulación en la materia. No obstante, la Corte ordena que el sistema continúe aplicándose hasta el 20 de junio de 2000 o hasta cuando se expida una nueva ley. En otras palabras, declara la validez temporal de las normas del sistema y ordena su aplicación por todas las autoridades, salvo en lo relativo al valor de las nuevas cuotas, que desde la sen-

50. “Así las cosas, era claro que para la efectividad de la sentencia C-383 de 1999, como de la providencia del Consejo de Estado, que no sobra decirlo, tenía efectos retroactivos, en el sentido que dejó sin efectos la resolución del Banco de la República desde el mismo día en que ésta fue expedida, hacía necesario que este organismo, como ente encargado de establecer el valor de la UPAC, actuase de forma inmediata para dar plena eficacia a aquéllos. Así, en sesión extraordinaria del primero (1.º) de junio de 1999, la Junta Directiva de ese Banco, expidió la resolución en la que se estableció el nuevo valor de la UPAC. En relación con los otros fallos, se requería la expedición de la ley marco, la que se expidió en diciembre 23 de 1999, sancionada como Ley 546 de 1999”.

tencia C-383 de 1999 debían modificarse para su cálculo (sin tener en cuenta el DTF)⁵¹.

Debe hacerse notar que la sentencia que declaró inconstitucional la capitalización de intereses en los créditos de vivienda (C-747 de 1999) no tuvo efectos retroactivos, sino por el contrario declaró su validez hasta el 20 de junio de 2000⁵². Ello significó reconocer eficacia a los pagos efectuados bajo el sistema UPAC hasta el momento de expedición de una nueva ley, medida que se explica porque se trataba de una práctica bastante usual en los créditos a largo plazo como los de vivienda.

Para una mayor claridad, el siguiente cuadro ilustra el alcance de las decisiones judiciales antes mencionadas:

51. En la sentencia C-700 de 1999 la Corte resuelve lo siguiente sobre los efectos de su fallo: “Cuarto. Los efectos de esta sentencia, en relación con la inejecución de las normas declaradas inconstitucionales, se difieren hasta el 20 de junio del año 2000, pero sin perjuicio de que, en forma inmediata, se dé estricto, completo e inmediato cumplimiento a lo ordenado por esta Corte en Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999, sobre la fijación y liquidación de los factores que inciden en el cálculo y cobro de las unidades de poder adquisitivo constante UPAC, tal como lo dispone su parte motiva, que es inseparable de la resolutoria y, por tanto obligatoria”.

52. Dice la sentencia al respecto: “Segundo. Declárase la inexecutable del numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, así como la de la expresión ‘*que contemplen la capitalización de intereses*’ contenida en el numeral primero de la norma en mención, únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo, inexecutable cuyos efectos se difieren hasta el 20 de junio del año 2000, como fecha límite para que el Congreso expida la ley marco correspondiente”.

FECHA	SENTENCIA	ASUNTO	EFFECTOS
21 de mayo de 1999	Consejo de Estado, Sección Cuarta	Nulidad Resolución Externa n.º 18 de 1995 Banco de la República. Cálculo de la UPAC en el 74% del DTF.	<ul style="list-style-type: none"> - Desaparece la norma y cobra vigencia la anterior (Resol. Ext. n.º 26 de 1994), que también calculaba la UPAC en el 74% del DTF. - Las situaciones individuales mantienen su vigencia. - Continúa el fundamento legal del vínculo UPAC-DTF (art. 16.f Ley 31 de 1993).
27 de mayo de 1999	Corte Constitucional. Sentencia C-383 de 1999	Inequilibridad del literal f artículo 16 de la Ley 31 de 1992. Fundamento normativo que ataba la UPAC al DTF.	<ul style="list-style-type: none"> - A partir de esa sentencia se rompe el vínculo UPAC-DTF. - Las nuevas cuotas se deben liquidar sin tener en cuenta las tasas de interés en la economía (DTF). - Las cuotas anteriores se consideran válidas a menos que para ese momento ya se hubieren demandado ante las autoridades judiciales. - En cumplimiento de esta sentencia el Banco de la República expidió la Resolución Externa n.º 10 de 1999.
16 de septiembre de 1999	Corte Constitucional. Sentencia C-700 de 1999	Inconstitucionalidad de todo el sistema UPAC. Estatuto orgánico del sistema financiero.	<ul style="list-style-type: none"> - Declara inconstitucional todo el sistema, pero lo mantiene vigente hasta el 20 de junio de 2000. - Precisa que a partir de la sentencia C-383 de 1999 las cuotas en UPAC no pueden calcularse teniendo en cuenta las tasas de interés (DTF).
6 de octubre de 1999	Corte Constitucional. Sentencia C-747 de 1999	Inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en créditos para vivienda financiados a largo plazo. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.	<ul style="list-style-type: none"> - Declara inconstitucional la capitalización de intereses en créditos de vivienda, pero mantiene la su validez hasta el 20 de junio de 2000. - Los cobros anteriores se consideran válidos, a menos que para ese momento ya se hubieren demandado ante las autoridades judiciales.

De lo expuesto en este apartado tenemos entonces las siguientes conclusiones:

(i) La sentencia del Consejo de Estado solamente afectó la Resolución Externa n.º 18 de 1995 pero no el sistema UPAC. En esa medida, en nada repercutió sobre la validez de la Ley 31 de 1992, norma que ordenaba el cobro ligado directamente al DTF, ni frente a la validez del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que era la base de todo el modelo UPAC. Es más, dicha providencia ni siquiera tuvo efecto sobre la Resolución Externa n.º 26 de 1994, que también fijaba la UPAC en un 74% del DTF.

En otras palabras, la decisión del Consejo de Estado no tuvo efectos retroactivos frente a los actos individuales de cobro porque: en primer lugar, no tenía la capacidad de afectar las situaciones debidamente consolidadas; en segundo lugar, el fundamento normativo para exigir el cobro de cuotas con base en las tasas de interés no era la Resolución Externa n.º 18 de 1995 sino el artículo 16 de la Ley 31 de 1992; y en tercer lugar, porque el acto que antecedió a la Resolución Externa n.º 18 de 1995 también fijaba en el 74% del DTF el valor de la UPAC (Resol. Ext. n.º 26 de 1994).

(ii) La sentencia C-383 de 1999 declara la inconstitucionalidad del cobro de la UPAC ligado al DTF. De esta manera rompe el vínculo UPAC-DTF (art. 16.f Ley 31 de 1992), aunque reconociendo la validez de los cobros hechos hasta entonces con base en dicha norma. Sus efectos son solamente hacia el futuro y no afecta situaciones jurídicas consolidadas.

(iii) Con la sentencia C-700 de 1999 se declara la inconstitucionalidad de todo el modelo UPAC, previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Sin embargo, para evitar graves traumatismos la Corte ordena que el modelo siga aplicándose hasta el 20 de junio de 2000 o hasta cuando el Congreso de la República expida una nueva ley (salvo en lo relativo al cobro de la UPAC ligado al DTF, que se retrotrae a la sentencia C-383 de 1999).

(iv) La sentencia C-747 de 1999 declara la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los créditos de vivienda a largo plazo. Sin embargo, para evitar graves traumatismos la Corte ordena que la capitalización siga aplicándose hasta el 20 de junio de 2000 o hasta cuando el Congreso de la República expida una nueva ley. De igual forma, la Corte reconoce la validez de los cobros hechos hasta entonces con capitalización de intereses.

Es preciso insistir en que las sentencias de la Corte tienen fuerza de cosa juzgada constitucional protegida directamente por el artículo 243 superior, de tal manera que ninguna autoridad judicial o administrativa, ni menos aún las entidades financieras sometidas a un riguroso control del Estado, podían desconocer la validez del antiguo sistema hasta el 20 de junio de 2000 o hasta la expedición de una ley acorde con la Constitución, que en este caso vino a ser la Ley 546 del 23 de diciembre de 1999.

Tampoco puede desconocerse que, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional, el cálculo de la UPAC ligado al DTF fue válido hasta la fecha de aprobación de la sentencia C-383 de 1999, cuando se declaró la inexecutable de la norma que le daba sustento. Y huelga advertir que si el deseo de la Corte hubiera sido otro, por ejemplo anular todas las liquidaciones realizadas hasta entonces, la facultad constitucional de fijar el alcance temporal de sus decisiones la habría llevado a otorgar efectos retroactivos a su sentencia, como lo ha hecho en varias oportunidades. Sin embargo, esa potestad no fue ejercida con el propósito de evitar un caos aún mayor en el sistema financiero y para respetar las situaciones debidamente consolidadas, es decir, para evitar una situación de inconstitucionalidad todavía más grave que la que pretendía remediar. El valor de cosa juzgada constitucional exige reconocer plena eficacia a las cuotas hipotecarias liquidadas bajo los parámetros normativos vigentes hasta ese momento.

Nótese que de la sentencia C-383 de 1999 se desprende la validación de los pagos ya realizados, y que las sentencias C-700 y C-747 del mismo año autorizaron incluso la vigencia del sistema por algunos meses más, dejando en todo caso la posibilidad de reclamar ante los jueces aquellos cobros efectuados al margen del ordenamiento aplicable hasta aquel entonces. Las aclaraciones de voto a las sentencias C-700 y C-747 de 1999, suscritas por los magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, despejan cualquier duda sobre la decisión de la Corte en el sentido de ordenar la aplicación temporal de las normas a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales⁵³.

En el escenario académico las sentencias de la Corte Constitucional sobre el sistema UPAC han sido objeto de fuertes críticas, entre las que sobresale la del profesor SALOMÓN KALMANOVITZ, para quien el tribunal nunca valoró las consecuencias económicas de sus fallos ni su función dentro del sistema institucional colombiano⁵⁴. Pero las mismas decisiones también han sido defendidas por otro importante sector de la doctrina, donde sobresalen las ideas del profesor RODRIGO UPRIMNY, quien considera legítimo ese proceder⁵⁵.

Al margen de la importancia de ese debate, lo cierto es que las decisiones de la Corte fueron precisas en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del sistema, pero dejar en manos del Congreso la adopción de un nuevo modelo de financiamiento. Desde este punto de vista, la

53. A juicio de los magistrados parcialmente disidentes, la Corte no podía permitir la validez temporal de normas cuya inconstitucionalidad se había constatado, pues atentaba contra los derechos de los deudores hipotecarios. Su posición, sin embargo, no fue acogida por la mayoría.

54. SALOMÓN KAMANOVITZ. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2002, pp. 153 y ss.

55. RODRIGO UPRIMNY YEPES, en *Pensamiento Jurídico*, n.º 13-14, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

Corte prefirió una posición de auto restricción –*self-restraint*–, respetuosa del papel del Congreso como órgano político llamado a impregnar de contenido el derecho a la vivienda digna, aunque no por ello dejó de dar algunas pautas, quizá demasiado específicas, que son las que han merecido cierto reproche desde la academia.

Fue entonces la Ley 546 de 1999, así como las normas que la desarrollan y que han sido avaladas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, las que adoptarían los correctivos específicos para los deudores del sistema UPAC. Sobre ellas se hará especial referencia más adelante. De momento interesa resaltar que la declaratoria de inconstitucionalidad del sistema UPAC obedeció a su vínculo inescindible con el DTF, donde las fluctuaciones del mercado y el incremento de las tasas de interés hicieron que los deudores se vieran impedidos para cumplir oportunamente sus obligaciones crediticias.

III. CREACIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE FINANCIAMIENTO BAJO LA FIGURA DE LA UVR

Como en la sentencia C-700 de 1999 la Corte declaró la inconstitucionalidad del sistema UPAC, pero dispuso su exequibilidad temporal, rápidamente el Congreso tomó cartas en el asunto para evitar un caos de mayor dimensión y aprobó la Ley 546 del 23 diciembre de 1999, “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”.

Es una ley marco que traza los lineamientos generales sobre la actividad financiera (lit. d art. 150.19 C. P.) en el ámbito de la adquisición y construcción de vivienda a lar-

go plazo⁵⁶. En cuanto ahora nos interesa, cabe destacar sus dos aspectos centrales:

(i) De un lado, la ley se caracteriza por el diseño de un sistema de crédito con una figura que abandona las tasas de interés en el cálculo de la unidad de cuenta y la capitalización de intereses, pero que mantiene el poder adquisitivo del dinero: la Unidad de Valor Real –UVR–.

(ii) Por otro lado, la ley adopta correctivos específicos para los deudores con créditos pendientes en UPAC, de manera que toma en consideración las sentencias dictadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado y señala la forma de dar respuesta a la problemática surgida ante la inconstitucionalidad del sistema UPAC.

Debido a que la ley fue demandada ante la Corte Constitucional, su análisis no puede desligarse de las sentencias que en relación con ella ha dictado esa corporación. En los procesos de constitucionalidad la Corte ha proferido las siguientes sentencias en relación con la Ley 546 de 1999: C-955 de 2000, C-1051 de 2000, C-1140 de 2000, C-1146 de 2000, C-1265 de 2000, C-1377 de 2000, C-1411 de 2000, C-1544 de 2000, C-050 de 2001, C-332 de 2001 y C-1192 de 2001.

III.1. *Naturaleza y validez constitucional de la UVR*

El fundamento para declarar la inconstitucionalidad del sistema UPAC fue, ante todo, el hecho de que esa unidad se calculara con base en el movimiento de las tasas de interés

56. Una ley marco se caracteriza, especialmente, porque en ella el Congreso sólo fija la política global, los criterios y principios estructurales, y da las orientaciones generales al Gobierno para el desarrollo de normas en las materias previstas en el artículo 150.19 de la Constitución. Al respecto cfr., entre otras, las sentencias C-465 de 1992, C-489 de 1994, C-196 de 1998 y C-955 de 2000. En la doctrina cfr. HUMBERTO SIERRA PORTO. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

(DTF) y no en la inflación, con lo cual se introducía una grave anomalía al modelo que repercutió en la capacidad de pago de los deudores hipotecarios. Adicionalmente, surgió otro vicio derivado de la capitalización de intereses en los créditos a largo plazo.

Para dar respuesta a ello, la Ley 546 de 1999 adoptó los correctivos necesarios mediante la Unidad de Valor Real⁵⁷, concebida como una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, “*con base exclusivamente en la variación de precios al consumidor certificada por el DANE*” (art. 3.º). También deja en claro que los intereses remuneratorios no pueden capitalizarse (art. 17), con lo cual superó los dos grandes problemas del modelo UPAC.

La UVR no es considerada moneda sino una “medida contable” que permite actualizar el valor del dinero desembolsado en un crédito y ajustarlo según la inflación (IPC). Por lo tanto, como solamente actualiza el valor del dinero, no excluye la posibilidad de cobrar intereses remuneratorios porque ello hace parte, algo apenas lógico, de la actividad empresarial que dentro de ciertos límites ejercen las entidades financieras. Así lo dejó en claro la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, según se analiza posteriormente.

El nuevo modelo fue concebido entonces de la siguiente manera:

UVR (equivalente a la inflación -IPC-) + Intereses remuneratorios (sin capitalización de intereses), que deben ser los más bajos del mercado ⁵⁸

57. La UVR fue creada inicialmente en el Decreto 856 de 1999 para mantener el poder adquisitivo de las inversiones en títulos de deuda pública (TES) emitidos a largo plazo.

58. Aunque la ley no establecía que los intereses remuneratorios para los créditos de vivienda debían ser los más bajos del mercado, la Corte así lo ordenó en la sentencia C-955 de 2000.

En cuanto a su compatibilidad con el ordenamiento Constitucional la Corte consideró que bien podía el legislador diseñar un sistema de financiación de vivienda con unidades de cuenta que reflejaran los cambios inflacionarios en la economía⁵⁹. Concluyó al respecto: “En síntesis, no se considera inconstitucional la UVR ni el artículo 3.º que la contempla, siempre que refleje verdadera y exclusivamente la inflación”.

Interesa precisar que el artículo 3.º de la Ley 546 de 1999 establecía en su redacción original lo siguiente:

Artículo 3.º Unidad de Valor Real (UVR). La Unidad de Valor Real (UVR) es una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, cuyo valor se calculará de conformidad con la metodología que establezca el Consejo de Política Económica y Social, Conpes. Si el Conpes llegare a modificar la metodología de cálculo de la UVR, esta modificación no afectará los contratos ya suscritos, ni los bonos hipotecarios o títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria de vivienda ya colocados en el mercado.

El Gobierno Nacional determinará la equivalencia entre la UVR y la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, así como el régimen de transición de la UPAC a la UVR. (El aparte resaltado fue declarado inexecutable en la sentencia C-955 de 2000).

59. “Al hacerlo, define unas reglas de las cuales parten los contratantes en su relación jurídica y facilita que, por las características y el objeto de los créditos, se expresen los saldos todavía no pagados en términos reales para que sobre ellos, ya actualizados, se calcule el interés. Así, el capital prestado conserva su poder adquisitivo y la entidad prestamista no resulta castigada por el aumento de la inflación, medido con base en el índice de precios al consumidor. Ello es legítimo y, por tanto, la sola consagración de una norma que permita cuantificar el impacto de la depreciación monetaria no vulnera precepto alguno de la Constitución”.

Al pronunciarse sobre dicha norma la Corte declaró la validez constitucional de la Unidad de Valor Real, “en el entendido de que la Junta Directiva del Banco de la República deberá proceder, una vez comunicada esta sentencia, a establecer el valor de la UVR, de tal manera que ella incluya exclusiva y verdaderamente la inflación, como tope máximo, sin elemento ni factor adicional alguno, correspondiendo exactamente al IPC”⁶⁰.

Sin embargo, el aparte destacado del artículo, que permitía al Conpes fijar la metodología para el cálculo de la UVR, y al Gobierno definir la equivalencia entre UPAC y UVR, así como el régimen de transición, fue declarado inexecutable. A juicio del tribunal, se trataba de una competencia reservada exclusivamente a la Junta Directiva del Banco de la República, quien debía ejercerla en el marco de la Constitución y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte.

La sentencia fue dictada siete meses después de expedida la ley⁶¹, lo cual supuso que durante su vigencia se expidieron algunas normas reglamentarias y realizaron diversas actuaciones en este sentido. Por esta razón, con el fin de evitar mayores traumatismos la Corte señaló expresamente que los efectos de su sentencia serían sólo hacia el futuro, dejando a salvo la posibilidad de los deudores de reclamar ante los jueces por los cobros que se hubieren realizado en contravía de las sentencias C-383 y C-700 de 1999, puesto que desde ese entonces las cuotas no podían calcularse con base en las tasas de interés (DTF) sino únicamente en la inflación (IPC). Dijo la Sala:

Se advierte, en todo caso, que la inconstitucionalidad que se declara tendrá efecto hacia el futuro, particularmente en lo que toca con la conversión de la UPAC a la UVR, ya que las equivalencias fijadas por el Gobierno lo fueron con base en

60. Sentencia C-955 de 2000.

61. La Ley es del 23 de diciembre de 1999 y la sentencia es del 26 de julio de 2000.

la norma acusada, que entonces se hallaba en pleno vigor y no había sido objeto de decisión de constitucionalidad por esta Corte. Ello, sin perjuicio de los reclamos que puedan tener lugar ante los estrados judiciales por las reliquidaciones efectuadas, al compararlas con lo resuelto por la Corte Constitucional en las sentencias C-383 y C-700 de 1999.

Pese a la claridad de la sentencia de la Corte, lo cierto es que en la práctica surgieron algunas dudas sobre la validez de las actuaciones realizadas por el Gobierno Nacional, quien autorizado por la ley había fijado la fórmula para calcular la UVR y que las entidades financieras habían cumplido como era su obligación. Veamos qué ocurrió.

Desde el 23 de diciembre de 1999 el Conpes recomendó la fórmula para calcular el valor de la UVR —que entre otras cosas fue la misma que el Banco de la República adoptó luego por mandato de la Corte Constitucional—, en los siguientes términos:

El valor en moneda legal colombiana de la UVR cambiará diariamente durante el periodo de cálculo, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$UVR_t = UVR_{15} * (1 + i)^{t/d}$$

en donde el periodo de cálculo es el periodo comprendido entre el día 16 inclusive, de un mes hasta el día 15, inclusive del mes siguiente,

UVR_t : es el valor en moneda legal colombiana de la UVR del día t del período de cálculo;

UVR_{15} : es el valor en moneda legal colombiana de la UVR el último día del periodo de cálculo anterior;

i: es la variación mensual del índice de precios al consumidor durante el mes calendario inmediatamente anterior al mes del inicio de período de cálculo;

t: es el número de días calendario transcurridos desde el inicio de un período de cálculo hasta el día de cálculo de la UVR. Por lo tanto, t tendrá valores entre 1 y 31, de acuerdo con el número de días calendario del respectivo período de cálculo.

d: es el número de días calendario del respectivo período de cálculo.

El valor en moneda legal colombiana de la UVR en la fecha de entrada en vigencia de la Ley Marco de Financiación de Vivienda Individual, será el que tenga en esa misma fecha la UVR establecida en el Decreto 856 de 1999.

Posteriormente el Gobierno expide el Decreto 2703 de 1999, donde señala el valor de la UVR a 31 de diciembre de 1999 y adopta la metodología sugerida por el Conpes, en los siguientes términos:

Artículo 1.º Para efectos de la transición de la UPAC a la UVR, una UPAC será equivalente a 160.7750 UVR el 31 de diciembre de 1999.

Artículo 2.º Adóptase como metodología para calcular el valor de la UVR la recomendada por el Consejo de Política Económica y Social, Conpes, en sesión del 23 de diciembre de 1999.

Dicha metodología deberá utilizarse para calcular el valor diario en pesos por parte de la secretaría técnica del Consejo Superior de Vivienda a partir del 1.º de enero de 2000.

Las dudas surgidas vinieron a disiparse con la sentencia del Consejo de Estado del 20 de marzo de 2003, que negó la solicitud de nulidad del Decreto 2703 de 1999⁶². El cargo, planteado con base en el artículo 150.19 de la

62. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 20 de marzo de 2003, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, exp. 13.087.

Constitución y la sentencia C-955 de 2000, reclamaba la incompetencia del Gobierno para fijar el equivalente de UPAC a UVR, así como del Conpes para indicar la metodología de cálculo en pesos de la UVR.

Sin embargo, el Consejo de Estado no aceptó las súplicas de la demanda y rechazó la acusación. A su juicio, en la sentencia C-955 de 2000 la Corte aclaró que “los efectos de la inexecutable declarada serían hacia el futuro, sin afectar la validez de las equivalencias fijadas por el Gobierno Nacional”.

La sentencia también aclara que “en vigencia de las disposiciones contenidas en los artículos 3.º y 38 de la Ley 546 de 1999, el Gobierno Nacional estaba facultado para determinar válidamente la equivalencia entre la UPAC y la UVR en el régimen de transición acogiendo la metodología establecida por el Conpes, y en virtud de la decisión de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-955 de 1999 (*sic*) se desvirtúa la nulidad del decreto acusado, motivada por la incompetencia del Gobierno Nacional para expedirlo”.

Así las cosas, la validez del Decreto 2703 de 1999 –y por intermedio de éste la metodología fijada por el Conpes– ha sido respaldada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo y su decisión tiene efectos de cosa juzgada constitucional en lo que hace referencia a la facultad del Gobierno para dictar el acto. Recuérdese que según el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, las sentencias que nieguen la nulidad de un acto producen efectos de cosa juzgada *erga omnes* en relación con la *causa petendi*. Y como ha explicado la jurisprudencia, ello implica que el acto sólo puede ser acusado de nuevo por cargos diferentes a los que fueron estudiados⁶³.

63. “El acto administrativo sobre el cual se decidió en forma negativa la pretensión de nulidad, puede ser objeto de futuras acciones pero por motivos distintos a los ya examinados”: Consejo de Estado,

Más aún. La propia Corte Constitucional ha reconocido que si bien es cierto que la fórmula para el cálculo en pesos de la UVR presenta cierta complejidad, no por ello puede negársele eficacia jurídica al Decreto 2703 de 1999. Así lo explicó en la sentencia T-212 de 2004, donde reconoció validez a los títulos convertidos de UPAC a UVR bajo la fórmula indicada en el mencionado decreto. Dijo la Corte:

Sin embargo, aunque compleja, la fórmula determina todas las variables que la integran, es decir, indica el número específico que sustituye cada una de las variables que la conforman de manera que permite la obtención de un resultado cierto para todas las situaciones posibles, esto es, para cada suma de dinero otorgada en préstamo a cualquier término.

Así pues, dado que la Ley 546 de 1999 y el Decreto 2703 de 1999 contemplan un mecanismo consistente en una mera operación aritmética para determinar el costo de los créditos adquiridos para la financiación de vivienda, se concluye que el pagaré suscrito por la señora HIGUERA DE GÓMEZ, el cual fue originalmente denominado en UPACS y luego convertido a UVRS (por ministerio de dicha ley, tal como se ha visto ya en este fallo), conservó su condición de título valor claro y expreso. Por lo demás, es del caso subrayar que una de las consecuencias del cambio de la UPAC por la UVR, consistió en una reducción del costo de los créditos destinados para la financiación de vivienda. (Cursiva fuera de texto).

A partir de la sentencia C-955 de 2000 ninguna duda cabe acerca de que es la Junta Directiva del Banco de la República la autoridad encargada de fijar y certificar el valor de la UVR, por supuesto que ligada exclusivamente a la inflación (IPC). Y para dar cumplimiento a esa providencia, mediante Resolución Externa n.º 13 del 11 de agosto

Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2002, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, exp. 11.404.

de 2000, la Junta Directiva del Banco de la República señaló la manera de calcular el valor de la UVR⁶⁴.

La fórmula para calcular el valor en pesos de la UVR (Resol. Ext. n.º 13 de 2000) coincide con la metodología propuesta por el Conpes (Doc. 3066 de 1999) y recogida en el Decreto 2703 de 1999. Su aplicación no queda al arbitrio de las entidades financieras, de los órganos gubernamentales encargados del control y vigilancia, ni de los jueces en las controversias que se les llegare a plantear. Se trata de un acto expedido no sólo en cumplimiento de una sentencia de la Corte Constitucional (C-955 de 2000), sino que es la expresión directa del mandato previsto en el artículo 372 de la Constitución.

Cabe anotar que la norma (Resol. Ext. n.º 13 de 2000) es actualmente objeto de estudio por el Consejo de Estado, quien mediante auto del 7 de octubre de 2004 negó la suspensión provisional dentro de la acción de nulidad que se tramita, lo cual reafirma su plena vigencia al menos hasta ahora⁶⁵.

64. “Artículo 1.º- *Metodología para el cálculo del valor en pesos de la UVR.* El valor en moneda legal colombiana de la Unidad de Valor Real (UVR) de que trata el artículo 3.º de la Ley 546 de 1999 se determinará diariamente durante el periodo de cálculo, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$UVR_t = UVR_{15} * (1+i)^{t/d}$$

Donde:

UVR_t : Valor en moneda legal colombiana de la UVR del día t del período de cálculo.

UVR_{15} : Valor en moneda legal colombiana de la UVR el día 15 de cada mes.

i: Variación mensual del índice de precios al consumidor certificada por el DANE durante el mes calendario inmediatamente anterior al mes del inicio del período de cálculo.

t: número de días calendario transcurridos desde el inicio de un período de cálculo hasta el día de cálculo de la UVR. Por lo tanto, t tendrá valores entre 1 y 31, de acuerdo con el número de días calendario del respectivo período de cálculo.

d: Número de días calendario del respectivo período de cálculo”.

65. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto del 7 de octubre de 2004, C. P.: HÉCTOR ROMERO DÍAZ, exp. 14.824.

III.II. *Correctivos diseñados por el legislador.*
Reliquidación de los créditos
vigentes otorgados en UPAC

Definida la validez constitucional del sistema de crédito para vivienda diseñado en la Ley 546 de 1999, así como su figura central, la UVR, queda por analizar el otro elemento central de la ley: los correctivos directamente adoptados por el Congreso de la República.

Como punto de partida hay que decir que en las sentencias C-700 y C-747 de 1999 la Corte dejó abierta la posibilidad de que los deudores hipotecarios acudieran ante las autoridades judiciales para reclamar por los pagos indebidos que hubieren realizado a las entidades financieras, lo que a su vez se reafirma en las sentencias SU-846 y C-1140 de 2000. Sin embargo, si bien es cierto que esa eventualidad está latente, también lo es que dentro de una interpretación sistemática de la jurisprudencia y la normatividad se llega a la conclusión de que dichos reclamos no deben entenderse de forma indiscriminada sino bajo ciertos parámetros.

(i) De un lado, consisten en el derecho a cuestionar los cobros realizados en contravía de las normas aplicables cuando se hicieron efectivos. Es por ello que la facultad de reclamo no puede recaer sobre la tasa de interés como factor de cálculo de la unidad de cuenta –válida hasta la sentencia C-383 de 1999–, ni sobre la capitalización de intereses –válida hasta la nueva ley por mandato expreso de la sentencia C-747 de 1999–, porque dichos cobros fueron ajustados a derecho.

Quizá conviene recordar que en virtud del principio de cosa juzgada constitucional es obligatorio respetar el alcance y los efectos de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional. En otras palabras, la Corte reconoció la potestad de acudir ante los jueces pero teniendo en cuenta los límites por ella fijados.

(ii) Tampoco puede perderse de vista que la conducta de las entidades crediticias debía desarrollarse según las normas expedidas por el Congreso y el Gobierno Nacio-

nal, pues su estricto cumplimiento era observado de cerca por los órganos de control y vigilancia del Estado.

Si las entidades financieras hubieran desconocido las reglas vigentes muy probablemente su actuación habría sido objeto de severas sanciones tanto por la Superintendencia Bancaria como por las autoridades judiciales. Es por ello que no puede ahora imputárseles ningún tipo de responsabilidad, justamente cuando obraron de buena fe y conforme a la reglamentación fijada por el propio Estado, por lo demás vigente hasta su declaratoria de nulidad o inconstitucionalidad.

(iii) Así mismo, si ni siquiera la Corte Constitucional definió cómo debía diseñarse el sistema de financiamiento de vivienda, ni la forma de hacer los correctivos pertinentes, sino que dejó en manos del Congreso esa facultad y aquél cumplió su labor al aprobar la Ley 546 de 1999, no puede pretenderse ahora que los jueces —y en algunos casos los peritos como auxiliares de la administración de justicia— desconozcan la normatividad que regula la materia y cuya constitucionalidad ya ha sido reafirmada en varias oportunidades.

(iv) Por último, el derecho de los usuarios a reclamar ante los jueces quedó circunscrito a las previsiones de la Ley 546 de 1999 y las normas que la desarrollan. En efecto, como se explica en seguida, allí se adoptaron las medidas necesarias para superar todas las anomalías que surgieron cuando se vinculó la UPAC al DTF, que fue el motivo central para declarar la inconstitucionalidad del antiguo sistema de financiamiento de vivienda.

Aunque la Corte Constitucional dio algunos lineamientos generales y dejó abierta la posibilidad de reclamar ante los jueces la reliquidación de los créditos otorgados bajo el sistema UPAC, lo cierto es que sus directrices resultaban insuficientes por su alto grado de generalidad. Ellas realmente vinieron a instrumentalizarse a partir de la Ley 546 de 1999, que no sólo tomó en consideración las sentencias de constitucionalidad para crear un nuevo sistema de crédito, sino que también atendió la jurisprudencia para

la reliquidación de créditos anteriores que fuere reclamada ante la administración de justicia. En otras palabras, la Corte fijó algunos parámetros generales en su jurisprudencia, los cuales se concretaron en la Ley 546 de 1999, norma que desde entonces regula todo lo relacionado con la reliquidación de créditos en materia de vivienda, tanto en la actividad de las entidades financieras como de las autoridades judiciales en las controversias ante ellas planteadas.

El Congreso ordenó la reliquidación de los créditos vigentes, para lo cual dispuso el reajuste retroactivo de los saldos y la conversión de UPAC a UVR. Con ello subsanó los problemas que surgieron cuando se vinculó la UPAC a las tasas de interés del mercado (DTF); y como la nueva UVR sólo está ligada al índice de precios al consumidor (IPC), la medida se tradujo en la corrección automática de todo el crédito. En consecuencia, el correctivo diseñado por el legislador no sólo resultó adecuado sino también suficiente para dar respuesta a las dificultades creadas años atrás.

Los artículos 38 a 45 de la Ley 546 de 1999 consagraron así un régimen de transición para los antiguos deudores del sistema UPAC, cuya medida más importante consistió en ordenar la reliquidación, asumida por el Estado, de los créditos para vivienda vigentes con las entidades financieras⁶⁶. El alivio se aplicaría teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999:

Artículo 41. *Abonos a los créditos que se encuentren al día.* Los abonos a que se refiere el artículo anterior se harán sobre los saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999, de los préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo así:

66. Cfr. EDUARDO MONTELAEGRE LYNETT. “El abono económico reconocido en la Ley 546 de 1999 para los créditos de vivienda del sistema UPAC. Análisis constitucional desde la igualdad y el precedente judicial”, Bogotá, 2005.

[...] 2. El establecimiento de crédito reliquidará el saldo total de cada uno de los créditos, *para cuyo efecto utilizará la UVR que para cada uno de los días comprendidos entre el 1.º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, publique el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con la metodología establecida en el Decreto 856 de 1999.*

El aparte resaltado fue declarado exequible en la sentencia C-1192 de 2001, aunque debe anotarse también que desde la sentencia C-955 de 2000 la Corte hizo extensivo sin restricciones el mismo alivio económico a los créditos que estuvieren en mora, por considerar que un tratamiento distinto era discriminatorio.

Al pronunciarse sobre la facultad otorgada al Ministerio de Hacienda para publicar el valor en pesos de la UVR entre el 1.º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, la equivalencia en pesos de la UVR, la Corte precisó que no suponía desplazar la competencia reservada al Banco de la República, sino que se trataba de ejercer una función certificadora apelando a un procedimiento mecánico previamente establecido. Dijo entonces:

Ello, aunque pudiera parecer contrario a la distribución de competencias que en este fallo se ha defendido, entre el Gobierno y la Junta Directiva del Banco de la República, no lo es en realidad, puesto que la norma no está facultando al Ministerio de Hacienda para que fije la metodología de cálculo de la UVR, como sí lo hizo el artículo 3.º que se declarará inexecutable en ese punto, ni tampoco para determinar materialmente el aludido valor. Si bien se estudia el precepto, lo único confiado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en relación con el tema de la reliquidación es aplicar, mediante referencia temporal, una metodología señalada con anterioridad a la expedición misma de la ley, cuando se creó la UVR mediante Decreto 856 de 1999, aplicable inicialmente a los TES (Títulos de Tesorería Clase B de que trata el Dcto. 2599 de 1998, destinados a financiar apropiaciones del presupuesto general de la Nación), y posteriormente, por adopción legal, a los créditos de vivienda.

[...] La Corte no tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 856 de 1999, de carácter administrativo, pero entiende que la sola remisión a dicha norma, con carácter temporal –como se advierte en el artículo– no viola precepto constitucional alguno, ya que se trata de un procedimiento mecánico de equivalencias, sujeto desde luego a las reclamaciones que por posible contravención de las sentencias C-383 y C-700 de 1999 pudieren formularse ante los jueces.

En consecuencia, el numeral 2, objeto de demanda, habrá de ser declarado exequible.

La Resolución Externa n.º 2896 del 29 de diciembre de 1999, expedida por el Ministerio de Hacienda, fue la norma que definió cuál era el valor de cada UVR para el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999 y con base en ella se debieron efectuar las reliquidaciones a los créditos vigentes. La norma fue expedida teniendo en cuenta lo dispuesto en el Documento Conpes del 23 de diciembre de 1999, el Decreto 2703 del mismo año, y coincide también con la fórmula finalmente adoptada por la Junta Directiva del Banco de la República en la Resolución Externa n.º 13 de 2000, actos administrativos cuya validez ha sido respaldada tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional en varias sentencias.

La Resolución n.º 2896 de 1999 fue acusada ante el Consejo de Estado. A juicio del demandante, no sólo había sido expedida por un órgano carente de facultades para hacerlo (Ministerio de Hacienda), sino que incluía valores que calculaban la UVR por encima de la inflación superando el índice de precios al consumidor como límite máximo⁶⁷, lo cual desconocía el principio de cosa juzgada constitucional.

67. Dice la sentencia al plantear el problema de fondo: “El acto es acusado de ilegalidad por el demandante, al estimar que incluye valores que colocan a la Unidad de Valor Real, UVR, a que se refiere el

Sin embargo, de forma unánime los magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo desestimaron las pretensiones del actor⁶⁸. Consideraron que el acto fue dictado por la autoridad facultada para hacerlo según las normas vigentes en aquel entonces, pues la inexequibilidad declarada por la Corte sobre la reserva del Banco de la República para calcular la UVR fue posterior y no tuvo efectos retroactivos (C-955 de 2000).

El Consejo de Estado encuentra además que los valores plasmados en la Resolución n.º 2896 se ajustaron a la fórmula de cálculo y metodología adoptada por el Conpes y recogida en el Decreto 2703 de 1999, tanto en la variación porcentual del IPC aplicable (mes anterior) como en el periodo de cálculo (variación distribuida a partir del 16 del mes siguiente). Con esos argumentos rechaza las súplicas de la demanda⁶⁹.

Otra norma que debe traerse a colación en este punto es la Circular Externa n.º 007 de 2000, expedida por la Superintendencia Bancaria “con el fin de aclarar algunas dudas que se han presentado a raíz de la entrada en vigen-

artículo 3.º de la Ley 546 de 1999, por encima de la inflación y por consiguiente superando el Índice de Precios al Consumidor publicado por el DANE, que es ‘su tope máximo’”.

68. Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 1.º de octubre de 2002, C. P.: JUAN ÁNGEL PALACIO, exp. 16.902.

69. “En la metodología oficial el período de cálculo es intermedio entre dos meses calendario, entre el día 16 inclusive, de un mes calendario y el día 15 inclusive, del mes siguiente, que, se repite, no coincide con el que se supone es objeto de la medición porcentual mensual que se pretende aplicar para reflejar la variación. Así las cosas, resulta improcedente la comparación de las variaciones porcentuales de la UVR presentadas por el actor, puesto que ellas no permiten establecer, ni dar por demostrado que los valores publicados en la Resolución 2896 de 1999, no se ajustaron a las previsiones establecidas en la metodología contenida en el Decreto 856 de 1999, que se repite, sirvió de base para obtener los valores cuestionados [...] Al no desvirtuarse la presunción de legalidad del acto acusado, se impone desestimar las pretensiones de la demanda”.

cia de la Ley 546 de 1999 y sus decretos reglamentarios”. En este acto administrativo la Superintendencia precisó el procedimiento a seguir para la reliquidación de los créditos de vivienda del antiguo sistema UPAC, cuyos párrafos 1.º y 2.º recogieron lo plasmado en la Ley 546 y el Decreto 2703 de 1999 respecto de la equivalencia de UPAC y UVR⁷⁰.

Estos apartados fueron demandados ante el Consejo de Estado bajo el cargo de falta de competencia para la expedición del acto y desconocimiento de la cosa juzgada constitucional. Pero al decidir el caso el Consejo reitera, una vez más, los efectos no retroactivos de la sentencia C-955 de 2000 y rechaza la acusación planteada⁷¹. Sobre el punto la providencia señala lo siguiente:

Ahora bien, es cierto que la Corte Constitucional en sentencia C-955 de julio 26 de 2000, declaró inexecutable las expresiones que se resaltan de los artículos 3.º, 6.º y 28 de la Ley 546 de 1999, luego como consecuencia de tal declaratoria, no tiene el Gobierno Nacional facultades para determinar la equivalencia entre la UVR y la UPAC, ni el Consejo Nacional de Política Económica y Social-Conpes para establecer la metodología de cálculo de la UVR, tal como se dispuso en los artículos 1.º y 2.º del Decreto 2703 de 1999.

70. Circular Externa n.º 007 de 2000 (Superbancaria): “La Ley 546 de 1999 ordena que en el término de tres (3) meses contados a partir de su vigencia, es decir hasta el 23 de marzo del año en curso, todos los créditos que estuvieren denominados en UPAC deberán redenominarse en UVR. Para tal efecto, el Gobierno Nacional determinó, mediante Decreto 2703 de 1999, la equivalencia entre la UVR y la UPAC, indicando que al 31 de diciembre de 1999, último día de existencia de la UPAC, una unidad de poder adquisitivo constante equivalía a 160.7750 unidades de valor real. A partir del 1.º de enero de 2000, la secretaría técnica del Consejo Superior de Vivienda informa el valor diario de la UVR con base en la metodología recomendada por el Conpes y adoptada por el Gobierno Nacional”.

71. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de febrero de 2003, C. P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, exp. 12.712.

Sin embargo, no por ello puede afirmarse la ilegalidad del instructivo acusado, pues de una parte éste fue expedido en vigencia de las normas declaradas inexecutable y está acorde con el reglamento que las desarrolla, y por otra, según la sentencia de inexecutable, sus efectos son hacia el futuro y no afectan la validez de las equivalencias fijadas por el Gobierno Nacional, por así haberlo dispuesto la misma Corte Constitucional. (Cursiva fuera de texto).

En cuanto a los extremos temporales de la reliquidación (1993 a 1999) la Corte Constitucional nunca hizo reparo alguno, aunque en realidad se abstuvo de analizar detenidamente la cuestión. Fue la Sala Plena del Consejo de Estado quien abordó el punto para explicar por qué la reliquidación se ordenó desde el año 1993. Así, en la sentencia donde se pronunció sobre la constitucionalidad de la Resolución Externa n.º 2896 del Ministerio de Hacienda, el Consejo de Estado dijo al respecto:

Se dispuso [la reliquidación] con referencia al año 1993, dado que si bien desde 1984 (Dcto. 1131 de 1984) se ajustó la corrección monetaria con las tasas de interés, desligándola del IPC, que fue el instrumento inicial de actualización, y en 1988 (Dcto. autónomo 1319) se incluyó como factor en el cálculo de la corrección la tasa DTF en el 35%, fue en 1993 (Resol. Externa n.º 6 Banco de la República) que se adoptó como criterio el costo ponderado de las captaciones y se determinó el valor de la UPAC equivalente al 90% de la tasa promedio de captación (DTF), sustituyéndose dicha resolución primero por la 26 de 1994 y posteriormente por la 18 de 1995.

La Circular de la Superintendencia Bancaria (n.º 007 de 2000) reitera cuál es el periodo de reliquidación. Por ese aspecto también fue acusada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero la demanda no tuvo éxito porque simplemente recogía lo dispuesto en la Ley 546 de 1999 en un aspecto sobre el cual la Corte nunca declaró su inconstitucionalidad⁷².

Lo dicho hasta aquí se traduce en la plena eficacia, para efectos de la reliquidación de los créditos, de la Resolución n.º 2896 de 1999, expedida por el Ministerio de Hacienda, y de la Circular n.º 007 de 2000, emanada de la Superintendencia Bancaria en cumplimiento de su función constitucional de inspección, control y vigilancia a dichas actividades. Es por ello que ninguna autoridad judicial o administrativa ni las entidades financieras pueden desconocerla, así como tampoco pasar por alto los efectos de cosa juzgada en lo referente a los valores para la reliquidación de los créditos bajo el sistema de UVR y el periodo de reliquidación.

III.III. *Validez constitucional de los intereses remuneratorios pactados bajo el sistema UPAC*

Otro de los interrogantes sobre la reliquidación de créditos en UPAC tiene que ver con los intereses remuneratorios libremente pactados entre las entidades financieras y los deudores hipotecarios. Los intereses remuneratorios son aquellos “que devenga un crédito de capital mientras el deudor no esté obligado a restituirlo, generalmente mientras dicho deudor está legitimado para mantenerlo en su poder, *v. gr.*, durante el plazo del mutuo o el concedido al comprador para el pago del precio”⁷³.

Ya fue analizado cómo el legislador ordenó convertir las UPAC a UVR para reliquidar las obligaciones pendientes y de esa manera ajustar la situación económica de los deudores en riesgo de perder sus inmuebles. Sin embargo, ni

72. Ídem. Dice el fallo: “Sobre el primer aspecto advierte la Sala que el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 546 de 1999, donde se ordena reliquidar los créditos por el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000. Luego la referencia que al mismo periodo de reliquidación se hace en la primera parte del instructivo acusado se ajusta a la ley y obedece a lo decidido en la sentencia C-955 (*sic*)”.

73. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 1994, pp. 277 y 278.

el Congreso ni la Corte Constitucional consideraron necesario entrar a revisar el cobro de intereses remuneratorios. De hecho, en el régimen de transición a que hace referencia la Ley 546 de 1999 no se incluyó la reliquidación de intereses. Tampoco se dispuso esa medida cuando la norma fue sometida al control de constitucionalidad (sentencia C-955 de 2000), donde entre otras cosas la Corte analizó a profundidad el tema de los intereses remuneratorios.

Al margen de la controversia sobre la capitalización de intereses, cosa distinta a la que ahora se estudia, lo cierto es que nunca se ha declarado la inconstitucionalidad de los intereses remuneratorios pactados entre las entidades financieras y sus usuarios bajo el antiguo sistema UPAC, lo cual se explica al menos por tres razones:

(i) En primer lugar, porque el pacto de intereses remuneratorios es expresión de la autonomía de la voluntad y del ejercicio legítimo de la actividad comercial entre las entidades y los usuarios. La intervención del Estado en la regulación de la actividad financiera (por tratarse de una actividad de interés público según el art. 335 de la Carta) y específicamente del Banco de la República en materia de crédito (art. 372 *ibíd.*) no suponía mayores restricciones para que las partes fijaran libremente los intereses remuneratorios, al menos hasta la sentencia C-955 de 2000. El Banco de la República cambió de un modelo relativamente liberalizado de las tasas remuneratorias de interés (Resols. Exts. n.º 19 de 1991 y 12 de 1993), a uno altamente intervenido para los créditos de vivienda (Resols. Exts. n.º 14 de 2000 y 20 de 2000).

(ii) En segundo lugar, porque allí radica buena parte del fundamento de la libertad de empresa de las entidades comprometidas con el mercado financiero para vivienda. Si el valor de la UPAC fuera el mismo y el monto de los intereses también lo fuera, habría perdido en mucho el sentido de la libre competencia en detrimento de los intereses tanto de los usuarios como de las corporaciones bancarias.

(iii) Finalmente, porque el marco normativo en la materia estaba dado por el límite de la usura. Sólo el cobro de intereses que superara dicho tope daría lugar a la reliquidación de créditos por este concepto, así como a la imposición de sanciones por las entidades encargadas de controlar y vigilar la actividad financiera.

La Circular de la Superintendencia Bancaria a la que se ha hecho referencia (Circular Ext. n.º 007 de 2000), recoge también lo relativo a los intereses remuneratorios y explica por qué debe respetarse lo acordado entre las partes. Dice al respecto:

b) *Tasa de interés*. Si el crédito estuviere en UPAC, se reliquidará utilizando los mismos puntos adicionales que se tuvieren convenidos en la fecha de cada pago sobre la UVR. Por ejemplo, si un crédito se pactó a corrección monetaria más 18 y posteriormente se modificó a corrección monetaria más 16, estos puntos adicionales, 18 y 16 respectivamente, se tendrán en cuenta para efectos de la reliquidación, según estuviere vigente el día de cada pago.

Varios ciudadanos demandaron este apartado de la Circular 007 de 2000 (Superintendencia Bancaria) ante el Consejo de Estado. Según su criterio, ella debía ser declarada nula porque “no incluyó la forma de reliquidar los intereses causados y pagados bajo el imperio de la UPAC, con el fin de que pudiera verse el beneficio de la reliquidación de los créditos”. Ello, en sentir de los actores, constituía un grave detrimento contra el patrimonio de los deudores hipotecarios y afectaba el artículo 371 de la Constitución, que reserva al Banco de la República la facultad de fijar las tasas de interés.

No obstante, lejos de ser censurada, la validez de los intereses remuneratorios fijados entre las partes durante la vida del sistema UPAC fue respaldada por el Consejo de Estado⁷⁴. El alto tribunal desestimó la acusación luego de

74. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de noviembre de 2002, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, exp. 11.354.

considerar que el Estado no interviene para regular los intereses de los créditos anteriores a la Ley 546 de 1999:

El Estado no interviene en la determinación de la tasa remuneratoria, la cual se pactó en desarrollo de la autonomía de la voluntad, entre la entidad financiera y el deudor hipotecario, obviamente, sin transgredir los límites que la legislación establecía en relación con la tasa de usura.

En otras palabras, declara que no hay lugar al reajuste de los intereses remuneratorios libremente pactados en el antiguo sistema de crédito.

Una vez más la fuerza de cosa juzgada constitucional, con efectos *erga omnes*, impide desconocer la validez de la Circular n.º 007 de 2000 en lo que a esta materia se refiere. Ante la contundencia y claridad de esta decisión sólo puede añadirse que, presentada una nueva demanda, el Consejo de Estado recordó que había operado el fenómeno de la cosa juzgada sobre la validez de los intereses remuneratorios libremente pactados en el sistema UPAC y se abstuvo de volver a analizar el tema⁷⁵.

Antes de dar curso al análisis del siguiente tema es necesario dejar en claro que dentro de los correctivos adoptados por el legislador y concretados en la reliquidación de los créditos de vivienda calculados con base en la UPAC, en ningún momento se ordenó el pago de intereses sobre el valor del alivio económico otorgado. En consecuencia, como no existe fundamento normativo alguno no es posible disponer su cancelación.

Pero más allá de la ausencia de norma que permita pagar intereses sobre el monto de la reliquidación, lo cual constituye por sí solo motivo suficiente para no hacerlo, existen otras razones prácticas que explican la improcedencia de un ajuste de tales proporciones. En efecto, como

75. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de febrero de 2003, C. P.: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA, exp. 12.712.

la ley y las normas reglamentarias señalaron que el reajuste debía hacerse día a día para el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, la consecuencia fue el ajuste del crédito en términos reales sin que hubiese un detrimento económico por la renta del dinero (interés). Así mismo, la ley exigió una conversión de UPAC a UVR, de manera tal que únicamente se incluyó la inflación para su cálculo, dejando de lado el DTF y volviendo a fijar cada una de las cuotas como si se tratara de créditos en UVR. Dicho en otros términos, ordenar el pago de intereses sobre el alivio a los créditos generaría doble descuento: uno ordenado por el legislador y otro sin fundamento legal ni económico que lo explique.

III.IV. *El cobro de intereses remuneratorios debe ser el más bajo del mercado en el nuevo sistema UVR*

Según se indicó al comienzo de este trabajo, una de las características centrales de la actividad financiera y particularmente de la crediticia consiste en la intervención directa del Estado, ya sea por intermedio del legislador, del Banco de la República (en materia de crédito), o bien por las entidades gubernamentales encargadas del control y la vigilancia a la actividad financiera. Todo ello encuentra explicación en el “interés público” de este sector, al igual que en la incidencia directa para la realización de otros bienes y principios constitucionales como el derecho a la vivienda. Así pues, como se trata de una valiosa herramienta en el diseño de las políticas macroeconómicas del Estado, las tasas de interés suelen ser altamente intervenidas⁷⁶.

La Junta Directiva del Banco de la República, quien en cumplimiento de la función constitucional y legal de in-

76. Cfr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, MERCEDES PÉREZ MONZANO y CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de derecho penal. Delitos patrimoniales económicos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pp. 459 y ss.

tervenir en la actividad financiera es la encargada de fijar las tasas máximas que los establecimientos pueden cobrar por sus créditos, dentro de los cuales se incluyen los de vivienda, ha restringido en mayor o menor grado la libertad de las entidades financieras y los usuarios para pactar el valor de los intereses. Esa función puede ser desarrollada de dos formas: absteniéndose de hacerlo o regulando directamente las tasas de interés.

Durante mucho tiempo el Banco se abstuvo de fijar las tasas de interés y por el contrario promovió la llamada “intervención impropia”, que dejaba todo en manos del mercado. Pero esa modalidad presentó dificultades ante la imposibilidad de controlar ciertas variables⁷⁷ y fue necesario acudir a la intervención directa.

Hasta el año 2000 el Banco de la República ejerció esa atribución con un grado relativamente amplio de discrecionalidad. Sin embargo, ante la grave crisis económica de finales de los años 90 y su repercusión en los créditos para vivienda, el tribunal constitucional decidió ejercer directamente un control más riguroso en esta materia y restringió notablemente esa liberalidad. La Corte hace entonces mayores precisiones por considerar insuficiente la doctrina de la mano invisible del mercado ante la situación de inferioridad en que algunas veces se hallan los usuarios del crédito, especialmente para vivienda.

En la sentencia C-955 de 2000 la Corte considera que la intervención del Estado en la actividad financiera y crediticia implica restricciones a la autonomía negocial la cual se traduce, por ejemplo, en la presencia de límites a las tasas de interés⁷⁸. Aunque reconoce que el cobro de

77. SALOMÓN KALMANOVITZ. “Los equilibrios macroeconómicos y el Banco Central: el caso colombiano”, *Revista del Banco de la República*, vol. 72, n.º 856, Bogotá, 1999, p. 48.

78. “Es un hecho públicamente conocido que los deudores de las entidades crediticias no pactan en realidad con ellas las tasas de interés, ni las discuten, y que, por el contrario, en una posición de absoluta indefensión, los intereses les son impuestos, de modo que deben op-

intereses remuneratorios es legítimo en perspectiva constitucional, sostiene que en materia de vivienda es necesario establecer contornos bien definidos:

Que los créditos tengan una tasa de interés remuneratoria no contraviene la Constitución, pues es lícito que el prestamista obtenga un rendimiento. Pero esta Corte estima que sí resulta abiertamente opuesto a la Carta Política que esa tasa de interés no tenga límite alguno y que en ella se vuelvan a incluir los puntos del aumento de la inflación.

La mayor injerencia que la Corte hace en la regulación de los intereses remuneratorios para créditos de vivienda se presenta cuando, en la sentencia C-955 de 2000, con una particular interpretación del texto constitucional decide que “en todo caso, las tasas aplicables a vivienda –se repite– serán las menores del mercado”. Esa profunda restricción a la facultad de la Junta Directiva del Banco de la República y con ello a la libertad de empresa mediante la actividad financiera se explica, según el alto tribunal, con la necesidad de potenciar el derecho a la vivienda digna (art. 51 C. P.) y de lograr una verdadera democratización del crédito (art. 335 C. P.).

tar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo, ya que suscriben contratos por adhesión. *Es allí donde aparece la función interventora del Estado, que está llamado a fijar topes a las tasas de interés que se cobran y a velar porque esos topes se respeten [...]* Por ello, tal como se encuentra redactada la norma del artículo 17 numeral 2 de la Ley 546 de 1999, es inconstitucional, puesto que al permitir el cobro de un interés remuneratorio que se libra a los vaivenes del mercado y que en teoría ‘convienen’ las partes pero en el que se impone siempre la voluntad de una de ellas (la más fuerte en la relación contractual), el legislador no cumplió el cometido señalado por la Constitución por cuanto, en este aspecto, no estableció las directrices ni los criterios que han de ser aplicados en los créditos, y por ende dejó consagrado un sistema falto de toda idoneidad para hacer efectivo el derecho que garantiza el artículo 51 de la Constitución Política”: sentencia C-955 de 2000.

A pesar de la precaria argumentación de la sentencia en este punto, lo cierto es que los efectos de cosa juzgada no permiten desconocer que, a partir de ese fallo, las entidades financieras están obligadas a cobrar a sus clientes las menores tasas de interés remuneratorio en los créditos de vivienda a largo plazo otorgados bajo el sistema de UVR, aunque no aplicables a otro tipo de créditos también protegidos constitucionalmente⁷⁹.

Cuando la Corte hace referencia a las tasas más bajas del mercado deja en claro que no se incluyen “las que extraordinariamente otorgue el intermediario financiero de forma especial a su clientela, ni las que el mismo intermediario o las empresas pacten mediante convención o acuerdo con sus trabajadores, para los créditos que les pueda otorgar en calidad de tales”, sino que corresponden a las tasas ofrecidas en condiciones de igualdad a todos los potenciales usuarios y aplicables a los créditos otorgados “en el giro habitual de sus negocios”.

Ante la dificultad de saber con exactitud cuál sería la “tasa más baja del mercado” para calcular el límite al que estarían sometidas las entidades financieras, y con el objetivo de evitar problemas sobre los efectos temporales en cuanto al cobro de esos intereses, en la sentencia C-955 de 2000 la Corte Constitucional deja en claro dos cosas:

– En primer lugar, que la entidad encargada de fijar dicho tope es el Banco de la República a través de su Junta Directiva.

El hecho de que sea la Junta Directiva del Banco de la República el órgano encargado de fijar el interés máximo que pueden cobrar las entidades financieras en los créditos para vivienda en UVR, se explica no sólo porque se

79. Dice la sentencia: “La interpretación que se prohija no admite la comparación del crédito de vivienda con otros créditos que puedan considerarse similares a éstos, pues la financiación de vivienda, por su protección constitucional y su finalidad social, debe estar sujeta a reglas especiales que signifiquen una sustancial diferencia, en las tasas de interés, respecto de todos los demás créditos”.

trata de una función constitucional en un ámbito que le es reservado (art. 371 C. P.), sino por la necesidad de garantizar certeza sobre cuál es el interés más bajo del mercado, de manera que las entidades gubernamentales, las instituciones crediticias y los usuarios del mercado se informen por anticipado sobre la legalidad o no de los cobros realizados.

A diferencia de lo que ocurre en otros créditos, como los de libre asignación, donde el mercado y el Banco de la República regulan los intereses mientras que la Superintendencia Bancaria cumple la función certificadora⁸⁰, en el caso de los intereses remuneratorios para créditos de vivienda esas funciones confluyen en un solo órgano: la Junta Directiva del Banco de la República. Así, orientado por la información suministrada por la Superintendencia Bancaria, el Banco expide un acto de naturaleza constitutiva en el que, simultáneamente, certifica el límite a los intereses remuneratorios exigible por las entidades financieras en los créditos de vivienda. Sólo de esta manera se ofrece una verdadera garantía a los asociados sobre la transparencia de las actividades en este sector crediticio del mercado financiero.

– En segundo lugar, la Corte precisa que la obligación de hacer el cobro más bajo en las tasas de interés sería aplicable para los créditos futuros y para los créditos vigentes donde se hubieren pactado intereses superiores, en cuyo caso la tasa debería reducirse de inmediato, repercutir en las cuotas futuras (no sobre las cuotas pasadas), y mantenerse fija durante toda la vida del crédito; nunca se refiere al efecto retroactivo respecto de los intereses más

80. Cfr. sentencia C-333 de 2001. La Corte declaró exequible el tipo penal de usura, “siempre y cuando se interprete que la certificación de la Superintendencia Bancaria a la que hace referencia es la que se haya expedido previamente a la conducta punible y que se encuentre vigente en el momento de producirse ésta”. Sobre algunas precisiones conceptuales cfr. el salvamento parcial de voto a esa sentencia suscrito por quien elabora este documento.

bajos del mercado. La sentencia es muy clara en este punto cuando señala:

La tasa, así fijada por el Banco de la República, previa certificación de la Superintendencia Bancaria, de manera inmediata a la comunicación de esta sentencia, *será obligatoria para los futuros créditos y también para los vigentes, que si pactaron tasas superiores, deben de inmediato reducirse a la tasa máxima que la Junta Directiva del Banco Emisor fije, con la necesaria repercusión en el monto de las cuotas futuras*, todas las cuales estarán regidas por la norma en el sentido de que, ya disminuida la tasa de interés, permanecerá fija durante toda la vigencia del crédito, a no ser que las partes acuerden reducirla.

Sólo en esos términos se entiende constitucional el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 546 de 1999. De lo contrario, es inexecutable, y así lo declarará la Corte. (Cursiva fuera de texto).

El hecho de que la Corte Constitucional haya ordenado que el cobro de los intereses más bajos del mercado se aplicara únicamente con posterioridad a la sentencia C-955 de 2000, y más exactamente a partir del momento en que la Junta Directiva del Banco de la República expidiera el respectivo acto administrativo según lo dispuesto en el numeral 13 de la parte resolutive del mencionado fallo, armoniza con el principio de seguridad jurídica, respeta las situaciones debidamente consolidadas, responde a la necesidad de evitar una desestabilización económica de grandes proporciones y sigue la misma lógica al definir los efectos no retroactivos de las sentencias del sistema UPAC.

En virtud de lo ordenado por la Corte Constitucional, la Junta Directiva del Banco de la República dicta la Resolución Externa n.º 14 del 3 de septiembre de 2000, en la que fija la tasa máxima de interés remuneratorio en 13.1 puntos porcentuales nominales al año. Señala a la letra:

Artículo 1.º *Límites máximos a las tasas de interés de créditos en UVR.* La tasa de interés remuneratoria de los créditos de vivienda individual a largo plazo y de los créditos para financiar proyectos de construcción de vivienda denominados en UVR no podrá exceder de 13.1 puntos porcentuales nominales anuales, pagaderos mes vencido, adicionales a la UVR.

Desde esa fecha quedó claramente definido el valor máximo de los intereses remuneratorios, salvo en los créditos para vivienda de interés social, que por mandato legal se fijaron en el 11% durante el periodo de un año y cuyo monto ha sido posteriormente refrendado por el Banco de la República⁸¹.

La Resolución Externa n.º 14 de 2000 fue demandada ante el Consejo de Estado bajo dos acusaciones centrales. De un lado, los accionantes alegaban que desconocía la fuerza de cosa juzgada constitucional de la sentencia C-955 de 2000, donde la Corte señaló que los intereses debían ser los más bajos del mercado. A su parecer, la Junta Directiva simplemente convalidó una certificación expedida por la Superintendencia Bancaria sin explicar

81. Ley 546 de 1999: “Artículo 28. *Obligación de los establecimientos de crédito de destinar recursos a la financiación de vivienda de interés social* [...] Parágrafo. Para toda la vivienda de interés social la tasa de interés remuneratoria no podrá exceder de once (11) puntos durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley”. El parágrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, “en el entendido de que de la tasa prevista deberá deducirse la inflación y, en lo sucesivo, cuando ya el tope señalado pierda vigencia, será la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con sus facultades constitucionales y legales, la autoridad competente para los efectos de fijar las condiciones de financiación de créditos de vivienda de interés social, las cuales deben ser las más adecuadas y favorables, a fin de que consulten la capacidad de pago de los deudores y protejan su patrimonio familiar, también bajo el entendido de que la tasa real de interés remuneratorio no comprenderá la inflación y será inferior a la vigente para los demás créditos de vivienda”.

por qué la tasa del 13.1% era la más baja del mercado. Por otra parte, los demandantes consideraban que dicha tasa no se ajustaba al procedimiento señalado por la Corte Constitucional ni correspondía con la realidad porque no era la más baja del mercado.

Al resolver el asunto el Consejo de Estado comienza por explicar que el Banco de la República tiene la facultad para fijar la tasa de interés remuneratoria también en créditos de vivienda (art. 16.e Ley 31 de 1992), mientras que la Superintendencia Bancaria cumple una labor de apoyo informando sobre las tasas de interés que se cobran en el sistema financiero (art. 326.6 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Luego encuentra que la resolución externa se ajusta formal y materialmente a la jurisprudencia sentada por la Corte, ya que además de respetar los procedimientos allí indicados tuvo en cuenta los factores necesarios para el cálculo del interés más bajo. En consecuencia, niega las súplicas de la demanda y concluye:

Así las cosas, tanto el documento anotado, como la certificación de la Superintendencia Bancaria que contiene la información sobre las tasas de interés nominal reportada por las entidades financieras (fl. 14 y 15), demuestran que la tasa de interés remuneratoria a que se refiere el artículo 1.º de la resolución acusada fue calculada con base en la tasa promedio nominal certificada por la Superbancaria, descontando el índice de inflación, e incluyendo como factores en la determinación de la tasa real, los gastos administrativos y de operación así como la rentabilidad, es decir que se ajustó la actuación a los parámetros señalados en la sentencia C-955-2000, en cuanto a la motivación y justificación del acto, así como en lo relativo a los factores que debían considerarse para fijar dicha tasa real⁸².

82. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2001, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, exp. 11.151.

Como los efectos de cosa juzgada de las sentencias proferidas en estos asuntos son relativos, en tanto se restringen a los cargos planteados y efectivamente estudiados en la sentencia, la norma volvió a ser objeto de demanda en poco tiempo. La ciudadana que ejerció la acción de nulidad en esta segunda ocasión alegó que la Resolución Externa n.º 14 de 2000 violaba el artículo 17.2 de la Ley 546 de 1999, según fue interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, porque el índice de inflación certificado por el DANE era del 9.29 y no del 13.1% anual.

El Consejo de Estado encontró que sobre la discusión propuesta había operado el fenómeno de la cosa juzgada, lo cual impedía avocar un nuevo estudio del cargo planteado en la demanda, y dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia anterior⁸³.

Sumado a la clara posición del Consejo de Estado, cuyas sentencias hacen tránsito a cosa juzgada en lo que se refiere al 13.1% como tasa máxima para el cobro de los intereses remuneratorios en los créditos para vivienda, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1111 de 2004, también tuvo ocasión para pronunciarse sobre la validez de la Resolución Externa n.º 14 de 2000 (Banco de la República).

Dos particulares tramitaron un proceso ordinario de mayor cuantía contra una institución financiera alegando

83. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de mayo de 2002, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, exp. 11.404: “La Sala al decidir en la sentencia del 12 de octubre de 2001 acerca del cargo que alude al desconocimiento del procedimiento que debía atenderse para fijar la tasa máxima de interés remuneratoria, consideró que éste se ajustaba a los parámetros legales y las precisiones hechas por la Corte en la sentencia C-955 [...] Se concluye entonces, que lo decidido por la Sección en la sentencia del 12 de octubre de 2001, impide avocar el conocimiento del juicio de ilegalidad ahora propuesto contra el artículo 1.º de la Resolución Externa n.º 14 de 2000, por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada, y en consecuencia debe estarse a lo resuelto en la citada sentencia”.

que la misma había incurrido en anactosismo y cobro de intereses por encima de la tasa máxima permitida en la ley. El juez de primera instancia declaró que efectivamente se había superado dicho tope, para lo cual acogió un dictamen pericial practicado en el proceso y según el cual la tasa más baja del mercado era del 9.1%. Impugnada la decisión, el Tribunal Superior de Bogotá concluyó que la entidad no excedió el límite legal para el cobro de intereses, pues éste era de 13.1% de acuerdo con la Resolución Externa n.º 14 de 2000 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República.

Inconforme con la decisión, el apoderado de los demandantes interpuso acción de tutela contra el Tribunal Superior de Bogotá alegando vía de hecho porque, en su sentir, durante el proceso se acreditó que la tasa máxima de interés para los créditos de vivienda no era del 13.1 sino del 9.1% (según el informe de los peritos), y por la aplicación indebida del artículo 884 del Código de Comercio relativo a sanciones.

El amparo fue negado no sólo en las instancias sino también por la Corte Constitucional en sede de revisión. La Corte fue clara en señalar que es el Banco de la República, y no los peritos o los jueces, la entidad constitucionalmente autorizada para fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que puede cobrarse en los créditos de vivienda, independientemente de lo favorable que resulte a los intereses de los particulares.

Así mismo, indicó que la conducta del tribunal, en el sentido de dar aplicación a la Resolución Externa n.º 14 de 2000, no era jurídicamente reprochable sino, por el contrario, se ajustaba a la Constitución, al mandato previsto en el artículo 16 de la Ley 31 de 1992, a las precisiones que hiciera la Corte en la sentencia C-955 de 2000, y a lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del 12 de octubre de 2001 donde avaló la legalidad de dicho acto administrativo. Ante la importancia que la sentencia representa para despejar cualquier duda

en este sentido es necesario hacer la cita con alguna extensión:

En efecto, con relación al límite máximo de interés cobrable para los créditos de vivienda, es indudable que su fijación corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República, ya que, según el literal e) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, es facultad de dicha junta señalar las tasas máximas de interés remuneratorio que los establecimientos de crédito pueden cobrar o pagar a su clientela sobre todas las operaciones activas y pasivas, entre ellas, lógicamente, las relacionadas con créditos de vivienda. *Por tanto, el que el tribunal se haya atendido a la Resolución Externa n.º 14 de 2000 del Banco de la República, mediante la cual su junta directiva señaló la tasa máxima de interés remuneratorio de los créditos de vivienda en 13.1%, en lugar del dictamen pericial que estimaba dicho límite en 9.1%, para efectos de determinar si el Banco Andino Colombia S. A. en Liquidación había incurrido en cobro excesivo de intereses en el crédito de vivienda n.º 898100, no es jurídicamente reprochable, al margen de lo inconveniente que fuera dicha elección para los intereses de los demandantes.*

Ahora bien, alegan los actores que la Resolución Externa n.º 14 de 2000 no se ajustaba a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000 para fijar la tasa máxima remuneratoria y que, por tanto, el tribunal debía apartarse de lo definido en dicha resolución y aplicar la tasa estimada por los peritos dentro del proceso; pero, aparte de la alegación que se hace en la solicitud de tutela en tal sentido, no encuentra la Corte un respaldo para dicha aseveración, sino que, por el contrario, ésta se ve desvirtuada por la *sentencia del 12 de octubre de 2001 del Consejo de Estado (Sección Cuarta -rad. 11.151-), en la que dicha corporación, al estudiar la demanda de nulidad presentada contra la Resolución Externa n.º 14 de 2000, juzgó que la misma se ajustaba a lo dispuesto en la sentencia de constitucionalidad anteriormente citada en lo que se refiere al cálculo de la tasa máxima de interés remuneratorio para los créditos de vivienda.* (Cursiva no original).

Todo ello demuestra la plena validez de la Resolución Externa n.º 14 de 2000 y la obligación de los jueces civiles, así como los peritos en su condición de auxiliares de la administración de justicia, de dar cumplida observancia a ese acto normativo. Su eficacia no sólo se desprende de su naturaleza como acto administrativo con carácter vinculante y cuya legalidad no ha sido desvirtuada, sino que también se proyecta en virtud de los efectos de cosa juzgada y ante la necesidad de respetar los precedentes sentados por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional⁸⁴.

III.V. *La corrección monetaria y el cobro de intereses remuneratorios no son incompatibles*

Otro de los problemas sobre la liquidación de las obligaciones pactadas en Unidades de Valor Real tiene que ver con la corrección monetaria y el cobro de intereses remuneratorios. La pregunta concreta es la siguiente: ¿en el caso de los créditos otorgados bajo el sistema UVR, es válido reclamar la corrección monetaria y el pago de intereses o por el contrario ello implica un doble cobro?

Como se explica a continuación, y a diferencia de lo que algunos podrían suponer, la corrección monetaria y los intereses remuneratorios son dos figuras que no se excluyen mutuamente en esta clase de créditos, sino que lejos de ser incompatibles son complementarias ya que tienen naturaleza y proyección diferente.

El concepto de corrección monetaria surge en el mundo a finales del siglo XIX, cuando ALFRED MARSHALL lo plantea a la Royal Commission on the Depression of Trade and Industry (1886) y un año más tarde en un famoso artículo sobre la materia (*Remedies for Fluctuation of*

84. Sobre la fuerza vinculante del precedente cfr. MONTELAEGRE LYNETT. “El abono económico reconocido en la Ley 546 de 1999 para los créditos de vivienda del sistema UPAC. Análisis constitucional desde la igualdad y el precedente judicial”, cit.

General Priece)⁸⁵. Posteriormente es retomado por autores como KEYNES o IRVING FISCHER, ambos preocupados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Fue una figura utilizada en Alemania después de la primera y la segunda guerra mundiales, aplicada luego en otros países como Francia o Suecia, y con mayor énfasis en Estados con altos índices de inflación en su economía como Brasil, Argentina, Perú y Colombia, por citar apenas algunos ejemplos.

La corrección monetaria se define como el “proceso mediante el cual se hace que el dinero, y por ende los títulos representativos del mismo, conserven su poder adquisitivo en bienes y servicios requeridos para satisfacer necesidades materiales, espirituales, etc., del ser humano, fin último de todo proceso económico”⁸⁶.

Su objetivo no es otro que garantizar la actualización del dinero –en términos reales y no simplemente nominales–, de manera que se mantenga su poder adquisitivo ante fenómenos externos como la inflación. En esa medida, no constituye ninguna renta sino que es la reposición del valor que se pierde con el paso del tiempo. Según explica la doctrina comparada, “*no estamos aquí frente a un problema de responsabilidad civil sino que, por el contrario, nos hallamos en la órbita del derecho monetario, en donde la indexación se produce en razón de haber perdido la moneda poder adquisitivo. ¡Sólo eso, y nada más que eso!*”⁸⁷.

85. Cfr. ANDREW G. HALDANE. *Some Issues in Inflation Targeting*, Bank of England, Threadneedle Street, London, 1997, pp. 8 y ss. Cfr. [<http://www.bankofengland.co.uk/publications/workingpapers/wp74.pdf>].

86. Cfr. SILVIA MONTEIRO FERRERIRA DA SILVA. *Aspectos económicos y jurídicos de la corrección monetaria en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 12. Cfr. también CARLOS ALBERTO ZARRUK GÓMEZ. *La corrección monetaria y el crédito en UPAC*, Bogotá, ICAV, 1986, pp. 31 y ss.

87. LUIS MOISSET DE ESPANÉS, RAMÓN DANIEL PIZARRO y CARLOS

Con la implementación de esta figura se busca dar respuesta a fenómenos que afectan el valor real del dinero y generan una situación de inequidad entre los sujetos involucrados en el proceso económico, no sólo en las relaciones de mercado de bienes y servicios sino también –y en mayor escala– en el mercado de capitales.

La economía colombiana no ha sido extraña a los fenómenos inflacionarios: por el contrario, siempre han estado presentes con mayor o menor intensidad. En la década del 60, por ejemplo, el profesor LAUHLIN CURRIE, quien estudió de cerca la problemática económica nacional, llegó a la conclusión de que “para atraer los ahorros de una economía de inflación crónica es [era] necesario crear un sistema por el cual, tanto el capital como los intereses de las inversiones en obligaciones hipotecarias, se ajusten [ajustaran] con base en las fluctuaciones del costo de vida”⁸⁸. A los pocos años (1967) se implementó la política de corrección monetaria aunque restringida a dos sectores: las pensiones de los trabajadores y las exportaciones.

En lo que tiene que ver con la construcción, es en 1972 cuando la figura de la UPAC crea un modelo que toma en cuenta la corrección monetaria para desarrollar una ambiciosa política de crédito de vivienda⁸⁹, valioso en sus primeros años pero que fracasaría luego de ajustes estructurales indeseables y sobre los cuales ya se hizo referencia. No suponía otra cosa que expresar cuantitativamente la obligación principal actualizándola pero sin alterar su naturaleza originaria.

La validez constitucional de la corrección monetaria nunca se ha cuestionado, aunque sí la forma como se cal-

GUSTAVO VALLESPINOS. *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Universidad, 1981, p. 116.

88. LAUHLIN CURRIE. “La operación en Colombia”, en *Tierra. Diez ensayos sobre la reforma agraria en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo, 1961, p. 257.

89. Decretos 667 y 678 de 1972.

cula. En el caso de la UPAC, la inconsituicionalidad no obedeció a la presencia de la figura sino al hecho de atar su cálculo a las tasas de interés, específicamente al DTF; eso fue lo que hizo devenir el sistema en disfuncional, pero no el hecho mismo de la corrección monetaria⁹⁰.

Si bien es cierto que la indexación puede llevarse a cabo de diversas formas⁹¹, sobresalen dos grandes modelos que nuestra Corte Suprema de Justicia ha diferenciado con sorprendente claridad⁹².

De un lado se encuentran los *mecanismos directos* para actualizar una obligación, donde el ordenamiento señala expresamente la forma como debe hacerse la corrección monetaria. Así ocurre en el sistema de crédito de vivienda diseñado en la Ley 546 de 1999, que mediante la figura de la UVR pretende evitar una desvalorización del dinero y sobre el cual la Corte Suprema ha precisado:

90. En la sentencia C-383 de 1999 la Corte señaló, entre otras cosas, lo siguiente: “4.4. Para la Corte es claro que conforme a la equidad ha de mantenerse el poder adquisitivo de la moneda, razón ésta 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 [...] 4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del derecho, es decir opuesto a la ‘vigencia de un orden justo’, como lo ordena el artículo 2.º de la Constitución”.

91. Un ejemplo de esa pluralidad de alternativas se encuentra, para el caso del salario, en el artículo de ESTEBA JADRESIC. “The Macroeconomic Consequences of Wage Indexation Revisited”, documento de trabajo n.º 35, Banco Central de Chile, 1998.

92. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 216 del 19 de diciembre de 2001, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO, exp. 6.094.

Del mismo modo, también tiene previsto el plexo normativo que algunas obligaciones dinerarias, desde que se contraen, deben “mantener su poder adquisitivo constante”, como sucede con las pensiones (inc. 5.º art. 48 C. P.), o con aquellas que nacen de los contratos de mutuo celebrados para financiar la compra de vivienda, para las cuales se tiene previsto un régimen especial consagrado en la Ley 546 de 1999, que creó las Unidades de Valor Real, unidades de cuenta que deben reflejar la desvalorización de la moneda, en función de “la variación del índice de precios al consumidor” (art. 3.º).

Estas expresiones normativas permiten advertir que, en tales casos, *ab origine*, se han consagrado mecanismos de actualización directos, como quiera que el débito, en sí, queda intrínsecamente sometido a un factor de ajuste temporal: IPC, UVR, salario mínimo, gramo oro, etc., al cual deberá sujetarse el juzgador al momento de proferir una condena en la que deba reconocerse la revalorización⁹³.

Por otro lado se encuentran los *mecanismos indirectos* de indexación, donde el monto de la deuda se mantiene en términos nominales y los ajustes se hacen apelando a estrategias diferentes como las tasas de interés. Ellas son el mecanismo de indexación que incluye el componente inflacionario como factor de cálculo y, en esa medida, actualizan el valor del dinero:

Al lado de esas formas o mecanismos de ajuste de las obligaciones pecuniarias —conocidos como directos, se itera—, también corre pareja la apellidada indexación indirecta, modalidad que presupone que “la deuda dineraria —*por regla*— sigue aferrada al principio nominalístico, y los índices de corrección se aplican por vía refleja, en situaciones particulares”⁹⁴, una de cuyas principales expresiones es la tasa de

93. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 216 del 19 de diciembre de 2001, cit.

94. ROBERTO M. LÓPEZ CABANA. “La indexación de las deudas

interés que incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, “conlleva al reajuste indirecto de la prestación dineraria”⁹⁵, evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir –y, en el caso de la moratoria, resarcir– al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, *ex ante*, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)⁹⁶.

La Corte Suprema considera que, en los sistemas de ajuste indirecto, cuando se trata de obligaciones mercantiles el cobro de intereses de acuerdo con la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria ya comprende el ajuste por la pérdida del poder adquisitivo del dinero –y por ello no puede haber corrección monetaria más intereses–, mientras que si se trata de obligaciones civiles es válido reclamar el reajuste monetario y los intereses, porque estos últimos no incluyen la corrección monetaria⁹⁷.

Sin embargo, la anterior afirmación no tiene cabida en tratándose de créditos de vivienda, los cuales están some-

dinerarias”, en *Indexación en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 76.

95. JORGE BUSTAMANTE ALSINA. “Indexación de deudas de dinero”, en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, p. 166.

96. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 216 del 19 de diciembre de 2001, cit.

97. “Puestas de ese modo las cosas, puede concluirse que la compatibilidad originaria de la corrección monetaria y de los intereses, depende, fundamentalmente, de la naturaleza y tipología de éstos, puesto que si ellos son los civiles, nada impide que, *in casu*, se ordene el reajuste monetario de la suma debida. Pero si el interés ya comprende este concepto (indexación indirecta), se resalta de nuevo, imponer la corrección monetaria, *per se*, equivaldría a decretar una doble –e inconsulta– condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por vía de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditual de mercado, según se refirió a espacio”.

tidos a un régimen especial para el que está prevista la corrección monetaria y el cobro de intereses de forma independiente por expreso mandato legal (arts. 3.º y 17 Ley 546 de 1999). Dicha circunstancia se explica por las siguientes razones.

En primer lugar, porque en los créditos de vivienda hay un sistema de corrección monetaria *directo y específico* diseñado por el legislador y avalado por la propia Corte Constitucional⁹⁸: el ajuste de la Unidad de Valor Real. En esa medida, no tiene aplicación la regla según la cual los intereses son la forma supletoria o indirecta para asegurar la actualización de un crédito.

En segundo lugar, porque la principal característica de la UVR consiste en reflejar el poder adquisitivo de la moneda con base exclusivamente en la variación de precios al consumidor (IPC). Más exactamente, la metodología escogida por el legislador y concretada por el Banco de la República para llevar a cabo esa corrección monetaria viene dada por el índice de precios al consumidor y no por el cobro de intereses.

En tercer lugar, porque quien fija los intereses remuneratorios para los créditos de vivienda no es la Superintendencia Bancaria sino la Junta Directiva del Banco de la República. De esta manera, la Superintendencia no tiene ninguna injerencia directa para determinar o certificar las tasas de interés remuneratorio en créditos de vivienda, pues dicha tarea está radicada exclusivamente en cabeza del emisor.

Si a lo anterior se añade que la Corte Constitucional declaró la validez constitucional de la UVR, lo único cierto es que la corrección monetaria en ella prevista también fue avalada, aunque vinculada únicamente al índice de precios al consumidor.

98. Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2000, así como todas aquellas proferidas en relación con el sistema de UVR reconocido por la Ley 546 de 1999.

En cuarto lugar, porque la propia Corte declaró la constitucionalidad de los intereses remuneratorios en los créditos de vivienda con algunos condicionamientos como el de que fueran los más bajos del mercado. Dijo entonces:

En otros términos, la ley consagró una forma de contabilizar determinadas obligaciones contraídas con el sistema financiero para la construcción o adquisición de inmuebles destinados a vivienda, con el propósito de sostener en el tiempo el valor real de lo adeudado, librando así al acreedor de las contingencias propias de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Y ello sin perjuicio del interés que cobran las entidades financieras, como resulta del artículo 17 de la ley, según se verá más adelante⁹⁹.

Finalmente, pero no menos importante, la compatibilidad entre corrección monetaria e intereses se explica porque los intereses remuneratorios en los créditos de vivienda no incluyen la inflación, es decir, no están previstos como una medida de corrección monetaria. Recuérdese al respecto que en la sentencia C-955 de 2000 la Corte dejó en claro que la tasa de interés debe ser real, es decir, la tasa nominal menos la inflación¹⁰⁰. Los intereses remuneratorios se imputan a título de compensación por los

99. Sentencia C-955 de 2000. Cfr. el acápite correspondiente en este trabajo.

100. “Debe tenerse en cuenta que, cobrada como está en las UVR (y lo estaba en las UPAC) la corrección monetaria, como forma de conservar el poder adquisitivo del dinero prestado aun a pesar del proceso inflacionario, el interés que se cobre por parte de las entidades financieras no puede reflejar de nuevo como uno de sus componentes el resarcimiento por inflación o por depreciación de la moneda, pues ello significaría doble cobro de la inflación, lo que carecería de toda justificación tanto desde el punto de vista jurídico como bajo la perspectiva económica, por lo cual el interés que se cobre dentro del sistema de financiación de vivienda, para construcción y para adquisición de inmuebles destinados a vivienda, no puede ser sino remuneratorio, es decir, debe pagar únicamente el servicio del crédito y los costos de administración”: Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2000.

gastos administrativos y de operación, así como por el estipendio a que tiene derecho cualquier entidad financiera, pero de ninguna manera buscan actualizar el poder adquisitivo del dinero.

La Corte Constitucional acogió en este sentido la opinión del economista EDUARDO SARMIENTO PALACIO, para quien “el préstamo se ajusta de acuerdo con la corrección monetaria en términos de la inflación y se le adiciona una tasa de interés que es establecida por las CAV. De esta manera, los usuarios tienen que cubrir el préstamo original más el ajuste de la inflación más la tasa de interés”¹⁰¹.

Conviene aclarar que la capitalización de intereses “es distinta de la actualización del capital de las obligaciones dinerarias [corrección monetaria] a través de un índice que expresa la desvalorización de la moneda”¹⁰², como ocurre para el cálculo de la UVR. Si se hubiera tratado de la misma figura todo el sistema de financiamiento de crédito habría sido declarado inexecutable por incluir la capitalización de intereses. Pero fue precisamente por tratarse de elementos distintos que la Corte avaló su constitucionalidad.

Lo que puede ocurrir es que la entidad financiera y el deudor acuerden que la corrección por inflación se pague a medida que se vayan causando las cuotas, evitando que el ajuste se lleve a capital, o bien que se prefiera otro sistema de amortización de aquellos aprobados por la Superintendencia Bancaria donde los saldos ajustados incluyan la corrección ya causada pero no pagada en las cuotas, con la única salvedad de que, en todo caso, desde la primera cuota se hagan abonos a capital.

III.VI. *Validez constitucional del cobro de intereses sobre la corrección monetaria causada pero no pagada en cada cuota*

Ya fue explicado que la corrección monetaria y el cobro de intereses remuneratorios no son excluyentes en los

101. Sentencia C-955 de 2000.

créditos de vivienda bajo el sistema de UVR. Sin embargo debemos preguntarnos qué ocurre cuando, en virtud del sistema de amortización acordado, la corrección monetaria no se paga completamente en cada cuota sino que se deja un saldo pendiente. En tal caso, ¿es posible reclamar el pago de intereses sobre la corrección monetaria causada pero no pagada en cada cuota?

Según veremos a continuación, la respuesta es afirmativa por cuanto no sólo dicho cobro no se encuentra prohibido constitucionalmente, sino, además, lo que se busca con ello es compensar el precio por un dinero que no se recibe en forma completa.

Lo primero que debe señalarse es que en la sentencia C-747 de 1999 la Corte declaró inconstitucional la capitalización de intereses en créditos de vivienda, es decir el cobro indefinido de intereses sobre los intereses causados. Sin embargo, del contenido de dicha providencia no se desprende que el cobro de intereses sobre la corrección monetaria no pagada en cada cuota también haya sido prohibido. Por el contrario, según hemos visto, como corrección monetaria e intereses son dos figuras distintas, nada obsta para reclamar su pago. De hecho, la Corte no ha sido indiferente a los fenómenos inflacionarios y así lo ha reconocido en varias oportunidades, sobre todo en materia laboral¹⁰³.

Por otra parte, el propio artículo 64 de la Ley 45 de 1990¹⁰⁴ disponía que, “para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio [relativo a los límites en el cobro de intereses], o respecto de los cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el

102. MARTÍNEZ NEIRA. *Cátedra de derecho bancario colombiano*, cit., p. 506.

103. Cfr. por ejemplo, las sentencias SU-120 de 2003, C-448 de 1996, C-367 de 1995 y C-387 de 1994.

104. “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”.

correspondiente reajuste computará como interés”, lo cual significaba reconocer, desde esa época, que una cosa es el cobro de intereses y otra distinta la corrección monetaria, aunque se asimilaban para algunos efectos.

En uso de las facultades otorgadas por el artículo 36 de la Ley 35 de 1993¹⁰⁵, el Gobierno sistematizó el artículo 64 de la Ley 45 de 1990 y lo plasmó en el artículo 121 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Y como es sabido, en la sentencia C-747 de 1999 la Corte declaró inexecutable el artículo 121 del Estatuto en lo relativo a los créditos para vivienda, aunque en la norma mantiene su validez para otro tipo de obligaciones financieras.

De esta manera, tanto el artículo 121 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como la norma en él sistematizada (art. 64 Ley 45 de 1990) desaparecieron del mundo jurídico frente a los créditos de vivienda, no sólo en tanto permitía la capitalización de intereses, sino también en cuanto constituía un límite a dichos cobros¹⁰⁶. En otras palabras, por expreso mandato de la Corte Constitucional, tales artículos no tienen ninguna aplicación para regular cualquier asunto relacionado con los créditos de vivienda.

105. “Artículo 36. *Modificación de normas.* Las normas vigentes sobre regulación del sector financiero expedidas por el Gobierno Nacional a través de reglamentos constitucionales autónomos con anterioridad a la vigencia de esta ley y que se refieran a aspectos que no se encuentren dentro de las funciones de regulación aquí previstas sólo podrán ser modificadas por la ley en el futuro./ Dentro de los tres meses siguientes a la sanción de esta ley, el Gobierno Nacional tendrá la facultad para incorporar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí dispuestas y hará en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran”.

106. Sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre los decretos compiladores y las normas legales en ellos sistematizadas cfr., entre otras, las sentencias C-208 de 2002, C-365 de 2001, C-429 de 2000 y C-508 de 1996.

Visto lo anterior, constitucionalmente no parece prohibido reclamar el cobro de intereses sobre la corrección monetaria causada pero no pagada en cada cuota ya que se trata de factores distintos. Lo que sí resultaría problemático sería excluirlos por cuanto el objetivo de la corrección monetaria (mantener el poder adquisitivo del dinero) es bien diferente de aquel al que apuntan los intereses (pagar el precio del dinero): si uno y otro se equipararan alguno terminaría perdiendo su naturaleza. Y justamente por eso la corrección monetaria no puede tener el mismo límite que el cobro de intereses: aquélla depende de fenómenos externos como la inflación, los cuales son indiferentes en el caso de los intereses remuneratorios.

En este orden de ideas, el proceso de liquidación de un crédito pactado en Unidades de Valor Real se lleva a cabo en dos etapas: (i) la primera fase está dirigida a actualizar el valor de la deuda (corrección monetaria), que se realiza al ajustar el valor de la deuda en Unidades de Valor Real; (ii) la segunda fase consiste en calcular el valor de los intereses adeudados, lo que, como es apenas lógico, debe hacerse sobre el monto indexado de la deuda y no sobre el valor nominal.

Por último, para concluir este apartado debe quedar absolutamente claro que la regulación prevista en la Ley 546 de 1999, así como los planteamientos hechos por la Corte Constitucional en las sentencias C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999 y C-955 de 2000, entre otras, tienen como destinatarios directos no sólo el Banco de la República sino también el Gobierno Nacional por intermedio de la Superintendencia Bancaria, y por supuesto todas las entidades públicas o privadas involucradas con la actividad financiera. De esta manera, ninguna autoridad pública, así como tampoco las instituciones sometidas a inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, podían hacer caso omiso a las reglas sobre liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda, so pena de verse expuestas a graves sanciones por descono-

cimiento de las normas aplicables y de la jurisprudencia con fuerza de cosa juzgada constitucional. El siguiente capítulo explica con mayor detalle dicho imperativo.

IV. ES IMPERATIVO DAR APLICACIÓN A LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA LIQUIDACIÓN Y RELIQUIDACIÓN DE LOS CRÉDITOS EN UPAC Y UVR

A lo largo de este trabajo se ha podido explicar cómo, contrariamente a lo que podría pensarse, buena parte de los aspectos sobre la reliquidación de los créditos bajo el antiguo sistema UPAC, así como la forma de liquidar los nuevos créditos en UVR, ya fueron objeto de regulación en el plano normativo y sometidas a control constitucional. La Ley 546 de 1999, aprobada al interior del Congreso y desarrollada luego por el Banco de la República y por los entes gubernamentales, da respuesta a dicha problemática.

Sobre estas normas se han pronunciado los máximos órganos del control judicial en Colombia (Corte Constitucional y Consejo de Estado) para despejar cualquier manto de duda sobre su validez, de tal modo que la fuerza de cosa juzgada con efectos *erga omnes* y el carácter vinculante de las decisiones jurisprudenciales, por tratarse de precedentes de obligatorio cumplimiento, exigen su plena observancia. No está de más recordar que la propia Corte Constitucional se abstuvo de indicar cómo debía diseñarse el sistema de financiamiento de vivienda o cuál era la forma de reliquidar las obligaciones adquiridas en el pasado sino que dejó en manos del Congreso esa tarea, quien dio oportuna respuesta al expedir la Ley 546 de 1999.

En este panorama tenemos entonces una pluralidad de normas que armonizan plenamente con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Otras autoridades colaborarían armónicamente para hacer operativo el nuevo sistema y los correctivos impuestos, todo

lo cual constituye el marco normativo al que están sometidos los sujetos involucrados en dichos procesos económicos. Sin embargo, ello da lugar a una nueva pregunta: ¿cuáles son los destinatarios específicos de estas normas y en qué medida les vinculan?

Para dar respuesta al anterior interrogante deben identificarse al menos tres tipos de destinatarios de las normas legales y reglamentarias en materia de crédito para vivienda. No se incluye aquí el legislador, el Banco de la República o el Gobierno Nacional, pues son los encargados de diseñar las normas, así como tampoco la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, a quienes compete adelantar el control de constitucionalidad y legalidad según el caso.

(i) En primer lugar se encuentra la Superintendencia Bancaria como entidad que interviene en el proceso de inspección, control y vigilancia en la actividad financiera y crediticia en materia de vivienda. Para cumplir con su labor la Superintendencia tiene una potestad normativa reflejada en la expedición de actos administrativos que desarrollan los preceptos legales y complementan ese marco normativo.

(ii) En segundo lugar están los verdaderos protagonistas del sistema financiero, esto es, las entidades bancarias y los usuarios del sistema de crédito. Unos y otros tienen la obligación de dar atento cumplimiento de los preceptos que regulan la materia, pero simultáneamente tienen el derecho a exigir el respeto de las situaciones consolidadas al amparo de tales normas, así como la modificación de las irregularmente creadas, junto con las sanciones que fueren del caso.

(iii) Por último están los jueces y auxiliares de la justicia, cuya intervención se condiciona al reclamo de los usuarios o de las instituciones financieras. Como es sabido, para la solución de controversias los jueces están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C. P.), que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional hace referencia a todo el ordenamiento en su conjunto, de manea que inclu-

ye no sólo la ley en sentido formal sino también en sentido material, como decretos y actos administrativos (resoluciones, circulares, etc.) por citar sólo algunos ejemplos¹⁰⁷.

A pesar de que ya se ha presentado un análisis de cada una de las normas que regulan esta problemática destacando su vigencia específica, el estudio quedaría incompleto si no se explicara por qué todas estas normas tienen plena validez y deben ser aplicadas sin que pueda acudir a figuras como la pérdida de fuerza ejecutoria, la excepción de inconstitucionalidad o la excepción de ilegalidad.

IV.1. *Fuerza ejecutoria de los actos administrativos*

Sobre el particular es preciso anotar que los actos administrativos mencionados a lo largo de este trabajo (decretos, resoluciones externas, circulares, etc.) conservan su fuerza ejecutoria, puesto que sobre ninguno de ellos se han configurado las causales previstas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo para su inaplicación:

Artículo 66. *Pérdida de fuerza ejecutoria.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

107. “El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra ‘ley’ que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C. P. necesariamente designe ‘ordenamiento jurídico’: sentencia C-486 de 1993. En el mismo sentido, en la sentencia C-836 de 2001 la Corte señaló: “La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución”.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

– El Consejo de Estado no ha declarado la suspensión provisional del Decreto 2703 de 1999, de la Resolución n.º 2896 de 1999 expedida por el Ministerio de Hacienda, de la Circular n.º 007 de 2000 expedida por la Superintendencia Bancaria, ni sobre las resoluciones externas n.º 13 y 14 de 2000, dictadas por la Junta Directiva del Banco de la República. Por el contrario, ha declarado su acople a la Constitución y la ley en numerosas sentencias.

En cuanto a la Resolución Externa n.º 13 de 2000, actualmente en estudio por el Consejo de Estado, resta añadir que sobre ella también fue negada la solicitud de suspensión provisional¹⁰⁸, atribución ésta reservada única y exclusivamente al juez de lo contencioso administrativo en los litigios pendientes de pronunciamiento definitivo.

– Tampoco puede decirse que ha operado el decaimiento del acto por desaparecer los fundamentos de hecho o de derecho. Los artículos 38 a 45 de Ley 546 de 1999 siguen haciendo parte del ordenamiento e incluso fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, salvo algunos apartados específicos. Pero sobre las normas declaradas inexecutable los efectos de la sentencia (C-955 de 2000) fueron solamente hacia el futuro por expresa decisión de la Corte, tal y como lo ha reiterado en varias providencias el Consejo de Estado y se ha reseñado a lo largo de este estudio (excepto en lo relativo a las cuotas ligadas al IPC y no a las tasas de interés, que se retrotrajeron hasta la sentencia C-383 de 1999).

108. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto del 7 de octubre de 2004, C. P.: HÉCTOR ROMERO DÍAZ, exp. 14.824.

En cuanto a los fundamentos de hecho es claro que su aplicación está restringida a los antiguos créditos en UPAC y a los créditos en UVR que en la actualidad se ofrecen en el mercado financiero, por lo que no puede afirmarse que su pertinencia ha desaparecido para todos los casos.

– Tampoco tiene asidero la tercera causal del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, relativa a la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto por inercia de la administración durante un término superior a 5 años. Por su naturaleza, esta modalidad sólo opera frente a actos de contenido individual en los que se demanda una actitud positiva de la administración, pero no tiene cabida en actos generales y abstractos como bien lo sostiene un sector de la doctrina en cabeza del profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO¹⁰⁹.

– Adicionalmente, debe aclararse que ninguna de las normas sobre liquidación y reliquidación de créditos para vivienda se encuentra sometida a condición resolutoria que dé lugar a la pérdida de fuerza ejecutoria por esta vía (art. 66.4 CCA).

– Y en cuanto a la última causal, todo lo dicho demuestra que en vez de haber perdido su vigencia (derogación, nulidad, decaimiento), las normas analizadas continúan con plenos efectos en el ordenamiento jurídico colombiano.

IV.II. *No es posible acudir a la excepción de inconstitucionalidad*

Esta interesante y valiosa figura se fundamenta en el carácter jurídico (no sólo político) de la Constitución¹¹⁰, ante la imposibilidad lógica y sistémica de que coexistan en el ordenamiento normas o interpretaciones de ellas que

109. SANTOFIMIO. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 302.

110. “Artículo 4.º *La Constitución es norma de normas*. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

contradigan preceptos constitucionales, que por su naturaleza son consideradas normas supremas.

La excepción de inconstitucionalidad tiene las siguientes características: (i) no está reservada a los jueces sino que también se hace extensiva a las autoridades administrativas¹¹¹, y no resulta equivocado afirmar que puede ser invocada incluso por los particulares; (ii) más que una potestad discrecional se considera el cumplimiento de un deber jurídico¹¹²; (iii) supone la inaplicación de una norma solamente para el caso concreto¹¹³.

Sin embargo, la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad debe ser interpretada en armonía con el principio de cosa juzgada, que garantiza coherencia al sistema y ofrece una cierta seguridad jurídica. De esta manera, cuando los órganos encargados de ejercer el control abstracto toman una decisión definitiva con efectos *erga omnes*, la presencia de esa decisión impide a partir de ese momento acudir a dicha figura.

En la sentencia C-037 de 1996¹¹⁴ la Corte dejó en claro que si bien es cierto que en Colombia existe un control

111. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Cfr. también las sentencias T-401 de 1992, T-421 de 1992, T-425 de 1992, C-434 de 1992, T-614 de 1992, T-302 de 1994, T-450 de 1994, T-355 de 1995, T-067 de 1998, T-1290 de 2000 y T-357 de 2002, entre otras.

112. “La jurisprudencia también es uniforme en señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera. Pero en materia de tutela esa figura es de recibo solamente si la aplicación de esas disposiciones contrarias a la Carta conlleva la violación de derechos fundamentales”: Corte Constitucional. Sentencia T-357 de 2002.

113. Cfr. sentencias T-006 de 1994 y C-600 de 1998.

114. La Corte ejerció el control previo y definitivo de constitucionalidad sobre el proyecto de ley estatutaria de administración de justicia, que hoy en día corresponde a la Ley 270 de 1996.

difuso de constitucionalidad, también lo es que sólo dos órganos ejercen control constitucional definitivo y con efectos generales (*erga omnes*): la Corte Constitucional (art. 241 C. P.) y el Consejo de Estado (art. 237.2 C. P.).

La anterior postura se reafirma en la sentencia C-600 de 1998, donde la Corte declara exequible el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, que permite acudir a la excepción de inconstitucionalidad para presentar una acción de cumplimiento, siempre y cuando la norma que se busca inaplicar no haya sido sometida a control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional o el Consejo de Estado¹¹⁵. Dice la norma:

Artículo 20. *Excepción de inconstitucionalidad.* Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de ley o acto administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el juez la aplique oficiosamente.

115. La norma fue declarada exequible de forma condicionada por lo que interesa destacar lo siguiente: “Ante todo, ha de resaltar la Corte la diferencia existente entre las instituciones del control de constitucionalidad en abstracto –a cargo de esta Corporación (art. 241 C. P.) y residualmente del Consejo de Estado cuando se trata de decretos presidenciales de puro carácter administrativo (art. 237.2 C. P.)– y el control de constitucionalidad concreto y difuso que tiene lugar en desarrollo del artículo 4.º de la Carta cuando, en el momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a mandatos constitucionales. La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C. P.), su exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial, con efectos *erga omnes* y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna. El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico”.

Parágrafo. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso.

Para mayor claridad, al resolver un conflicto de competencia con motivo del Decreto 1382 de 2000 (reglas de competencia en materia de tutela) la Corte precisó lo siguiente¹¹⁶:

Siguiendo los fundamentos de la sentencia se puede afirmar que:

a. El juez puede aplicar válidamente la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto sin que para esto sea obstáculo las competencias de Corte Constitucional y Consejo de Estado para estudiar la constitucionalidad de una norma, con efectos *erga omnes*.

b. Una vez exista *pronunciamiento definitivo* de estas corporaciones en lo de su competencia, y *no antes*, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos. (Cursiva original).

En este orden de ideas, es absolutamente claro que cuando ya existe un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, bien sea de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado, cada uno dentro de la órbita de sus competencias, el principio de cosa juzgada constitucional impide desde ese momento acudir a la excepción de inconstitucionalidad.

El ejemplo más claro al respecto proviene, justamente, de la aplicación del Decreto 1382 de 2000, relativo a las reglas de competencia para conocer de las acciones de tutela. Cuando la norma fue expedida por el Gobierno, la Corte Constitucional consideró que el decreto era contrario a la

116. Corte Constitucional, Sala Plena. Auto 015 de 2003.

Constitución e inaplicó reiteradamente la norma acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad¹¹⁷. Sin embargo, cuando el Consejo de Estado se pronunció definitivamente sobre la norma y se abstuvo de declarar su nulidad¹¹⁸, la Corte dio aplicación al decreto teniendo en cuenta el principio de cosa juzgada constitucional y los efectos *erga omnes* de la sentencia del Consejo de Estado¹¹⁹.

Así pues, en el caso de la liquidación y reliquidación de los créditos en materia de vivienda no es posible utilizar la excepción de inconstitucionalidad para desconocer algunas normas, puesto que las mismas ya han sido sometidas a control tanto por la Corte Constitucional (Ley 546 de 1999) como por el Consejo de Estado (demás normas reglamentarias como la Circular n.º 007 de 2000 expedida por la Superintendencia Bancaria), y en ambos casos se ha abordado el estudio en perspectiva constitucional con los efectos de cosa juzgada que de ello se derivan.

A lo anterior algunos podrían objetar que en el caso del Consejo de Estado sus decisiones no impiden una nueva demanda por cargos diferentes, y en esa medida podrían inaplicarse ciertas normas invocando otros preceptos de la Constitución. No obstante, aunque la premisa es acertada la conclusión resulta equivocada.

De hecho, si bien es cierto que el alcance de la cosa juzgada es relativo, porque sólo se restringe a los cargos analizados (art. 175 CCA), también lo es que las decisiones son con efectos *erga omnes* frente a dichos cargos. Y como los problemas relevantes de constitucionalidad ya han sido abordados por el Consejo de Estado (falta de competencia

117. Cfr. auto del 26 de septiembre de 2000, dentro del conflicto de competencia ICC-118 de ese año. Esta posición sería reiterada en numerosos pronunciamientos sucesivos.

118. Consejo de Estado. Sentencia del 18 de junio de 2002. Solamente se declaró la nulidad del inciso 4.º artículo 1.º

119. Cfr. auto 294 de 2002, y conflictos de competencia ICC-548 y 575, entre otros.

del Gobierno, desconocimiento de la cosa juzgada, menoscabo del derecho a la vivienda, efectos de las sentencias de la Corte Constitucional), no es posible desconocer la fuerza de cosa juzgada constitucional sobre estas cuestiones para eludir el cumplimiento de dichas normas.

IV.III. *Improcedencia de la excepción de ilegalidad*

La excepción de ilegalidad consiste en la inaplicación de una norma por ser contraria a lo dispuesto en otra norma de mayor jerarquía a la cual está subordinada (diferente a la Constitución, porque en tal caso existe una figura específica). El ejemplo clásico viene dado por la inaplicación de un acto administrativo que riñe con una ley expedida por el Congreso de la República.

Su importancia constitucional fue exaltada por la propia Corte en la sentencia C-037 de 2000, donde analizó algunas normas que consagraban esa posibilidad. Pero en aquella ocasión la Corte dejó en claro que se trata de una medida que, a diferencia de la excepción de inconstitucionalidad, está reservada única y exclusivamente a una autoridad: el juez de lo contencioso administrativo en las controversias que se le planteen. Al respecto la sentencia precisa lo siguiente:

Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de la posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, *dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común*. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona

los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aun de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De todo lo anterior, se concluye que *la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior*. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. (Cursiva fuera de texto).

En consecuencia, en el caso de los actos administrativos analizados en este trabajo, es claro que tampoco puede acudirse a la excepción de ilegalidad para desconocer su carácter normativo. Ni las instituciones gubernamentales, ni las entidades financieras, ni los usuarios del sistema, ni los peritos como auxiliares de la justicia, y ni siquiera los jueces que no hacen parte de la jurisdicción contencioso administrativa, están autorizados para apelar a este especialísimo mecanismo, so pena de llegarse, como lo dijo la propia Corte, a un estado de completa anarquía en detrimento de los derechos de los asociados y del bien común.

IV.IV. *Consecuencias en caso de incumplimiento de la normatividad aplicable*

Buena parte de las reglas sobre liquidación y reliquidación de créditos hipotecarios de vivienda vienen recopiladas en la Circular Externa n.º 007 de 2000, expedida por la Superintendencia Bancaria en ejercicio de su función de inspección, control y vigilancia a la actividad financiera. Dicha norma, como acto administrativo que es,

tiene fuerza vinculante y obliga a los diferentes sujetos involucrados en el proceso económico financiero porque se trata de una actividad reglada altamente intervenida por el Estado y que, entre otras cosas, sólo puede ser ejercida atendiendo tales lineamientos. Varias de esas disposiciones no hacen más que reiterar lo plasmado en la Ley 546 de 1999 o en las diferentes resoluciones externas del Banco de la República; otras fijan el procedimiento para el cálculo de las obligaciones de los deudores. Y todas conservan plena validez, por lo que hacer caso omiso de ellas supone incurrir en graves violaciones del ordenamiento jurídico.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, “las resoluciones, instrucciones, circulares, etc., proferidas por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido adscrita por la ley, constituyen actos administrativos de carácter general, amparados por la presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades vigiladas (*sic*) al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria”¹²⁰.

La Circular Externa n.º 007 de 2000 ya fue objeto de estudio por el Consejo de Estado, autoridad que ha respaldado su legalidad y constitucionalidad en dos oportunidades, excepto en un apartado sobre la distinción entre créditos al día y en mora para aplicar el alivio económico, tema sobre el cual se había declarado la inexecutable desde la sentencia C-955 de 2000. En todo lo demás el Consejo de Estado encontró que la Circular Externa n.º 007 de 2000 se ajustaba al ordenamiento y así lo declaró en sus decisiones¹²¹.

En este orden de ideas, ninguna autoridad judicial o administrativa está facultada para desatender la circular

120. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 18 de octubre de 1994, C. P.: DELIO GÓMEZ LEYVA, exp. 5.258.

121. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencias del 27 de noviembre de 2002, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, exp. 11.354, y 27 de febrero de 2003, C. P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, exp. 12.712.

Externa, pues dicho acto no sólo goza de la presunción de legalidad a que se ha hecho referencia, sino que sobre ella también ha operado el fenómeno de la cosa juzgada que impide acudir a figuras como la excepción de inconstitucionalidad, la excepción de ilegalidad o incluso reclamar la pérdida de fuerza ejecutoria. Muy por el contrario, lo que ha señalado el Consejo de Estado es que la Circular armoniza con la Constitución y la Ley 546 de 1999 y por lo tanto no es válido reclamar contradicciones normativas para desconocerla.

Si la Circular Externa 007 de 2000 es de imperativo cumplimiento, al igual que las demás normas mencionadas en el presente trabajo, debemos preguntarnos qué ocurre si en el curso de un proceso judicial el juez o los auxiliares de la justicia –concretamente los peritos– hacen caso omiso de dichas normas.

Pues bien, las consecuencias derivadas del desconocimiento de las reglas aplicables para la solución de controversias se proyectan en diferentes ámbitos, tanto para los jueces como para los peritos en su condición de auxiliares de la justicia. Algunas recaen directamente sobre quienes desatienden el ordenamiento jurídico y otras sobre los actos a través de los cuales se materializa la omisión.

Al efectuar los cálculos que soliciten las autoridades judiciales en la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda, los peritos no pueden incluir factores o criterios que no han sido reconocidos expresamente en la ley o que se encuentren al margen de la reglamentación que la desarrolla. Proceder en otro sentido significaría vulnerar el ordenamiento jurídico y podría repercutir en sanciones tanto en la esfera del derecho disciplinario como en el campo del derecho penal, pues, se reitera, cuando desempeñan funciones de tal naturaleza se asimilan a la categoría de servidores públicos o cuando menos ejercen una función pública de manera transitoria. Como bien lo explica la doctrina comparada, “aquí podemos advertir que el perito judicial tiene un *plus* de exigencia con res-

pecto a otro profesional porque no sólo debe respetar la *lex artis*, sino las normas procesales, que regulan su actuación judicial”¹²².

Cuando un juez desatiende la normativa sobre liquidación y reliquidación de créditos de vivienda, otra consecuencia se refleja en la responsabilidad disciplinaria en el marco de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia¹²³. Las mismas consideraciones son aplicables en el caso de los peritos, que como auxiliares de la justicia desempeñan transitoriamente una función pública; no obstante, en estos casos la determinación de su responsabilidad disciplinaria correspondería a la Procuraduría General de la Nación.

Adicionalmente, tanto los peritos como los jueces corren el riesgo de asumir la responsabilidad patrimonial derivada del indebido ejercicio de sus funciones. Los primeros cuando como expertos en un asunto específico inducen a los jueces a cometer graves errores; y éstos, en la medida en que no obran con la necesaria diligencia para desestimar los dictámenes ilegales rendidos al interior de un proceso.

Para imputar la responsabilidad económica el ordenamiento prevé la figura del llamamiento en garantía en los juicios que se adelanten contra el Estado, así como el ejercicio independiente de la acción de repetición en caso de condena cuando hay conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes. El artículo 2.º de la Ley

122. CARLOS ALBERTO PARELLADA et ál. “Responsabilidad civil de los auxiliares de la justicia: peritos judiciales”, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidad en el siglo XXI, Universidad de Buenos Aires, octubre de 2002, en [<http://www.aaba.org.ar/bizoop70.htm>].

123. “Artículo 153. *Deberes*. Son deberes de los funcionarios y empleados, según corresponda, los siguientes: / 1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos”.

678 de 2001, en concordancia con el artículo 71 de la Ley 270 de 1996¹²⁴, señala al respecto lo siguiente:

Artículo 2.º *Acción de repetición.* La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

La norma transcrita fue objeto análisis en la sentencia C-484 de 2002, en cuya oportunidad la Corte encontró constitucional no sólo la figura del llamamiento en garantía dentro de los procesos por responsabilidad del Estado, sino la convocatoria de los particulares en la acción de repetición cuando fueren investidos transitoriamente de funciones públicas.

Pero el ordenamiento contempla mecanismos para garantizar que las decisiones ilegales no sólo impongan una sanción a los responsables, sino que pueda haber una suerte de restablecimiento del derecho de los sujetos afectados de manera injusta. En este sentido, luego de agotados los recursos ordinarios al interior de un proceso judicial, exis-

124. “Artículo 71. *De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial.* En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

ten dos mecanismos específicos que protegen los derechos fundamentales y la justicia como principio y valor de primera categoría: la acción de tutela por vía de hecho y la acción de reparación directa por error judicial o deficiente funcionamiento de la administración de justicia.

En cuanto hace referencia a la acción de tutela (art. 86 C. P.), cuya finalidad no es otra que la protección de los derechos fundamentales, bien puede ocurrir que su vulneración se produzca en una providencia judicial. Y como lo ha explicado en reiterada jurisprudencia la Corte¹²⁵, en tales casos es legítimo acudir a tan extraordinario mecanismo, puesto que “la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, más que un precedente tiene fuerza de cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*, lo cual implica que no puede ser desconocida por ninguna autoridad”¹²⁶.

Cuando una autoridad judicial desconoce la normatividad aplicable para decidir un asunto incurre en violación de los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia; su decisión constituye una vía de hecho por defecto sustantivo porque se funda en una norma evidentemente inaplicable o se aplica una que no tenía lugar¹²⁷.

Sobre las controversias surgidas entre las entidades financieras y los usuarios de los créditos de vivienda, en la sentencia T-212 de 2004 la Corte constató la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo en un proceso ejecutivo, donde el juez dejó de aplicar algunas disposi-

125. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-622 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-1116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003, T-462 de 2003 y T-200 de 2004, entre muchas otras.

126. Corte Constitucional. Sentencia T-598 de 2003.

127. Cfr. sentencias T-009 de 1998 y T-088 de 2003, entre otras.

ciones de la Ley 546 de 1999 y del Decreto 2703 de 1999. Fue así como concedió la tutela interpuesta por una corporación bancaria contra la correspondiente autoridad judicial al concluir lo siguiente:

Así pues, si la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar estimaba [...] que no había evidencia de que la deuda a su cargo estuviera adecuadamente reliquidada y valorada, podía adoptar alguna de las opciones que expresa el artículo citado dentro del proceso ejecutivo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 y en el Decreto 2703 del mismo año. Lo que no podía hacer era dejar de aplicar el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 que mantuvo la naturaleza de título valor de los pagarés originalmente denominados en UPAC. *Al dejar de aplicarlo, haciendo las equivalencias en UVR ordenadas clara e indiscutiblemente “por ministerio de la ley”, incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo.* (Cursiva fuera de texto).

Ahora bien, la procedencia de la tutela cuando se desatiende la normatividad sobre liquidación y reliquidación de créditos de vivienda va aún más lejos si se tiene en cuenta el principio de la cosa juzgada. Sobre el particular, en la sentencia T-842 de 2001 la Corte explicó que el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional da lugar a la protección por vía de tutela. Dijo entonces:

Por ello los jueces y corporaciones judiciales, al aplicar las disposiciones que han sido objeto de juicio de constitucionalidad, deben sujetarse en todo a lo decidido por el juez constitucional, habida cuenta que los fallos proferidos en ejercicio del control de constitucionalidad tienen efectos generales y definitivos –arts. 237, 241 y 243 C. P.–.

De tal manera que las decisiones que no los consultan por apartarse del imperio de la ley, pueden ser demandadas por vía de tutela, salvo que el ordenamiento tenga previsto otro procedimiento y que el accionante no demande una protección inmediata¹²⁸.

Teniendo en cuenta que existen numerosas sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto de las normas que regulan los créditos de vivienda, ninguna autoridad puede hacer caso omiso de tales disposiciones so pena de incurrir en grave error judicial constitutivo de vía de hecho por desconocer el principio de cosa juzgada, amparable a través de la acción de tutela.

Ningún juez de la República podría excusarse del cumplimiento de estas normas alegando que se trata de simples discrepancias hermenéuticas, puesto que, de un lado, muchas de estas disposiciones están formuladas a la manera de reglas con un reducido margen de indeterminación y, por otro lado, su alcance ya ha sido definido por los órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad. De esta manera, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han delimitado las posibilidades hermenéuticas de los demás operadores jurídicos.

Igualmente, conviene recordar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela también procede contra providencias judiciales “si la decisión del juez se adoptó haciendo una interpretación normativa que resulta incompatible con la Carta”, precisamente lo que ocurriría en esta oportunidad.

Por otra parte, también es posible acudir a la acción de reparación directa invocando error judicial o anormal funcionamiento de la administración de justicia, que encuentra respaldo en el artículo 90 de la Constitución y se desarrolla en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996. Sin embargo, a diferencia de la acción de tutela su objetivo no es la protección inmediata y directa de los derechos fundamentales sino la reparación patrimonial de los daños antijurídicos causados por una autoridad judicial¹²⁹.

128. En el mismo sentido pueden consultarse la sentencias SU-047 de 1999, C-319 de 2002 y T-461 de 2003.

129. “Artículo 65. *De la responsabilidad del Estado*. El Estado

En efecto, como ha explicado la doctrina, el anormal funcionamiento de la administración de justicia comprende “la actividad desplegada no sólo por quienes juzgan u ordenan ejecutar las decisiones, sino también por quienes auxilian o colaboran de algún modo con la administración de justicia”¹³⁰. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad económica atribuible al juez o perito si es llamado en garantía o en desarrollo de la acción de repetición.

En síntesis, las anteriores consideraciones demuestran cómo la indebida actuación de las autoridades judiciales en la solución de las controversias sobre las obligaciones crediticias de vivienda, y particularmente ante el desconocimiento de la normatividad aplicable, no sólo implica un alto grado de responsabilidad de los jueces y peritos, sino que va acompañada de mecanismos judiciales para reparar de una u otra forma tales arbitrariedades.

V. CUADRO SINÓPTICO

A manera de síntesis y con el fin de despejar las dudas sobre la plena validez de los preceptos hasta ahora referidos, el siguiente cuadro ilustra cuáles son las normas básicas aplicables para la reliquidación de los créditos en UPAC y la liquidación de las nuevas obligaciones en UVR. También reseña cuáles son las sentencias dictadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado sobre cada una de ellas, y hace una breve presentación de los efectos de estas decisiones.

responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

130. SANTIAGO TAWIL. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 67.

NORMATIVIDAD APLICABLE
EN EL SISTEMA DE CRÉDITO EN UVR

TEMA	NORMA	JURISPRUDENCIA	VIGENCIA
1. Naturaleza y constitucionalidad de la UVR.	- Ley 546/99, art. 3.º Naturaleza.	- C-955/00. UVR exequible pero ligada sólo a la inflación. - C-1192/01.	- Lineamientos generales del sistema. - Cosa juzgada constitucional.
2. Reliquidación de antiguos créditos en UPAC. Periodo 1993-1999.	- Ley 546/99, art. 41, num 2.	- C-955/00. No reprocha el periodo de reliquidación. - C-1192/01. No reprocha el periodo de reliquidación. - Declara exequible el artículo 41 (parcial). - C. E. Secc. 4.ª, oct. 1/02. Sobre la Resol. 2896 del Ministerio de Hacienda.	- Declara exequible el art. 41. Cosa juzgada relativa. - Cosa juzgada constitucional relativa. - Explica porqué esos extremos temporales.
2.1. Cálculo y conversión de las UPAC a UVR	- Circular 007/00 Superbancaria. Fija periodo (1993-1999). - Dcto. 2703/99. Adopta metodología del documento Conpes 3066 de 1999. Metodología. - Resol. 2896/99 Min. Hacienda. Fija equivalencia de UPAC y UVR entre 1993 y 1999.	- C. E. Sec. 4.ª, feb. 27/03. Validez del periodo de reliquidación (1993-1999). - C-955 de 2000. Efectos hacia el futuro de competencia reservada al Banco República. - C. E. Secc. 4.ª, marzo 20/03. Niega nulidad - Efectos hacia futuro de C-955/00. - Sent. T-212/04. Fórmula compleja pero válida. - Expedida al amparo del art. 41 Ley 546/99, que fue declarada exequible (C-955/00 y C-1192/01).	- Cosa juzgada sobre validez del periodo de reliquidación (1993-1999). - Efectos de cosa juzgada constitucional (art. 243 C. P.). - Cosa juzgada constitucional (arts. 150.19 y 243 C. P.) con efectos <i>erga omnes</i> (art. 175 CCA). - Precedente con fuerza vinculante. - Cosa juzgada constitucional sobre la competencia del Ministerio de Hacienda.

TEMA	NORMA	JURISPRUDENCIA	VIGENCIA
	<ul style="list-style-type: none"> - Circular 007/00 Superbancaria. Fija periodo (1993-1999) y procedimiento para calcular. 	<ul style="list-style-type: none"> - C. E. Sala Plena. Octubre 1/02. Niega nulidad porque sí había competencia y tuvo en cuenta los factores debidos. - C. E. Secc. 4.^a, febrero 27/03. Reafirma la competencia del Gobierno y la validez de la metodología de cálculo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cosa juzgada con efectos <i>erga omnes</i> frente a los cargos (falta de competencia e indebido cálculo). - Cosa juzgada sobre competencia del Gobierno y metodología. - Reitera punto anterior.
2.2. Validez de los intereses remuneratorios libremente pactados en el sistema UPAC	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 546/99. No dispone reliquidar intereses remuneratorios. - Circular 007/00 Superbancaria. Fija procedimiento y no incluye reliquidar intereses remuneratorios. 	<ul style="list-style-type: none"> - C-955/00. No hizo referencia alguna. Las sentencias sobre UPAC tampoco lo señalaron. - C. E., Secc. 4.^a, noviembre 27/02. Niega nulidad por ese motivo (no incluir reliquidación de intereses). - Validez de intereses remuneratorios en sistema UPAC. - C. E., Secc. 4.^a, febrero 27/03. Se está a lo resuelto en la sentencia anterior. Nulidad de distinción entre créditos al día y en mora (C-955/00). 	<ul style="list-style-type: none"> - Efectos no retroactivos de las sentencias sobre UPAC. - No hay mandato normativo alguno que ordene reajustar los intereses. - Cosa juzgada constitucional con efectos <i>erga omnes</i> sobre ese punto (arts. 371 a 373 C. P.). - Confirma que para la reliquidación no hay lugar a reducir intereses. - Efectos de cosa juzgada.
3. Liquidación de nuevos créditos	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 546/99. 	<ul style="list-style-type: none"> - C-955/00 y otras. 	<ul style="list-style-type: none"> - Lineamientos generales del sistema. - Cosa juzgada constitucional.
3.1. Cálculo de la uvr	<ul style="list-style-type: none"> - Dcto. 2703/99. Fija valor de uvr a diciembre 31/99 - Banco República, Resol. Externa 13/00. Establece la fórmula. Sigue fórmulas anteriores. 	<ul style="list-style-type: none"> - C. E., Secc. 4.^a, marzo 20/03. Niega nulidad. - Efectos hacia futuro de C-955/00. - En trámite C. E. Negada suspensión provisional octubre 7/04. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cosa juzgada constitucional (arts. 150.19 y 243 C. P.) con efectos <i>erga omnes</i> (art. 175 CCA). - Deber de aplicación por presunción de legalidad.

TEMA	NORMA	JURISPRUDENCIA	VIGENCIA
3.2. Intereses más bajos del mercado.	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 546/99, art. 28. Fija en 11% para vivienda de interés social. - También las resoluciones externas 20/00, 09/03 y 3/05 del Banco de la República. - Banco República, Resol. Externa 14/00. Fija la tasa máxima para créditos de vivienda en 13.1%. - También las resoluciones n.º 9/03 y 3/05. 	<ul style="list-style-type: none"> - C-955/00. Exequible pero condicionada a que sea la tasa real. - C. E., Secc. 4.ª, octubre 12/01. Niega nulidad. Formal y materialmente ajustada a derecho. - C. E., Secc. 4.ª, mayo 10/02. Estarse a lo resuelto por cosa juzgada. - Corte Constitucional. T-1111/04. Reconoce eficacia normativa de la Resol. Externa 14/00. 	<ul style="list-style-type: none"> Efectos de cosa juzgada constitucional. - Cosa juzgada constitucional con efectos <i>erga omnes</i> sobre el punto (arts. 2.º, 6.º, 51, 83 y 243 C. P.). - Confirma existencia de cosa juzgada por no desconocer la ley ni la jurisprudencia de la Corte (art. 243 C. P.). - Constituye precedente con fuerza vinculante.

Como se trata de un procedimiento reglado la discrecionalidad de todos los sujetos involucrados en el proceso de liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda se ve altamente restringida. Ahora resultan oportunas las palabras que el recientemente fallecido juez RENQUISTH, presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, plasmó en una sentencia de la que fue ponente hace varios años, donde reivindicó una actitud prudente de los jueces y respetuosa de las competencias constitucionalmente asignadas a los diferentes órganos del poder:

Los jueces, después de todo, son humanos. Ellos no lo son menos que otros en nuestra sociedad, tienen una tendencia natural a creer que sus soluciones individuales para problemas a menudo difíciles de superar son mejores y más viables

que las de esas personas que actualmente están más capacitadas [...] Pero, bajo la Constitución, la primera pregunta a responder no es cuál es el mejor plan, sino en qué rama del gobierno radica la autoridad para diseñar inicialmente el plan¹³¹.

Las medidas de reajuste a las obligaciones crediticias no quedaron a la voluntad de los sujetos involucrados en este proceso, ni a la liberalidad de los jueces, por tratarse de una actividad altamente intervenida por el Estado y sometida a reglas precisas de imperativa observancia. En el Congreso radicaba la autoridad para diseñar el plan de choque del sistema de financiamiento de vivienda, y ese plan fue avalado cuando fue objeto de control judicial, de manera que el principio del sometimiento de los jueces al imperio de la ley a que hace referencia el artículo 230 de la Constitución exige su debido acatamiento. No se trata de una cuestión de interpretación judicial sino de respeto a una decisión adoptada por el legislador y avalada por el juez constitucional; de obediencia al derecho.

Utilizando el ejemplo de DOUGLAS NORTH sobre un partido de fútbol, donde las reglas son las instituciones y los jugadores las organizaciones, MARÍA MERCEDES CUÉLLAR explica cómo desde la teoría institucionalista, válida en el ordenamiento colombiano, lo que hace posible la solución de las contiendas es “que existan reglas, que se

131. “Judges, after all, are human. They, no less than others in our society, have a natural tendency to believe that their individual solutions to often intractable problems are better and more workable than those of the persons who are actually charged with and trained in the running of the particular institution under examination. But under the Constitution, the first question to be answered is not whose plan is best, but in what branch of the Government is lodged the authority to initially devise the plan”: *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). En aquella oportunidad la Corte decidió que los funcionarios de las prisiones estaban capacitados para valorar costos y beneficios de los registros corporales a los prisioneros y declaró constitucional esa práctica.

perciban legítimas, y árbitros con suficiente poder para resolver los conflictos y sancionar el incumplimiento de las normas”¹³².

Pues bien, aunque no siempre concurren esos elementos, lo cierto es que en el caso de los créditos para vivienda están dados los factores para solucionar las controversias surgidas sin desbordar el marco de la institucionalidad. En efecto, (i) hay reglas normativas, justamente aquellas que dan cuenta de la forma como deben liquidarse y reliquidarse los créditos y que han sido explicadas a lo largo de este trabajo; (ii) dichas normas se consideran legítimas, pues son expresión de la voluntad del Congreso, foro de deliberación política y democrática por excelencia, así como de otros órganos autorizados para dictarlas —además de avaladas por la Corte y el Consejo de Estado—; y finalmente (iii), los árbitros, los jueces en el caso colombiano, cuentan con la autoridad suficiente para dirimir las controversias y sancionar el incumplimiento del derecho. Sólo resta esperar que en verdad garanticen que esas reglas se acaten. Eso sí, lo que no podrían hacer, en ningún caso, sería sancionar la debida observancia del ordenamiento jurídico.

132. MARÍA MERCEDES CUÉLLAR. *Colombia: un proyecto inconcluso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 54.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AA. VV. *Medio siglo de vivienda social en Colombia (1939-1989)*, Bogotá, Instituto de Crédito Territorial et ál., 1995.
- AA. VV. *Política de vivienda*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 1972.
- AA. VV. *Anotaciones sobre planeación de vivienda de bajo costo: programa de reordenamiento urbano*, Bogotá, Centro Nacional de Estudios de la Construcción-CENAC, 1995.
- AA. VV. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, ELISEO AJA (ed.), Barcelona, Ariel Derecho, 1998.
- AA. VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- AA. VV. *Observatorio de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, ROBERT. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.
- ALEXY, ROBERT. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ARISTÓTELES. *La política*, Madrid, Alianza, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; MERCEDES PÉREZ MANZANO y CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de derecho penal. Delitos patrimoniales económicos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

- BARNÉS, JAVIER. “Introducción al principio de la proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano*, investigación para la Fundación Ford, mimeo, mayo-junio de 2004.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BETANCOURT JARAMILLO, CARLOS. *Derecho procesal administrativo*, 3.ª ed., Bogotá, Dike, 1992.
- BOTERO MARINO, CATALINA; JUAN FERNANDO JARAMILLO y RODRIGO UPRIMNY YEPES. *Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada*, Bogotá, 1999.
- BÖCKENFORDE, E. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. “Indexación de deudas de dinero”, en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984.
- CABALLERO ARGÁEZ, CARLOS. “Hacia una nueva relación entre el Estado y el sistema financiero”, en AA. VV. “Seminario sobre la intervención del Estado en la economía”, Documento DANE, Bogotá, 1991.
- CARTER, LIEF H. *Derecho constitucional contemporáneo. La*

- Suprema Corte y el arte de la política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985.
- CEPEDA, MANUEL JOSÉ. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, 2.^a ed., Bogotá Temis, 1997.
- CORRIGAN E., GERALD. *Financial Market Structure: A Longer View*, Federal Reserve Bank of New York, 1987.
- CUÉLLAR, MARÍA MERCEDES. *Colombia: un proyecto inconcluso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- CURRIE, LAUCLIN. “La operación en Colombia”, en *Tierra. Diez ensayos sobre la reforma agraria en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo, 1961.
- DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989.
- DWORKIN, RONALD. *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- GARRO, ALEJANDRO. “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n.º 24, 1988.
- GHERSI, SEBASTIÁN R. y CARLOS A. GHERSI. *La responsabilidad del perito judicial*, Argentina, Gobierno de la Pampa, Asesoría Letrada, Primeras Jornadas de Derecho de Daños, 2004, en [www.lapampa.gov.ar/PodEjecutivo/AsesoríaLetrada/].

- GONZÁLEZ BIELFUSS, MARKUS. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- GUILBOURG, RICARDO. “Igualdad y discriminación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19. Universidad de Alicante, 1996.
- HALDANE, ANDREW G. *Some Issues in Inflation Targeting*, London, Bank of England, Threadneedle Street, 1997, en [<http://www.bankofengland.co.uk/publications/workingpapers/wp74.pdf>].
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; *El concepto de derecho*, GENARO CARRIÓ (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HESSE, KONRAD. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JADRESIC, ESTEBA. *The Macroeconomic Consequences of Wage Indexation Revisited*, Documento de Trabajo n.º 35, Banco Central de Chile, 1998.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, *Anuario de Derecho Constitucional*, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN. “Los equilibrios macroeconómicos y el Banco Central: el caso colombiano”, *Revista del Banco de la República*, vol. 72, n.º 856, Bogotá, 1999.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2002.
- KENNEDY, DUNCAN. *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *La Ley de Vivienda (546 de 1999)*

y sus implicaciones en el campo procesal civil, Bogotá, Dupré Editores, 2001.

LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. “La indexación de las deudas dinerarias”, en *Indexación en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Depalma, 1979.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

MARTÍNEZ, JESÚS IGNACIO. “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO. *Tipos de sentencias, el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*, Bogotá, 2000.

MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*, Bogotá, Legis, 2004.

MARTÍNEZ TAPIA, RAMÓN. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000.

MEDINA GUERRERO, MANUEL. *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS; RAMÓN DANIEL PIZARRO y CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS. *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Universidad, 1981.

MONTEIRO FERRERIRA DA SILVA, SILVYA. *Aspectos económicos y jurídicos de la corrección monetaria en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales*, Bogotá, 2000.

- OLLERO TASSARA, ANDRÉS. *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y E. OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, 1994.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Régimen general de las obligaciones*, 5.^a ed., Bogotá, Temis, 1994.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *La decadencia del contrato, y el sector financiero en la construcción*, Bogotá, ANIF, 2002.
- PARELLADA, CARLOS ALBERTO et ál. *Responsabilidad civil de los auxiliares de la justicia: peritos judiciales*, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidad en el Siglo XXI. Universidad de Buenos Aires, octubre de 2002, en [<http://www.aaba.org.ar/bi200p70.htm>].
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO. *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO. *Curso de derecho comparado*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *Observatorio de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- RUIZ MIGUEL, ALONSO. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19. Universidad de Alicante, 1996.
- SALAZAR VARGAS, CARLOS. *Las políticas públicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

- SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, “El acto administrativo”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SIERRA PORTO, HUMBERTO. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SOLA, JUAN VICENTE. *Constitución y economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- TAWIL, SANTIAGO. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- TAYLOR VON MEREN, ARTHUR. *Law in the United States. A General Comparative View*, Kluwer, 1987.
- TRIBE, LAWRENCE. *American Constitutional Law*, New York, Mineola, The Foundation Press, 1978.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, en *Pensamiento Jurídico* n.º 13 y 14, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO et ál. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico* n.º 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- WESSEL, W. “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde” (La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la acción de constitucionalidad), *Deutsches Verwaltungsblatt (Hojas Alemanas de la Administración)*, 6/1952.
- ZAGRABELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.
- ZARRUK GÓMEZ, CARLOS ALBERTO. *La corrección monetaria y el crédito en UPAC*, Bogotá, ICAV, 1986.

EDUARDO MONTELAEGRE LYNETT

Expresidente de la Corte Constitucional. Exviceprocurador General de la Nación. Profesor invitado de la Fundación "Alexander von Humboldt" (Bonn, Alemania) en universidades alemanas. Conferencista en varias universidades latinoamericanas. director del "Centro de Investigación y Filosofía del Derecho" de la Universidad Externado de Colombia.

DE NUESTRA SERIE

33. PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO
Belisario Betancur y Leopoldo Calvo-Sotelo
34. DERECHOS HUMANOS Y DESCENTRALIZACIÓN
TERRITORIAL EN CHILE
Humberto Nogueira Alcalá
35. LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN FRANCIA Y ALEMANIA
José Eugenio Soriano García
36. LA FORMACIÓN DEL ESTADO EN COLOMBIA
Gerardo Molina
37. APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES
Néstor Iván Osuna Patiño
38. SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
Humberto A. Sierra Porto
39. EL SISTEMA MIXTO O INTEGRAL DE CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y VENEZUELA
Allan R. Brewer-Carías
40. LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
Y EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sandra Morelli Rico
41. LA EXPERIENCIA POLÍTICA COLOMBIANA Y SU INFLUENCIA
EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO MEXICANO
Manuel Ferrer Muñoz
42. EN TORNO A LA CRISIS DE LAS IDEAS DE REPRESENTACIÓN
Y DE LEGITIMIDAD EN LA DEMOCRACIA ACTUAL
Pedro de Vega García
43. LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN COLOMBIA
Sandra Morelli Rico
44. EL JUEZ ORDINARIO ENTRE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD
Manuel Aragón Reyes
45. LA CORTE CONSTITUCIONAL: ¿UN LEGISLADOR COMPLEMENTARIO?
Sandra Morelli Rico
46. ACTA CONSTITUTIVA Y DE REFORMAS DE 1847
Héctor Fix-Zamudio
47. CONSIDERACIONES SOBRE EL GOBIERNO DE LEGISLATURA
EN EL SISTEMA PARLAMENTARIO ESPAÑOL
Ángela Figueruelo Burrieza
48. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS
EN LA OBRA DE GEORG JELLINEK
Alexei Julio Estrada
49. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN ITALIA
César Aguado Renedo
50. MUNDIALIZACIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL:
PARA UNA PALINGENESIA DE LA REALIDAD CONSTITUCIONAL
Pedro de Vega García
51. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN
Humberto A. Sierra Porto
52. PERSPECTIVAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991-1996. CONMEMORACIÓN
DEL QUINQUENIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991
Varios

53. LA CUESTIÓN DE LA ESCLAVITUD EN EL MÉXICO DECIMONÓNICO:
SUS REPERCUSIONES EN LAS ETNIAS INDÍGENAS
Manuel Ferrer Muñoz
54. EL DERECHO DE DEFENSA EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.
SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
55. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA
Francisco Fernández Segado
56. LA ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA
Ángela Figueruelo Burrieza
57. EL CONCEPTO DE USUARIO EN EL RÉGIMEN
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
58. “EL ÚLTIMO TRIUNFO DE LA LIBERTAD”: LA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL ANTE SU MOMENTO MAQUIAVÉLICO
Eloy García
59. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD.
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
Louis Favoreau (trad. de Magdalena Correa Henao)
61. REFLEXIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA FRANCESA Y
COLOMBIANA EN MATERIA DE ACTOS DE TERRORISMO
Juan Carlos Peláez Gutiérrez
62. DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN FAVOR DE LA MUJER
EN EL DERECHO COMUNITARIO
Joaquín Brage Camazano
63. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL DEL PODER PRIVADO
Iván Escobar Fornos
64. ORDENAMIENTO Y DESARREGLO TERRITORIAL DE COLOMBIA
Augusto Hernández Becerra
65. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTUALIDAD:
UNA VISIÓN DESDE MÉXICO
Miguel Carbonell
66. CONSTITUCIÓN COMO CULTURA
Peter Häberle (trad. de Ana María Montoya)
67. LUIS EDUARDO NIETO ARTETA: ESBOZO INTELECTUAL
Gonzalo Cataño
68. ESTUDIOS SOBRE LA EFICACIA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL
Augusto Martín de la Vega
69. LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS GARANTÍAS
- LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE:
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PARADIGMA
Gonzalo Ramírez Cleves
70. TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN
Cecilia Mora-Donatto
71. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Magdalena Correa Henao
72. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA EN LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y FRANCESA
Bernardo Carvajal Sánchez
73. EL CONGRESO COLOMBIANO A PARTIR DE 1991
Carlos Eduardo Gechem Sarmiento



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en marzo de 2006

Se compuso en caracteres Sabon de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos,
con un tiraje de 4.000 ejemplares
Bogotá - Colombia

120 años de educación para la libertad