

## **La Corte Constitucional y la capitalización de intereses.**

Salomón Kalmanovitz Krauter <sup>1</sup>

Quiero expresar primero que todo que hablo como ciudadano, contribuyente y académico y no como autoridad monetaria. Agradezco y aprecio mucho la invitación de la Universidad de los Andes para participar en este importante foro sobre los Fallos de la Corte Constitucional y si sólo debe tener en cuenta el derecho. Este es un debate de la mayor importancia para el futuro de la democracia representativa en Colombia y para la propia viabilidad del Estado colombiano hacia el futuro. Algunos juristas me han expresado su preocupación por la falta de debate y crítica académica en el campo del derecho, donde muy pocos profesionales han reaccionado sobre cambios tan abruptos en jurisprudencia como los que ha emprendido la Corte Constitucional que no sea para aplaudirlos. Sin embargo, los economistas vemos alarmados como la Corte ha tomado decisiones de la mayor trascendencia sin un conocimiento adecuado del terreno sobre el que está fallando o sobre lo que está regulando y sin consideración sobre las consecuencias de esos fallos en el sistema de incentivos que ella desarrolla tanto para los ciudadanos como para el futuro crecimiento del país.

Yo voy a hacerme cuatro preguntas y trataré de responderlas de la manera más lógica posible. Pretendo que su eco continúe resonando en las mentes de los ciudadanos interesados.

### **1. ¿Ha asumido la Corte Constitucional funciones que la propia Constitución asigna a los otros poderes del Estado?**

Comencemos por analizar la manera como la Corte ha actuado en el caso del sistema UPAC y la ley de vivienda. La Corte recibe un grupo de demandas para estudiarlas. Convoca seguidamente una audiencia pública donde ella selecciona a los participantes. Allí llegan los intereses afectados por la más grave crisis que ha vivido el país en este siglo y expresan furiosamente sus intereses. Llegan también políticos e ideólogos de cierta orientación contestataria que son escuchados cuidadosamente por la Corte. Los intereses del sistema financiero y los criterios técnicos del Ministerio de Hacienda y del Banco de la República no son tenidos en cuenta. La Corte declara inconstitucional el sistema porque, según ella, la tasa de interés no debe estar presente en el cálculo de la fórmula para adquirir vivienda digna y agrega además que prohíbe la capitalización de intereses. Cuando la Corte tumba la fórmula del UPAC, el Banco de la República cambia la fórmula de cálculo e introduce un promedio anual de la inflación. Seguidamente, el Magistrado José Gregorio Hernández hace una grave acusación pública de desacato contra la Junta Directiva, porque las

---

<sup>1</sup> En ocasión del Foro organizado por la Universidad de los Andes, BID y El Espectador, “ Fallos de la Corte Constitucional en materia económica: ¿Debe el alto tribunal tener en cuenta sólo el derecho?” , el 23 de marzo del 2000. Las ideas expuestas acá hacen parte de un interés académico personal y no representan posiciones de la Junta Directiva del Banco de la República.

cuotas no bajan tan rápidamente como a él le parece justo y cree además que, de alguna manera, ahí está escamoteada la tasa de interés.

Más adelante el Gobierno elabora una ley que sigue liberalmente las direcciones que le ha impuesto la Corte al tema, la lleva al Congreso y allí vuelven a intervenir todos los intereses que son escuchados para complementar las directrices constitucionales, en forma más equilibrada que en la audiencia pública. Incluso establece una fórmula que refleje la inflación del mes anterior anualizada, para que no haya la posibilidad de que se vuelva a acusar la ley de incumplir con las directrices del mismo magistrado de la Corte. Finalmente, la ley vuelve a ser analizada por la alta corte para vigilar si sus directrices han sido fielmente interpretadas por los representantes del pueblo, pero creo que esta vez se decidió no hacer una nueva audiencia pública.

Lo primero que hay que anotar es que unos funcionarios que no son representantes del pueblo han asumido la iniciativa legislativa que ha tenido el Gobierno desde la Constitución de 1886 y que la de 1991 no cambió. El artículo 345 de la Constitución reza así: “En tiempo de paz no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejales distritales o municipales”. Según Luis Carlos Sotelo, “esto significa que, en principio, son los órganos de representación popular los responsables de decidir sobre el monto de gasto social destinado a los servicios propios del Estado social de derecho”.<sup>2</sup> Lo que parece haber sucedido es que siguiendo la visión de su sector “progresista”, la Corte se auto-constituyó, parodiando a León Trostky, en constituyente permanente, creándole al Estado una serie de obligaciones para las que no cuenta con los recursos para resolverlas y debilitándolo en el proceso.

La audiencia pública reemplaza al Congreso al convocar presumiblemente a todos los intereses involucrados, con el agravante de que no hay una representación proporcional que surja del sufragio universal sino de las posiciones con las que simpatiza la mayoría de la Corte Constitucional. El Congreso recoge las directrices de la Corte y del Gobierno y afortunadamente el sistema es de agenda abierta lo que permite diseñar una ley que pueda tener viabilidad en la regulación de un sistema privado de financiación de vivienda. Que el sistema de financiación de vivienda sea privado es filosóficamente cuestionable para la mayoría de la Corte, lo cual crea incertidumbre adicional sobre el resultado de la nueva revisión constitucional.

Lo segundo que hay que resaltar es que los alivios a los deudores que se dedujeron del fallo de la Corte, que fueron acogidos liberalmente por el Gobierno y aprobados por el Congreso para resolver un gran problema social, tienen un costo que se calcula entre \$2.5 y \$3 billones de pesos. Esa es la diferencia entre lo que pagaron los deudores por la fórmula Upac y lo derivado

---

<sup>2</sup> Luis Carlos Sotelo, “Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas”, **Archivos de Macroeconomía**, DNP, Bogotá, Documento 133, 2000.

de una fórmula ligada exclusivamente a la inflación. Sin embargo, no era necesario que el Gobierno y el Congreso interpretaran retroactivamente los fallos de la Corte porque eso sí que sería desastroso en términos de estabilidad contractual. El Gobierno y el Congreso se vieron muy limitados por condicionamientos como el de extender los beneficios a todos los deudores de UPAC que exigió el fallo, cuando lo más justo hubiera sido compensar solamente a los deudores más pobres y afectados por la crisis. En la medida en que se venzan los bonos emitidos por el Gobierno para financiar la diferencia, nos corresponderá a los contribuyentes pagar muchos más impuestos. Habrá también que cubrir la diferencia que exista entre la tasa de interés con que capta el sistema financiero y la deuda exclusivamente denominada en unidades ligadas a la inflación.

Lo tercero que surge de esta sucesión de acontecimientos es como establecer la relación entre el derecho a la vivienda digna y un sistema de financiación que no reconoce plenamente la tasa de interés. Es un problema muy complejo porque la constitución no dice de un sistema público de financiamiento de vivienda y tampoco de uno subsidiado por el Estado. Quizás lo que insinuaba la Corte era que el sistema financiero privado, frente al cual no ha ocultado su antipatía, debía transferir una parte de su riqueza hacia sus deudores, lo cual podría surgir con mayor claridad cuando se falle la constitucionalidad de la ley en cuestión.

Creo que las respuestas a la primera pregunta son que la Corte penetró los terrenos delineados constitucionalmente del Banco de la República como única autoridad monetaria, desplazó al Gobierno en su iniciativa legislativa y predeterminó en alguna medida las deliberaciones del Congreso. Cuando la Constitución declara que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo significa que sólo sus representantes elegidos pueden definir sus asuntos primordiales. Las intrusiones aludidas constituyen además un serio desbalance en la arquitectura constitucional y entraña un grave peligro contra la democracia, alertado en su momento por los magistrados Cifuentes y Naranjo: “El desgano o impericia de los órganos competentes del Estado – que no pueden ser tolerados por el pueblo, que en todo momento podrá apelar a los instrumentos de participación y control que le entrega la democracia – no puede ofrecerse como excusa para que la Corte intervenga en determinación o eliminación de una política pública, por fuera de su función originaria de control de la constitucionalidad”. Esta extralimitación de funciones conduce también a la anarquía, al debilitar múltiples órganos del Estado, ya sea en el ámbito social, legislativo, financiero, salarial, etc. y se coloca en contravía a la República Unitaria colombiana. Es notable la actitud no cooperativa de la Corte frente al resto de poderes, lo cual ostensiblemente debilita la soberanía del Estado colombiano.

La segunda pregunta es la siguiente:

## **2. ¿Está utilizando la Corte Constitucional criterios objetivos, basados en la ciencia y en la técnica para hacer sus fallos?**

Recordemos que el magistrado Hernández acusó de desacato a la autoridad monetaria por el diseño de una nueva fórmula de cálculo del UPAC. Estamos ante el tribunal más alto y poderoso de la Nación, uno de cuyos miembros hace una acusación muy grave, debilitante de la autoridad monetaria, sin asistirse de un profesional estadístico que le pudiera explicar que contenía y significaba la fórmula. La procuraduría falló sobre la acusación temeraria con base en criterios técnicos el 28 de enero pasado: “archivar las presentes diligencias... en razón a que no existe mérito para adelantar investigación disciplinaria por cuanto los hechos supuestamente irregulares no constituyen falta disciplinaria y no se observa un posible desacato a los mandamientos de las Sentencias aludidas”. Es desafortunado que la ley quiso adecuarse al pre-juicio del magistrado por medio de una fórmula que termina siendo enormemente volátil en los primeros meses del año y que es perjudicial tanto para los usuarios como para el sistema financiero.

El Código Civil prohíbe la capitalización de intereses de mora, pero permite la capitalización de intereses exigibles en forma convenida. La Corte en su sentencia C-747 de 1999 declaró inexecutable la capitalización de intereses solo cuando se aplica en créditos de vivienda de largo plazo y no cuando se utiliza en los demás tipos de obligaciones. “Cuando se trate de créditos para la adquisición de vivienda, es evidente que la ‘capitalización de intereses’, sí resulta violatoria del artículo 51 de la Constitución, pues ... la Constitución establece el ‘derecho a la vivienda digna’ como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos”. Cuando un industrial se endeuda para adquirir un bien de capital que estará operando plenamente a 5 años puede capitalizar sus intereses de 4 años para que su flujo de caja corra paralelo con el servicio de su deuda. Resulta que esto, de alguna manera, no es digno. Pero si un adquirente de vivienda tiene un problema similar y sabe que en razón de los ascensos que están implícitos en su carrera ganará más en términos reales en 5 años, no puede recurrir al mismo procedimiento para ligar sus ingresos al servicio de su deuda. Se lo prohíbe la Corte para protegerlo, como a un infante, de lo que la mayoría de magistrados considera inconveniente.

La decisión es incoherente porque resulta que la capitalización de intereses no es constitucional sino solo en algunos casos, cuando la Constitución por definición debe definir lo aplicable para todos en general. Se vulnera uno de los cimientos de la democracia liberal que es el principio de que todos los ciudadanos son iguales frente a la ley. La decisión es restrictiva de la libertad económica porque le impide a cientos de miles de usuarios del sistema financiero de vivienda, que entienden perfectamente las implicaciones de un sistema que capitaliza los intereses y que no le ponen ningún reparo, utilizar su mejor juicio para tener las cuotas más acordes con su ingreso. Excluye a una buena proporción de usuarios jóvenes cuyos ingresos reales aumentarán con los

años, que podrían adquirir vivienda utilizando provechosamente la ingeniería financiera, pero cuyo acceso se lo niega una sentencia basada en un prejuicio.

Un magistrado sostenía airadamente que a algunos usuarios del sistema las nuevas normas le habían incrementado el monto de las cuotas. No entendía bien que la reliquidación por medio de la fórmula de inflación reducía el monto de la obligación, pero las cuotas subían precisamente por sostener un dogma. Más precisamente, los usuarios que estuvieran comenzando sus préstamos debían amortizar parte del capital de su obligación desde el principio y no podían desplazarlo en el tiempo para obtener una cuota promedio más adecuada a sus ingresos. El doctor Alfredo Beltrán dijo en un debate en el que yo participé que lo que pasaba era que la capitalización de intereses era tan expropiatoria que hacía que la deuda nunca pudiera ser pagada. Yo le repliqué entonces que las obligaciones eran a 15 años y no al infinito, en lo cual había una diferencia.

Lo anterior demuestra claramente una incompreensión aritmética de cómo el sistema UPAC mantenía el nivel real de las obligaciones, al mismo tiempo que la propiedad se valorizaba cercanamente y los ingresos de los usuarios se elevaban por encima del ritmo de la inflación. Si esto ocurría no había problema alguno, como no lo hubo durante 26 años en que funcionó muy satisfactoriamente el sistema UPAC. El problema surgió por una crisis internacional que cayó sobre una economía en profundo desequilibrio macroeconómico, entre ellos un enorme déficit fiscal que la Corte Constitucional no ha contribuido a reducir. Es indudable que el doctor Lauchlin Currie era un mejor diseñador de políticas económicas que una Corte Constitucional que no cuenta con economistas doctorados y que no se deja asesorar por los que no comulgan con las posiciones ideológicas de su mayoría numérica. Sin embargo, el chivo expiatorio fue el demonizado sistema UPAC y se presionó por una legislación que tiene fallas que surgen de esta carencia de técnica y de verdad que le impuso la Corte al Gobierno y al Congreso.

La respuesta a esta pregunta sobre la calidad de las decisiones constitucionales es que la Corte no tiene en cuenta la opinión de los economistas más entrenados y de mayor seriedad profesional, que muchos de sus fallos se apoyan en criterios inadecuados, en prejuicios sobre el funcionamiento del sistema financiero y sobre la ingeniería financiera y en visiones siniestras sobre los banqueros y sobre los órganos competentes para atender estos problemas. La calidad de la legislación debe ser entonces necesariamente pobre y creará muchos problemas tanto para los deudores como para los acreedores del nuevo sistema de financiamiento de vivienda.

Hay que seguir afirmando que en economías inflacionarias y de alto riesgo macroeconómico los sistemas de financiamiento de largo plazo tienen que ser de corrección por inflación más tasa de interés, al que hay que agregarle un mecanismo de cobertura de riesgo, que la capitalización de intereses es un

sistema ingenioso que amplía el financiamiento de obligaciones de largo plazo a un número mayor de personas. Se puede afirmar incluso que las limitaciones anti-técnicas que se le imponen al sistema financiero, como las leyes contra la usura y la prohibición de la capitalización de intereses, terminan por impedir subdesarrollo, a hacer que las tasas de interés y los márgenes de intermediación financiero sean más altos y a trabar crucialmente el desarrollo tanto de la vivienda en particular como del capitalismo en nuestro país.

Lo anterior me lleva a la tercera pregunta:

### **3. ¿Facilita la Corte Constitucional el desarrollo económico por medio de su jurisprudencia?**

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

Mancur Olson, un gran científico de la acción colectiva y de las instituciones, escribía en su obra póstuma, **El poder y la prosperidad**, que en todos los países del mundo se desarrollan aceptablemente los mercados de bienes al contado y con crédito de corto plazo. Sin embargo, los mercados de activos productivos y financieros de largo plazo, como acciones, hipotecas y bonos, y los derivados que protegen a los agentes de los distintos riesgos, sólo se han logrado profundizar en los países ricos que han creado las instituciones legales requeridas y que, sobre todo, mantienen a raya la inflación. Eso hace la gran diferencia entre países prósperos y países pobres.

“Para capturar todas las ganancias del comercio -- afirmaba Olson -- se requiere un orden legal y político que garantice la ejecución de los contratos, proteja los derechos de propiedad, desarrolle los acuerdos hipotecarios, permita la responsabilidad limitada de las empresas y facilite el uso extendido y perdurable del mercado de capital que hace más líquidas las inversiones y los préstamos de lo que sería posible de otra forma. Estas condiciones deben ser respetadas por largos períodos de tiempo para generar las expectativas adecuadas entre los agentes”.<sup>3</sup>

Lo efectuado por la Corte Constitucional colombiana está en contravía con estas condiciones necesarias y suficientes para desatar las fuerzas productivas de los países menos desarrollados. El sistema UPAC llevaba 26 años de

<sup>3</sup> Mancur Olson, **Power and Prosperity**, Basic Books, New York, 2000, p. 185

funcionamiento muy exitoso y la Corte lo declaró inconstitucional a raíz de una crisis, sin buena razón técnica. Se generó de esta manera mucha incertidumbre frente al cambio radical de las reglas de juego de financiamiento de vivienda, paralizando la construcción durante todo este tiempo y sin avizorarse el fin de este tortuoso proceso legal. Las razones para cambiarlo no fueron claras y se dieron en oposición con la jurisprudencia que había mantenido la Corte en 8 ocasiones anteriores. Todos los contratos hipotecarios dejaron de cumplirse y debieron ser revisados. Al mismo tiempo, un magistrado invitaba a los deudores a demandar a las corporaciones de vivienda, congestionando un sistema que de por sí está muy atrasado en la resolución de pleitos, a litigar en vez de cumplir con sus obligaciones. Otras decisiones han ido en la misma dirección, por ejemplo, incentivando a los padres de familia a no cumplir sus contratos con los colegios o a los usuarios del sistema de salud a exigir servicios especiales y a evadir sus contribuciones.

Hacia futuro la propia clase media sufrirá no solo porque aumentará su tributación sino porque el crédito de vivienda escaseará, las casas y apartamentos van a subir de precio y muchas más familias deberán resignarse a ser inquilinos que no propietarios.

Con esos antecedentes, es difícil que existan nuevas inversiones en el sistema financiero colombiano porque está expuesto a la inseguridad jurídica. Los inversionistas colombianos han conocido la animadversión de la mayoría de la Corte contra el negocio financiero y deben estar pensando en salirse del negocio de la financiación de vivienda y en la dificultad de poder ampliar su negocio en general, mientras los extranjeros se preguntan que otras decisiones jurídicas podrían cambiar de nuevo en forma radical las reglas de juego con que se rige el negocio. Por el momento, figuran muy pocas nuevas inversiones en el país por la inseguridad física y este ya mal cuadro se hace más complejo con la inseguridad jurídica.

La razón para que sea tan importante la seguridad jurídica es que contribuye a que los negocios sean llevados a cabo cumpliendo no solo los contratos sino también la palabra y que los inversionistas tengan cierto nivel de garantías mínimas de que estos no serán cambiados por ley ni será apropiada una parte desproporcionada de las utilidades del negocio por otros agentes.

Otra cuestión que acarrea este tipo de sentencias es que se incentiva la cultura del no pago, la del incumplimiento de la palabra y de los compromisos por parte de los agentes. Es darle rienda suelta al ventajismo. De esta manera se propaga el conflicto en la sociedad y se incrementa el nivel de desconfianza. Ante esa situación, el sistema financiero deberá exigir un mayor número de garantías por los créditos que otorgue, extenderá un monto menor de créditos y dejará por fuera precisamente a todas aquellas personas que quiso beneficiar la Corte con su accionar. Ello hará al sistema financiero mucho más llano e impedirá el surgimiento de los mercados complejos a los que se refería Olson

como imprescindibles para un desarrollo pleno de las fuerzas productivas en los países que no gozan de este privilegio.

La creciente desconfianza de la gente en el sistema legal, caracterizado por esta jurisprudencia voluble y un grado de impunidad elevadísimo, implica que el capital social se reduce. Los fallos del sistema parecen depender de relaciones políticas y familiares de los implicados. Hay intercambio de reciprocidades. El cabildeo ya no se hace tanto frente al Congreso como frente a la Corte Constitucional. Muchas personas en Colombia ni siquiera acusan en crímenes tan graves y que atiborran al país como el homicidio, pero muchos otros litigan sin cesar en torno a sus hipotecas.

La respuesta a esta pregunta sobre el aumento de la riqueza es entonces también negativa: la Corte Constitucional ha propiciado un menor desarrollo de largo plazo de la economía colombiana. Ahora se podría afirmar que el deterioro del crecimiento se dio en aras a una mayor justicia social. Lo que me conduce a la última pregunta:

#### **4.¿Contribuyen los fallos de la Corte en materia de vivienda a la justicia social?**

Para contestar este interrogante necesitaríamos el perfil de los 800.000 deudores de UPAC que fueron beneficiados con los alivios que estaremos pagando los contribuyentes hacia el futuro y sopesar quien ganó y quien perdió en la operación. Lo primero que conocemos es que los alivios no tuvieron que ver con el sistema de vivienda social que tiene subsidios explícitos por parte del Gobierno y que constituyen el sector más pobre pero que aún tiene acceso a la vivienda en condiciones financieras subsidiadas. La gente más pobre que tiene acceso a la vivienda propia que es expoliada por los urbanizadores piratas que han construido el 70% de la superficie de Bogotá, esos sí usureros que cobran 4 y 5 veces la tasa del sistema financiero al enfrentar altos riesgos de no-pago, tampoco se benefició para nada de las sentencias. Los todavía más pobres que viven en los inquilinatos y que deben pagar los arriendos que se fijan de acuerdo con los términos de financiamiento oneroso que obtuvieron sus dueños tampoco fueron protegidos por la Corte.

¿Quién entonces recibió protección en medio de una crisis que hizo sufrir a toda la población colombiana? Pues las clases media y alta. Los más favorecidos fueron los que especularon en el auge de la construcción entre 1993 y 1996 que se endeudaron para adquirir apartamentos como inversión. Después se beneficiaron los de las hipotecas más grandes de \$120 millones, el 2.4% de los créditos, que obtuvieron alivios equivalentes al 10.2% del total concedido. Las hipotecas de más de \$72 millones constituyeron solo el 4.6% del número de créditos aliviados, y sin embargo obtuvieron una rebaja del 16.6% del monto del alivio. En cambio las hipotecas entre 0 a \$48 millones que eran el 77.8% del número recibieron solo el 50.9% de los alivios. La distribución de los beneficios

fue entonces desigual y recibieron proporcionalmente más los pocos con hipotecas más altas que los muchos con obligaciones más bajas.

Preguntémonos ahora ¿quien paga los alivios? Primero que todo los usuarios del sistema financiero que tiene una nueva inversión forzosa que deberá ser trasladada a ellos. Se aumentará el margen financiero y no faltarán los que acusen a los bancos de perpetrarlo. Segundo, todos los contribuyentes que deberán aumentar sus impuestos en la medida en que se vayan venciendo los bonos que utilizó el Gobierno para sufragar los alivios: incluye el IVA que pagan desde los más humildes colombianos hasta los más ricos, el impuesto de renta que pagamos puntual y enteramente solo la clase media asalariada y que eluden en buena parte los profesionales por cuenta propia y los más ricos que tienen sus propios negocios.

La respuesta sobre los efectos distributivos de los fallos sobre vivienda es entonces nítida: las sentencias hicieron más injusta la distribución de la renta en Colombia después de impuestos de lo que era antes, con el agravante de que contribuyeron a ahondar el déficit fiscal que a su vez aumenta el riesgo país, precisamente el que fuera detonante de la crisis de 1998-1999.

\* \* \*

Para redondear y en conclusión general, es claro que la Corte Constitucional ha invadido los terrenos de otros poderes constituidos del Estado colombiano, debilitando a la democracia representativa; que lo ha hecho sin conocimiento de causa, actuando con criterios anti-técnicos y anti-científicos; que ha erigido obstáculos nuevos al desarrollo económico colombiano, alejándonos de la construcción de mercados de capital complejos; que ha contribuido poco a una mayor justicia social y, finalmente, que ha aumentado el riesgo macroeconómico a que ha estado sometido el país en el pasado inmediato.

Se desprende de todo lo anterior que la elección de nuevos magistrados que se aproxima debe ser hecha de acuerdo con criterios meritocráticos, exigir mucha experiencia en el sistema judicial y tener un buen conocimiento de derecho económico. Eso evitará que la interpretación constitucional se constituya en impedimento para el desarrollo económico, que continúe con el debilitamiento del Estado que surge del enfrentamiento entre sus poderes y sirva de verdadero vehículo para la justicia social.