

R E V I S T A

IUSTIA



BOGOTÁ, ISSN: 1900-0448 - FACULTAD DE DERECHO - Nº 36 - ENERO / JUNIO 2012



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012

IUSTA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 36	pp. 1 - 170	Enero Junio	2012	ISSN 1900-0448
-------	--------------------------	--------	-------------	----------------	------	-------------------



Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
2012

Corrección de estilo
Diana Marcela Jaime López

Universidad Santo Tomás
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01
<http://www.usta.edu.co>
editorial@usantotomas.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia
2012

CONSEJO EDITORIAL

P. Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector General

P. Eduardo González Gil, O.P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Érico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo
Director de la Unidad de Investigación

Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.
Director Departamento de Publicaciones

María Paula Godoy Casasbuenas
Editora

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

P. Vicente Becerra Reyes, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho y Filosofía

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano Facultad de Derecho

Mario Federico Pinedo Méndez
Secretario de División de Filosofía y Derecho

Elisa Urbina Sánchez
Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Luis Alfonso Fajardo Sánchez
Representante de los profesores

Jorge Enrique Carvajal Martínez
Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho

COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano de la Facultad de Derecho

María Cristina Patiño
Doctora en Derecho Procesal - Docente Universidad Santo Tomás

Elisa Urbina Sánchez
Magíster en Economía y en Derecho Público - Docente Universidad Santo Tomás

Jorge Enrique Carvajal Martínez

Doctor en Sociología Jurídica - Docente Universidad Santo Tomás

Germán Burgos Silva

Doctor en Derecho - Docente Universidad Nacional

Gustavo Quintero

Doctor en Derecho - Docente Universidad de los Andes

Jorge Enrique Ibáñez Nájara

Magíster en Derecho Económico - Docente Universidad Javeriana

Olenka Wolkof Oxage

Doctora en Derecho Privado - Docente Politécnico Gran Colombiano

EDITOR DE LA REVISTA

Jorge Enrique Carvajal Martínez

COMITÉ CIENTÍFICO**Hartmut Maurer**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Martin Ibler

Profesor de la Universidad de Konstanz, Alemania

Dieter Lorenz

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Lorenzo Conlito Hueso

Profesor de la Universitat de València, España

Jean de Bols de Gaudusson

Profesor de la Universidad de Montesquieu, Bondeaux IV, Francia

PARES ACADÉMICOS PARA EL PRESENTE NÚMERO**José Manuel Gual**

Doctor en Derecho Privado
Docente Universidad Santo Tomás

Juan Carlos Villalba Cuellar

Magíster en derecho francés, europeo e internacional de
negocios. Universidad Militar

Olenka Wolcott

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Misael Tirado

Doctor en Sociología Jurídica. Profesor Universidad Militar

Mónica Fernández

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Vilma Moreno

Doctora en derecho
Profesor Universidad Santo Tomás

Jorge Oviedo Albán

Candidato a Doctor en Derecho, Magíster en Derecho
Profesor de la Universidad de la Sabana

Andrés Abel Rodríguez

Candidato a Doctor
Magíster en derecho
Profesor Universidad Nacional

Contenido

Editorial.....	9
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global	15
<i>Joaquín Acosta</i>	
Hacia la inclusión de lo ambiental dentro del concepto de sostenibilidad democrática propuesto en el informe “Nuestra Democracia” de la OEA y el PNUD	39
<i>Álvaro José Arango Restrepo, O.P.</i> <i>Juan Pablo Romero Correa, O.P</i>	
Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010	49
<i>Jorge Oviedo Albán</i>	
Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos	61
<i>Jheison Torres Ávila</i>	
ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN	
Las Operaciones de Mercado Abierto (OMA): instrumento eficaz para el control de la base monetaria. Trasegar histórico y pertinencia actual	83
<i>Ómar Alfonso Ochoa Maldonado</i>	
Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba	107
<i>Rodrigo Vargas Ávila</i>	

A propósito de los diez años de la extinción del sistema de financiación UPAC en Colombia: ¿es responsable el Estado colombiano en los procesos judiciales de cobro de créditos por este sistema?

About 10 Years After the Extinction of the UPAC Funding System in Colombia: Is the Colombian State Responsible in Legal Proceedings to UPAC Loans?

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2011

Fecha de evaluación: 20 de octubre de 2011

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2011

GISELA ANASTACIA GARCÍA TORRES*

RESUMEN

En mayo de 1999 miles de familias colombianas recibieron con alborozo el fallo judicial con el que el Consejo de Estado reconoció la nulidad del artículo 1° de la Resolución 18 de 1995 del Banco de la República. Este fallo fue seguido por las Sentencias de la Corte Constitucional C-383, C-700 y C-747, del mismo año, a través de las cuales se reconocieron básicamente dos grandes errores, que desde 1993 se venían cometiendo en la liquidación de los créditos financiados en UPAC, a saber: 1) la corrección monetaria no debía liquidarse con base en el factor DTF, sino en el IPC; 2) para los créditos de vivienda era inconstitucional la capitalización de intereses, aplicada con base en el artículo 121 del Decreto 663 de 1993.

* Abogada especialista en Derecho Público Financiero. Diplomada en Matemáticas Financieras. Diplomada en Responsabilidad Civil y Derecho de Daños. Candidata a Magíster en Derecho Procesal de la UDEM. Presidente ICARCE.

Entre 1996 y 2009 más de 1300 sentencias han ordenado remate de viviendas, lo que ha dado resultado a un promedio de 5.000.000 de colombianos desplazados por el UPAC. En este sentido, este análisis pretende despertar la inquietud con respecto a la defensa de quienes perdieron sus viviendas, a partir del establecimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado y el abuso del derecho en cada caso.

Palabras clave: sistema de financiación UPAC, deudores hipotecarios, tasas justas, créditos de vivienda, crisis financiera, jurisprudencia, reliquidación, reestructuración.

ABSTRACT

In May, 1999, thousands of families joyfully received the verdict in which the State Council recognized the invalidity of Article 1 of Resolution 18 of 1995, the Bank of the Republic. This ruling was followed by rulings C-383, C-700, and C-747 of the Constitutional Court the same year, which were recognized as basically two big mistakes which had been committed since 1993 in the liquidation of loans financed at UPAC, to know: 1) the monetary correction should not be settled based on the DTF factor, but on IPC; 2) for housing loans, the capitalization of interest applied on the basis of Article 121 of Decree 663 of 1993 was unconstitutional.

Between 1996 and 2009 more than 1300 statements have ordered the auction of homes, resulting in an average of 5,000,000 Colombians displaced by UPAC. In this way, this analysis intends to arouse the concern to defend the interests of our constituents in arguing and proving the liability of the state and the abuse of rights in each case.

Keywords: UPAC funding system, mortgagees, fair rates, home loans, financial crisis, reassessment, restructuring, renaming.

"Creo que las instituciones bancarias son más peligrosas que un ejército. Si el pueblo americano alguna vez permite a los bancos privados controlar la emisión de moneda, los bancos y las corporaciones que crecerán alrededor de ellos privarán al pueblo de su propiedad hasta que sus hijos despierten sin casa en el continente que sus padres conquistaron".

Thomas Jefferson

Respecto a este hay que decir que la crisis de los deudores hipotecarios no ha sido exclusiva de nuestro país. En España, hacia 1986 surgió un movimiento civil organizado y denominado Asociación de Usuarios Bancarios (AUSBANC), cuya prioridad fue obtener tasas justas para los créditos de vivienda, que por entonces superaban el 18% anual. A la fecha, AUSBANC apoya a distintos países latinoamericanos a través de AUSBANC INTERNACIONAL.

INTRODUCCIÓN

Sobre el tema de los créditos de vivienda se ha especulado mucho desde las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional del año 1999, en relación con el sistema de financiación en UPAC.

En México, la crisis de los deudores de vivienda alcanzó niveles políticos, de lo que resultó, entre otras, la creación de la Comisión Nacional de Defensa del Usuario de Servicios Financieros (CONDUSEF), que subsiste dentro de la estructura gubernamental, a la par de la entidad que vigila y controla el sector financiero. Su misión es atender

y asesorar jurídicamente al usuario frente a los conflictos que surjan con las entidades financieras.

Así mismo, en Venezuela las demandas judiciales impulsadas por la Asociación Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO) contra el sistema de financiación de vivienda trajeron como resultado que en enero de 2000 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia proferiera sentencia, la que es similar a las declaradas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en Colombia en 1999.

Más recientemente, en Estados Unidos se vivió una crisis financiera que tuvo como punta del iceberg el desplome de las hipotecas *subprime*, dejando al descubierto las graves consecuencias de una débil reglamentación y de la ausencia de rigor en el control y vigilancia de la actividad financiera.

En relación con la crisis de finales de la década de los años 90 del sector financiero colombiano, la declaratoria de emergencia económica ocurrida en noviembre de 1998 (Decreto 2330 de 1998) y la declaratoria de exequibilidad de la misma, proferida por la Corte Constitucional la primera semana de marzo de 1999, exponen ampliamente la existencia de los presupuestos fácticos de la teoría de la imprevisión como fundamento jurídico del resultado final de los créditos financiados en UPAC.

Así, desaparecido el antiguo régimen de créditos de vivienda a raíz de las sentencias de nulidad e inexecutable que afectaron el mismo, se hizo imperativo legitimar el cobro de lo pagado mediante la reliquidación del crédito, determinando si el monto de dinero cobrado y pagado correspondía con los criterios de dichas sentencias.

A la par de los procesos judiciales que se tramitan entre las entidades acreedoras y los deudores crediticios, se presentaron algunas demandas de reparación directa contra el Estado colombiano (realmente pocas, teniendo en cuenta el volumen de

créditos afectados), a causa de su responsabilidad en la situación que desembocó en las ejecuciones judiciales de las hipotecas y demás garantías que amparaban dichos créditos. Su trámite es lento y se estima que pase bastante tiempo –van más de diez años de trámite procesal– antes de conocer sus resultados.

Desde mi punto de vista, el problema se plantea a través de los siguientes interrogantes:

1. ¿Es o no responsable el Estado colombiano de los perjuicios ocasionados por los remates judiciales de inmuebles, dentro de los procesos de cobro ejecutivo de las hipotecas en los créditos bancarios del sistema UPAC, soportados en saldos excedidos por la capitalización de intereses y una corrección monetaria mal formulada?
2. ¿Es o no responsable el Estado colombiano por la negligencia y omisión de quienes actúan en su nombre y por su delegación (Banco de la República, SuperFinanciera, algunos funcionarios judiciales y el sector financiero)?

Considerando nuestra responsabilidad como actores del ejercicio de los derechos de las personas, este modesto análisis pretende, ante todo, despertar la inquietud y la capacidad investigativa de nosotros los abogados, quienes, en últimas, somos los llamados a aportar a los administradores de Justicia los elementos de juicio que sean necesarios para defender los intereses de nuestros representados, bien sea para demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado o bien, la ausencia de ella. De igual manera, es una invitación a estudiar y a profundizar las particularidades del aspecto judicial del crédito de vivienda en Colombia, toda vez que de su correcta o incorrecta aplicación se generan deberes y derechos, que, en el último de los casos, afectan ostensiblemente el patrimonio de una de las partes del negocio mercantil, que por lo general es la parte débil de la relación contractual: el deudor.

En todo caso, no pretende ser una tesis irrefutable, ya que mi labor ha sido buscar en las normas legales y técnicas las respuestas a inquietudes de carácter profesional. Por lo tanto, contiene lo hallado bajo el entendimiento propio, dentro del marco de mi ejercicio como abogada, auxiliar de la justicia y estudiante de temas como matemáticas financieras, responsabilidad civil y derecho procesal, entre otros.

En todo caso, para las miles de familias cuyo patrimonio está demandado por el banco respectivo, el horizonte no está claro, como también corren el riesgo de entrar a engrosar las cifras alarmantemente altas de hogares desmembrados por los desalojos, a consecuencia de los remates judiciales. Tristemente, en Colombia existen más desplazados por esta violencia disfrazada de legalidad que por la acción de los mismos paramilitares y la guerrilla.

Entre 1996 y 2009 más de 1300 sentencias han ordenado el remate de viviendas, lo que resulta, sobre el supuesto de familias de un mínimo de cuatro integrantes cada una, en un promedio de cinco millones de colombianos desplazados por el UPAC.

Reitero entonces que la pretensión de este análisis es despertar la inquietud y la capacidad investigativa de nosotros los abogados, para defender así los intereses de nuestros representados, demostrando la responsabilidad patrimonial del Estado o la ausencia de ella, al igual que el abuso del derecho por parte de las entidades financieras acreedoras o la ausencia de él. Ello, ante el alto grado de probabilidad de que el resultado sobre la responsabilidad y el abuso antedichos sea positivo, lo cual representaría la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados al respectivo deudor.

CONTEXTUALIZACION

Para enmarcar la idea del presente argumento, me referiré al tema brevemente introducido, en lo que respecta al papel desempeñado por el Estado colombiano en el desarrollo del sistema de financiación en UPAC.

En 1972, el Estado, representado por el gobierno de turno en cabeza del Dr. Misael Pastrana, implementó un sistema de financiación de vivienda que venía a satisfacer la necesidad de distintos sectores de la comunidad de una manera rentable para todos los involucrados. Entre algunos de los propósitos de este sistema se encontraban:

- Garantizar a los colombianos el acceso a un crédito de vivienda a largo plazo, con unas tasas de interés que fueran consecuentes con el ingreso promedio y en íntima relación con el costo de vida.
- Garantizar al sector de la construcción el acceso a un crédito de financiación de sus proyectos, con tasas accesibles y con la seguridad del pago a través de las subrogaciones de las viviendas construidas. El impulso a este renglón de la economía permitía, a su vez, jalonar el empleo directo e indirecto.
- Garantizar al sector financiero la rentabilidad de su dinero, a través de un sistema de financiación que mantuviera la capacidad adquisitiva del capital. Esto, mediante la equivalencia de cada peso en una unidad de cuenta (denominada "Unidad de Poder Adquisitivo Constante" -UPAC), la cual al ser aplicada diariamente ejercería la corrección monetaria de los dineros colocados por los bancos.

Todo esto, en desarrollo de la obligación constitucional del Estado de responder a las necesidades de los gobernados y siempre dentro del marco jurídico de la propiedad privada, la actividad económica y la iniciativa privada, la dirección general

de la economía y la actividad financiera. Lo anterior ya estaba contemplado en la Constitución Política de 1886 (artículo 120-17), lo que fue trasladado a los artículos 58, 150, 189, 333, 334 y 335 de la Constitución Política de 1991.

En búsqueda entonces el hilo conductor entre el resultado del desarrollo de los créditos upaquizados y la responsabilidad del Estado en el resquebrajamiento patrimonial de los deudores respectivos, nos encontramos con las facultades estatales de dirigir y controlar el crédito en Colombia. Este control lo ejerce a través de la Junta Directiva del Banco de la República, que es la que crea y dispone las directrices que debe ejecutar el sector financiero público y privado para el desarrollo de su actividad (artículo 372 de la Constitución Política de 1991).

De esta manera, al devolernos en el tiempo al año de 1995 (antes de que se empezaran a percibir los primeros síntomas de las crisis económica de 1998), hallamos que el 30 de junio de ese año la Junta Directiva del Banco de la República expidió la Resolución 18, que en su artículo 1º estableció:

El Banco de la República calculará [...] 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 #17/93 de la misma Junta Directiva.

La DTF (como popularmente se le conoce) es un producto financiero llamado "Depósito a Término Fijo", estructurado por los bancos para el público en general, a fin de brindar un rendimiento financiero más alto que el de las cuentas de ahorro, a cambio de una disponibilidad en tiempo fijo de los dineros captados. Puede colegirse entonces que la tasa de los DTF debía ser más elevada que el Índice de Precios al Consumidor, el cual debía ser la medida para la tasa de colocación de créditos de vivienda.

El 21 de mayo de 1999 miles de familias colombianas recibieron con alborozo el fallo judicial con el cual el Consejo de Estado dictó sentencia en el Expediente No. 9280, reconociendo la nulidad del artículo 1º de la Resolución 18 de 1995 del Banco de la República. Este fallo fue seguido por las sentencias de la Corte Constitucional C-383¹, C-700² y C-747³, del mismo año, por medio de las cuales se reconocieron básicamente dos grandes errores, que desde 1993 se venían cometiendo en la liquidación de los créditos enmarcados en el sistema de financiación UPAC, especialmente en aquellos cuya destinación fuera la adquisición de una vivienda familiar.

Esos errores fueron:

1. La corrección monetaria no debía liquidarse con base en el factor DTF, sino en el IPC.
2. Para los créditos de vivienda era absolutamente inconstitucional la capitalización de intereses que venía aplicándose con base en el artículo 121 del Decreto 663 de 1993.

En consecuencia de los fallos anteriormente citados, el Congreso colombiano expidió la Ley 546 de diciembre 23 de 1999, denominada "Ley marco de crédito de vivienda en Colombia".

Esta ley fue objeto de sendas demandas de inconstitucionalidad, que fueron resueltas mediante

1 Corte Constitucional, Sentencia C-383, mayo 27 de 1999, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Mediante esta sentencia se declaró inexecutable el sistema de financiación UPAC.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-700, septiembre 16 de 1999, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández. En ella se legisla sobre si procede la reliquidación de los créditos y la devolución de lo pagado en exceso.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-747, octubre 6 de 1999, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández. A través suyo se declaró inexecutable la capitalización de intereses para créditos de vivienda; inexecutable parcial del artículo 121 del Decreto 663/93.

las Sentencias C-955⁴ y C-1140⁵ del año 2000, en las cuales se fijaron derechos para los deudores, especialmente para aquellos que fueran objeto de demandas judiciales por parte de los bancos.

Además de las anteriores, también se destacan las Sentencias SU 846⁶ del año 2000, la T-597 de 2006⁷, la SU 813 de 2007 y la T-1240 de 2008⁸, todas de la Corte Constitucional, en las cuales se reitera el precedente jurisprudencial de los anteriores fallos judiciales de 1999 y del año 2000, que de manera breve detallamos a continuación:

1. Los deudores que consideren que el alivio aplicado por la entidad financiera, en virtud del artículo 42 de la Ley 546/99, es inferior al valor que debiera compensárseles, podrán demandar la reliquidación de su crédito, para que mediante sentencia judicial se determine quién le debe a quién y se hagan las correspondientes compensaciones. De esta manera, la Corte Constitucional aclaró que el precitado alivio no constituía *per se* el resarcimiento total a los deudores. Este aspecto de las sentencias mencionadas es supremamente importante, ya que permitió diferenciar claramente entre reliquidación, reestructuración y red denominación. Temas totalmente diferentes, cuyo común denominador son los créditos de vivienda en UPAC, pero que al ser mal manejados o manipulados dentro de un proceso judicial por las entidades demandantes, terminan confundien-

do al juzgador, que por lo general desconoce las profundidades del tema financiero y, en la mayoría de los casos, concluye fallando en contra del deudor más por desconocimiento que por parcialidad.

2. Todos los créditos de vivienda otorgados bajo el sistema UPAC, que tuvieran saldos vigentes al 31 de diciembre de 1999, una vez aplicado el alivio al que tenían derecho por ministerio de la Ley 546/99, debían ser reestructurados. De no cumplirse el proceso de reestructuración, ninguna de estas obligaciones es exigible judicialmente. Lo anterior simplemente quiere decir que todas las demandas presentadas por los bancos para ejecutar créditos que no hayan cumplido este requisito están afectadas de nulidad.
3. Dentro de las oportunidades procesales de defensa para los deudores de créditos UPAC demandados, la Ley 546 de 1999 introdujo un recurso, por demás extraordinario, dentro del proceso ejecutivo hipotecario, que no existe en ningún otro proceso: la excepción de pago establecida en el artículo 43 de dicha ley, la cual puede presentarse en cualquier estado del proceso, aun si se ha dictado sentencia.

De tal manera, para que los derechos de los deudores sean reconocidos en cada uno de los procesos judiciales que se les adelanta, no basta con que existan legal, constitucional o jurisprudencialmente. Hay que saber pedirlos, y para ello el abogado que apodere al deudor, ya sea como demandante o demandado, debe ser consciente de que la procedibilidad de sus pretensiones está íntimamente vinculada con los hechos concretos y está determinada, además, por las pruebas referidas al crédito y a su evolución, principalmente las que provienen del dictamen pericial financiero.

Lastimosamente muchísimas familias ven rematar su casa e impotentemente son desalojadas porque

4 Corte Constitucional, Sentencia C-955/00, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández. Se plantea en ella la exequibilidad de la Ley 546/99, condicionada a la parte motiva de la misma sentencia.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-1140/00, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández. En ella se plantea que el artículo 43 de la Ley 546/99 es exequible. Los deudores pueden demandar los excesos que consideren. El alivio no representa *per se* la depuración del crédito.

6 Esta confirma el efecto retroactivo de la Sentencia 9280/99 del Consejo de Estado y de la C-383/99 de la Corte Constitucional.

7 La excepción de pago establecida en el artículo 43 de la Ley 546/99 procede en cualquier estado del proceso, aun si se ha dictado sentencia.

8 El proceso de reestructuración es obligatorio para créditos desembolsados antes del 31 de diciembre de 1999. Sin él, la obligación no es exigible. Se trata de un título ejecutivo complejo.

no supieron pedir justicia. En estos casos en que el sector financiero ha venido detentando, prácticamente desde siempre, la razón en los temas financieros, se despliegan todos los argumentos amañados a sus intereses, de tal manera que el juez de turno no alcanza a ser convencido por las defensas jurídicas, quienes involuntariamente han pecado por no saber precisar y enfocar los argumentos de sus demandas y la pertinencia y contenido de las pruebas respectivas.

De tal suerte, ante la imprecisión o inexactitud de la argumentación de las novísimas y particulares situaciones que la jurisprudencia ha definido a favor de los deudores, al igual que ante la falta de unidad de criterio judicial alrededor de las mismas, el juez opta por fallar a favor del acreedor financiero, justificando la ejecución de la hipoteca en la existencia de un título de valor complejo, que bajo la lupa del precedente jurisprudencial antes mencionado no pasa la prueba de ser tal o, por lo menos, de ser ejecutable.

Sobre la importancia determinante del dictamen pericial en este tipo de procesos se pronunció la Corte Constitucional en la T-417 de 2008⁹. Pese a que tiene efectos entre las partes, en lo que atañe a lo resuelto por dicha sentencia contiene en su *ratio decidendi* la reiteración de la jurisprudencia en relación con el deber que tiene el juez en la búsqueda y la comprobación de la verdad, sobre la cual fallará; pero así mismo resalta el valor probatorio del dictamen pericial rendido sobre un asunto especializado, lo que es ajeno al saber jurídico del juez.

CONCEPTUALIZACION

La discusión histórica alrededor de los principios del papel del Estado y sus consecuencias consoli-

dó la irresponsabilidad este bajo el argumento de que “el gobernante no pueda cometer errores” (Ibáñez, 2003: 22). Argumentando esta teoría, Frezzini decantó las siguientes premisas:

- La soberanía del Estado que niega la igualdad del Estado con el individuo (el soberano no puede ser responsable ante el súbdito).
- Siendo el Estado el representante del derecho organizado, no puede aparecer como violador de él.
- Los hechos de los funcionarios jamás pueden considerarse hechos del Estado (citado en Cassagne, 1993: 46).

Afortunadamente esta concepción evolucionó hacia la adopción de principios más jurídicos y menos políticos, en la búsqueda de la conciliación de los derechos del individuo con los de la sociedad, representada por un Estado de derecho y no por uno soberano y autoritario. Dicho Estado de derecho ha derivado actualmente en un Estado providente y social de derecho.

El camino recorrido por el proceso de reconocimiento de la responsabilidad del Estado ha sido lento, difícil y atacado por retrocesos y contradicciones; a pesar de sus logros, aún no culmina totalmente.

Para el caso presente, encontramos que la responsabilidad del Estado colombiano en los procesos judiciales de los créditos en UPAC se da no solo desde su posición de emisor, vigilante y controlador, sino también desde el punto de vista del acto de la reliquidación, entendido este como un acto administrativo complejo.

Es complejo porque lo ordena una ley (546/99), faculta a un ente privado (el banco) para que lo produzca y lo somete a la aprobación de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera, agente de control estatal). Tenemos,

⁹ El juez está obligado a ordenar oficiosamente el dictamen pericial cuando las pruebas aportadas por las partes referidas al mismo asunto sean contradictorias. Prima la prueba judicial sobre la sumaria que aporten las partes y sean practicadas extra-proceso.

entonces, que el banco, al proferir el acto administrativo de la reliquidación, lo hace en ejercicio de una función pública actuando como un agente del Estado.

Así, al ser un acto administrativo, debe surtir el trámite respectivo de la notificación para que quede en firme. Lo cual, como es de suponerse, no ocurrió en el 99% de los procesos judiciales correspondientes. Y si el acto de la reliquidación, siendo por su naturaleza un acto administrativo, no ha quedado en firme a causa de ausencia del trámite de la notificación formal (C.C.A.), ¿qué pasa con todos los procesos judiciales en que los valores demandados como capital insoluto provienen o han sido afectados por ese ejercicio financiero?

Ahora bien, desde el punto de vista de su facultad de vigilancia y control, la premisa de la responsabilidad del Estado encuentra su fundamento en la Constitución Nacional, en sus artículos 2, 6, 26, 58, 90, 150, 189, 333, 334 y 335, en cuyo desarrollo descansa la responsabilidad extracontractual del Estado, siendo su finalidad precisamente hacer que este responda patrimonialmente por los daños antijurídicos que cause con los actos, hechos y omisiones imputables a los antes públicos. Al respecto, el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 establece todos los organismos que conforman la estructura de la administración pública y que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

Por su parte, los artículos 2347 al 2379 del Código Civil establecen la responsabilidad de determinadas personas por los hechos de otras que están bajo su supervisión o dependencia. En el derecho administrativo, este tema corresponde al marco de las actividades de regulación y supervisión y, en un amplio sentido, a las facultades de política administrativa. La responsabilidad se compromete, en principio, por la omisión de una vigilancia

adecuada sobre las personas públicas encargadas directamente del control sobre los entes que causen daños a los administrados.

Específicamente, el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República, como jefe de Estado, la Inspección y vigilancia sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Esta actividad de inspección, vigilancia y control sobre el conjunto del sistema financiero es la que plantea características más complejas desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, y adquiere singular importancia en épocas de crisis de la economía.

La actuación de la administración tiene por objeto asegurar que los agentes económicos y financieros cumplan las condiciones y requisitos determinados por las normas legales para el ejercicio de sus actividades, de manera que se protejan los derechos e intereses de las personas que se relacionan con los sujetos supervisados.

La supervisión comprende el ejercicio de técnicas de control que suponen la aplicación permanente de potestades de autorización, imposición o sanción, según el caso.

En relación con la actividad de vigilancia y control del Estado, la responsabilidad a que pueda dar lugar la supervisión del sector financiero de la economía se da en dos posibilidades: la primera, que quienes sufran los daños sean los entes vigilados, como consecuencia de la propia actividad supervisora (por ejemplo: una intervención inadecuada y torpe o una sanción injustificada, cuya difusión provoca para el afectado graves consecuencias en el mercado); la segunda, que los afectados sean los administradores relacionados con los entes

vigilados (por ejemplo: accionistas o clientes, a causa de actuaciones o situaciones críticas que una adecuada supervisión de la administración hubiera podido evitar).

Con respecto a este tema es preciso anotar que en los distintos sistemas jurídicos conocidos ha habido históricamente una cierta renuencia de los tribunales a inmiscuirse en el manejo de la economía, teniendo en cuenta el alto grado de discrecionalidad administrativa que ese manejo suele comportar. No obstante, esta tendencia ha cedido al impulso de los imperativos del Estado Social de Derecho; muestra de ello han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en defensa de los deudores de obligaciones en UPAC.

A pesar de la lentitud de los procesos en materia de responsabilidad estatal en estos casos, ha quedado claro que en el tema de la supervisión administrativa del sector financiero –como también sucede con la supervisión de cualquier otro– no pueden existir normas legales o reglamentarias que excluyan o limiten la responsabilidad estatal, ya que de expedirse serían absolutamente inconstitucionales en tanto violan del artículo 90 de la Constitución Nacional.

Pese a la resistencia del Estado para aceptar que su responsabilidad se comprometa por sus actividades en el ámbito financiero y económico en general –lo cual es apoyado por muchos especialistas del sector de la economía, quienes consideran que los tribunales carecen del conocimiento técnico suficiente para intervenir en esta materia–, es la lógica del Estado Social de Derecho la que impone que un universo, antes vedado en nombre de la discrecionalidad, no pueda quedar excluido de la competencia de los jueces, en función de deducir la responsabilidad del Estado por los daños que cause el defectuoso funcionamiento de sus obligaciones de control, vigilancia y supervisión sobre los operadores de las finanzas y la economía.

CONCLUSIÓN

Podemos colegir, entonces, que en este campo es aplicable, sin restricciones, el régimen general de la responsabilidad administrativa.

La relación de causalidad entre la conducta de la nación, por intermedio del Banco de la República, al cambiar la fórmula de la UPAC, en detrimento de los usuarios crediticios, se ha configurado, al igual que han estructurado plena, consistente y fehacientemente todos los elementos de la responsabilidad extracontractual. Las herramientas jurídicas existen, los hechos son claros y el derecho comparado nos ofrece un considerable contenido doctrinal y jurisprudencial para apoyarnos. Estas posibilidades existen a pesar de que la jurisprudencia contencioso administrativa –que supo detectar muy rápidamente las limitaciones de un sistema global de responsabilidad totalmente objetiva– tiene varias tareas, como son la de complementar y ampliar las formas de responsabilidad objetiva desde la perspectiva de los daños resultantes del desconocimiento de principios, tales como la seguridad jurídica o la confianza legítima.

Todo ese ejercicio profesional debe darse bajo una premisa consciente, tal como lo expresa el reconocido maestro Ramiro Saavedra Becerra:

La responsabilidad en el Estado Social de Derecho, al fin y al cabo, no puede ser igual a la responsabilidad en el Estado de Derecho; aquella se puede justificar desde la perspectiva de la compensación patrimonial y ello es lógico dado sus fundamentos. Pero en el Estado de la Procura Existencial, la responsabilidad debe tener un sentido social, lo cual impone limitantes a la consideración de la propiedad como fundamento. Y en el Estado en vías de desarrollo donde la condición de social es apenas una aspiración que se construye diariamente, la responsabilidad debe, sin duda alguna, ser un instrumento de progreso y defensa de los más débiles, que resultan ser, en la inmensa mayoría de las veces, las únicas víctimas del incumplimiento

de los deberes más elementales de la Administración Pública. Y ese incumplimiento va desde el abandono de los cometidos más elementales hasta la violación ostensible de los derechos.

REFERENCIAS

Congreso de la República de Colombia (1999, diciembre 23). Ley 546 de 1999. *Diario Oficial* 43.827

Corte Constitucional, Sentencia C-383, mayo 27 de 1999, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-700, septiembre 16 de 1999, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-747, octubre 6 de 1999, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-1140/00, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia SU846/00, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia del Consejo de Estado, Sentencia No. 9280 de mayo de 1999, Sección Cuarta, M.P.: Daniel Manrique Guzmán.