

**EL LEASING HABITACIONAL CON OPCIÓN DE COMPRA COMO
MECANISMO DE FINANCIACIÓN PARA ACCEDER A UNA VIVIENDA DE
INTERESES SOCIAL EN COLOMBIA EN CONDICIONES DIGNAS**

CÉSAR JULIÁN MANTILLA RODRÍGUEZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA
2014**

**EL LEASING HABITACIONAL CON OPCIÓN DE COMPRA COMO
MECANISMO DE FINANCIACIÓN PARA ACCEDER A UNA VIVIENDA DE
INTERESES SOCIAL EN COLOMBIA EN CONDICIONES DIGNAS**

CÉSAR JULIÁN MANTILLA RODRÍGUEZ

**Trabajo de Grado Presentado como
Requisito para Optar al Título de Abogado.**

**Director
CARLOS AUGUSTO JAIMES BOHÓRQUEZ
Abogado**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA
2014**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. METODOLOGÍA.....	17
2. JUSTIFICACIÓN	18
3. OBJETIVOS	20
3.1 OBJETIVO GENERAL	20
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	20
4. EL CONTRATO DE LEASING	21
4.1 HISTORIA DEL CONTRATO DE LEASING.....	21
4.2 CLASES DE LEASING	24
4.2.1 Leasing Financiero y Leasing Operativo.....	24
4.2.2 Lease back.	27
4.2.3 Leasing bróker	31
4.2.4 Man tenance or service lease	32
4.2.5 Finance lease	32
4.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE LEASING.....	32
4.3.1 Elementos esenciales	32
4.3.1.1 Consentimiento.....	32
4.3.1.2 Objeto.....	33
4.3.1.3 Causa.....	33
4.4 NATURALEZA DEL CONTRATO DE LEASING	35
4.4.1 Tesis sobre la naturaleza jurídica	35
4.4.1.1 Tesis del arrendamiento	36
4.4.1.2 Tesis de la compraventa.....	36
4.4.1.3 Tesis del mandato	37
4.4.1.4 Tesis del préstamo	38
4.4.1.5 Tesis del contrato mixto.....	38

4.5	OPCIÓN DE COMPRA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE LEASING	39
5.	LA VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL EN COLOMBIA	40
5.1	EL FRACASO DE LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN COLOMBIA	43
5.2	POLÍTICAS DE FINANCIAMIENTO DE VIVIENDA EN COLOMBIA	46
5.3	LEY 546 DE 1999	48
5.3.1	Créditos Hipotecarios.....	50
5.3.2	Créditos en UVR.....	50
5.3.3	Crédito en Pesos.	51
5.4	EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA EN COLOMBIA. ANÁLISIS ART. 51 C.P	51
6.	EL LEASING HABITACIONAL HERREMIENTA PARA	55
6.1	LEY 795 DE 2003	55
6.2	EL LEASING HABITACIONAL	58
6.2.1	Elementos del Leasing Habitacional	60
6.2.1.1	Inmueble objeto del contrato	60
6.2.1.2	El precio.....	60
6.2.1.3	El plazo.....	61
6.3	DIFERENCIAS CON OTROS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA	61
6.4	SENTECNIA C-936 DE 2003.....	64
6.5	LEY 1464 DE 2011	73
6.6	DIFICULTADES PARA LA IMPLEMENTACION DEL LEASING HABITACIONAL PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL.....	74
7.	CONCLUSIONES.....	77
	BIBLIOGRAFIA.....	80
	ANEXOS.....	82

LISTA DE ANEXOS

Anexo A.	Referencia: expediente D-4468.....	82
----------	------------------------------------	----

RESUMEN

TÍTULO: EL LEASING HABITACIONAL CON OPCIÓN DE COMPRA COMO MECANISMO DE FINANCIACIÓN PARA ACCEDER A UNA VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL EN COLOMBIA EN CONDICIONES DIGNAS.*

AUTOR: CÉSAR JULIÁN MANTILLA RODRÍGUEZ**

PALABRAS CLAVES: leasing financiero, leasing habitacional, derecho a la vivienda digna, vivienda de intereses social, contrato atípico.

DESCRIPCIÓN: el trabajo monográfico pretende poner en evidencia la importancia del contrato de leasing para la adquisición de vivienda de intereses social en Colombia, partiendo del análisis histórico de la institución atípica, desde sus inicios en 1952. En este sentido, se recoge la doctrina más significativa para caracterizar el contrato, así como definir sus elementos y naturaleza jurídica, así mismo, se establecen los caracteres distintivos de las políticas de vivienda de intereses social en Colombia, así como la determinación de los elementos que integran el concepto del derecho a la vivienda digna a la luz de la Constitución Nacional, de ahí que se recurra a la exploración del pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana que ha definido los rasgos constitucionales de esta institución denominada leasing habitacional.

Junto con lo anterior, se estructura un interesante análisis del régimen jurídico del leasing habitacional, desatando el debate sobre la constitucionalidad del negocio jurídico como herramienta para la adquisición de vivienda. Así mismo, aborda los requisitos de validez y de existencia del contrato de leasing, y como conclusión aborda el tema de las dificultades para el desarrollo o implementación del contrato en materia inmobiliaria en Colombia, aspecto de vital importancia pues la monografía centra su estudio en la posibilidad de adquirir vivienda de intereses social con base en la ley 1469 de 2011 dadas las herramientas de la misma norma y sus decretos reglamentarios, en especial el decreto 0391 de 2012.

* Tesis de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho, Director: Carlos Augusto Jaime Bohórquez.

ABSTRACT

TÍTULO: HOME LEASING WITH PURCHASE OPTION AS A FUNDING MECHANISM TO ACCESS AFFORDABLE SOCIAL HOUSING WITH WORTHY HUMAN CONDITIONS, IN COLOMBIA

AUTHORS: CÉSAR JULIÁN MANTILLA RODRÍGUEZ

KEY WORDS: Financial leasing, home leasing, right to adequate housing, affordable social housing, atypical contract.

DESCRIPTION: This monographic work aims to highlight the importance of leasing contract in the acquisition of affordable housing in Colombia, based on the historical analysis of atypical institution, from its beginnings in 1952. In this regard, the most significant doctrine is collected to characterize the contract, and to define its elements and its legal nature. Likewise, the distinctive characters of the social housing policy interests in Colombia are set, as well as the determination of the elements which integrate the concept of the right to adequate housing, based on the National Constitution. Hence, the resort to explore the Colombian Constitutional Court pronouncement, which had defined the constitutional features of this institution, named home leasing.

Along with the above, a review of legal Interesting Housing Leasing, sparking debate on the constitutionality of the legal business as a tool for house purchase structure. It also addresses the requirements of validity and existence of the lease, and in conclusion addresses the issue of the difficulties in the development or implementation of the contract in real estate in Colombia, which is critical because the essay focuses on the study opportunity to acquire social housing interest based on law 1469 2011 given the tools of the same standard and its implementing regulations, particularly decree 0391 of 2012.

* Tesis de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho, Director: Carlos Augusto Jaimes Bohórquez.

INTRODUCCIÓN

Se ha presentado a través de las últimas décadas, un desarrollo sin precedentes tanto en los mercados internos como en los externos, y, como consecuencia, se han hecho evidentes las nuevas figuras jurídicas a través de contratos atípicos o no regulados en los códigos de nuestros países, por ello, el presente trabajo de investigación estará sustentado en una base doctrinal que desata conceptos como leasing financiero, leasing operativo, leasing habitacional, políticas públicas de vivienda de intereses social, y en este sentido, en desarrollo de la monografía y como consecuencia del estudio integral del contrato de leasing abordaremos el estudio del texto “El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda”¹, dicho texto bibliográfico aborda en detalle la incorporación de este novedoso contrato dentro del ordenamiento jurídico colombiano, así pues, con abundante material de referencia se adentra en el análisis de las diferentes normas que desde 1979 han permitido poco a poco la utilización del contrato de leasing financiero en la actividad económica y contractual colombiana. Así mismo, partiendo de la base estrictamente mercantil del leasing y su primigenia incorporación en la actividad industrial y empresarial, lo que denota en principio una cuestionable aplicación para la adquisición de vivienda popular, pues el contrato nació para el desarrollo empresarial, donde se requieren recursos de capital suficiente que hagan ventajosa la utilización de este negocio jurídico, aspecto este que evidentemente pone en duda la aplicabilidad de la estrategia del leasing habitacional en sectores cuya característica principal es la poca capacidad de ahorro y endeudamiento.

Junto con lo anterior, se estructura un interesante análisis del régimen jurídico del leasing habitacional, desatando el debate sobre la constitucionalidad del negocio jurídico como herramienta para la adquisición de vivienda. Así mismo, aborda los

¹BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo (2006), El leasing habitacional, instrumento para financiar vivienda en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición. Pág. 185.

requisitos de validez y de existencia del contrato de leasing, y como conclusión aborda el tema de las dificultades para el desarrollo o implementación del contrato en materia inmobiliaria en Colombia, aspecto de vital importancia pues la monografía centra su estudio en la posibilidad de adquirir vivienda de intereses social con base en la ley 1469 de 2011 dadas las herramientas de la misma norma y sus decretos reglamentarios, en especial el decreto 0391 de 2012.

Otro estudio que se acoge dentro del estado del arte es el intitulado “Alianzas estratégicas; uniones transitorias de empresas, contratos de colaboración empresarial, contrato de leasing, joint venture, franquicias”², pues en él se estudian con detalle los orígenes de este contrato atípico, y este elemento de análisis ayudará en la clara definición acerca de cuál es la utilidad económica y práctica del negocio jurídico, y con ello su éxito como instrumento de arrendamiento con opción de compra. Igualmente el texto aborda con nitidez las características más esenciales del leasing financiero, culminando con la forma de extinción de la relación contractual, aspecto de suma importancia, pues es precisamente sobre la adquisición de vivienda (una expectativa no realizada a partir del crédito hipotecario en UPAC y UVR) y los posibles conflictos jurídicos que a futuro puedan presentarse entre los usuarios del contrato de leasing habitacional y las entidades dedicadas a este negocio.

Un texto de especialísima importancia en desarrollo de nuestra monografía, pues su tesis se centra en un punto neurálgico del contrato de leasing, es el estudio publicado por el profesor Jorge Suescún Melo denominado “la opción de compra ejercida al final del contrato, elemento esencial del leasing”³, en él se debate acerca de la naturaleza esencial del elemento opción de compra, pues parte de la

²FUNDESMAG (1999), Alianzas estratégicas; uniones transitorias de empresas, contratos de colaboración empresarial, contrato de leasing, joint venture, franquicias. Pág. 252.

³SUESCÚN MELO, Jorge (2005), La opción de compra ejercida al final del contrato, elemento esencial del leasing. En: Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá, Legis, Segunda Edición. Tomo II. Pág. 590.

doctrina opina que puede existir dicho negocio jurídico sin consideración a sí el arrendatario en un futuro ejerce o no la prerrogativa de adquirir el bien en cuestión. Este tema ayudará a esclarecer los motivos por los cuales la ley 1469 de 2011 hace una distinción, al parecer injustificada, entre leasing habitacional y contrato de arrendamiento con opción de compra; aspecto fundamental pues la doctrina considera en sí al leasing como un contrato en que se conjugan el arrendamiento y la opción a futuro de adquirir el dominio del bien inmueble.

Dentro del enfoque de la naturaleza jurídica del contrato de leasing, el trabajo del profesor Nicolás Bargue titulado “el leasing”⁴, se adentra en un tema esencial, pues se refiere íntegramente a la autonomía del contrato de leasing; aspecto que la doctrina debe procurar en vista a la utilización no traumática del negocio referenciado. Un estudio acogido dentro de la monografía titulado “de la aplicación práctica del contrato de leasing”⁵ aborda el interesante tema de las desviaciones y excesos que se presentan en aplicación del contrato de leasing financiero, así las cosas retrata que en materia de Intereses moratorios en caso de incumplimiento se ha liquidado por parte de las entidades de leasing sobre el canon total pactado entre las partes, olvidando que una parte de éste está compuesto de réditos que ayudarán a financiar a futuro la adquisición del bien mueble o inmueble, circunstancia que conduce ni más ni menos que al cobro de Intereses sobre Intereses, aspecto que recuerda la desastrosa experiencia derivada de la aplicación del sistema de financiamiento de vivienda con base en UPAC que hizo inviable la adquisición de vivienda en Colombia.

⁴BARGUE, NICOLÁS (2007), El leasing, En: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barros, Francisco (compiladores), Los contratos en el derecho privado, Bogotá, Legis. Pág. 585.

⁵GAITÁN MARTÍNEZ, Alberto (2007), De la aplicación práctica del contrato de leasing. En: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barros, Francisco (compiladores), Los contratos en el derecho privado, Bogotá, Legis. Pág. 955.

Junto con los anteriores textos dedicados al estudio del contrato de leasing habitacional, dentro de la bibliografía dedicada a su análisis estructural encontramos el denominado “contratos mercantiles modernos”⁶ de Miguel Larrosa Amante, dicho documento precisa la naturaleza del contrato, y en este sentido, de forma crítica enuncia las diferentes teorías que sobre el leasing financiero se han expuesto por la doctrina en aras de darle una explicación autónoma y caracterizar el acto jurídico. Este estudio ayudará en la estructuración teórica y conceptual del trabajo de investigación, pues junto con su enorme aporte respecto a los caracteres del contrato, también hace referencias acerca de los presupuestos económicos para su aplicación en una economía de mercado. Otro interesante estudio titulado “contratos comerciales modernos”⁷ del argentino Juan Farina, asume el estudio de la opción de compra como elemento no esencial del contrato, pues en opinión del autor el contrato de leasing financiero y el leasing operativos tienen una concreta función económica empresarial e industrial que lo hace sólo viable en una economía sistematizada en la que el contrato de compraventa resulta ineficaz para la sostenibilidad del equipamiento de las industrias, en este sentido, al parecer sólo funcionaría como herramienta jurídica en la actividad empresarial. Este análisis estrictamente económico es fundamental, pues ayudará a entender la crítica según la cual, el leasing habitacional sólo sería viable para sectores que tengan suficiente capacidad de ahorro, lo que en principio negaría la posibilidad de llevar a la realidad que sectores de estratos populares a través de la vivienda de intereses social vía leasing puedan adquirir vivienda digna. Siguiendo el mismo hilo conductor el profesor Farina es de la opinión de que la opción de compra no es elemento esencial del leasing, lo que limitaría su entendimiento como mecanismo idóneo para solventar soluciones habitacionales.

⁶LARROSA AMANTE, Miguel (2006), Contratos mercantiles modernos. San Salvador. Pág. 91.

⁷FARINA M, Juan (1999), Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea, Segunda Edición. Pág. 830.

Aunado a los trabajos citados, se tendrá en cuenta el libro “el arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano”⁸ de la autora Soyla H. León Tovar, pues en dicho material doctrinal se expone a la luz del derecho comparado las distintas regulaciones que sobre la materia distintos países latinoamericanos y europeos han realizado en procura de positivizar y sistematizar esta novedosa alternativa de desarrollo económico contractual, y a la par de este estudio internacional de la novedosa figura, expone el concepto y las características del leasing inmobiliario o habitacional, aspecto que fortalecerá conceptualmente la monografía. A la par de este trabajo doctrinal, igualmente se acudirá al texto “contratos bancarios modernos”⁹, documento en el cual se estudia el contrato de leasing como contrato atípico, lo que le da a este fenómeno el carácter de negocio en constante desarrollo como herramienta jurídica viable para la adquisición de bienes de todo tipo, pues evita, al ser una forma de financiación, el acudir directamente a la compraventa para la satisfacción de una necesidad específica.

En el ámbito de las investigaciones monográficas existentes en Colombia sobre nuestro tema de investigación, resaltamos la tesis de grado titulada “El leasing habitacional”¹⁰, en ella se establecen con claridad los principios que constitucionalmente han sido establecidos por la Corte Constitucional cuando conoció de la demanda de inconstitucionalidad de la ley 795 de 2003, y junto con lo anterior, reflexiona sobre el leasing como herramienta de adquisición de vivienda en Colombia, aspecto sólo estudiado con base en las herramientas de la ley 795 de 2003, que convirtió al leasing habitacional en una herramienta “de características únicas; es decir se trata de una creación jurídica nacional”, en síntesis, la norma de 2003 ayudará a entender el surgimiento de la herramienta, ya no para cualquier tipo de vivienda, sino la que interesa especialmente en el trabajo monográfico, la vivienda de intereses social. Junto al anterior trabajo

⁸LEÓN TOVAR, Soyla (1989), El arrendamiento financiero. México, Universidad Autónoma de México. Pág. 202.

⁹ RODRÍGUEZ VELARDE, Javier (1994), Los contratos bancarios modernos. Editorial Grijley, Lima, Perú. Pág. 117.

¹⁰GIRALDO MESA, Diana Saray (2004), El leasing habitacional. Trabajo de Grado. Especialización en derecho comercial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

monográfico también cabe resaltar el trabajo de investigación titulada “El contrato de leasing financiero en Colombia”¹¹, en este estudio se logra una definición legal, doctrinal y jurisprudencial del contrato atípico, así mismo ahonda en la naturaleza del contrato y en aspectos específicos como el cobro de Intereses moratorios por el incumplimiento en el pago de los cánones, aspecto fundamental y que deberá ser reglamentado, pues resulta odioso el sistema de cobro establecido con base en la ley 795 de 2003, pues en él reaparece el fantasma del cobro de intereses sobre Intereses. Por último, en lo atinente a la doctrina sobre vivienda de intereses social, resaltamos los trabajos “Control Social a la vivienda de intereses social”¹² y “Políticas de vivienda de intereses social orientadas al mercado: experiencias recientes con subsidios a la demanda en Chile, Costa Rica y Colombia”¹³, con ellos logramos un retrato del concepto de vivienda digna y las ventajas de una política integral, que tenga en cuenta los principios constitucionales para la satisfacción de la problemática habitacional en Colombia.

Con base en el desarrollo y entendimiento del papel dinamizador de los contratos atípicos y su buena articulación con políticas públicas que respeten en principio la visión mercantilista de la propiedad inmueble, pero que no dejen de lado el alcance de la expresión “vivienda digna” contenida en el texto constitucional, se sostendrá que teóricamente resulta viable la utilización del leasing habitacional como mecanismo de financiación de vivienda, sin embargo, resulta cuestionable si su utilización para un tipo de vivienda especial, como lo es la de intereses social, pues, para la buena marcha de esta alternativa de solución del problema habitacional teóricos han establecido que se requiere de una cultura de ahorro, para poder hacer efectivo el éxito de un contrato en las condiciones del leasing

¹¹DURÁN BOHÓRQUEZ, Edwin Giovanni (2004), El contrato de leasing financiero en Colombia. Trabajo de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

¹²Control Social a la vivienda de intereses social (2005), Ministerio de Ambiente, vivienda y desarrollo territorial, Bogotá, Colombia. Pág. 80.

¹³HELD, Gunther (2000), Políticas de vivienda de intereses social orientadas al mercado: experiencias recientes con subsidios a la demanda en Chile, Costa Rica y Colombia. Proyecto Interdivisional CEPAL “Instituciones y mercados”. Santiago de Chile, Chile. Pág 56.

con carácter financiero, por supuesto esta cultura del ahorro no es precisamente una característica sobresaliente de los sectores de menos recursos, por lo cual la articulación con otras herramientas como el crédito blando, los subsidios a la demanda pueden solventar en algo las dificultades que puedan surgir en la aplicación (praxis) de este contrato en sectores populares.

Igualmente comprendemos que para un buen entendimiento de las políticas públicas en materia de vivienda de intereses social, se hace fundamental entender que sólo serán efectivas y válidas desde el punto de vista constitucional si reúnen cuando menos los requisitos de (i) garantizar jurídicamente la tenencia del inmueble, entendiendo por ello “el derecho a gozar de cierto grado de seguridad, que garantice una protección a sus ocupantes contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas, indistintamente del título que ostente el tenedor de una vivienda. Concretamente, este componente tiende a evitar que los habitantes de una vivienda sean despojados injustamente de los derechos que tienen sobre ésta.”¹⁴ Aspecto de vital importancia porque fue precisamente este traumatismo el que sufrió miles de colombianos como consecuencia de una política errática de financiación de vivienda. Así mismo, comprendemos que para el análisis de la ley 1469 de 2011 se deberá tener en cuenta la (ii) accesibilidad económica como componente del derecho a la vivienda adecuada o digna, “este componente incluye dos aspectos. El primero es la Asequibilidad, que hace referencia a los aspectos económicos y financieros relacionados con la adquisición de la vivienda. El segundo aspecto se relaciona con los Gastos Soportables, los cuales se refieren a que los costos relacionados con la vivienda no deben ser tan altos de tal manera que impidan la satisfacción de otras necesidades básicas.”¹⁵ En este sentido, se verificará si con la norma analizada el Estado colombiano garantiza el buen funcionamiento del leasing como herramienta de adquisición satisfactoria de la vivienda.

¹⁴Control Social a la vivienda de intereses social (2005), Ministerio de Ambiente, vivienda y desarrollo territorial, Bogotá, Colombia. Pág. 10

¹⁵Ibíd. Pág. 10

1. METODOLOGÍA

La metodología se centrará en verificar los elementos conceptuales y teóricos que la doctrina ha elaborado sobre el contrato de leasing financiero, de modo que se pueda utilizar esa teorización para aplicarla en la problemática de la financiación de vivienda de intereses social. No obstante, previamente se elaborará el marco histórico y evolutivo del contrato, que será el que nos adentrará de lleno en el papel y la función del contrato de leasing habitacional, se verificará el elemento de la opción de compra como esencial, pues considerarlo de otra forma, implicaría en principio negar la posibilidad del derecho a la vivienda, y desnaturalizar por supuesto la propuesta sustentada en la ley 1469 de 2011.

Así mismo, se verificará la jurisprudencia constitucional sobre el tema de la vivienda digna, y así igualmente, se precisará la concepción de la Corte Constitucional sobre la forma de interpretar este derecho de conformidad con la sentencia C-936 de 2003 que declaró la exequibilidad de la aplicación del leasing habitacional en Colombia. De todo lo anterior, se deduce que nuestro estudio es descriptivo, en el sentido que pretende abordar la doctrina más significativa sobre el contrato de leasing lo aplicará a una problemática actual que se presenta concretamente en su efectividad como herramienta para la adquisición de vivienda de intereses social. Sin embargo, no sólo será un proceso de descripción teórico, también intentará articular todo este conocimiento con la función del artículo 51 de la Constitución, en este sentido, el trabajo monográfico se preocupará por entender la función constitucional del contrato de leasing, que no es sino una forma de entender el derecho privado en clave constitucional.

2. JUSTIFICACIÓN

El hecho de que cerca de 1.300.000 mil hogares colombianos no posean una vivienda propia, y que otros 2.500.000 mil la posean en condiciones subnormales, obliga a comprender todas las políticas públicas que en materia de vivienda de intereses social realiza el Estado colombiano. Es por esta razón, que el estudio de la ley 1469 de 2011 se hace interesante y necesaria en la medida que ella posibilita por primera vez en Colombia la utilización de un novedoso contrato, considerado por la doctrina como atípico, como lo es el leasing financiero en su modalidad de leasing habitacional, pues comprendiendo y haciendo un estudio analítico e integral de sus elementos, características, naturaleza jurídica, historia como herramienta de financiación, ventajas y desventajas de su aplicación, se logrará establecer si esta apertura hacia un lenguaje de financiación de vivienda utilizado por sectores con capacidad de ahorro y endeudamiento, puede ajustarse a los principios constitucionales que rodean el concepto del derecho a la vivienda digna para sectores populares a través de la vivienda de intereses social, logrando solventar esa expectativa de tener vivienda propia.

Además, una visión integral del contrato de leasing habitacional en armonía con las otras herramientas que se estudiarán de la ley 1469 de 2011 o nueva ley de suelos y de vivienda, puede suministrarnos información acerca de las posibles deficiencias que puedan presentarse a futuro como consecuencia de la aplicación de una norma innovadora, puesto que entendida como fuente de financiamiento resulta más ventajosa para las personas con capacidad de ahorro, por un lado, y para las entidades financieras dedicadas al negocio del leasing, en la medida que el derecho de dominio permanece en cabeza de las entidades, pues el arrendatario será mero tenedor lo que traerá tranquilidad al sector financiero y de la construcción. En esa medida, resulta necesario un análisis integral

(constitucional) del leasing habitacional, integrando los anteriores caracteres con los principios de accesibilidad económica y seguridad jurídica del tenedor, pues se advierte de nuevo que sólo se justifica este contrato en materia de vivienda si se considera como elemento de su esencia y fundamental a la opción de compra al finalizar el término del contrato de leasing habitacional.

Así mismo, el trabajo monográfico se justifica en la medida que por vía de constitucionalidad el artículo 51 de la constitución política establece el derecho a la vivienda digna, entendida como que “el Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá los planes de vivienda de intereses social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”, así deben ser entendidas las políticas que el estado implemente en procura de satisfacer el derecho de cerca de 1.300.000 mil colombianos a la vivienda.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

- Analizar leasing habitacional y el contrato de arrendamiento con opción de compra como herramienta para la adquisición y financiación de vivienda de intereses social en Colombia en condiciones dignas.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Caracterizar el contrato de Leasing Habitacional como mecanismo de financiación de vivienda en el sistema jurídico colombiano.
- Establecer las características de las políticas de vivienda de intereses social en Colombia.
- Determinar los elementos que integran el concepto del derecho a la vivienda digna a la luz de la Constitución Nacional.

4. EL CONTRATO DE LEASING

4.1 HISTORIA DEL CONTRATO DE LEASING

Es lo común ubicar el nacimiento de numerosas instituciones jurídicas en los albores del derecho romano, o incluso en las grandiosas aportaciones realizadas por las codificaciones primitivas; a tal punto, que se presentan y ubican instituciones en el Código de Hammurabi, al respecto, en relación con el contrato de arrendamiento financiero se ha manifestado que el mismo también tiene sus raíces en antiquísimos códigos; insistiéndose que en civilizaciones como la egipcia y babilónica existieron figuras que bien pudieran plantearse como depositarias del *gen* de este especial modo de contratación, e incluso se ha manifestado que “en el siglo XIX, las compañías explotadoras de los grandes ferrocarriles americanos recurrieron a esa figura para adquirir gran parte de su material rodante, y que la Beli Telephone System puso en explotación sus teléfonos mediante un servicio combinado de alquiler y asistencia técnica, acontecimiento que permitió el crecimiento de la industria con un volumen significativo de equipos financiados sin embargo, reconoce que los antecedentes del “actual” arrendamiento financiero debe fijarse en 1952 con la creación en San Francisco, Estados Unidos, de la United State Leasing Corporation, promovida por Boothe.”¹⁶

Otros han ubicado, igualmente, el nacimiento del arrendamiento financiero en los Estados Unidos de Norteamérica, y básicamente ello se explica ante la evidente y clara pragmatidad de los americanos, quienes ubican el origen de la institución a finales de 1864 cuando Gordon Mackey¹⁷ inventó una extraordinaria máquina de coser suelas de zapatos y decidió ponerla ampliamente en el mercado sobre la

¹⁶ LEÓN TOVAR, Soyla. El arrendamiento financiero. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie 1: Estudios de Derecho Económico, Núm. 17. 1989. Pág. 18

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 19

base del arrendamiento financiero, así mismo, se insiste por la doctrina que en el periodo de 1940 a 1950 se utilizó con frecuencia el leasing. Respecto a las razones o motivos de su surgimiento en la cuna del capitalismo se ha insistido por la doctrina el leasing proviene originariamente de la actividad empresarial de los Estados Unidos de América, porque allí se transformó “la noción de los valores adjudicables a los medios instrumentales de producción, no por el beneficio que con ellos se procura siendo su "propietario", sino por el "uso" que se obtiene de ellos.”¹⁸

Ahora bien, en relación con la aplicación del arriendo de tipo financiero en materia inmobiliaria, en el año de 1945, famoso fue el caso de la Allied Stores Corporation, empresa ofreció en venta una buena cantidad de inmuebles a una institución universitaria y luego “se los volvió a alquilar a un plazo de treinta años, con opción de renovarlo por otros treinta años y por un alquiler menor al del periodo inicial, con lo que logró hacer líquidos sus capitales inmovilizados.”¹⁹ Y en relación con la utilización desde la orilla pública de la figura, fundamental resulta el aporte que al respecto se realizó en los Estados Unidos de América, donde se utilizó el leasing para la realización de grandes obras públicas, con fundamento en la figura utilizada por Allied Stores Corporation; en este sentido, aplicando un arrendamiento de este tipo se reconstruyeron muchos inmuebles destruidos en en la ciudad de Nueva York.

Conjuntamente con lo anterior, la doctrina ha coincidido en relacionar el contrato de leasing como una técnica de origen eminentemente anglosajón y como punto de partida oficial se ha señalado el año de 1952, no obstante los anteriores antecedentes, pues en ese año se fundó en la ciudad de California la United States Leasing Corporation²⁰, sobre dicho emporio empresarial se ha reseñado

¹⁸ FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999. Pág. 525.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 526

²⁰ LARROSA AMANTE, Miguel. Contratos mercantiles modernos. Agencia española de cooperación Internacional. El Salvador. Pág. 2.

que su actividad comercial la inició con un capital de 20.000 dólares, y en tan solo dos años financiando bienes y equipos por valor de 3.000.000 de dólares, otros autores coincidiendo en el año de 1952 han dicho que el leasing tiene como padre al señor Boothe, director de una fábrica de productos alimenticios en California, “quien al tener que servir un gran pedido de alimentos a la Marina, concibió la feliz idea de alquilar los equipos necesarios para producir tales productos, basado tal vez, como sugiere Vázquez Pando, en dos ideas fundamentales: la primordial importancia de utilizar el bien sobre la propiedad y el autofinanciamiento del mismo bien a través de su utilización productiva, calculando adecuadamente la renta; o más acertadamente (...) tal vez por carecer de los suficientes recursos para adquirirlas en compraventa.”²¹

Nótese cómo el surgimiento del leasing financiero no es producto de alguna idea jurídica brillante, sino producto de las necesidades empresariales de los industriales norteamericanos, quienes debieron contar con una figura que satisficiera las exigencias del mercado, y en su ámbito se aprovechó más la utilidad del bien, que la mera propiedad, de modo que toda la gran cantidad de dificultades de una economía próspera pero “con exigencias de renovación de los bienes y equipos el aumento de la competencia y el de los costos de capital, la velocidad del progreso científico, en fin, la innovación tecnológica, fueron, entre otras, las causas determinantes del origen del arrendamiento financiero en los Estados Unidos, móviles todos ellos que hicieron del contrato una opción más deseable que la compraventa.”²²

Luego de su surgimiento, la expansión de la idea del leasing financiero se trasladó a Europa, llegando en principio a Inglaterra donde se utilizó por parte de fabricantes de máquinas electrónicas e informáticas, particularmente es representativa la filial de la empresa United States Leasing Corporation creada en

²¹ LEÓN TOVAR, Soyla. Op. Cit. Pág. 17

²² Ibíd. Pág. 18

1960, y para el año 1961 nace “la arrendadora ELCO, luego Mercantil Credit Ltd., AsÉley International Trust, Industrial Leasing and Financed Ltd. Inmediatamente la figura se traslada a Francia en 1962 —con la creación de Locafrance por un grupo de bancos y aseguradoras—, país en el que para 1964 el volumen anual de los contratos de arrendamiento financiero asciende a doscientos millones de francos y para 1969 a dos mil millones.”²³

En el caso colombiano, la doctrina nacional ubica el nacimiento del leasing financiero en 1973, con empresas como City Corporation, Leasing de Colombia, Leasing Mazuera, Leasing Bolívar y Arrendadora Financiera Santander; al respecto Escobar Gil argumenta que si bien no existe un atractivo fiscal para el surgimiento de este tipo de actividad empresarial y por tanto del leasing en nuestro país, no lo es menos que esto fue compensado por la inflación y el bajo nivel de recursos para el crédito²⁴.

4.2 CLASES DE LEASING

4.2.1 Leasing Financiero y Leasing Operativo. Es la clasificación que sin lugar a dudas se utiliza con más recurrencia por la doctrina especializada, y se diferencian en que en el llamado leasing operativo, la entidad experta en contrato de leasing escoge el sector en que va a realizar sus operaciones, con lo que se anticipa a la demanda de sus futuros clientes, preparando con ello un portafolio de los bienes que se dispone a arrendar o locar, como también se conoce, se manifiesta que el contrato “es una locación de cosa con opción de compra mediante el pago de un precio residual”²⁵, y para el caso del denominado leasing de tipo financiero, en él la empresa que practica la actividad de leasing funge como intermediario de tipo financiero, con lo que “opera en los más variados

²³ Ibíd. Pág. 19

²⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo Alonso. El contrato de leasing financiero. Bogotá. Pontifica Universidad Javeriana. Tesis de Grado. 1987.

²⁵ FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999. Pág. 528.

campos, tratando de eliminar al máximo el stock de sobrantes. El leasing financiero tiene por objeto la cesión en uso y goce a un sujeto -por lo general un empresario- de bienes muebles o inmuebles, por parte de otro sujeto -la empresa de leasing (una entidad financiera)- que le adquiere o lo hace construir por un tercero bajo expresa indicación del primero, con el fin de cederlos en uso.”²⁶

En el caso del arrendamiento financiero, es fundamental retratar las siguientes características que han sido construidas a través del estudio de la institución:

- 1) La entidad de leasing debe adquirir los bienes objeto del contrato de acuerdo con las especificaciones y del proveedor indicados por el arrendatario.
- 2) La concesión temporal del uso o goce de la cosa objeto del Contrato por parte de la empresa de leasing.
- 3) El precio del contrato debe ser una cantidad de dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición del bien, el beneficio o utilidad de la arrendadora por la inversión, las comisiones, fletes, gastos, impuestos y demás accesorios. Dicho precio debe pagarse en fracciones, cuotas o cánones según se convenga en el contrato.
- 4) La asunción de los riesgos es a cargo del arrendatario financiero, así como de los vicios de la cosa y gastos de conservación y mantenimiento.
- 5) La obligación, de la arrendataria financiera de optar, al finalizar el contrato, por alguna opción respecto al bien: la compra la prórroga del contrato, la venta del bien a un tercero u otra

²⁶ Ibid.

6) Plazo forzoso. Se trata del periodo inicial o irrevocable en el cual ninguna de las partes puede rescindir el contrato, y abarca gran parte o toda la vida económica del bien y se calcula de tal manera que los cánones de ese periodo sean iguales al costo del bien dado en leasing, más un beneficio. Para la doctrina “el uso o goce del bien ha de ser de carácter temporal y a plazo forzoso; ello se debe a la necesidad de salvaguardar la vigencia del contrato y justificar, en todo caso, el derecho de la arrendadora financiera a exigir al usuario el pago de la totalidad de los cánones, aunque los bienes sean inservibles para éste.”²⁷

7) Carácter mercantil. En las legislaciones en las que se prevé expresamente como objeto exclusivo del contrato a los bienes destinados a fines industriales, comerciales o de servicios, resulta fácil concluir que el contrato es mercantil; en otros casos, habrá que recurrir a la calidad del o de los sujetos, del objeto o del fin o propósito perseguido por las partes.

Con base en lo anterior, se entiende que el arrendador se compromete con la entidad financiera al pago de un canon como equivalente de dicho uso y goce, pero con la facultad o posibilidad de convertirse en el propietario del bien o bienes entregados para el uso y goce, al vencimiento del período convenido, “contra el pago de un precio residual predeterminado, si bien esto no es esencial en el leasing financiero. En nuestra opinión, el leasing operativo y el leasing financiero son dos contratos distintos, aunque ambos prestan similares ventajas para el tomador del leasing.”²⁸

Ahora bien, en relación con la diferencia que existe entre el leasing financiero y el leasing operacional, se ha dicho que estriba básicamente en que el primero exige la opción de compra a favor de quien recibe las cosas o bienes en locación, y que se deben pactar iniciando el negocio jurídico; en tanto que en el operativo, la

²⁷ LEÓN TOVAR, Soyla. El arrendamiento financiero. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie 1: Estudios de Derecho Económico, Núm. 17. 1989. Pág. 47.

²⁸ FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999. Pág. 528.

opción se presenta de manera excepcional, y cuando existe es por el valor comercial del bien.

4.2.2 Lease back. En este contrato el proveedor y el locatario son la misma persona, en este sentido, el contrato es una figura compleja, pues en este evento contractual el propietario de un bien lo vende a una empresa de leasing o entidad financiera, quien paga su precio al enajenante, e inmediatamente, de acuerdo a su actividad empresarial la entidad entrega el uso y goce del bien al vendedor en leasing.

Juan Farina, citando a Fargosi manifiesta que "respecto del lease back, es cierto que desaparece la formal relación trilateral para convertirse en una bilateral (por eso también la calificación de leasing de retorno) que procura, básicamente, la obtención de liquidez"²⁹

En Colombia en la ley 223 de 1995, se establece el artículo 88 establece:

Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: "ARTÍCULO 127-1. CONTRATOS DE LEASING. Los contratos de arrendamiento financiero o leasing con opción de compra, que se celebren a partir del 1o., de enero de 1996, se registrarán para efectos contables y tributarios por las siguientes reglas:

1. Los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, cuyo plazo sea igual o superior a 60 meses; de maquinaria, equipo, muebles y enseres, cuyo plazo sea igual o superior a 36 meses; de vehículos de uso productivo y de equipo de computación, cuyo plazo sea igual o superior a 24 meses; serán considerados como un arrendamiento operativo. Lo anterior significa, que el arrendatario registrará como un gasto deducible la totalidad del canon de arrendamiento causado, sin que deba registrar en su activo o su pasivo, suma alguna por

²⁹ Ibíd.

concepto del bien objeto de arriendo. Cuando los inmuebles objeto de arrendamiento financiero incluyan terreno, la parte del contrato correspondiente al terreno se registrará por lo previsto en el siguiente numeral.

2. Los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, en la parte que correspondan a terreno, cualquiera que sea su plazo; los contratos de "leaseback" o retroarriendo, cualquiera que sea el activo fijo objeto de arrendamiento y el plazo de los mismos; y los contratos de arrendamiento financiero que versen sobre los bienes mencionados en el numeral anterior, pero cuyos plazos sean inferiores a los allí establecidos; tendrán para efectos contables y tributarios, el siguiente tratamiento:

a) Al inicio del contrato, el arrendatario deberá registrar un activo y un pasivo por el valor total del bien objeto de arrendamiento. Esto es, por una suma igual al valor presente de los cánones y opciones de compra pactados, calculado a la fecha de iniciación del contrato, y a la tasa pactada en el mismo. La suma registrada como pasivo por el arrendatario, debe coincidir con la registrada por el arrendador como activo monetario, en la cuenta de bienes dados en leasing. En el evento de que el arrendatario vaya a hacer uso del descuento del impuesto a las ventas previsto en el artículo 258-1 del Estatuto Tributario, deberá reclasificar el activo en tal monto, para registrar el impuesto a las ventas a descontar como un anticipo del impuesto de renta;

b) El valor registrado en el activo por el arrendatario, salvo la parte que corresponda al impuesto a las ventas que vaya a ser descontado, tendrá la naturaleza de activo no monetario, sometido a ajustes por inflación. En el caso de que el bien objeto de arrendamiento financiero sea un activo depreciable o amortizable, el activo no monetario registrado por el arrendatario se depreciará o amortizará, utilizando las mismas reglas y normas que se aplicarían si el bien arrendado fuera de su propiedad, es decir, teniendo en cuenta la vida útil del bien

arrendado. En el caso de que el bien arrendado sea un activo no depreciable o no amortizable, el arrendatario no podrá depreciar el activo no monetario registrado en su contabilidad;

c) Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario, deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la parte que corresponda a Intereses o costo financiero. La parte correspondiente a abonos de capital, se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, como un menor valor de éste. La parte de cada canon correspondiente a Intereses o costo financiero, será un gasto deducible para arrendatario.

Para los efectos de este literal, el contrato debe estipular, tanto el valor del bien en el momento de su celebración, incluyendo el impuesto sobre las ventas, como la parte del valor de los cánones periódicos pactados que corresponde a cada uno de los conceptos de financiación y amortización de capital;

d) Al momento de ejercer la opción de compra, el valor pactado para tal fin se cargará contra el pasivo del arrendatario, debiendo quedar éste en ceros. Cualquier diferencia se ajustará contra los resultados del ejercicio. En el evento de que el arrendatario no ejerza la opción de compra, se efectuarán los ajustes en su renta y patrimonio, deduciendo en la declaración de renta del año en que haya finalizado el contrato, la totalidad del saldo por depreciar del activo no monetario registrado por el arrendatario. Por su parte, el arrendador hará los ajustes del caso, y

e) Los valores determinados de acuerdo con los literales anteriores, serán utilizados por el arrendatario para: declarar el valor patrimonial del activo; realizar el cálculo de la depreciación, cuando ella sea procedente; aplicar los ajustes por inflación; determinar el saldo del pasivo y su amortización; y, calcular el monto de los costos financieros deducibles.

3. Para el arrendador, en cualquiera de los casos aquí contemplados, los activos dados en leasing tendrán la naturaleza de activos monetarios. El arrendador deberá incluir en sus declaraciones de renta la totalidad de los ingresos generados por los contratos de arrendamiento. Para tal efecto, se entiende por ingresos generados por el contrato de arrendamiento, la parte de los cánones que corresponda a Intereses o ingresos financieros, así como los demás ingresos que se deriven del contrato.

4. El descuento del impuesto a las ventas de qué trata el artículo 258-1, solamente podrá ser tomado por el arrendatario del contrato de leasing. El impuesto a las ventas liquidado al momento de la compra del bien, deberá registrarse por parte del arrendador, como mayor valor del bien dado en leasing, salvo que el impuesto haya sido pagado total o parcialmente por el arrendatario al momento de la celebración del contrato. En este último evento, el arrendador registrará como activo dado en leasing el valor total del bien, disminuido en la parte del impuesto sobre las ventas que haya sido cancelada por el arrendatario.

5. Los registros contables y fiscales a que se refiere el presente artículo, en nada afectan la propiedad jurídica y económica de los bienes arrendados, la cual, hasta tanto no se ejerza la opción de compra pactada, seguirá siendo del arrendador.

"PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de este artículo, se entiende por contrato de "lease back" o retroarriendo, aquel contrato de arrendamiento financiero que cumpla las siguientes dos características:

a) Que el proveedor del bien objeto de arrendamiento y el arrendatario del bien, sean la misma persona o entidad, y

b) Que el activo objeto del arrendamiento financiero tenga la naturaleza de activo fijo para el proveedor.

PARÁGRAFO 2o. El presente artículo no se aplica a los contratos de leasing internacional de helicópteros y aerodinos de servicio público y de fumigación, al cual se refiere el Decreto-Ley 2816 de 1991.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo derogado por el artículo 69 de la Ley 863 de 2003>

PARÁGRAFO 4o. Todos los contratos de arrendamiento financiero o leasing con opción de compra, que se celebren a partir del 1o., de enero del año 2006 deberán someterse al tratamiento previsto en el numeral 2o., del presente artículo, independientemente de la naturaleza del arrendatario".

4.2.3 Leasing bróker. Esta clase de leasing tiene la característica de ser promovido o promocionado por un auxiliar del comercio, quien obra como mediador entre los proveedores y los usuarios, a tal punto que facilita el proceso de financiación de la operación en una sociedad dedicada a celebrar contratos de leasing actividades; de por manera que por su actividad de intermediación percibe una comisión. La doctrina ha manifestado que el leasing bróker, es un "contrato muy desarrollado en los Estados Unidos de América, que algunos denominan "leasing de intermediación"³⁰.

Y es que esta clase de leasing establece que un intermediario aporte sus relaciones financieras y capacidad de médium al posible arrendatario financiero y, como tal, "le permite encontrar los mecanismos indispensables para obtener mediante A.F.(arrendamiento financiero) el uso o goce de los bienes que necesita para su empresa. Así, el posible futuro arrendatario financiero selecciona el equipo o los bienes que desearía tener a su disposición y concluye el trato con el suministrador."³¹

³⁰ LEÓN TOVAR, Soyla. El arrendamiento financiero. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie 1: Estudios de Derecho Económico, Núm. 17. 1989. Pág. 135

³¹ Ibíd. 134

4.2.4 Man tenance or service lease. El Man tenance or service lease, es un contrato similar al finance lease, pero con la particularidad en que el arrendador financiero asume la responsabilidad por “mantenimiento, reparación de partes y cambio o reemplazo de equipo inoperante; incluso en otros casos, dicho arrendador financiero paga el impuesto y los derechos de licencias (que se incluyen después en el precio)”³².

4.2.5 Finance lease. La autora Soyla León Tovar, citando a Shapiro manifiesta que esta es otra de la modalidades en que se puede identificar al leasing como contrato de arrendamiento, y reseña que, en efecto, mediante esta tipología el arrendatario financiero toma el equipo por un periodo igual, o casi igual, al de la vida útil del bien, “asumiendo todos los gastos y riesgos, los cuales soportarla el arrendador financiero en el corto periodo o non-pa yont lease; además, el arrendatario financiero tiene el derecho a renovar el contrato mediante una renta inferior, o bien a comprar el equipo al finalizar aquél por el precio regular del mercado.”³³

4.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE LEASING

4.3.1 Elementos esenciales. Se tiene los siguientes elementos:

4.3.1.1 Consentimiento. Es preciso que en todo tipo de contrato debe existir el consentimiento y un objeto lícito que pueda ser objeto de acuerdo de voluntades, de ahí que el leasing de tipo financiero requiere de la existencia del acuerdo de voluntades, es decir, debe haber concurrencia de las voluntades tanto de la entidad de leasing como del arrendatario o cliente del leasing, en el caso de este último, debe precisarse su intención de pagar una cuota o canon por el arrendamiento, y una vez resuelto el periodo, es decir, finalizado el contrato, “optar

³² Ibid. 135

³³ Ibid. 132

por alguna de las opciones terminales; y la voluntad de la arrendadora financiera para adquirir los bienes indicados por aquél y concederle el uso o goce. Basta el acuerdo de voluntad de las partes, su consentimiento, su manifestación de voluntad, consciente y libre que exprese su acuerdo respecto del contrato para la existencia del mismo sin que se requieran formalidades, es decir, aunque no se otorgue por escrito, ya que la forma escrita no es un elemento de existencia.”³⁴

4.3.1.2 Objeto. Como precisábamos arriba, dentro del contrato de leasing también se necesita para su existencia de un objeto contractual, y que está constituido por la cosa que la entidad de leasing se obliga a arrendar y lo que el arrendatario debe hacer, en síntesis, el objeto en el leasing, consiste en una clara prestación de entregar bienes, por lo general equipos, inmuebles, etc., destinados al cumplimiento del fin del contrato.

La doctrina en punto del leasing, ha clasificado los objetos en directos e indirectos, entendiendo por el primero como “la conducta de los contratantes que se manifiesta como una prestación de hacer, que consiste en entregar un bien del cual se ha de conceder su uso o goce; mientras que el segundo, el objeto indirecto, es la cosa misma, los bienes que la arrendadora financiera ha de adquirir y entregar en leasing al arrendatario financiero; es decir, se presentan dos situaciones, la prestación de un hecho y la prestación de una cosa.”³⁵

4.3.1.3 Causa. Los autores han sido prolíficos en considerar que la causa del leasing yace en su función económica, pues como se vio en su surgimiento o génesis, fueron las necesidades y las prácticas empresariales las que le dieron vida a esta institución contractual, de modo que “la necesidad de equipamiento de las empresas” se concilia con “la necesidad cada vez mayor de un capital

³⁴ Ibíd. Pág. 50

³⁵ Ibíd. Pág. 50

circulante, tratando de evitar un gran endeudamiento que puede tener una consecuencia paralizante.”³⁶

Juan M. Farina, en su estudio sobre los contratos bancarios modernos, precisa de las siguientes ventajas del leasing para las prácticas empresariales:

a) Pone a disposición de la empresa usuaria considerables medios para aquellas inversiones que la tecnología moderna impone cada vez con mayor frecuencia y vuelve, como consecuencia, tempestiva la inversión.

b) Permite la construcción o la renovación de sus instalaciones a quien no está en condiciones de hacer frente a la adquisición de bienes instrumentales con sus propios medios o con el recurso a los acostumbrados canales de financiación.

c) Permite a los usuarios evitar ingentes inmovilizaciones, dándole oportunidad, eventualmente, de convertirse en propietario de los bienes locados al fin del período determinado del contrato; o bien -sobre todo para el leasing mobiliario- después del período de utilización económica presumible de los mismos bienes.”³⁷

Conforme se denota la causa del contrato de leasing reside en una “finalidad o razón económica que persigue cada una de ellas; para el arrendador financiero, obtener un lucro por la financiación que otorga al arrendatario financiero; y para éste, la obtención del uso del bien que necesita para su explotación sin necesidad de adquirirlo en propiedad.”³⁸

En torno al leasing operativo, la doctrina ha establecido las siguientes como sus características fundamentales:

³⁶ FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999. Pág. 528

³⁷ *Ibíd.* Pág. 529

³⁸ LEÓN TOVAR, Soyla. El arrendamiento financiero. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie 1: Estudios de Derecho Económico, Núm. 17. 1989. Pág. 53

- a) La entrega del bien.
- b) El pago de un canon o precio por el arrendamiento
- c) La vocación del bien para producir renta.

4.4 NATURALEZA DEL CONTRATO DE LEASING

En el ámbito latinoamericano, se ha prejuzgado el carácter arrendaticio, de modo que se ha problematizado la naturaleza jurídica por parte de la doctrina y la legislación en los países latinos, sin embargo, de lo que sí se puede estar seguro es de que evidentemente estamos frente a un nuevo negocio jurídico, es decir, “que no es arrendamiento aunque sí financiero; lo primero porque al igual que otros contratos traslativos de uso tiene esta característica que es el uso, como es el caso del comodato, pero no es la única; y lo segundo porque conforme al vocablo “financiero”, relativo a la hacienda pública, banquero, bolsista, hacendista, el contrato tiene esta connotación.”³⁹

La doctrina asevera que el leasing es una tipología contractual que combina técnicas jurídicas distintas que lo apartan de considerarlo ya sea un simple contrato de arrendamiento o un contrato de compraventa, de modo que estas características implican considerarlo un contrato que no se asimila a los contratos típicos o tradicionales, de modo que a pesar de su tecnicidad es un contrato único y complejo; sin que pueda así mismo considerarse como un contrato mixto, “ya que si bien se concede el uso o goce de un bien y se faculta para optar por la compra, tales características no se pueden aislar sino que forman un todo. Se trata en definitiva de un instrumento financiero complementario cuya eficacia ha sido demostrada, es decir, constituye una operación auxiliar de crédito.”⁴⁰

4.4.1 Tesis sobre la naturaleza jurídica. Se tiene las siguientes tesis:

³⁹ Ibid. 149.

⁴⁰ Ibid. 150.

4.4.1.1 Tesis del arrendamiento. Esta tesis fue sustentada en Francia por parte de la doctrina dominante, así como por la jurisprudencia del Tribunal Comercial de Roen, de modo que se afirma una naturaleza arrendaticia del leasing, “por lo que el arrendador conservar la absoluta propiedad del bien arrendado, situación resuelta en vista de que se discutía si el arrendador tenía o no el derecho a reivindicar los bienes dados en uso al arrendatario quebrado; caso en el cual el síndico argumentaba por cierto que en realidad la operación no era otra cosa que una compraventa disfrazada, así mismo, en Bélgica, el Rapport au Roi señala que los elementos que caracterizan al A.F. permiten distinguirlo del simple arrendamiento de bienes de equipo y de la locación venta, al paso que la Corte Suprema de Venezuela ha resuelto sobre un asunto planteado respecto a si se trataba de un A.F., supuesto en el cual un tercero, en documento separado, daba la opción de compra al arrendatario, en lugar de hacerlo la arrendadora; caso en el que se consideró su arrendamiento.”⁴¹

4.4.1.2 Tesis de la compraventa. Esta tesis surge de la evidente consecuencia de que existe en el contrato de leasing una opción que tienen los arrendatarios de comprar o enajenar los bienes objeto del contrato, al terminar los plazos forzosos pactados y en razón de que cumplidas las prórrogas, los arrendatarios adquieren la propiedad de los bienes ya sea porque se extinga el arrendamiento o los propios bienes arrendados, es decir, parte de la doctrina ve en este tipo de contrato, tan solo la forma típica de adquisición mediante la compra venta.

Soyla León Tovar al analizar esta tesis recuerda que esta posición se sostuvo en por el Tribunal Supremo Español, para el cual el leasing de bienes muebles implicaba, conforme a las condiciones pactadas, la existencia de una compraventa de bienes muebles a plazos, sujeta a la ley, para posteriormente corregir su posición, manifestando que se trata de un negocio mixto en el cual “se funden la

⁴¹ Ibíd. Pág. 151

cesión del uso y la opción de compra con causa única y que se trata de un contrato complejo, no uniforme de contenido y gobernado por sus específicas estipulaciones.”⁴²

4.4.1.3 Tesis del mandato. Esta tesitura surge como consecuencia de pretender explicar la naturaleza jurídica del leasing, teniendo en cuenta las relaciones de tipo jurídico que surgen entre el proveedor (futuro vendedor), el arrendatario financiero y la entidad de leasing. Esta postura de la naturaleza del leasing establece las siguientes como las características sobresalientes que permiten hacer esta identificación:

1) la arrendadora financiera, como mandataria, celebra el contrato de compraventa con el proveedor, ya que adquiere el equipo elegido por dicho arrendatario financiero del proveedor también seleccionado por él y bajo las condiciones que él mismo ha establecido.

2) Que el usuario actúa como mandatario de la arrendadora financiera en los tratos preliminares con el proveedor; es decir, que se trata de un mandatario que interviene a nombre y por cuenta de la arrendadora financiera, lo cual no parece fundado, toda vez que no existe en ese momento vínculo jurídico alguno con la arrendadora financiera, e incluso aunque lo ignore, las negociaciones previas se realizan, para efecto de obtener información pero sin comprometer al arrendador financiero.

3) Por último, esa teoría sostiene que existen diversos mandatos conferidos al arrendatario: uno inicial para adquirir los bienes y otros accesorios para la recepción del equipo y cumplimiento de formalidades administrativas requeridas

⁴² Ibíd. Pág. 154.

para su uso a los cuales se agregaría un tercero para acudir en juicio y ejercitar las acciones por incumplimiento del proveedor-vendedor.⁴³

4.4.1.4 Tesis del préstamo. Para esta teoría la entidad de leasing especializada realiza un préstamo al arrendatario, pero “en virtud de un mandato que éste le ha conferido, entrega el dinero al suministrador designado por el mismo arrendatario para adquirir los bienes elegidos por éste. La propiedad de esos bienes sería adquirida por el usuario y transferida inmediatamente a la arrendadora financiera en calidad de garantía; así, la pena convencional del pago de todo el importe de las cuotas o pagos parciales futuros pone de manifiesto la consideración de que el contrato merece a las partes, muy distintas a los contratos de ejecución sucesiva y que es mucho más próxima al contrato de préstamo.”⁴⁴

4.4.1.5 Tesis del contrato mixto. La mayoría de la doctrina se resiste a considerar al A.F. un contrato nuevo, por lo que prefiere inclinarse a afirmar que se trata de la unión de varios esquemas contractuales, aunque no se identifica con ellos y tiene una naturaleza independiente; es decir, que se trata de un contrato distinto pero inseparablemente conectado con el arrendamiento y la opción de compra o promesa unilateral de venta, cuya conjunción integra su complejo contenido, de suerte que olvidan su configuración unitaria y la circunstancia de que existe más de una opción. En este sentido, Díaz Bravo¹⁹² señala que por el A.F. la arrendadora financiera, de manera unilateral, asume contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro de compraventa; sin embargo, el autor olvida que la opción de compra, en su caso, como promesa, no es a cargo de la arrendadora financiera sino del arrendatario, y que aquélla sólo está obligada a respetar la Opción del segundo. Un contrato mixto es aquel en el cual se producen la tusión de prestaciones de uno o más tipos con elementos nuevos, o sea,

⁴³ Ibíd. Pág. 158.

⁴⁴ Ibíd. Pág. 159.

cuando se conjugan en un mismo negocio prestaciones de dos o más negocios, r, gr. una compraventa y un arrendamiento

4.5 OPCIÓN DE COMPRA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE LEASING

La opción de compra es sin lugar a dudas el punto distintivo del contrato de leasing, y en este sentido, se convierte en un elemento de la esencia del contrato, a tal punto que la doctrina dispone que si las partes de común acuerdo disponen celebrar un contrato de leasing, y así no se establezca o no se diga nada al respecto, se entiende que efectivamente dentro del contrato está ínsita esta opción de compra del bien objeto del negocio jurídico.

Jorge Suescún Melo manifiesta que aun cuando en Colombia el contrato de leasing ya es conocido, el mismo no ha sido tipificado, y si bien se hace referencia a él en algunas normas, en especial en el estatuto tributario como citamos atrás, su régimen jurídico no ha sido definido y aún se mantiene como un contrato atípico. De modo que como a bien lo tiene la doctrina nacional estos elementos “dejan claro que una de las diferencias específicas del arrendamiento financiero, o uno de los aspectos que lo hace único y especial, es la opción de adquirir el bien objeto del contrato a la finalización del término pactado. Por ende, si al arrendatario no se le concede la opción de compra, o si ésta se ejerce antes de terminar el contrato, no habrá o dejará de haber contrato de leasing.”⁴⁵

⁴⁵ SUESCÚN MELO, Jorge (2005), La opción de compra ejercida al final del contrato, elemento esencial del leasing. En: Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá, Legis, Segunda Edición. Tomo II. Pág. 593

5. LA VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL EN COLOMBIA

En Colombia las apremiantes situaciones por la que pasa la población más pobre obligó a que el constituyente estableciera que el derecho a la vivienda de intereses social tuviera un rango constitucional, no obstante que no se conciba como un derecho fundamental por tratarse de un derecho de carácter prestacional.

Sin embargo, ya desde el siglo pasado el concepto de vivienda para los más necesitados había sido objeto estudio, pues se crearon desde esas épocas entidades de crédito que financiaban y apoyaban planes de vivienda de tipo popular; al respecto, importante fue el nacimiento del Banco Agrícola Hipotecario, creado por la ley 68 de 1924, y que luego mediante la ley 49 de 1927 se transformaría en un banco con misión de financiar vivienda popular. Posteriormente se crea en Colombia el Banco Central Hipotecario en los decretos 711 de 1932, y ya para 1939, nace el Instituto de Crédito Territorial con la finalidad de financiar vivienda de tipo rural.

La doctrina establece que antes de la constitución de 1991, con motivo de la ley 9 de 1989 se estableció en su artículo 40 que se entendía por vivienda de intereses social a aquellas soluciones de vivienda cuyo precio de adquisición o adjudicación sea o haya sido en la fecha de su adquisición:

a) Inferior o igual a 100 salarios mínimos legales mensuales en las ciudades en las que, según el último censo del DANE, cuenten con 100.000 habitantes o menos.

b) Inferior o igual a 120 salarios mínimos legales mensuales en las ciudades en las que, según el último censo del DANE, cuenten con más de 100.000 y menos de 500.000 habitantes.

c) Inferior o igual a 135 salarios mínimos legales mensuales en las ciudades en las que, según el último censo del DANE, cuenten con más de 500.000 habitantes.

Como se denota ante la preocupación por la creciente demanda de vivienda por parte de las familias con menos recursos, el estado procedió a la delimitación “científica”, mediante la imposición de límites o niveles, ya sea de ingreso o de número de habitantes, para efectos de poder redistribuir correctamente el presupuesto público que se tenía para tales efectos; evitándose con ello la improvisación o la utilización política de esta problemática nacional.

En general puede afirmarse que la situación o demanda de vivienda de intereses social en Colombia y América Latina es crítica, y por esos motivos, se han realizado recomendaciones por parte del BID tendientes a posibilidad de legalizar barrios irregulares, y ofrecer tasas de intereses fija para créditos de largo plazo.⁴⁶

Para el mismo Banco Interamericano de Desarrollo, el valor de una vivienda para una familia en Latinoamérica en promedio equivale a casi seis años de ingresos familiares, pero “aquí menos de una cuarta parte de las viviendas que se construyen son financiadas por mecanismos formales y el crédito para su adquisición representa una fracción minúscula del total otorgado por el sistema financiero.”⁴⁷ Se añade así mismo, que para el BID el sistema hipotecario no se desarrolla adecuadamente en nuestros países, pues existe un temor por parte de los sistemas financieros de perder el dinero prestado, pues la mayoría de los compradores de vivienda “no ganan lo suficiente para hacer los cuantiosos pagos de una hipoteca o siquiera para ser tomados en cuenta para obtener un crédito”⁴⁸

Con base en estos antecedentes, la política de vivienda de intereses social en Colombia, logra un nuevo despegue con la expedición de la ley 3 de 1991,

⁴⁶ MORCILLO DOSMAN, Pedro Pablo. Derecho urbanístico colombiano. Editorial Temis, Bogotá. 2007. Pág. 636.

⁴⁷ Ibid. 636.

⁴⁸ Ibid. Pág. 637

mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Vivienda de Intereses Social; estableciéndose conjuntamente el llamado “subsidio familiar de vivienda”, respecto al Sistema de vivienda la norma dispone que el mismo está integrado por las entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza, se añade, así mismo, que las entidades integrantes del sistema actuarán de conformidad con las políticas y planes generales que adopte el Gobierno Nacional.

Así mismo, se dice en la norma que “El Sistema será un mecanismo permanente de coordinación, planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por las entidades que lo integran, con el propósito de lograr una mayor racionalidad y eficiencia en la asignación y el uso de los recursos y en el desarrollo de las políticas de vivienda de intereses social.”⁴⁹

Ahora en lo que tiene que ver con el concepto de vivienda, la norma dispuso que por solución de vivienda, se debe entender el conjunto de operaciones que permiten a un hogar disponer de habitación en condiciones sanitarias satisfactorias de espacio, servicios públicos y calidad de estructura, o iniciar el proceso para obtenerlas en el futuro.

Dentro de las acciones conducentes a la obtención de soluciones de vivienda, la norma establece entre otras, las siguientes: 1) Construcción o adquisición de vivienda; 2) Construcción o adquisición de unidades básicas de vivienda para el desarrollo progresivo; 3) Adquisición o urbanización de terrenos para desarrollo progresivo; 4) Adquisición de terrenos destinados a vivienda; 5) Adquisición de materiales de construcción; 6) Mejoramiento, habilitación y subdivisión de vivienda; 7) Habilitación legal de los títulos de inmuebles destinados a la vivienda.

⁴⁹ Ley 3 de 1991. Artículo 1.

Resulta interesante cómo mediante estas normas y reglamentaciones se fue construyendo todo el andamiaje de responsabilidades y compromisos para que las entidades públicas y privadas desarrollaran la norma constitucional del derecho a la vivienda digna en Colombia.

Comentando sobre este punto, la CEPAL subrayó que las características del sistema se concretaban en:

“La financiación de un programa VIS típico se compone de cuota inicial, subsidio y crédito, excepto para los programas de mejoramiento los cuales no son objeto de crédito. En la financiación de estos últimos participan, además de las familias beneficiarias y las entidades que otorgan subsidios, los municipios y los denominados Fondos de Cofinanciación, conformando un paquete de fondos cuyos recursos se destinan no solamente a mejorar las condiciones individuales de las viviendas sino la infraestructura circundante.

Las normas exigen que los beneficiarios de subsidios hagan aportes en dinero o en mano de obra equivalentes como mínimo al 5% del valor de cualquier tipo de solución. Por su parte las CAV no financian más del 70% del valor de la vivienda y establecen límites al monto de los créditos en función de la capacidad de pago de los deudores, procurando que las obligaciones no superen el equivalente a 40 veces el ingreso mensual de la familia beneficiaria, o que las cuotas mensuales no sean mayores al 30% del ingreso familiar. A su vez el INURBE fija topes máximos para los subsidios de acuerdo con el tipo de proyecto en cuestión y el tamaño de la ciudad donde este se realice, como se explicará más adelante.”⁵⁰

5.1 EL FRACASO DE LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN COLOMBIA

⁵⁰ CHIAPPE DE VILLA, María Luisa. La política de vivienda de intereses social en Colombia en los años noventa. Proyecto Interdivisional CEPAL “Instituciones y mercados” financiado por GTZ. 1999. Pág. 14.

El acceso a la vivienda digna es sin lugar a dudas una de las expectativas menos satisfechas en Colombia.⁵¹ En este sentido, han sido innumerables los intentos por encontrar una solución razonable a la preceptiva establecida en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia, según la cual: “Todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá los planes de vivienda de intereses social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”⁵². Sin embargo, dicha expectativa se ha visto truncada por innumerables escollos, casi todos inmersos en las realidades y avatares de la débil economía colombiana, que ponen de presente las dificultades de hacer viable este derecho consagrado constitucionalmente.

Según estudio realizado por el Departamento Nacional de Estadística, en Colombia⁵³ existe un déficit de aproximadamente 3.828.055 hogares en materia de vivienda, de los cuales 1.307.757 hogares poseen déficit cuantitativo, es decir, núcleos familiares que no poseen una vivienda propia, y por tanto acuden al arrendamiento como medio para satisfacer esta necesidad vital. Así mismo, 2.520.298 hogares poseen déficit cualitativo, configurándose con ello un escenario subnormal de vivienda, caracterizada por la carencia de condiciones mínimas de espacio, disponibilidad de servicios públicos o pésima calidad estructural. A éstas cifras, el crecimiento poblacional o demográfico genera anualmente la demanda de aproximadamente cien mil viviendas nuevas, aunado por supuesto a las condiciones internas generadas por el conflicto armado o por desastres naturales que obligan necesariamente a la creación de nuevas unidades habitacionales. Como consecuencia que el derecho a la vivienda es de carácter asistencial, de

⁵¹<http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-sociales/deficit-de-vivienda>

⁵²Constitución Política de Colombia.

⁵³<http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-sociales/deficit-de-vivienda>

suerte que no es un derecho fundamental, el Estado colombiano, a través de los diferentes gobiernos ha implementado una suerte de normas que intentan promover la creación y adquisición de vivienda, así, en la década del setenta el Gobierno del momento estableció un modelo de adquisición de vivienda con base en las llamadas Unidades de Poder Adquisitivo Constante o UPAC, sin embargo, la débil estructura económica colombiana, pues los créditos de vivienda se ligaron a las tasas de intereses y a la capitalización de los mismos, presentó un aumento considerable de las cuotas de los deudores, haciendo inviable social, económica y jurídicamente este sistema de financiación de vivienda. Posteriormente, con fundamento en la ley 546 de 1999 se intentó solucionar las dificultades de todo tipo creadas por este sistema de financiación, rediseñando un nuevo paradigma de crédito bajo la égida de la Unidad de Valor Real o UVR, que buscó la superación de los conflictos derivados de la anterior alternativa de adquisición de vivienda. No obstante los esfuerzos, las expectativas no fueron colmadas por esta norma, pues aun cuando estableció límites significativos a los Intereses remuneratorios de los créditos de vivienda, y limitó al IPC establecido por el DANE que refleja la unidad de valor real aplicable a los créditos de vivienda, es visible la tragedia habitacional vigente en Colombia.

Ante la evidente ineffectividad de las políticas hipotecarias y de financiamiento a la vivienda en el país, el gobierno nacional expidió la ley 1469 de 2011 mediante la cual “se adoptan medidas para promover la oferta de suelo urbanizable y se adoptan otras disposiciones para promover el acceso a la vivienda.” Dicha norma intenta articular el contrato de leasing habitacional, que ya había sido autorizado y creado como instituto jurídico por medio de ley 795 de 2003, y que venía siendo aplicado por las sociedades de leasing financiero, con las estrategias para la construcción de viviendas de intereses social, lo que obliga a establecer si realmente es viable económica y socialmente la aplicación de un contrato considerado otrora como atípico y aplicado para la consecución de vivienda comercial de estrato 4,5 y 6 con capacidad de ahorro, pues a la luz de la situación

característica de éste negocio jurídico, resulta cuestionable en principio si sectores de estratos 1,2 y 3 con poca disponibilidad de recursos para el ahorro, puedan encontrar en esta novedosa alternativa la solución para los problemas de vivienda.

La CEPAL, haciendo referencia al déficit de vivienda en Colombia, dejó sentado que “La oferta formal de vivienda de intereses social la realizan empresas comerciales de construcción, Cajas de Compensación, y organizaciones populares de vivienda, en un ambiente de competencia, en el cual participan entidades de todos los tamaños. Las Cajas tienen la doble condición de ser administradoras de subsidio y constructoras. Una alta proporción de la construcción de vivienda se desarrolla por fuera de las normas que rigen la actividad en lo que se denomina urbanización “pirata” o clandestina.”⁵⁴ y respecto, a la proporción en Colombia destinada a la financiación de VIS para los más desfavorecidos, indicó que “El mercado por sí solo no asigna los recursos donde se encuentran las necesidades más apremiantes. Mientras el 93% del déficit cuantitativo de vivienda se concentra en los tres estratos más bajos de ingresos, apenas el 30% de los créditos se dirige a financiar vivienda de intereses social. La actividad constructora formal no responde a la demanda de los estratos bajos con el dinamismo que exigen sus necesidades”⁵⁵, con lo que queda claro que sin la intervención del aparato estatal, la posibilidad de que las personas con menos recursos accedan a una solución de vivienda se hace remota o al menos no se garantiza en los términos definidos constitucionalmente.

5.2 POLÍTICAS DE FINANCIAMIENTO DE VIVIENDA EN COLOMBIA

La política de financiación de la vivienda en Colombia, según los estudios realizados hasta el momento, se ha abordado a través del sistema UPAC y de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda; y como consecuencia de la crisis de los 90's

⁵⁴ CHIAPPE DE VILLA, María Luisa. La política de vivienda de intereses social en Colombia en los años noventa. Proyecto Interdivisional CEPAL “Instituciones y mercados” financiado por GTZ. 1999. Pág. 39.

⁵⁵ Ibíd. Pág. 40.

se presentó un auge inusitado de tratamientos a las políticas habitacionales, con base en los presupuestos normativos y las finalidades de la ley 546 de 1999 y los novedosos mecanismos de amortización con UVR; con fundamento en lo anterior, es dable aseverar que en el caso colombiano la política ha girado en torno a la política hipotecaria, la cual ha afrontado innumerables escollos a lo largo de los años, a tal punto que el máximo órgano constitucional colombiano ha intervenido a los efectos de definir y proteger a los habitantes y ciudadanos que sufren las consecuencias de las políticas crediticias.

Los autores colombianos destacan que “el primer tema de intereses de (...) la política de vivienda a través de la historia en Colombia” da un “recorrido por la historia del crédito hipotecario desde principios de siglo hasta la actualidad, mostrando los diferentes programas que cada gobierno ha desarrollado para combatir el déficit habitacional, y destaca la cobertura de tasas de intereses como una política acertada que permitió que muchas personas accedieran por primera vez a un crédito de vivienda.”⁵⁶

No obstante lo anterior, el fracaso de esta política se concretó en las dificultades de los sistemas de financiación, y en especial en las fórmulas de cálculo de los créditos, a tal punto que en pocos años se pasó de un sistema UPAC a un cálculo mediante el sistema de UVR, y sin embargo, los déficit de vivienda no han conseguido superarse con desmedro del derecho al acceso a la vivienda consagrado constitucionalmente.

Según se viene diciendo, Rodríguez Castillo citando a González (2002), reseña que “el principal impedimento para disminuir el déficit habitacional en Latinoamérica son las pocas opciones de crédito que tienen las personas de bajos ingresos, que en algunos países corresponde a más del 50% de la población. Las razones por las que se da esta falta de oportunidades es la falta de garantías que

⁵⁶ RODRÍGUEZ CASTILLO, Juanita Alejandra. Facultad de Economía. Universidad del Rosario. Tesis de Grado. Pág. 7

tienen estos usuarios para respaldar sus créditos y la incapacidad para demostrar un ingreso mensual fijo, ya que muchas de estas personas trabajan en el sector informal.”⁵⁷ Y seguidamente añade que los “subsidios en estos países han impedido que los instrumentos de financiación lleguen a ser auto-sostenibles en el largo plazo, y que en cambio se debe estimular el ahorro familiar en el sector formal a través de rentabilidades positivas, y así captar recursos que permanezcan en el largo plazo disminuyendo así el riesgo de las entidades financieras que otorgan créditos hipotecarios a más de 10 años con capitales de corto plazo.”⁵⁸

5.3 LEY 546 DE 1999

Mediante la ley 546 de 1999 se dictaron normas en materia de vivienda y se señalaron una serie de objetivos y principios generales a los que el gobierno nacional debía sujetarse para regular el sistema de financiamiento de vivienda a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor y para determinar condiciones especiales para la vivienda de intereses social urbana y rural.

Dentro de los objetivos fijados por la norma se destacan la necesidad o mandato al gobierno nacional y a las autoridades públicas de proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda, así como de proteger y fomentar el ahorro destinado a la financiación y a la construcción de vivienda, manteniendo la confianza del público en los instrumentos de capacitación y en los establecimientos de crédito emisores de crédito. Se dispuso, igualmente que es un objetivo nacional proteger a los usuarios de los créditos de vivienda y propender por el desarrollo de mecanismos eficientes de financiación de vivienda a largo plazo.

⁵⁷ Ibíd. Pág. 8

⁵⁸ Ibíd. Pág. 9

Conjuntamente con las anteriores, así mismo se dispuso como política la necesidad de velar para que el otorgamiento de los créditos y su atención consulten la capacidad de pago de los deudores, y facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia; igualmente, se propone en la norma la prioridad de promover la construcción de vivienda en condiciones financieras que hagan asequible la vivienda a un mayor número de familias y priorizar los programas y soluciones de vivienda de las zonas afectadas por desastres naturales y actos terroristas.

Es con base en estas finalidades que el artículo 26 de la ley 546 de 1999, dispuso que los planes de ordenamiento territorial deberán contemplar zonas amplias y suficientes para la construcción de todos los tipos de vivienda de intereses sociales definidos por los planes de desarrollo y por las reglamentaciones del Gobierno de tal manera que se garanticen el cubrimiento del déficit habitacional para la vivienda de intereses sociales, no obstante, como vimos el informe de la CEPAL reafirmó este era precisamente una de las deficiencias del sistema de vivienda de intereses sociales en Colombia.

En síntesis, es con base en esta ley que se crea el marco de vivienda en Colombia que regula desde ese momento la financiación de vivienda, y protege a los usuarios del sistema bancario de aumentos muy altos en las cuotas y capitalización de Intereses.⁵⁹ Sin duda la norma introdujo una buena cantidad de transformaciones para el nuevo sistema financiero colombiano, y que a los efectos se mencionan acá: 1) el cambio del sistema de corrección monetaria, UPAC, que se usó por cerca de treinta años, y por otro lado la conversión de las corporaciones de ahorro y vivienda, que desde ese momento cambiaron su naturaleza a Bancos comerciales. 2) se regularon fuertemente las condiciones para la financiación de vivienda, incentivando el mercado hipotecario, pero sin caer en comportamientos riesgosos que afectaran la economía nacional.

⁵⁹ Ibid. Pág. 11

5.3.1 Créditos Hipotecarios. Según la doctrina económica más autorizada se entiende por crédito hipotecario a aquel “préstamo que se otorga para la compra de vivienda nueva o usada, o para compra de terreno exclusivamente. Es el tipo de financiación más usado en Colombia para este fin y tiene como garantía para la entidad la hipoteca sobre el mismo bien que se está adquiriendo, es decir que el inmueble respalda la deuda hasta que el crédito sea cancelado en su totalidad, y en el caso de incumplimiento será embargado y rematado para cubrir el costo de la deuda. Los porcentajes que se financian con este crédito son de hasta el 80% para Vivienda de Intereses Social VIS y el 70% para no VIS, lo cual supone que para tener acceso a este crédito es importante que la persona cuente con los recursos suficientes para el pago de la cuota inicial. El pago de las cuotas de este crédito está ajustado a la inflación para mantener el poder adquisitivo del dinero y además de esto se cobra una tasa de intereses que representa la ganancia del banco.”⁶⁰

5.3.2 Créditos en UVR. La doctrina dispone que en lo que tiene que ver con este sistema de cálculo, se tiene en cuenta “el IPC y mantiene el valor de la deuda actualizado a través de los años. Dentro de este sistema existen tres categorías de amortización: Cuota constante en UVR, la cuota mensual tiene siempre el mismo valor en UVR pero es creciente en pesos debido a la inflación, es decir que cada mes aumenta lo correspondiente a la inflación mensual. Abono constante a Capital, en esta amortización existe una parte de la cuota fija, que se abonará a capital, y otra parte variable que se abona a pago de Intereses. Finalmente, Cuota cíclica en UVR, la cuota es decreciente durante los 12 meses de cada año, y es constante para cada ciclo en años, pero aumenta al inicio de cada periodo debido al efecto inflacionario. Este tipo de amortización no es usado en Colombia actualmente.”⁶¹

⁶⁰ Ibíd. Pág. 12

⁶¹ Ibíd. Pág. 12

5.3.3 Crédito en Pesos. Rodríguez Castillo define este mecanismo como el adecuado para las personas que sienten temor frente a las variaciones de la inflación, máxime en países como Colombia, pues esto las llevaría a pagar cuotas crediticias altas a través del tiempo, de modo que para “este grupo de personas existe una alternativa para cubrirse del riesgo de inflación, el sistema de cuota fija en pesos. Este sistema se empezó a usar hace algunos años en Colombia y ha tenido gran acogida entre los clientes, aunque denota un mayor riesgo para las entidades bancarias, quienes no pueden predecir el comportamiento de los precios en el largo plazo. Las categorías en este sistema son dos: La Cuota constante en pesos, en la cual se paga siempre el mismo valor en pesos durante todos los meses de la deuda, y el Abono constante a Capital en pesos, al igual que en el caso de UVR, las cuotas tienen una parte fija en pesos que se abona a capital y otra parte que representa los Intereses, la diferencia con el abono constante a capital en UVR es que las cuotas son decrecientes desde el segundo mes del crédito hasta la última cuota de la deuda.”⁶²

5.4 EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA EN COLOMBIA. ANÁLISIS ART. 51 C.P

Con base en las herramientas dispuestas en la ley 1469 de 2011 y sus decretos reglamentarios se propone por el legislador que los sectores populares puedan adquirir una solución de vivienda, y se cumpla con el derecho al acceso a vivienda en condiciones dignas, pues este derecho implica no solo una vivienda en condiciones de higiene, calidad y espacio, sino implica igualmente, la seguridad del goce de la vivienda.

En este sentido, la hipótesis central gira en torno a la dificultad que en principio sugiere el aplicar el contrato de leasing habitacional en un país donde no existe

⁶² Ibíd. Pág. 13

una cultura del ahorro que permita solventar una política pública de vivienda de intereses social orientada hacia el mercado, el fracaso contundente de las políticas derivadas del sistema de financiación en UPAC y UVR, que fueron y son un fracaso de la expectativa de millones de colombianos por adquirir una vivienda propia, demuestran la preocupación por encontrar mecanismos de financiación que promuevan el sector de la construcción, Interesado por supuesto en el afán de lucro, y por otro lado, el garantizar la efectividad del precepto constitucional establecido en el artículo 51 de la carta magna.

Se considera que la respuesta al problema jurídico es que los contratos de leasing habitacional y el contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, Sí garantizan el financiamiento de vivienda de intereses social en condiciones dignas, pues permiten la seguridad en el goce de la vivienda en Colombia, que en palabras de la Corte Constitucional implican: “de conformidad con los estándares mínimos en materia de vivienda digna o adecuada, se desprende que esta noción está compuesta por una serie de requisitos, condiciones o elementos tales como (i) la seguridad jurídica de la tenencia; (ii) la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; (iii) los gastos soportables; (iv) las condiciones de habitabilidad; (v) requisito de asequibilidad; (vi) exigencias respecto del lugar; y (vii) adecuación cultural.”⁶³

Así mismo, se procura entender que al contrato de leasing como herramienta novedosa de financiación debe garantizársele un marco conceptual y legislativo autónomo que no lo confunda con otras figuras o contratos con los que se pueda asemejar, en este sentido, la mayor claridad normativa permitirá que la discusión frente a problemas jurídicos derivados de la aplicación en adquisición de viviendas de intereses social no cause traumatismo y que en todos salga avante la garantía mínima del derecho a la vivienda digna.

⁶³ Sentencia T-740/12

En este preciso sentido, se considera que las herramientas suministradas por la ley 1469 de 2011 cumplen a cabalidad con el requisito de ser una manifestación del concepto de derecho a la vivienda digna establecido en el artículo 51 de la constitución nacional, en el sentido de ser un adecuado sistema de financiación de vivienda, en tanto garantiza seguridad jurídica y accesibilidad económica para los sectores populares que deseen adquirir una solución habitacional.

Ahora bien, en relación con la norma constitucional, es lo cierto que el artículo 51 de la Constitución Política dispone que: “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 intereses social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”⁶⁴, con base en este precepto, la Corte Constitucional ha definido que:

“El concepto de vivienda digna implica contar con un lugar, propio o ajeno, que le permita a la persona desarrollarse en unas mínimas condiciones de dignidad y satisfacer su proyecto de vida. Igualmente, el artículo 51 de la Constitución Política consagra el acceso a una vivienda digna como un derecho de todas las personas, y asigna al Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacerlo efectivo a través de la promoción de planes de vivienda de intereses social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas para la ejecución de dichos programas. El derecho a la vivienda digna está íntimamente relacionado con el derecho a la vida en condiciones dignas y que de conformidad con la Observación General No 4, debe procurarse que la materialización del derecho no adolezca de a) la seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad y g) adecuación cultural.”⁶⁵

⁶⁴ Constitución de Colombia

⁶⁵ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 2012. Subrayado con intención.

Con fundamento en lo anterior, es evidente que el derecho a la vivienda digna impone que se considere al mismo como autónomo, pues si bien en un principio no era considerado fundamental por su contenido principalmente prestacional, ya posteriormente se consideró que “(ii) para adquirir el rango de fundamental, debía estar en conexidad con un derecho fundamental, como por ejemplo la vida o el mínimo vital y, (iii) en la actualidad, esta Corte ha afirmado que el derecho a la vivienda digna es un derecho fundamental autónomo, y lo determinante es su traducción en un derecho subjetivo y su relación directa con la dignidad humana.”⁶⁶

⁶⁶ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-163 de 2013.

6. EL LEASING HABITACIONAL HERREMIENTA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIS EN COLOMBIA

6.1 LEY 795 DE 2003

La propuesta monográfica precisa de la articulación de una serie de conceptos y principios elaborados por la doctrina en el que se incluyen conceptos como leasing financiero, leasing operacional, vivienda de intereses social, derecho a la vivienda digna, leasing habitacional, así pues para iniciar se tendrá en cuenta que el leasing habitacional es según el decreto 2555 de 2010 que desarrolló la ley 795 de 2003 es una *“operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.”*

Y añade seguidamente el decreto que “el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.”

El anterior decreto 777 de 2003 disponía que este contrato era “una modalidad de leasing financiero, mediante el cual una entidad financiera autorizada para realizar este tipo de operaciones entrega a un locatario la tenencia de un inmueble, cuyo destino debe ser exclusivamente la vivienda. El objeto de la entrega del inmueble es ejercer sobre este el derecho de uso y goce, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido. Al vencimiento del plazo el bien se

restituye a su propietario o se trasfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor”, así las cosas, el leasing habitacional como quedó corroborado es una forma que adquiere el leasing financiero que viene a ser el contrato madre que fundamenta el resto de clasificaciones, en este sentido, se considera que leasing financiero es “el negocio jurídico en virtud del cual una entidad especializada, actuando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente, procede a adquirir de un proveedor –nacional o extranjero- uno o más bienes previamente seleccionados y escogidos por éste, a quien le entregará luego su tenencia, con opción de adquisición al final del contrato”⁶⁷, por el contrario el leasing operacional hace relación a “un contrato en virtud del cual, una persona natural o jurídica, llamada arrendadora, entrega a otra, llamada arrendatario, la tenencia de un bien para su uso y goce, a cambio de un canon o renta periódica”⁶⁸, sin embargo, se debe aclarar que la diferencia entre ambos fenómenos, leasing financiero y leasing operacional lo constituye el que el primero siempre existe la opción de compra a favor del locatario, es decir, es elemento esencial para la existencia del mismo, en tanto que en el operacional la opción de compra es excepcional, lo que lo constituye en un herramienta óptima para el desarrollo empresarial.

En cuanto al concepto de leasing inmobiliario, se tendrá en cuenta, pues el leasing habitacional es la unión de éste con el financiero, se tiene dicho por la doctrina que en este tipo de leasing “el bien objeto de arrendamiento es de naturaleza inmueble, y que fuere recibido en Colombia como una nueva alternativa de financiación y de readquisición de bienes inmuebles que por el sistema UPAC y UVR, se vieron obligados a ser entregados por muchos usuarios en dación en pago”⁶⁹.

⁶⁷ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio (2002), Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles. Legis, Volumen V. Pág. 281.

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 181

⁶⁹ DURÁN BOHÓRQUEZ, Edwin Giovanni (2004), El contrato de leasing financiero en Colombia. Trabajo de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Ahora bien, como lo que interesa en la monografía es el estudio de las posibilidades que vía el contrato de leasing habitacional pueden tener los usuarios de sectores populares mediante las herramientas de la ley 1469 de 2011, debe considerarse que la vivienda de intereses social “es la solución que el Gobierno Nacional implementa en el cumplimiento del mandato constitucional de 1991 en el artículo 51, «solución básica de vivienda digna». El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de intereses social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. De conformidad con lo establecido en la Ley 388/97 (Ordenamiento territorial) Art. 91, «se entiende por viviendas de intereses social aquellas que se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos.” Con base en lo anterior, también se requerirá de la adecuada conceptualización del derecho a una vivienda digna, aspecto fundamental pues la monografía gira en torno a la posibilidad de satisfacción de una expectativa nacional, así pues “El concepto de vivienda adecuada (para el caso de Colombia: digna) de los instrumentos internacionales, en su contenido, es de obligatorio cumplimiento por parte del Estado colombiano y forma parte de la normatividad interna que regula esta materia. Los principales instrumentos de carácter internacional de derechos humanos que reconocen y abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada/ digna, se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).”⁷⁰

De la Declaración Universal de Derechos Humanos, surge el derecho a la vivienda adecuada, consagrando en el artículo 25.1 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure así como a su familia, la salud y el

⁷⁰ Control Social a la vivienda de intereses social (2005), Ministerio de Ambiente, vivienda y desarrollo territorial, Bogotá, Colombia. Pág. 80.

bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda..." lo anterior con el propósito de desarrollarse como ser humano. De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el párrafo 1 del artículo 17, que" Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el párrafo 1 del artículo 11, desarrolla de manera más amplia el concepto de vivienda adecuada, señalando que los Estados deberán tomar medidas apropiadas orientadas a garantizar la efectividad del derecho a la vivienda adecuada. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC), ha señalado que el derecho a una vivienda adecuada debe aplicarse a todos, en sentido lato, es decir, sin ninguna forma de discriminación."

6.2 EL LEASING HABITACIONAL

En relación con el leasing inmobiliario este se constituye en un típico contrato de arrendamiento financiero, con la particularidad de ser el objeto del contrato un bien inmueble o mueble, de ahí que no debiera denominársele inmobiliario, "pues de ser así tendríamos que calificar de 'mobiliario' al que no tiene por objeto bienes inmuebles. En fin, se trata de un contrato en que la arrendadora financiera procede a entregarlo a su contraparte para que lo use por un tiempo determinado en el contrato, satisfaciendo, como contraprestación, periódicamente o con una cantidad que comprenda el valor del bien, los gastos de adquisición y demás accesorios, y, una vez transcurrido el plazo, dicho arrendatario financiero puede optar por cualquiera de las opciones terminales."⁷¹

⁷¹ LEÓN TOVAR, Soyla. El arrendamiento financiero. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie 1: Estudios de Derecho Económico, Núm. 17. 1989. Pág. 143

De por manera que con base en los anteriores presupuestos, puede entenderse que el leasing habitacional es una adaptación del leasing financiero y el leasing inmobiliario, pues su creación tiene como finalidad la adquisición de vivienda familiar, de ahí que se considere que este tipo de operaciones deben tratarse con gran precaución pues su utilización implica considerar el derecho fundamental a la vivienda digna, de modo que se hace necesario proteger este tipo de usuarios. Igualmente, los estudiosos manifiestan que el leasing habitacional “es una operación poco conocida y divulgada, y se desprenden de ésta algunos problemas prácticos que no son resueltos por el marco legal que la rige, ni han sido abordados por la parte de la doctrina que se ha ocupado de dicho esquema de financiación.”⁷²

Es en este escenario en que se entiende por qué el leasing habitacional es una de las soluciones que se planteó el legislador proponiendo al sistema financiero una alternativa de compra de vivienda a largo plazo, para Baena Cárdenas esto supone que “[...] el leasing habitacional constituye una alternativa de solución a la problemática que caracteriza el mercado actual de la vivienda destacado líneas atrás, en tanto y cuanto se trata de un instrumento jurídico y financiero que, adecuadamente concebido y estructurado, permitirá eliminar las limitaciones que afectan el actual sistema de financiación de vivienda dispuesto por la Ley 546 de 1999, al tiempo que posibilitará que el crédito subsidiado pueda complementarse con otros instrumentos financieros, maximizándose así la utilización de los recursos disponibles bajo criterios de eficiencia y equidad de cara a optimizar el proceso de construcción.”⁷³

Conforme a lo anterior, la finalidad de este tipo de alternativa financiera era precisamente aumentar los niveles de compra de vivienda sin la preocupación del

⁷² LOPERA VELASQUEZ, Juan Ricardo. LOPERA MONTOYA, Daniela. El leasing habitacional: una mirada 10 años después de su incorporación. Universidad EAFIT. Pág. 6

⁷³ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo (2006), El leasing habitacional, instrumento para financiar vivienda en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición. Pág. 102

crédito hipotecario con Intereses y claros beneficios en materia impositiva, al respecto Baena Cárdenas recuerda que “[...] a pesar de los programas que en los últimos años han adelantado los diferentes gobiernos de turno para darle solución al déficit de vivienda, lo cierto es que éste continúa”⁷⁴, con lo que el leasing habitacional se convierte en una verdadera alternativa a efectos de adquirir vivienda para las personas que poseen menor capacidad de adquisición.

6.2.1 Elementos del Leasing Habitacional

6.2.1.1 Inmueble objeto del contrato. Como se manifestó más atrás, estamos en presencia de un leasing habitacional cuando el objeto del goce y uso de la cosa recae sobre un inmueble destinado a vivienda; de por manera que si se trata a título ejemplificativo de un uso o goce sobre una bodega o una oficina, el leasing correspondiente es el inmobiliario. Como se ha visto, los decretos citados plantean que la finalidad de sus disposiciones es la protección del derecho a la vivienda digna, de modo que es claro que en el caso colombiano esta modalidad de leasing habitacional se limita a los inmuebles para vivienda.

6.2.1.2 El precio. Como se ha manifestado para el caso del genérico denominado leasing financiero, el canon periódico es el que constituye el precio del contrato, de modo que el mismo lleva implícito el derecho a ejercer la opción de compra, de modo que como tiene dicho la doctrina “el canon que la entidad financiera cobre por el derecho del locatario a habitar la vivienda debe comprender los elementos anteriores, es decir, debe amortizar el precio de compra del inmueble, contemplar los Intereses sobre el capital invertido por el banco y los costos ordinarios para el mantenimiento del bien.”⁷⁵

⁷⁴ Ibíd. Pág. 102.

⁷⁵ GIRALDO MESA, Diana Saray (2004), El leasing habitacional. Trabajo de Grado. Especialización en derecho comercial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Pág. 37

6.2.1.3 El plazo. Este elemento del leasing habitacional, al igual que sucede con el genérico leasing financiero, depende de la capacidad operativa de la empresa de leasing, y al interregno de tiempo que se necesita para proceder a la amortización del precio del inmueble, de modo que “si se ejercita la opción de compra se pueda efectuar dicha transacción por su valor residual.”⁷⁶

6.3 DIFERENCIAS CON OTROS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA

Como se había manifestado en apartes anteriores, el crédito hipotecario es un tipo de obligación crediticia con un título otorgado para la compra de vivienda, ya sea nueva o usada, o para la compra de un terreno o lote. Según la doctrina este sistema es quizá el más difundido y utilizado por los colombianos a la hora que adquirir vivienda, de modo que el pago de la obligación se garantiza con la hipoteca del mismo inmueble adquirido; es decir, la vivienda viene a constituirse en propia garantía hasta tanto no sea cancelado todo el valor de la deuda; para la doctrina “Los porcentajes que se financian con este crédito son de hasta el 80% para Vivienda de Intereses Social VIS y el 70% para no VIS, lo cual supone que para tener acceso a este crédito es importante que la persona cuente con los recursos suficientes para el pago de la cuota inicial. El pago de las cuotas de este crédito está ajustado a la inflación para mantener el poder adquisitivo del dinero y además de esto se cobra una tasa de intereses que representa la ganancia del banco.”⁷⁷

Ahora bien, este tipo de obligación o sistema de financiación hipotecaria en Colombia se ha planteado mediante los sistemas de cálculo mediante UVR, que en este caso “tiene en cuenta el IPC y mantiene el valor de la deuda actualizado a través de los años. Dentro de este sistema existen tres categorías de

⁷⁶ Ibid. Pág. 28

⁷⁷ RODRÍGUEZ CASTILLO, Juanita Alejandra. Facultad de Economía. Universidad del Rosario. Tesis de Grado. Pág. 11

amortización: Cuota constante en UVR, la cuota mensual tiene siempre el mismo valor en UVR pero es creciente en pesos debido a la inflación, es decir que cada mes aumenta lo correspondiente a la inflación mensual. Abono constante a Capital, en esta amortización existe una parte de la cuota fija, que se abonará a capital, y otra parte variable que se abona a pago de Intereses. Finalmente, Cuota cíclica en UVR, la cuota es decreciente durante los 12 meses de cada año, y es constante para cada ciclo en años, pero aumenta al inicio de cada periodo debido al efecto inflacionario. Este tipo de amortización no es usado en Colombia actualmente. El Banco de la República ha establecido el tope máximo en tasas de intereses para el sistema UVR en 12.4% efectivo anual adicional al valor de la UVR, además las entidades bancarias deberán notificar a la superintendencia las tasas de intereses que se manejan para créditos de vivienda, y si superan el anterior porcentaje serán sancionados con multas dispuestas por la Superintendencia Financiera.”⁷⁸

Igualmente el sistema de financiación puramente crediticio puede ser planteado en pesos, y como afirman los financistas “este sistema se empezó a usar hace algunos años en Colombia y ha tenido gran acogida entre los clientes, aunque denota un mayor riesgo para las entidades bancarias, quienes no pueden predecir el comportamiento de los precios en el largo plazo. Las categorías en este sistema son dos: La Cuota constante en pesos, en la cual se paga siempre el mismo valor en pesos durante todos los meses de la deuda, y el Abono constante a Capital en pesos, al igual que en el caso de UVR, las cuotas tienen una parte fija en pesos que se abona a capital y otra parte que representa los Intereses, la diferencia con el abono constante a capital en UVR es que las cuotas son decrecientes desde el segundo mes del crédito hasta la última cuota de la deuda.”⁷⁹

⁷⁸ Ibíd. Pág. 12

⁷⁹ Ibíd. Pág. 14

Ahora, en Colombia como consecuencia de las finalidades constitucionales para garantizar la vivienda digna establecida en el artículo 51 superior, los gobiernos han desarrollado planes para la construcción de vivienda mediante los sistemas de otorgamiento de créditos y la aplicación particular de subsidios a las familias con menos capacidad de pago, en este escenario, nacen los Fondos de Vivienda de Intereses Social, que “son entes de carácter público, y tienen como objetivo primordial desarrollar planes de vivienda para los estratos más bajos, y proporcionar las condiciones para que surjan las organizaciones populares de vivienda. Para entrar a ser beneficiario de las oportunidades de este proyecto es necesario que los ingresos familiares sean iguales o inferiores a cuatro SMMLV. Los créditos para adquisición o construcción de vivienda de intereses social, tienen una tasa máxima de intereses, de acuerdo a la resolución 3 de 2012, del Banco de la República, esta tasa no puede ser mayor a 10.7% efectivo anual.”⁸⁰

Los estudios realizados por financistas en Colombia con base en cálculos econométricos indican que en relación con el Leasing Habitacional, no es necesario el ahorro previo, lo que facilita la asequibilidad por parte del usuario de leasing, a diferencia del crédito hipotecario vía subsidio, pues el cliente debe poseer un ahorro para el pago de una cuota inicial, aspecto que hace diferenciable el sistema respecto a los realizados con hipoteca atados a inflación, de modo que cualquier tipo de subsidio puede servir de “ayuda se puede usar tanto para pago del arrendamiento mensual o canon, como para el pago de la opción de compra al finalizar el contrato”⁸¹, lo que se constituye en una verdadera ventaja a la hora de asumir la obligación.

Respecto al leasing habitacional su uso se viene realizando con más seguridad jurídica con la expedición de la ley 1464 de 2011 y sus decretos reglamentarios, de modo que su aplicación para VIS es novedoso. Ahora, es de advertir que existe

⁸⁰ Ibíd. Pág. 26

⁸¹ Ibíd. Pág. 27

una diferencia entre los sistemas estudiados con el leasing habitacional, y es que en punto de la propiedad del bien inmueble, en el caso del leasing la vivienda sigue perteneciendo a la entidad financiera, “y solamente pasará a ser del arrendatario después de completado el tiempo del contrato y ejercida la opción de compra”⁸².

6.4 SENTENCIA C-936 DE 2003

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de conocer de la acusación contra el artículo 1 de la ley 795 de 2003, que adicionó el numeral n) del estatuto orgánico del Sistema Financiero:

"LEY 795 DE 2003

Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

“El Congreso de Colombia,

DECRETA”

CAPITULO I

Disposiciones que modifican el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Artículo 1°. Adiciónase el numeral 1 del artículo 7° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente literal:

n) Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

⁸² Ibíd. Pág. 28

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumpla los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.

El actor sustentó su demanda de inconstitucionalidad teniendo en cuenta que las matemáticas financieras relativas al leasing habitacional, se desprendían las siguientes características:

“a) que el leasing habitacional es el mismo leasing inmobiliario y, por lo mismo, se sujeta a las condiciones económicas propias de esa clase de contratos mercantiles.

b) que en el leasing, la cuota periódica se fija de acuerdo al intereses pactado por las partes, lo cual no necesariamente refleja el intereses más bajo del mercado.

c) que en el leasing la cuota periódica siempre se establece “con base en el intereses compuesto, porque la técnica económica, contable, administrativa y financiera así lo requiere”⁸³

Para el actor estas características violentaban el artículo 51 de la Constitución, en la medida en que desconoce el “derecho a la vivienda digna” y desmejora la calidad de vida de los colombianos.

Fundaba este reproche el actor, por cuanto en su concepto “*el sistema de pago que se deriva de las conclusiones b) y c), conlleva a Intereses exorbitantes, que reducen y deterioran de manera progresiva el ingreso del usuario o locatario de la*

⁸³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett.

vivienda. “Para un sistema adecuado de financiación de vivienda a largo plazo la utilización del sistema de intereses compuesto no promueve la vivienda digna a que él tienen derecho los colombianos porque los costos y las cuotas periódicas se vuelven inalcanzables”.

Para la Corte Constitucional el problema constitucional planteado por el accionante, se derivaba del hecho de que, según el demandante, la figura jurídica del leasing habitacional no es, en sí misma, *“un mecanismo idóneo para financiar vivienda a largo plazo”*, pues en su sentir esta modalidad de financiación está *“sujeta a los criterios comerciales de financiación de vivienda.”*

Previstos estos presupuestos de la demanda, la Corte analiza la “ley comercial” y su vinculación con 51, 150 numeral 19 literal d) y 335 de la Constitución de 1991, entendiendo preliminarmente que “el derecho a la vivienda digna, como se precisará más adelante, incluye elementos que comportan la seguridad del goce del derecho a la vivienda digna. De tales elementos surgen deberes específicos para el Estado. Sin perjuicio de la necesidad de disposiciones sobre planeamiento urbano y utilización del suelo y sobre la oferta de bienes y servicios (servicios públicos, sanidad, ubicación de hospitales y escuelas, etc.), el Estado tiene la potestad dictar una legislación que (i) garantice seguridad en la tenencia de vivienda y (ii) que establezca sistemas de acceso a la vivienda.

La Corte con base en lo anterior, al estudiar el cargo específico consistente en la presunta violación de las disposiciones sobre vivienda digna conceptuó que:

“El artículo 51 de la Constitución regula lo relativo al derecho a la vivienda digna. La disposición establece dos elementos diversos. En su inciso primero señala la existencia del derecho y, en el segundo, precisa algunos deberes estatales directamente ligados con dicho derecho. A fin de analizar la disposición demandada, la Corte considerará primeramente el alcance

del derecho a la vivienda digna y, a partir de tales parámetros, iniciará el estudio de los cargos en su contra.

Como se indicó antes, el artículo 51 de la Constitución establece la existencia del derecho a la vivienda digna y fija deberes Estatales en relación con el mismo. De la disposición no se desprenden elementos que permitan fijar claramente su contenido material. Los deberes estatales estatuidos en la disposición resultan insuficientes para una completa caracterización del derecho.

El artículo 93 de la Constitución dicta que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el parágrafo 1 del artículo 11 que “los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”. Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la Observación General N°4[8] expuso sus consideraciones en torno al derecho a una vivienda adecuada. Es de anotar que tales consideraciones se adoptaron luego de realizarse diversas conferencias sobre la materia y que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000[9]. Para efectos del control constitucional y la función de la Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, resulta central definir el alcance del derecho a la vivienda digna. La mencionada observación establece elementos que asisten a la interpretación de la disposición constitucional. El

parágrafo 8 de la observación contiene algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional. Tales elementos se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.

El primer elemento –condiciones de la vivienda- se refiere a que la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.

Sobre la habitabilidad, en la Observación General 4° se lee:

“(Parágrafo 8) d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas

condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

En directa relación con lo anterior, la vivienda debe garantizar el acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como los servicios públicos, su seguridad, como acceso a servicios de emergencia, y su nutrición, lo que implica que los planes de vivienda correspondan a debidos planes de desarrollo urbano. Tales planes de desarrollo deben asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la vivienda responda, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas.

En los literales b, f y g del párrafo 8 de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados:

“b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud,

centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”⁸⁴

A partir de los elementos de la Observación General No. 4 la Corte Constitucional concluye que el derecho a la vivienda digna implica, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos, siendo al caso los tres factores que sustentan el concepto de seguridad en el goce de la vivienda: asequibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y “gastos soportables”.

La asequibilidad, para la Corte consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia de la vivienda, debiéndose añadir que tal acceso a las soluciones de vivienda *“ha de tener en consideración especial a los grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad, así como la especial protección obligatoria para las personas desplazadas y víctimas de fenómenos naturales.*

⁸⁴ Ibid.

Sobre este punto, en el literal e) del párrafo de la Observación General 4°, antes mencionada se lee:

“e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”⁸⁵

Para la Corte todas estas manifestaciones del derecho internacional implican entender que existe una obligación estatal consistente en la obligatoriedad de “diseñar varias estrategias financieras y de situación de recursos para atender distintas modalidades de tenencia de la vivienda y no limitarse a asegurar la propiedad sobre los inmuebles. Así, si el Estado garantiza a sus habitantes el arriendo de inmuebles destinados a vivienda –con todas las condiciones antes anotadas –, habrá cumplido con las obligaciones derivadas del Pacto. Tales modalidades resultan especialmente importantes a la hora de considerar los costos de la vivienda y las dificultades de acceso derivadas del mismo. Así mismo,

⁸⁵ *Ibíd.*

resulta decisivo para controlar métodos de financiación que conduzcan a impedir a la población, especialmente la más pobre y vulnerable, el goce de su derecho.”⁸⁶

A partir de estas consideraciones el máximo tribunal concluye que el derecho a la vivienda digna no implica únicamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda, resultando admisibles distintas formas seguras de tenencia. La existencia de sistemas adecuados de financiación a largo plazo no supone que “(i) necesariamente todo sistema de financiación esté por fuera de las condiciones mercantiles ordinarias; (ii) que todos los sistemas de financiación tengan los mismos parámetros financieros; (iii) que deba existir un único régimen de financiación de vivienda a largo plazo; (iv) que necesariamente todo sistema de financiación a largo plazo deba ser igualitario; por el contrario, es pertinente y posible que se distinga entre quienes tienen capacidad adquisitiva y quienes, por sus condiciones financieras, estén excluidos de la posibilidad de pagar precios ordinarios.”⁸⁷

La Corte Constitucional concluye entonces que el cargo particular relacionado con la violación del artículo 51 superior, no tiene la vocación de prosperidad, toda vez que “existe un sistema normativo dirigido a garantizar la financiación de vivienda a largo plazo, que le es aplicable al leasing habitacional. Tal sistema sólo comprende la vivienda familiar (en los términos expuestos), estando sometida la adquisición de vivienda con otros fines, al régimen ordinario. Este sistema, finalmente, puede ser modificado por el legislador, a partir de las ecuaciones consideradas en esta sentencia. Sin embargo, dicha constitucionalidad habrá de ser condicionada, pues claramente la exequibilidad está directamente ligada a la existencia (actualmente, pudiendo existir otros) del sistema UVR y, además, a la libertad de elección entre uno y otro sistema de financiación.”⁸⁸

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

Por esa razón concluye que la realización del derecho a la vivienda digna significa, en punto a la existencia de un sistema adecuado de financiación a largo plazo, (i) la existencia de uno o varios sistemas, conforme las necesidades de los asociados y (ii) que no se impongan restricciones para que quienes requieran de la modalidad de financiamiento sujeta a condiciones especiales, puedan acudir a éste. La *“existencia de restricciones no se limita a normas legales, sino que incluye prácticas mercantiles que condicionen la financiación de la tenencia de la vivienda de tales personas, a la selección del sistema más oneroso, en lugar del sistema sujeto a condiciones especiales”*⁸⁹, conforme a lo anterior, se considera que efectivamente el leasing habitacional es una alternativa que está conforme con los presupuestos constitucionales de adquisición de vivienda digna.

6.5 LEY 1464 DE 2011

Esta norma establece los mecanismos para promover la oferta de suelo urbanizable y se adoptan disposiciones para promover el acceso a la vivienda prioritaria y de intereses social, y en ella se dispuso en su artículo 24 que las entidades financieras pueden realizar y suscribir contratos de arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario, disponiendo a su vez que el contrato se constituye en un mecanismo para garantizar el derecho de acceso a una vivienda VIS o VIP, nueva o usada, a personas o familias que deseen adquirir una vivienda para su habitación, en especial aquellas personas o familias sin capacidad de ahorro ni acceso a crédito hipotecario.

Así mismo, en las disposiciones legales se señaló que se podrán suscribir contratos de arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario a través de los cuales podrá adquirirse la propiedad del inmueble, mediante la utilización de los principios del leasing financiero; igualmente, en relación a los mecanismos de amortización se estableció que el aumento anual de los cánones de

⁸⁹ Ibid.

arrendamiento no podrá exceder del valor correspondiente al Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para el año calendario inmediatamente anterior al del incremento del caso, con lo cual se garantiza que los valores de los mismos no se eleven en desmedro de los Intereses del cliente leasing.

Ahora bien, creemos que el legislador no reconoció debidamente la autonomía del contrato de leasing habitacional, pues estableció que al contrato de arrendamiento con opción de compra le serían integralmente aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 820 de 2003 y las demás disposiciones del Derecho Civil Y/o Comercial que regulen la materia, es decir, le dio una naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, o al menos le da un carácter mixto al contrato leasing.

En relación con la aplicación de subsidios concomitantes con la aplicación de las reglas del leasing habitacional el artículo 26 dispuso una articulación del Subsidio Familiar de Vivienda y crédito de vivienda, leasing habitacional y contrato de arrendamiento con derecho de adquisición a favor del arrendatario, en el entendido que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio reglamentaría un procedimiento especial que permita articular los recursos del Subsidio Familiar de Vivienda de que trata el artículo 18 de la ley, con los recursos originados en créditos para adquisición de vivienda o leasing habitacional para habitación de la familia otorgados por las entidades debidamente autorizadas para tal propósito, y con contratos de arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario.

6.6 DIFICULTADES PARA LA IMPLEMENTACION DEL LEASING HABITACIONAL PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL

Los hogares de ingresos bajos en Colombia no han logrado acceder a la financiación de vivienda por motivos como, la exigencia de una cuota inicial y las

altas tasas de intereses de los créditos. Como solución a la falta de capacidad de ahorro de algunas familias, el gobierno legalizó el sistema leasing habitacional, en el cual no hace falta tener los ahorros para pago de cuota inicial, solamente se necesita tener la capacidad de pago de los cánones mensuales. Además de esto, el leasing habitacional tiene como ventaja tasas de intereses un poco más bajas a las acostumbradas por los créditos hipotecarios tradicionales, aunque legalmente los topes máximos son iguales.

Los resultados de las simulaciones practicadas por financistas “muestran que efectivamente el leasing habitacional es una mejor opción para una familia de ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos, pues no debe hacer parte de ningún programa de ahorro programado, y al final del crédito se paga menos que en el crédito hipotecario. De acuerdo a la simulación se puede concluir que el sistema de amortización más barato es el abono constante a capital en pesos, sin embargo es el de más difícil acceso para las personas de ingresos bajos. Para una familia con un ingreso promedio de 2.5 SMMLV, el sistema de amortización más eficiente es la cuota constante en pesos, la cual le da a la familia la seguridad de que pagará durante los 10 años la misma cuota sin importar la inflación, y además es el sistema menos costoso de los que puede tener acceso.”⁹⁰

Ahora bien, según estos estudios, si bien como observamos de los planteamientos de la Corte Constitucional, el contrato de leasing se ajusta a lo previsto por la Constitución, no lo es menos cierto que actualmente los bancos comerciales ofrecen el leasing habitacional para vivienda familiar, y exigen un canon inicial y no financian viviendas de intereses social, ni en área rural, lo que supone que el gobierno, si bien reglamentó y legisló en procura de la mejor opción para la adquisición de compra para las personas de menos recursos, no ha logrado apalancar esta idea en el sector financiero, de ahí que estos estudios, previos análisis econométrico concluyan que de esta manera el objetivo inicial por el que

⁹⁰ RODRÍGUEZ CASTILLO, Juanita Alejandra. Facultad de Economía. Universidad del Rosario. Tesis de Grado. Pág. 46

se legisló el leasing habitacional en Colombia “no se ha cumplido en la realidad, y esta opción pasó a ser un tipo de financiación extra para personas de altos ingresos, que buscan este contrato para obtener beneficios tributarios”⁹¹, de ahí que estas mismas investigaciones evidencien “como los casos de leasing habitacional de otros países latinoamericanos han tenido un enfoque más social, y los gobiernos se han preocupado porque el arrendamiento con opción de compra sea realmente una alternativa para los hogares sin capacidad de ahorro”⁹²; de modo que, si bien la constitucionalidad de la Corte a las normas sobre leasing se hizo patente mediante la sentencia C-936 DE 2003, no lo es menos que como siempre sucede en Colombia, las grandes aspiraciones se quedan en el papel como letra muerta.

⁹¹ Ibíd. Pág. 46

⁹² Ibíd. Pág. 47

7. CONCLUSIONES

El leasing financiero como genérico del leasing habitacional que es el destinado únicamente para la adquisición de vivienda familiar, posee características fundamentales que han sido construidas a través del estudio de la institución y de las necesidades del comercio, así, en el leasing la entidad especializada debe adquirir los bienes objeto del contrato de acuerdo con las especificaciones y del proveedor indicados por el arrendatario, en este caso, el usuario de vivienda escoge el inmueble de intereses social para su uso y goce por el pago de un canon fijado entre las partes; además, y como se dijo, el leasing implica la concesión temporal del uso o goce de la vivienda objeto del Contrato por parte de la empresa de leasing, siendo importante que precio del contrato debe ser una cantidad de dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición del bien, el beneficio o utilidad de la arrendadora por la inversión, gastos, impuestos y demás accesorios. Dicho precio debe pagarse en fracciones, cuotas o cánones según se convenga en el contrato. El leasing implica conjuntamente que la asunción de los riesgos sea cargo del arrendatario financiero, así como de los vicios de la cosa y gastos de conservación y mantenimiento; en este sentido, es importante la aplicación en la realidad colombiana pues el hecho de que el inmueble sea adquirido una vez agotado un término y exigida la opción de compra, da tranquilidad al sistema financiero frente a los incumplimientos históricos derivados de los sistemas de financiamiento atados a créditos hipotecarios.

El fracaso de los sistemas de financiamiento derivados de las obligaciones crediticias atadas a inflación y a hipotecas, mediante los sistemas de UPAC y UVR, implican la utilización de esta novedosa alternativa de financiamiento consistente en el leasing habitacional, con el espíritu que incentivo a su creación en 1952 en los Estados Unidos, y es que el surgimiento del leasing financiero no

es producto de alguna idea jurídica brillante, sino producto de las necesidades empresariales y en este caso, para satisfacción del derecho a la vivienda digna, lo que obliga a contar con una figura que satisfaga las exigencias del mercado, pero además que cumpla con las obligaciones estatales, plasmadas en el artículo 51 de la Constitución mediante el uso privilegiado para adquirir vivienda de intereses social articulando las estrategias de subsidios y facilidades tributarias, y así aprovechar más la utilidad del bien, que la mera propiedad, no obstante que esta se satisfaga mediante la opción de compra.

El contrato de leasing habitacional es una alternativa constitucionalmente admisible para garantizar el acceso a la vivienda digna, ya que la opción de compra como alternativa a efecto de la adquisición de la vivienda, unida al sistema de financiación que implica que las personas puedan pagar una cuota mensual aun cuando no tengan la capacidad de ahorro suficiente para el pago de una cuota inicial, si bien es cierto que a diferencia del crédito hipotecario la persona solo adquiere un uso y disposición del bien, y solo hasta que se cumple el plazo correspondiente y paga el valor diferencial para adquirir ahí sí la vivienda, este solo hecho no implica una vulneración al principio de asequibilidad como componente del derecho a la vivienda digna, pues como lo manifiesta con claridad la Corte Constitucional los sistemas de financiación para estar acorde con lo previsto en el artículo 51 superior no suponen necesariamente que todo sistema de financiación esté por fuera de las condiciones mercantiles ordinarias o que todos los sistemas de financiación tengan los mismos parámetros financieros; así como que deba existir un único régimen de financiación de vivienda a largo plazo; y que necesariamente todo sistema de financiación a largo plazo deba ser igualitario; por el contrario, es pertinente y posible que se distinga entre quienes tienen capacidad adquisitiva y quienes, por sus condiciones financieras, estén excluidos de la posibilidad de pagar precios ordinarios.

La posibilidad de acceso a la vivienda digna en Colombia en aplicación del régimen legal de los contratos de leasing habitacional para adquisición de vivienda de intereses social, implica articulación del Subsidio Familiar de Vivienda y crédito de vivienda, leasing habitacional a favor del arrendatario, en el entendido que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio mediante un procedimiento especial que permita articular los recursos del Subsidio Familiar de Vivienda de que trata el artículo 18 de la ley 1464 de 2011, con los recursos originados en créditos para adquisición de vivienda o leasing habitacional para habitación de la familia otorgados por las entidades debidamente autorizadas para tal propósito, y con contratos de arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario; toda esta articulación permite ya sea el subsidio para el pago de cánones de arrendamiento o para la cancelación del valor diferencial una vez solicitada la opción de compra por parte de la personal usuaria de la vivienda de intereses social.

BIBLIOGRAFIA

BARGUE, Nicolás (2007), El leasing, En: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barros, Francisco (compiladores), Los contratos en el derecho privado, Bogotá, Legis. Pág. 585.

BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo (2006), El leasing habitacional, instrumento para financiar vivienda en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición. Pág. 185.

CONTROL SOCIAL A LA VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL (2005), Ministerio de Ambiente, vivienda y desarrollo territorial, Bogotá, Colombia. Pág. 80.

DURÁN BOHÓRQUEZ, Edwin Giovanni (2004), El contrato de leasing financiero en Colombia. Trabajo de Grado, Facultad de Derecho, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

FARINA M, Juan (1999), Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea, Segunda Edición. Pág. 830.

FUNDESMAG (1999), Alianzas estratégicas; uniones transitorias de empresas, contratos de colaboración empresarial, contrato de leasing, joint venture, franquicias. Pág. 252.

GAITÁN MARTÍNEZ, Alberto (2007), De la aplicación práctica del contrato de leasing. En: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barros, Francisco (compiladores), Los contratos en el derecho privado, Bogotá, Legis. Pág. 955.

GIRALDO MESA, Diana Saray (2004), El leasing habitacional. Trabajo de Grado. Especialización en derecho comercial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

HELD, Gunther (2000), Políticas de vivienda de intereses social orientadas al mercado: experiencias recientes con subsidios a la demanda en Chile, Costa Rica y Colombia. Proyecto Interdivisional CEPAL "Instituciones y mercados". Santiago de Chile, Chile. Pág 56.

LARROSA AMANTE, Miguel (2006), Contratos mercantiles modernos. San Salvador. Pág. 91.

LEÓN TOVAR, Soyla (1989), El arrendamiento financiero. México, Universidad Autónoma de México. Pág. 202.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio (2002), Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles. Legis, Volumen V. Pág. 281.

OLARTE YEPES, Carolina (2005), El leasing habitacional, una opción al crédito hipotecario. Trabajo de Grado. Facultad de derecho, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.

SUESCÚN MELO, Jorge (2005), La opción de compra ejercida al final del contrato, elemento esencial del leasing. En: Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá, Legis, Segunda Edición. Tomo II. Pág. 590.

SENTENCIAS: Corte Constitucional

Sentencia C-936 de 2003 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

ANEXOS

Anexo A. Referencia: expediente D-4468

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 795 de 2003 “por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”.

Actor: Humberto Longas Londoño

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D. C, quince (15) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Humberto Longas Londoño demanda el artículo 1 de la Ley 795 de 2003. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 45.064, del 14 de enero de 2003:

"LEY 795 DE 2003"

por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

"El Congreso de Colombia,

Decreta"

CAPITULO I

Disposiciones que modifican el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Artículo 1°. Adiciónase el numeral 1 del artículo 7° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente literal:

n) Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumpla los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.

III. LA DEMANDA

1. El ciudadano Humberto Longas Londoño demanda la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 795 de 2003, que introduce un literal nuevo al numeral 1° del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF-. La disposición autoriza a las entidades financieras a realizar operaciones de leasing habitacional. El demandante presenta dos cargos en contra de la citada disposición.

1.1 En concepto del demandante, el legislador ha debido dictar una ley general (cuadro o marco) para regular las operaciones de leasing habitacional; ley en la cual se establecerían los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular dichas operaciones, dentro del marco de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público.

Según indica el demandante, en la disposición no se reguló lo relativo a los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el gobierno. Aduce que el legislador ha debido establecer los criterios, como lo hizo en la Ley 546 de 1999, que el gobierno debe respetar y, de esta manera, garantizar el cumplimiento de la obligación de que el intereses pactado esté sujeto a la variación del índice de precios del consumidor y tasa de intereses remuneratorio más baja del mercado (Sentencia C-955 de 2000) y la prohibición de capitalización de tales Intereses, conforme a las sentencias C-383 de 1999, C-700 de 1999 y C-747 de 1999.

La ausencia de tales criterios y objetivos y el hecho de que no se hubiere dictado la disposición en una ley general, conduce a la violación de los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 25 y 335 de la Constitución Política.

1.2 En la disposición demandada, el legislador no definió el concepto de leasing habitacional, razón por la cual, según manda el artículo 29 del Código Civil, debe acudirse a la definición técnica del vocablo. Dado que no existe definición jurídica (por vía de la ley), debe acudirse a la definición de las ciencias “económica, contable, administrativa y financiera”.

De la lectura de algunas obras sobre matemáticas financieras y otros asuntos financieros y relativos al leasing habitacional, el actor desprende varias conclusiones, que son fundamento de sus cargos:

a) que el leasing habitacional es el mismo leasing inmobiliario y, por lo mismo, se sujeta a las condiciones económicas propias de esa clase de contratos mercantiles.

b) que en el leasing, la cuota periódica se fija de acuerdo al intereses pactado por las partes, lo cual no necesariamente refleja el intereses más bajo del mercado.

c) que en el leasing la cuota periódica siempre se establece “con base en el intereses compuesto, porque la técnica económica, contable, administrativa y financiera así lo requiere”.

La adopción del leasing habitacional, con las características indicadas para efectos de financiar la adquisición de vivienda viola el artículo 51 de la Constitución, en la medida en que desconoce el “derecho a la vivienda digna” y desmejora la calidad de vida de los colombianos. Lo anterior, por cuanto el sistema de pago que se deriva de las conclusiones b) y c), conlleva a Intereses

exorbitantes, que reducen y deterioran de manera progresiva el ingreso del usuario o locatario de la vivienda. “Para un sistema adecuado de financiación de vivienda a largo plazo la utilización del sistema de intereses compuesto no promueve la vivienda digna a que el tienen derecho los colombianos porque los costos y las cuotas periódicas se vuelven inalcanzables”.

IV. INTERVENCIONES

Intervención de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia

2. Por intermedio de apoderado, la ASOBANCARIA, solicita a la Corte Constitucional que declare exequible el artículo 1 de la Ley 795 de 2003.

2.1 Respecto del primer cargo, la ASOBANCARIA indica que la disposición demandada si cumple con los requisitos constitucionales relativos a las leyes marco. De una parte, contrario a lo que el demandante señala, en la disposición el legislador fijó los criterios y objetivos a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para ejercer la potestad reglamentaria, toda vez que estableció que (i) la operación sólo se autoriza para inmuebles destinados a vivienda; (ii) la “operación se considera leasing operativo para efectos contables y tributarios”; (iii) se debe dar prioridad a los deudores de crédito de vivienda que hayan entregado sus inmuebles en dación en pago; (iv) los locatarios deben “cumplir con los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio”; y, (v) en el reglamento que expida el Gobierno, se deberán “adoptar medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios”.

El hecho de que tales criterios y objetivos resulten más generales que los fijados en otras ocasiones, no contradice la naturaleza de ley general de la disposición. La Corte Constitucional, en sentencia C-950 de 2000, indicó que la fijación de tales criterios y objetivos –en términos abstractos y generales- correspondía al

legislador, mientras que era competencia del gobierno su precisión. Señala que el Gobierno Nacional reglamentó la figura mediante el decreto 777 de 2003.

2.2 Frente al segundo cargo, la ASOBANCARIA indica que la disposición no contiene regulación alguna sobre las cuotas, razón por la cual no puede sostenerse que se presente violación al artículo 51 de la Constitución. Tampoco es suficiente el argumento del demandante, basado en meras suposiciones que no se derivan del contenido normativo de la disposición. Más aún, debe tenerse presente que la disposición demandada ordena al Gobierno Nacional garantizar la protección de los locatarios o usuarios.

De otra parte, el Gobierno, en el decreto 777 de 2003 estableció en el artículo 5° que corresponde a la Superintendencia Bancaria definir “los sistemas de amortización que podrán utilizarse” para efectos del leasing habitacional.

El leasing habitacional, al igual que las operaciones ordinarias de leasing, implican la realización de varios actos que tornan la figura más compleja que el mutuo con garantía hipotecaria. De ello no se desprende, necesariamente, un mayor costo en relación con el crédito de vivienda, “pues tal circunstancia dependerá necesariamente del costo financiero que en cada caso determine”.

Por último indica que el leasing habitacional es una figura que se ha adoptado con éxito en otros países, como una opción adicional al crédito hipotecario

Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

3. Por intermedio de apoderado, el Ministerio de Hacienda interviene para defender la constitucionalidad de la disposición demandada.

3.1 En concepto del Ministerio, el demandante plantea argumentos equivocados sobre la temática de las leyes marco, que se apartan de los parámetros fijados por la Corte Constitucional. En sentencia C-428 de 1997, recuerda el Ministerio, la Corte dejó en claro que el legislador podía contemplar disposiciones propias de ley marco en una ley ordinaria y que, además, si en la norma marco el legislador establece “reglas detalladas cuando se trate de materias reservadas por la Constitución a la ley, en nada invade la órbita del Gobierno”.

La Ley 795 de 2003 introdujo modificaciones al EOSF y la disposición acusada incluyó una nueva operación que los establecimientos bancarios podrán desarrollar “con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes” (art. 7 EOSF). En este orden de ideas, a la nueva operación autorizada –leasing habitacional- le son aplicables los criterios y objetivos (a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para ejercer las funciones de regulación establecidos en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución) previstos en el artículo 46 del EOSF, así como sujeto a las facultades de intervención gubernamental, definidas en el artículo 48 del mismo estatuto. En suma, al tratarse de la autorización de una nueva operación a los establecimientos bancarios, respecto de tales operaciones le son predicables los criterios y objetivos establecidos por el legislador para la regulación gubernamental del sistema financiero.

3.2 De acuerdo con el Ministerio, el demandante concluye que el leasing habitacional es inconstitucional por su naturaleza. Tal conclusión se deriva de las consideraciones que el demandante hace en torno a la manera en que de ordinario se pactan las cuotas y los Intereses en desarrollo de contratos de leasing.

Estos argumentos, estima el Ministerio, en lugar de oponerse en sede de control constitucional de la Ley 795 de 2003, deben exponerse frente a la posible

reglamentación de la figura, que corresponde al Gobierno Nacional. Las deficiencias y fallas de la figura no se desprenden de la disposición acusada.

Con todo, los argumentos y consideraciones del demandante en sí mismas son equívocos. De una parte, la cuota periódica en el leasing no se fija exclusivamente en función de la tasa de intereses, sino que considera, además, el plazo pactado, la opción de adquisición y el monto. Por otra, el interés “es función del costo financiero de los recursos que fondean la operación y de los costos administrativos que demande la operación tales como la evaluación de la capacidad de pago del locatario, costos laborales, papelería, etc.” Finalmente, señala que es falso que en punto al leasing, la “técnica económica, contable, administrativa y financiera requiera para el cálculo de la cuota periódica de un intereses compuesto”.

El Ministerio precisa que no sólo los establecimientos bancarios pueden realizar contratos de leasing, sino que el legislador ha autorizado a las compañías de financiamiento comercial su realización (bajo la modalidad de leasing inmobiliario) y no existe prohibición alguna para que particulares la acuerden, en los términos del régimen mercantil positivo o la costumbre mercantil.

Finalmente indica que el legislador, además de ordenar al Gobierno proteger a los usuarios de la modalidad de financiamiento, dispuso que el leasing habitacional se consideraría leasing operativo para efectos contables y tributarios, de suerte que el locatario tuviera beneficios similares a los deudores de créditos de vivienda.

Intervención de la Superintendencia Bancaria

4. Por intermedio de apoderado, la Superintendencia Bancaria interviene para defender la exequibilidad de la disposición demandada.

4.1 Frente al primer cargo, la Superintendencia indica que la Constitución de Colombia le asigna al legislador la función de dictar leyes, cualquiera que sea la materia, salvo que la Constitución lo reserve para sí o para otras autoridades. En este orden de ideas, el legislador está facultado para modificar el “*status quo*” de la actividad financiera, reduciendo o ampliando las actividades autorizadas para ella, como ocurre en el presente caso.

De otra parte, precisa que el artículo 3 de la Ley 35 de 1993 –ley marco según sentencia C-211 de 1994-, que está incorporado en el artículo 48 del EOSF, definió como un instrumento de intervención del Gobierno en la actividad financiera “autorizar las operaciones que puedan realizar las entidades objeto de intervención en desarrollo de su objeto social principal permitido en la ley”. Teniendo presente lo anterior, no es necesario dictar una nueva ley marco en materia actividad financiera, pudiendo el legislador introducir modificaciones a las operaciones autorizadas mediante leyes ordinarias, dado que el ejercicio o desarrollo de tales operaciones seguirá sujeto a los objetivos y criterios definidos en la ley marco. Incluso, tal autorización podía darse por vía de decreto, en los términos del artículo 48 del EOSF.

4.2 Sobre el segundo cargo, la Superintendencia inicia su defensa analizando el objeto del contrato de leasing habitacional. “El leasing habitacional es un negocio jurídico que otorga al locatario el uso del bien por un canon de arrendamiento periódico que permite, a la finalización del contrato, optar por su adquisición”. De ahí que no se está en presencia de una operación activa de crédito, sino que se financia el uso y goce de un bien. Así, no se está frente a un negocio en el cual el objeto principal sea la adquisición de vivienda nueva o usada o la construcción de vivienda individual.

A partir de esta distinción, la Superintendencia señala que el demandante se equivoca en su análisis sobre el leasing habitacional, pues erradamente asume que “a dicha operación les son aplicables las previsiones del actual sistema

general (y único de financiación de vivienda)”. Por tratarse de un sistema nuevo y distinto al general, “no le resultan aplicables sus mismas previsiones en torno a variables tales como la aplicación de las mínimas tasas de intereses del mercado, o la prohibición de la capitalización de Intereses, previsiones propias del sistema de financiación a largo plazo”.

5. De manera extemporánea el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial intervino para defender la disposición demandada.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

6. El Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable la disposición demandada. El punto de partida de su análisis es la verificación de que las leyes 546 de 1999 y 56 de 1985 (relativos al arrendamiento de vivienda urbana) no han previsto el leasing habitacional. Por lo tanto, considera que no le son extensibles al leasing habitacional las previsiones del capítulo V de la Ley 546 de 1999 en el que se regula la financiación de adquisición de vivienda a largo plazo y se fijan las condiciones a las cuales debe sujetarse el gobierno nacional para fijar las condiciones de los créditos de vivienda, directrices sobre desembolsos, etc.

El legislador, señala el Ministerio Público, no estableció “los criterios a los cuales deben ceñirse las operaciones de leasing, de tal manera que se garantice el derecho a la vivienda y se atiendan las obligaciones que con relación al mismo tiene el Estado”. No podía el legislador dejar en manos del Gobierno Nacional la regulación de tales contratos, sin señalar los parámetros a los cuales debía ajustarse. Resulta absolutamente insuficiente que el legislador hubiese indicado al Gobierno que debía adoptar medidas que garantizaran los derechos de los usuarios y locatarios.

En concepto del Ministerio Público, en el caso del leasing habitacional, la protección a los usuarios y locatarios resulta especialmente necesaria, puesto que “los altos costos que generalmente conlleva el leasing pueden hacer impagables las obligaciones de los deudores y difícilmente garantizarán la adquisición de la vivienda por el locatario”.

7. Frente al cargo primero –desconocimiento del literal d), numeral 19 del artículo 150 y artículo 335 de la Constitución-, la vista fiscal coincide con la del demandante, pues considera insuficientes los criterios fijados en la disposición. Dado que la disposición autoriza al ejecutivo para desarrollar el leasing habitacional, el Ministerio Público entiende que ha operado una delegación inconstitucional de funciones legislativas, por ser de exclusiva competencia del Congreso fijar los criterios y objetivos en una ley general. En suma, “no resulta aceptable que se autorice al Ejecutivo para auto señalar los lineamientos de su actuación interventora”.

A lo anterior, el Procurador General de la Nación añade la ausencia de limitaciones a la facultad gubernamental, “con lo cual ésta podría extenderse a campos que desbordan la competencia del Ejecutivo, como por ejemplo los relacionados con la fijación de tasas de intereses que deberán ser determinados por la Junta Directiva del Banco de la República....”.

Además, según su interpretación de la jurisprudencia de esta Corporación, “las normas que regulan la actividad financiera o de intermediación, es decir, la operación y gestión de las instituciones financieras en lo relativo a los créditos de largo plazo para adquisición y construcción de inmuebles destinados a vivienda, y lo referente a la intervención del Estado en esas actividades... deben tener el carácter de normas “marco”, las cuales no pueden entrar a regular de manera detallada estas materias, hasta el punto de desplazar la órbita propia del gobierno o del Banco de la República”.

8. En punto al segundo cargo, el Procurador General de la Nación considera que éste debe prosperar. Para apoyar su conclusión, principia con señalar que tanto los créditos de largo plazo para adquirir vivienda como el contrato de arrendamiento urbano están fuertemente intervenidos y regulados, con el objeto de proteger la parte más débil de la relación. Tal protección resulta necesaria “por estar desprovista de propiedad y por constituir la vivienda un aspecto esencial en el bienestar de la familia”, de manera que se impongan límites en puntos determinantes, como las tasas de intereses, la amortización, manejo de información, cánones, etc. Dado que el leasing habitacional, en concepto del Procurador, conjuga ambos elementos, que han sido objeto de una intensa regulación legislativa, “resulta lógico que sea igualmente el legislador quien señale las directrices del contrato de leasing habitacional”.

En este orden de ideas, resulta abiertamente insuficiente que el legislador deje en manos del Gobierno Nacional la regulación del contrato de leasing habitacional, “limitándose a señalar que debe adoptar las medidas para la protección de los usuarios o locatarios”. El legislador ha debido establecer una regulación completa del contrato, de manera que resultaran claros los instrumentos dirigidos a proteger a los usuarios-deudores. La intervención del Estado, en los términos de los artículos 51, 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 24, 334, 335, 371, 372 y 373 de la Constitución, comprende no sólo el contrato de leasing habitacional, sino que debe dirigirse también a verificar la solidez y transparencia de quienes se dediquen a dicha actividad, pues tiene que “garantizar el cumplimiento de los cometidos constitucionales, en particular el de consolidar un orden justo y democratizar el acceso a la vivienda y al crédito...”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

9. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 795 de 2003, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma que hace parte de una Ley de la República.

Problema jurídico.

10. La disposición acusada introduce modificaciones al artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF-. El mencionado artículo establece las operaciones autorizadas a los establecimientos bancarios, que son las siguientes:

Artículo 7. OPERACIONES

1. Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:

a. Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda;

b. Recibir depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorros, conforme a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el presente Estatuto;

c. Cobrar deudas y hacer pagos y traspasos;

d. Comprar y vender letras de cambio y monedas;

e. Otorgar crédito;

f. Aceptar para su pago, en fecha futura, letras de cambio que se originen en transacciones de bienes correspondientes a compraventas nacionales o internacionales.

g. Expedir cartas de crédito;

h. Recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba, y arrendar cajillas de seguridad para la custodia de tales bienes;

i. Tomar préstamos dentro y fuera del país, con las limitaciones señaladas por las leyes;

j. Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas;

k. Celebrar contratos de apertura de crédito, conforme a lo previsto en el Código de Comercio, y

l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.

m. Realizar las operaciones de qué trata el numeral 5 del artículo 22 del presente estatuto (Art. 9 Ley 510 de 1999). (Derogado tácitamente por Ley 546 de 1999, al regular lo relativo los créditos destinados para la financiación de vivienda).

El artículo demandado añadió a esta lista de operaciones autorizadas, la de celebrar contratos de leasing habitacional, lo cual significa que, a partir de esta reforma, los establecimientos bancarios podrán realizar dichas operaciones.

El demandante considera que la disposición viola los artículos 51 y 150 numeral 19 de la Constitución. La violación del artículo 51 deriva del hecho de que, según el demandante, la figura jurídica del leasing habitacional no es, en sí misma, un mecanismo idóneo para financiar vivienda a largo plazo. Ello se desprende que el legislador omitió cualquier regulación sobre dicha modalidad de crédito, de manera que el mecanismo de financiación se sujeta a los criterios comerciales de financiación de vivienda. La violación del numeral 19 del artículo 150 se deriva de la ausencia de regulación sobre los objetivos, principios y criterios generales a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular el leasing habitacional.

Los intervinientes, por su parte, aseguran que los cargos son infundados. Respecto del artículo 51 de la Constitución indican que el legislador estableció que el Gobierno, al reglamentar la materia, debía adoptar medidas de protección para los usuarios o locatarios. Además, la supuesta ineptitud para financiar el acceso a la vivienda se deriva, señalan, no de la disposición demandada, sino de suposiciones sobre su reglamentación. Es decir, se demanda un contenido normativo no existente en la disposición. En cuanto a la violación del artículo 150 numeral 19, sostienen que el legislador se ha ceñido a los parámetros fijados por la Corte Constitucional y, así mismo, que la ausencia que indica el demandante se suple con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que regulan los objetivos y criterios generales a los cuales debe someterse el Gobierno para regular la materia. Además, la disposición contiene elementos normativos que claramente se refieren a criterios y objetivos a los cuales se debe sujetar el gobierno para reglamentar la figura.

El Procurador General de la Nación considera que la disposición es inconstitucional. En su concepto, la regulación adoptada en materia de leasing habitacional es insuficiente para asegurar la satisfacción del derecho a la vivienda digna, en la medida en que no se establecen condiciones bajo las cuales ha de operar la figura, como lo relacionado con las tasas de intereses, las condiciones contractuales etc. En cuanto a la violación del artículo 150 numeral 19, coincide con el demandante en que resulta insuficiente la regulación, no pudiendo el legislador dejar en manos del ejecutivo la regulación íntegra de la figura. Además, según su parecer, dada la amplitud del espacio de maniobra gubernamental, éste podría invadir la órbita de otras autoridades.

Corresponde a la Corte resolver dos interrogantes distintos. i) En primer lugar, si la disposición demandada es tema de ley marco y, en caso de serlo, si debió acompañarse de disposiciones que fijaran los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para su regulación. ii) En segundo lugar, siempre y cuando del primer problema no se derive la inconstitucionalidad de la norma, si la ausencia de las disposiciones que fijen reglas claras sobre las condiciones de gestión y operación del sistema de leasing habitacional, viola el derecho a la vivienda digna, en la medida en que termina sometiendo el leasing habitacional a la lógica del mercado. Para tal efecto, la Corte analizará en primera medida la temática de la ley marco y su delimitación frente a otras leyes, así como frente a las facultades de intervención, inspección y vigilancia, con el fin de resolver el primer problema jurídico. iii) Después se estudiará el alcance del derecho a la vivienda digna y del deber estatal de establecer sistemas adecuados de financiación a largo plazo de vivienda (C.P. art. 51) y el problema jurídico asociado a este derecho.

Ley comercial y artículos 51, 150 numeral 19 literal d) y 335 de la Constitución.

11. El derecho a la vivienda digna, como se precisará más adelante, incluye elementos que comportan la seguridad del goce del derecho a la vivienda digna. De tales elementos surgen deberes específicos para el Estado. Sin perjuicio de la necesidad de disposiciones sobre planeamiento urbano y utilización del suelo y sobre la oferta de bienes y servicios (servicios públicos, sanidad, ubicación de hospitales y escuelas, etc.), el Estado tiene la potestad dictar una legislación que (i) garantice seguridad en la tenencia de vivienda y (ii) que establezca sistemas de acceso a la vivienda.

El mandato de cubrir estos aspectos no se reduce a una sola ley en materia de vivienda, sino que conduce a un sinnúmero de reglas jurídicas que atañen a la protección del derecho a la vivienda digna. Tales reglas pasan por ámbitos civiles y comerciales generales, reglas de financiación dirigidos al sector público y al privado, etc. La Corte no entrará a definir tales ámbitos, sino que se limitará a considerar el ámbito específico financiero. Sin embargo, la referencia a otros ámbitos normativos se torna indispensable, a fin de comprender debidamente la interrelación entre las distintas modalidades de regulación, el derecho a la vivienda digna y las reglas constitucionales en materia de leyes relacionadas con el sistema financiero.

12. Habida consideración de que el derecho a la vivienda digna no comporta exclusivamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda propia, resulta claro que diversos sistemas normativos se relacionan de alguna manera con el goce de este derecho. Las modalidades contractuales de arrendamiento y de compra y venta de inmuebles con destino a la vivienda –sea urbana o rural-, así como los instrumentos jurídicos para financiar su adquisición o goce, están sujetas a disposiciones dirigidas, principalmente (y hoy por hoy) al sector privado. Son agentes privados quienes ofrecen bienes para arrendar o a la venta. Agentes que pueden ser comerciantes o sujetos a la ley comercial o, bien, particulares sujetos a la ley civil.

Así, los intermediarios financieros y, en general quienes están dedicados a la captación y colocación de ahorro en el mercado financiero, pese a la fuerte intervención estatal en dicha actividad, están sujetos a las normas comerciales que regulan las distintas modalidades contractuales que aplican. Así, por ejemplo, créditos hipotecarios dirigidos a sufragar la adquisición de vivienda, son, desde el punto de vista comercial, contratos de mutuo con garantía real, altamente intervenidos. Lo mismo puede predicarse de los créditos de consumo que ofrecen las entidades bancarias o los contratos en materia fiduciaria que realizan las entidades autorizadas. Siempre, salvo contadas excepciones, se trata de operaciones mercantiles altamente intervenidas por el Estado.

De igual manera, las operaciones de compra y venta de inmuebles o de arrendamiento urbano, que son realizadas tanto por comerciantes o por particulares. La sujeción de estos a los estatutos civiles o comerciales, no impide una fuerte intervención estatal en dichas materias, como se desprende de las leyes sobre arrendamiento urbano, las reglas locales sobre construcción de viviendas, oferta de los mismos, las actividades de las empresas inmobiliarias, etc.

13. En sentencia C-024 de 1993, la Corte señaló que la regulación relativa a las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, se establecía mediante leyes dictadas de conformidad con los numerales 8 y 19 literal d) del artículo 150 de la Constitución. Con ello se indicaba el espectro de funciones del Presidente de la República, contenidos en los numerales 24 y 25 del artículo 189 de la Constitución.

Con posterioridad, en sentencia C-955 de 2000, la Corte indicó que todo aquello relacionado con la actividad financiera vinculada con la financiación de vivienda a largo plazo estaba sujeta a las normas generales dictadas con base en el numeral

19 literal d) del artículo 150 de la Constitución. Es decir, estaban sujetos a ley marco.

14. En concepto de la Corte las anteriores delimitaciones y definiciones en el ámbito financiero, bursátil, asegurador y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, no recoge el panorama completo y, por lo mismo, genera dificultades que están en la base de la demanda que conoce la Corte y, en algunos apartes, del concepto del Procurador General de la Nación.

Las actividades en cuestión están sujetas a una especial intervención por parte del Estado, en razón a su función económica. El mercado y la intermediación financiera resultan centrales en cualquier sociedad y su capacidad de incidir favorable o desfavorablemente en el desarrollo de la economía no se puede menospreciar. Además, dada la dinámica de las sociedades contemporáneas, los sujetos participantes en dichas actividades están en capacidad de afectar, de manera igualmente favorable o desfavorable, los derechos constitucionales de los asociados. Esto último se refleja en la profusa jurisprudencia en materia de habeas data y en relación con el acceso a la vivienda. De allí que el constituyente hubiese indicado que se trataba de una actividad de intereses público, sujeta a intervención del Estado (C.P. art. 335) ^[1].

En virtud de esta singular importancia del sistema financiero (en sentido amplio), el constituyente estableció un complejo sistema de fuentes, dirigido a equilibrar distintas necesidades en relación con el correcto funcionamiento de dicha actividad. En numerosas oportunidades la Corte ha señalado la importancia que tiene la ley marco en esta materia, amén de la necesidad del Estado de contar con herramientas flexibles para enfrentar diversos problemas en el sistema económico del país.

Sin embargo, la demanda de flexibilidad y agilidad en la producción normativa no se ajusta del todo a las necesidades de un sistema económico complejo. A la par de mecanismos de esta índole, quienes ejercen actividades financieras requieren de estabilidad jurídica para diseñar y proyectar sus negocios. Dicho requerimiento no se reduce por el hecho de que la actividad financiera sea un renglón de la economía sujeta a una estricta intervención estatal y sometida a una permanente inspección y vigilancia administrativa. Desde este punto de vista, simplemente se está frente a un derecho constitucional –libre empresa –, sujeta a una fuerte regulación.

Del diseño normativo de la Constitución emerge un modelo de regulación que opera de manera diversa para la actividad financiera. En los extremos existen ámbitos de estricta legalidad, correspondientes a aquellas áreas que demandan una mayor seguridad jurídica, y otras sujetas a las políticas que defina el gobierno en la materia.

15. En el extremo de estricta legalidad, debido a la necesidad de asegurar una alta estabilidad jurídica y bajo el principio de limitación legal del ejercicio de los derechos constitucionales, se encuentran la definición y regulación general de las actividades mercantiles y las disposiciones atinentes a la inspección y vigilancia en materia financiera.

En punto a la regulación mercantil, debe recalcar que las actividades financieras son, en buena medida, actividades comerciales. De ahí que sus participantes sean, principalmente comerciantes. De lo anterior se desprende que las normas comerciales sean una de las fuentes principales de las normas aplicables a quienes realizan o ejercen la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación.

Lo anterior por cuanto los actos o negocios jurídicos que realizan son actos mercantiles y, salvo las prescripciones que el Estado –sea el Legislador, el Gobierno o la Junta Directiva del Banco de la República- fije expresamente en relación con los actos de quienes se dedican a las actividades financieras, se someten a las regulaciones de su estatuto propio: el código de comercio.

Por lo mismo, en cuanto al sistema de fuentes, existe reserva de ley en la materia, pues al Congreso de la República le corresponde dictar los distintos códigos (art. 150 numeral 2 de la C.P.), entre los cuales se encuentra aquél que regula las actividades comerciales.

En nada afecta esta identificación del punto de partida el hecho de que las condiciones de ejecución o de celebración de los negocios jurídicos autorizados estén altamente intervenidas por el Estado. Tampoco se afecta tal identificación por el hecho de que se autorice a estos establecimientos a realizar operaciones no mercantiles.

16. También existe reserva de ley para el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control que la administración ejerce en esta materia (Art. 189 numeral 24 de la C.P.), por corresponder a una función propia del Congreso de la República, en los términos del numeral 8 del artículo 150 de la Carta.

En este punto, señalamos que debe distinguirse i) la facultad de intervención, ii) de la de inspección, vigilancia y control. Frente a estas últimas, la reserva de ley se deriva, además de la disposición constitucional, del hecho de que implica una función de revisión y sanción de naturaleza administrativa y, por lo mismo, sujeta a un principio de estricta legalidad que aseguren el mayor grado de certeza para los inspeccionados, vigilados y controlados^[2].

17. En el extremo opuesto se ubican las facultades estatales de intervención en la economía en general y en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación. La regulación de la intervención estatal en la economía es compleja, tal como lo ha señalado esta corporación. En sentencia C-176 de 1996 la Corte identificó las distintas tensiones que en relación con la intervención en la economía, recogía la Constitución:

“la Constitución no otorga el mismo grado de protección a la iniciativa privada en todos los campos económicos. Así, el contenido esencial de la libertad económica varía según los tipos de actividades; por ejemplo, una ocupación económica ordinaria no requiere de permiso especial pues es por regla general de libre iniciativa (CP art. 333), pero en cambio no son de libre ejercicio las profesiones que impliquen riesgos sociales (CP art. 26) y los servicios financieros. Por ser de intereses público, requieren de permiso previo para poder ser adelantados (CP art. 335). Es más, la Constitución prohíbe que los particulares puedan consagrarse a ciertas industrias, como la fabricación de armas y explosivos, que es un monopolio estatal (CP art. 223).

Igualmente, la intensidad de la intervención del Estado puede ser mayor en unos campos que en otros. Así, como consecuencia de la protección de la libertad económica, por regla general la Constitución prohíbe que la ley establezca monopolios - salvo que se trate de arbitrios rentísticos (CP art. 336)- pero la Carta autoriza la constitución de monopolios estatales cuando se trata de servicios públicos o de actividades estratégicas (CP art. 365). Es más, en ciertas actividades, la Constitución no sólo autoriza sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la

prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos (CP art. 365).

Finalmente, el reparto de las competencias entre la ley y el reglamento en materia de intervención del Estado no es el mismo en todas las actividades económicas. Así, en general, para proteger la libertad económica, la dirección estatal se efectúa por el Gobierno con base en leyes de intervención que deben precisar sus fines, sus alcances y los límites de la libertad económica (CP art. 150 ord 21) pero, en otros casos, la intervención se efectúa con base en leyes marco, que son normas más generales, pues en ellas el Congreso fija únicamente los objetivos y criterios de la acción gubernamental (CP art. 150 ord 19).

De esta descripción de las tensiones en materia de intervención del Estado en la economía, interesan dos para efectos de la temática que ocupa a la Corte en esta oportunidad: (i) libre ejercicio de la actividad económica y (ii) reparto de competencias entre ley y reglamento.

El artículo 335 de la Constitución establece que las actividades financieras (en general) “sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno estas materias y promoverá la democratización del crédito”. Una interpretación de este artículo podría llevar a la conclusión de que, en materia financiera, toda la intervención se realiza mediante leyes marco, en concordancia con el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Esta interpretación estaría apoyada, en parte, por una determinada lectura de la sentencia parcialmente transcrita. Conforme a esta

interpretación, de igual manera, la autorización para realizar actividades financieras se daría mediante una ley de dicha naturaleza.

Sin embargo, esta interpretación no consulta la naturaleza de las leyes marco. De conformidad con el mencionado numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, mediante leyes marco el legislador dicta “normas generales” y en ellas señala “los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno” para regular las áreas establecidas en los literales del mismo numeral. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la disposición constitucional en comento establece un reparto de competencias entre el legislador y el gobierno. Si bien en un primer momento pareció indicar que tanto la ley marco como sus desarrollos tenían connotación legislativa^[3], finalmente la Corte indicó que únicamente la ley marco ostentaba dicho carácter. En sentencia C-955 de 2000, reiterada en sentencia C-1161 de 2000, señaló:

“La Corte debe afirmar en esta ocasión que, pese al carácter general atribuido por la Constitución a los preceptos integrantes de las leyes "marco" (art. 150, numeral 19, C.P.), como no hay un traslado de competencia legislativa a la cabeza del Gobierno, sino que éste debe desarrollar, sin salirse de su órbita ejecutiva, los lineamientos, las políticas y los criterios fijados en la ley, habrá necesariamente disposiciones dotadas de un carácter más específico pero siempre legislativo, en la medida en que la materia correspondiente está reservada exclusivamente al legislador. **En otros términos, en este tipo de leyes lo que queda para la actividad de regulación del Gobierno solamente puede ser de índole administrativa**, pues en virtud de ellas no está investido el Presidente de la República de la atribución de legislar, a la manera como sí acontece con las leyes de facultades extraordinarias previstas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.” (Negrilla fuera del texto).^[4]

Por otra parte, al referirse a la función de las leyes marco, la Corte ha señalado que éstas tienen por objeto otorgar al Estado herramientas que le permita enfrentar con éxito situaciones que demandan cambios normativos oportunos, ante una realidad sujeta a diversas modificaciones. En sentencia C-510 de 1992^[5] la Corte dijo al respecto:

“Es fácil advertir que los asuntos objeto de las leyes marco corresponden a una realidad susceptible de permanente cambio. La regulación de estos fenómenos corre el riesgo de desactualizarse y no acomodarse a su errático curso, si carece de cierto grado de flexibilidad. La técnica en comento combina el momento de necesaria estabilidad y generalidad, estrictamente ligado a la filosofía que debe animar a la actuación del Estado en la materia y que lo suministra la ley, con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de la política general que se satisface con el decreto”.

De ahí que la Corte haya distinguido entre las funciones legislativa y administrativa en materia de ley marco, al señalar que la función del Congreso se define en la fijación de políticas que el ejecutivo desarrollará^[6].

Teniendo en cuenta lo anterior, la aproximación a las tensiones antes indicadas adquiere un matiz distinto. Es regla general que el ejercicio de las libertades (entre ellas la libre empresa) no requiere autorización, salvo que la Constitución lo demande. De igual manera, ha de aceptarse que el establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos corresponde en primera medida al legislador, en tanto que representante del pueblo. La fijación de límites al ejercicio de la libertad debe estar rodeada de garantías de estabilidad normativa, ya que de

lo contrario resultaría imposible proyectar un plan de vida, ante los permanentes cambios normativos o la amenaza de estos.

A partir de lo anterior, el artículo 335 de la Constitución admite una interpretación distinta. Existe reserva de ley *para establecer las actividades autorizadas* a las personas que se dediquen a realizar operaciones financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, mientras que *la forma de intervención* se sujeta a la ley que fija los instrumentos de intervención y ley marco en la materia. Con ello se armoniza la imperiosa necesidad de flexibilidad normativa en materia de intervención en el sistema financiero con la seguridad jurídica que demanda una actividad económica organizada. De esta manera se tiene que la intervención estatal en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, aunque demanda ley previa, está deslegalizada, en tanto que sujeta a la técnica de la ley marco (arts. 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 25 y 335 de la Constitución), mientras que la autorización para la realización de las actividades se hace mediante ley (art. 335 de la C.P.).

Así las cosas, para las personas que realizan o ejercen la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, se tiene un sistema de fuentes que parte de i) las normas legales en materia comercial, ii) las normas legales que definen quienes pueden realizar estas actividades y cuales están autorizadas, iii) las normas legales que determinan los parámetros de inspección, vigilancia y control, iv) las normas legales que fijan los instrumentos de intervención y, finalmente, v) las normas legales generales que definen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular la actividad misma.

18. Conforme a la sentencia C-955 de 2000, *“deben ser "marco", en los términos del artículo 150, numeral 19, literal d), de la Constitución y de la Sentencia C-700 de 1999, los artículos que toquen con la **actividad** financiera o de intermediación, es decir, con la operación y gestión de las instituciones financieras en lo relativo a los créditos de largo plazo para adquisición y construcción de inmuebles destinados a vivienda”*. Lo anterior debe entenderse en el contexto antes descrito. La autorización de las distintas modalidades de financiación de vivienda está sujeta a reserva de ley, conforme al artículo 335 de la Constitución, en tanto que *las condiciones de operación y gestión de tales actividades* está sujeta a los desarrollos normativos dictados por el Gobierno Nacional, con base en las leyes generales en la materia (arts. 150 numeral 19 literal d) y 189 numeral 25 de la C.P.).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte abordará el primer cargo de la demanda.

Cargo primero: violación del literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución.

19. El demandante considera que el legislador ha debido dictar una ley marco para regular el tema del leasing habitacional, en la cual se fijaran los objetivos y criterios a los cuales se debe sujetar el gobierno para su reglamentación. Los intervinientes consideran que este requisito se cumplió, pues el artículo demandado contiene elementos que corresponden a materia de ley marco.

20. Conforme se analizó en los fundamentos 14 a 17, *la norma que autoriza a una entidad dentro del sistema financiero a realizar una nueva actividad debe ser adoptada mediante una ley distinta de ley marco*. El desarrollo del artículo 335, en este punto específico, está excluido de la deslegalización que opera en otros ámbitos de intervención estatal en materia de actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e

inversión de los recursos de captación. La definición de las actividades que pueden realizarse demanda certeza y la mayor seguridad jurídica para los operadores del mercado y, por lo mismo, rechaza la técnica de la ley marco. En relación con este último punto, esta Corporación ha señalado en numerosas oportunidades que las leyes marco o generales tienen un objeto preciso: “ofrecer un marco normativo dentro del cual el ejecutivo puede adoptar medidas que, por su propia naturaleza, demandan actuaciones estatales que respondan a cambios del entorno económico del país o que corren el riesgo de desactualizarse”^[7].

Para la Corte resulta claro que la autorización para realizar determinadas actividades financieras, antes de ser un elemento coyuntural y, por lo mismo, sujeto a las variaciones del entorno económico, es de carácter estructural. Por ello está sustraído de la decisión gubernamental.

21. Lo expuesto obliga a resolver la última de las preguntas planteadas. ¿Era necesario que la autorización estuviera acompañada de disposiciones propias de leyes marco? En otras palabras, ¿tenía el legislador el deber de dictar normas en las que se establecieran los criterios y objetivos generales a los cuales se sujetaría el Gobierno Nacional para regular el leasing habitacional?

Según el Procurador General de la Nación, la ausencia de tales normas generales contentivas de los criterios y objetivos generales a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular el leasing habitacional resulta inconstitucional, pues permite al Gobierno definir su propio marco de competencias e, inclusive, invadir la órbita de otras autoridades estatales, en particular el Banco de la República.

22. Sobre este punto la Corte considera que en el presente caso no era necesario acompañar a *la autorización para realizar* el leasing habitacional, normas generales contentivas de los criterios y objetivos a los cuales debe someterse el Gobierno Nacional para regular dicha actividad.

La Constitución manda que existan leyes marco para regular, entre otras, la actividad financiera. *Dicho mandato no implica obligación alguna de dictar una única ley marco para desarrollar las actividades sometidas a este esquema regulatorio.* Antes bien, la complejidad de los asuntos sujetos a él, bien puede reclamar que se dicten distintas leyes marco para regular diversos puntos de una misma materia. Este es un asunto que el legislador ha de evaluar y, que de hecho, ha aceptado al dictar una ley específica de financiación de vivienda a largo plazo (Ley 546 de 1999).

Teniendo en cuenta lo anterior, el que la autorización para realizar actividades financieras está excluida de la técnica de la ley marco y, finalmente, que las condiciones de ejercicio de tales actividades (aspecto funcional) está sujeto a ley marco, resulta claro que al autorizarse una actividad nueva, *prima facie* no se está frente a una laguna que implica una ilimitada competencia gubernamental.

En punto a las reglas sobre autorización para realizar actividades financieras y sobre la regulación del ejercicio de tales actividades, el diseño constitucional parte de la relativa autonomía de cada sistema. Ello implica que no necesariamente toda modificación en uno determina un cambio similar en el otro. Así, sin que resulte indispensable introducir cambios en las normas autorizantes, en principio es posible modificar integralmente el régimen de regulación (ley marco) y viceversa. De allí que las normas marco, salvo que sean específicas a ciertos ámbitos o actividades financieras, se aplican al conjunto de actividades autorizadas.

Conforme a lo anterior, la autorización a los establecimientos bancarios otorgada en la disposición acusada no demanda que se dicte una nueva ley marco, pues tal actividad se sujeta a las normas marco establecidas en el EOSF y en la ley 546 de 1999.

Los artículos 1 y 2 de la Ley 35 de 1993, incorporados en los artículos 46 y 48 del EOSF establecen criterios como el deber de asegurar que el desarrollo de las

actividades financieras esté en concordancia con el intereses público; se garantice la tutela efectiva de los derechos de los usuarios de los servicios ofrecidos; exista garantía del mantenimiento del margen de solvencia; garantía de transparencia y seguridad en las operaciones; promoción de la libre competencia; democratización del crédito; coordinación de la intervención con “los objetivos de las políticas monetaria, cambiaria y crediticia y la política económica general”, etc. Al paso que los artículos 1 y 2 de la Ley 546 de 1999 establecen que el sistema de financiación de vivienda a largo plazo está sujeto al índice de precios al consumidor; la obligación de proteger el patrimonio de las familias y de los usuarios de los créditos de vivienda; la necesidad de fomentar el ahorro para financiar la adquisición y construcción de vivienda; establecimiento de mecanismos eficientes de financiación, entre otras.

Además, el legislador acompañó la norma de autorización con pautas de clara estirpe de ley general, al ordenar que se debe priorizar determinados clientes del sistema financiero; se ordenó la sujeción a los criterios de riesgo financiero y se fijó la obligación de adoptar “medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios”.

La existencia de tales disposiciones impide al Gobierno adoptar una regulación a su libre albedrío, pues en ellas se imponen precisos límites (dentro de lo que es posible ante el carácter de normas generales contentivas de objetivos y criterios) a los cuales ha de sujetarse el Gobierno para la regulación del leasing habitacional.

Debe la Corte advertir que esto último no implica, se repite, que se esté frente a un tema objeto de ley marco. No puede confundirse la autorización para realizar ciertas actividades y el establecimiento de objetivos y criterios a los cuales el gobierno debe sujetar la regulación del leasing habitacional –al igual que toda actividad autorizada-. Autorizar realizar una actividad mercantil no es establecer un criterio o principio.

Conclusiones para el cargo primero.

23. En conclusión, el cargo no prospera por las siguientes razones: (i) la norma que autoriza la realización de una actividad financiera, no se tiene que adoptar mediante ley marco; (ii) una vez autorizada una nueva actividad financiera, ésta se somete a las leyes marco vigentes y aplicables según la materia; (iii) la autorización para que los establecimientos bancarios realicen operaciones de leasing habitacional se dictó en una ley ordinaria y, en cuanto a la realización de la actividad, se sujeta a las normas de naturaleza marco contenidas en la disposición demandada, en el E.O.S.F y en la ley marco en materia de financiación de vivienda (actualmente, Ley 546 de 1999).

Derecho a la vivienda digna y deber estatal de establecer sistemas adecuados de financiación a largo plazo.

24. El artículo 51 de la Constitución regula lo relativo al derecho a la vivienda digna. La disposición establece dos elementos diversos. En su inciso primero señala la existencia del derecho y, en el segundo, precisa algunos deberes estatales directamente ligados con dicho derecho. A fin de analizar la disposición demandada, la Corte considerará primeramente el alcance del derecho a la vivienda digna y, a partir de tales parámetros, iniciará el estudio de los cargos en su contra.

25. Como se indicó antes, el artículo 51 de la Constitución establece la existencia del derecho a la vivienda digna y fija deberes Estatales en relación con el mismo. De la disposición no se desprenden elementos que permitan fijar claramente su contenido material. Los deberes estatales estatuidos en la disposición resultan insuficientes para una completa caracterización del derecho.

El artículo 93 de la Constitución dicta que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el párrafo 1 del artículo 11 que “los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”. Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

26. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la Observación General N°4^[8] expuso sus consideraciones en torno al derecho a una vivienda adecuada. Es de anotar que tales consideraciones se adoptaron luego de realizarse diversas conferencias sobre la materia y que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000^[9]. Para efectos del control constitucional y la función de la Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, resulta central definir el alcance del derecho a la vivienda digna. La mencionada observación establece elementos que asisten a la interpretación de la disposición constitucional. El párrafo 8 de la observación contiene algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional. Tales elementos se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.

26.1 El primer elemento –condiciones de la vivienda- se refiere a que la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las

inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.

Sobre la habitabilidad, en la Observación General 4° se lee:

“(Parágrafo 8) d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

En directa relación con lo anterior, la vivienda debe garantizar el acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como los servicios públicos, su seguridad, como acceso a servicios de emergencia, y su nutrición, lo que implica que los planes de vivienda correspondan a debidos planes de desarrollo urbano. Tales planes de desarrollo deben asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la

vivienda responda, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas.

En los literales b, f y g del párrafo 8 de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados:

“b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la

diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”

La Corte entiende, a partir de lo anterior, que el derecho a la vivienda digna implica, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona. La Corte ha subrayado la importancia de algunos de estos servicios al considerar las dificultades derivadas de la ineficiente prestación del servicio de energía eléctrica en zonas urbanas^[10].

26.2 El segundo grupo de elementos se integran bajo el concepto de seguridad en el goce de la vivienda. Este punto es el que interesa directamente en el presente proceso. Según se desprende de la Observación General 4 en comento, tres factores han de considerarse bajo el concepto de seguridad en el goce de la vivienda: asequibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y “gastos soportables”.

La asequibilidad consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia de la vivienda. Tal acceso ha de tener en consideración especial a los grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad, así como la especial protección obligatoria para las personas desplazadas y víctimas de fenómenos naturales^[11]. Sobre este punto, en el literal e) del párrafo de la Observación General 4°, antes mencionada se lee:

“e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de

desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

Lo anterior no resulta suficiente si el gasto asociado a la vivienda les impide el acceso y permanencia en la vivienda o el cubrimiento de tales gastos implicara la negación de otros bienes necesarios para una vida digna. En este orden de ideas, se demanda de parte de los Estados políticas que aseguren sistemas adecuados para costear la vivienda, tanto para financiar su adquisición como para garantizar un crecimiento razonable y acorde con el nivel de ingresos, de los alquileres, entre otras medidas. En punto a lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina “gastos soportables”, el literal c) del párrafo 8 de la Observación General 4° establece:

“c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados

Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.”

Finalmente, la seguridad de la tenencia apunta a que las distintas formas de tenencia de la vivienda –propiedad individual, propiedad colectiva, arriendo, leasing, usufructo, etc.- estén protegidas jurídicamente, principalmente contra desahucio, hostigamiento, etc. Lo anterior equivale a la “seguridad jurídica de la tenencia”, como lo ha analizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el literal a) del párrafo 8 de la Observación General 4:

“a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de

esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.”

No sobra subrayar que el Programa de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos “UN-HABITAT”, ha diseñado y promovido una campaña específica sobre la seguridad jurídica de la tenencia de vivienda.

27. Para el caso colombiano, de las consideraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es claro que el artículo 51 de la Constitución expresamente regula algunos de los elementos del derecho a la vivienda adecuada, resultando el espectro de protección nacional más amplio, habida consideración de su vinculación con la dignidad humana y la demanda de protección específica a determinadas formas de asociación para el logro del acceso a la vivienda.

Por otra parte, tales consideraciones obligan a aceptar que el acceso a la vivienda digna no se refiere exclusivamente a la financiación de la propiedad sobre la vivienda, pues expresamente se protegen todas las formas de tenencia de la vivienda. De lo anterior surge que corresponde al Estado diseñar varias estrategias financieras y de situación de recursos para atender distintas modalidades de tenencia de la vivienda y no limitarse a asegurar la propiedad sobre los inmuebles. Así, si el Estado garantiza a sus habitantes el arriendo de inmuebles destinados a vivienda –con todas las condiciones antes anotadas –, habrá cumplido con las obligaciones derivadas del Pacto. Tales modalidades resultan especialmente importantes a la hora de considerar los costos de la vivienda y las dificultades de acceso derivadas del mismo. Así mismo, resulta decisivo para controlar métodos de financiación que conduzcan a impedir a la población, especialmente la más pobre y vulnerable, el goce de su derecho.

28. La posibilidad de que existan diversos mecanismos para financiar el acceso a la vivienda, ha de tener en cuenta, por lo expuesto, las necesidades reales de la población, así como la disponibilidad de recursos nacionales –públicos y privados-, para financiar las distintas formas. Lo anterior supone que no necesariamente deben adoptarse sistemas de financiación del acceso a la vivienda únicos, pudiendo existir mecanismos diferenciales que tenga en cuenta factores tales como los recursos familiares, los recursos estatales, etc. Ello no entraña violación alguna al derecho a la igualdad, pues, en punto a la financiación del acceso a la vivienda, han de tenerse en cuenta las condiciones reales de las familias, no resultando equitativo, por ejemplo, extender mecanismos de subsidio a quienes tienen recursos familiares para satisfacer sus necesidades y, de esta manera, reducir las oportunidades para que la población más pobre y vulnerable vea postergado indefinidamente el acceso a una vivienda.

29. De lo expuesto se desprende que *no resulta incompatible y violatorio del derecho a la vivienda digna que se sujeten a condiciones mercantiles ordinarias el acceso a determinadas viviendas, particularmente aquellas no destinadas a la vivienda familiar*. Quienes están en capacidad de asegurar, por vías mercantiles ordinarias, la satisfacción de su derecho a la vivienda, sea mediante su adquisición, el arrendamiento u otras formas comunes en el tráfico comercial, no pueden exigir, como derecho constitucional, que sean inmunizados de manera absoluta frente las contingencias propias del mercado.

Ello no impide, claro está, que, como es propio en cualquier sociedad democrática, que el legislador extienda beneficios a grupos con suficientes recursos propios. Tampoco implica que tales grupos se vean sujetos a la imposibilidad de acceder a mecanismos que aseguren el acceso a la vivienda, ante vicisitudes propias de los ciclos económicos. Simplemente, subraya la Corte que, *no está prohibido sujetar a condiciones comerciales el acceso a la vivienda no familiar, así como, y en ciertas*

condiciones, a la vivienda familiar de personas con capacidad suficiente para financiar tranquilamente distintas formas de tenencia.

30. En resumen, la Corte concluye que el derecho a la vivienda digna no implica únicamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda, resultando admisibles distintas formas seguras de tenencia. La existencia de sistemas adecuados de financiación a largo plazo no supone que (i) necesariamente todo sistema de financiación esté por fuera de las condiciones mercantiles ordinarias; (ii) que todos los sistemas de financiación tengan los mismos parámetros financieros; (iii) que deba existir un único régimen de financiación de vivienda a largo plazo; (iv) que necesariamente todo sistema de financiación a largo plazo deba ser igualitario; por el contrario, es pertinente y posible que se distinga entre quienes tienen capacidad adquisitiva y quienes, por sus condiciones financieras, estén excluidos de la posibilidad de pagar precios ordinarios.

31. 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 (C.P. art. 42) 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.

Lo anterior indica que, por otro lado, no se pueda considerar a la familia exclusivamente como unión de un hombre y una mujer, sino en un sentido social, de suerte que abarque a la “familia unipersonal” y diversas formas de unión grupal

que convivan juntos^[12]. Lo anterior, en la medida en que la vivienda digna comprenda la idea de habitación. Se protege el lugar destinado para habitar, sin considerar cómo se integre el núcleo familiar. Así, es objeto de la disposición constitucional la vivienda familiar^[13].

De conformidad con lo anterior, no existe obligación constitucional alguna de que la financiación de viviendas que no estén destinadas a la vivienda (habitación) familiar del tenedor (tenedor, poseedor o propietario), adopte modalidades especiales. Suponer una obligación constitucional en sentido contrario, implicaría extender la satisfacción de derechos constitucionales hacia ámbitos meramente lucrativos y mercantiles. Tal no es el propósito de la norma constitucional.

32. Lo anterior obliga a una consideración adicional. El acceso a la vivienda se logra, salvo que el Estado lo otorgue directamente, bajo modalidades contractuales privadas, donde en algunos casos impera la autonomía de la voluntad. Al distinguirse entre la vivienda familiar (aquella destinada a la habitación del tenedor) y aquella que entra en el mercado inmobiliario, se hace evidente que en el primer ámbito opera una limitación a la autonomía contractual.

En una democracia constitucional los derechos constitucionales operan, no sólo como límites a la actuación estatal, sino también como definidores del espectro de libertad de los particulares. Estos tienen que adecuar sus comportamientos, y coadyuvar, a la realización de los fines constitucionales. Esto, claro está, dentro de un esquema en el que el balance entre los derechos constitucionales no conduzca al sacrificio de la autonomía privada.

Si el legislador considera necesario, o las circunstancias fácticas lo tornan demandable, la existencia de un sistema especial de financiación de la tenencia de vivienda familiar, la actividad privada se encontrará sujeta, en lo que a la autonomía respecta, a los parámetros constitucionales y estatales de actuación.

A partir de las anteriores consideraciones, la Corte abordará el segundo cargo.

Cargo segundo: violación del artículo 51 de la Constitución.

33. El demandante y el Procurador General de la Nación coinciden en acusar la violación del artículo 51 de la Constitución, por cuanto la disposición demandada no establece criterio alguno que asegure que el régimen de financiación de vivienda adoptado, asegure el cumplimiento de los parámetros que la Corte Constitucional fijó al estudiar las normas relativas a los sistemas UPAC y UVR y que estiman deben ser extensibles al leasing habitacional. En todo caso, punto en el cual insiste el Procurador, el legislador ha debido fijar criterios claros para garantizar que el leasing habitacional no se convierta en un instrumento de pauperización y que haga nugatorio el derecho a la propiedad sobre la vivienda. Finalmente, estiman que, si se admiten los criterios contenidos en la disposición, éstos resultan insuficientes para garantizar el acceso a la propiedad sobre la vivienda y, mucho menos, para calificar de sistema adecuado de financiación de vivienda.

Los intervinientes consideran que la disposición si contiene suficientes elementos que garantizan la realización del derecho a la vivienda digna. Además, consideran que les son extensibles las disposiciones relativas a los créditos de vivienda regulados mediante Ley 546 de 1999 (a lo cual se opone el Procurador, pues considera que se trata de normas especiales para el crédito y, por lo mismo, no extensibles al leasing habitacional). Además, las fallas que el demandante le endilga al modelo del leasing habitacional no se desprenden de su contenido normativo, y habrá que esperar a la regulación gubernamental sobre la materia.

De los planteamientos expuestos por los distintos participantes en el debate constitucional surgen distintas preguntas a resolver dentro del marco del problema jurídico planteado. En primer lugar la Corte deberá volver sobre el artículo 51 de la

Constitución, a fin de interpretar el alcance del mandato: “El Estado fijará... sistemas adecuados de financiación a largo plazo”. Con base en las conclusiones a que llegue sobre el anterior punto, deberá abordar lo relativo a la ausencia, según el demandante y el Procurador General de la Nación, de reglas que excluyan el leasing habitacional de las reglas del mercado y que, además, en opinión de estas personas, debería adoptarse mediante normas generales que fijaran los criterios y objetivos a los cuales ha de sujetarse el gobierno para regular la materia.

34. El artículo 51 de la Constitución establece que el Estado tiene el deber de fijar “sistemas adecuados de financiación a largo plazo”. La pregunta central en relación con dicha disposición es: ¿cuál es el mandato constitucional? La disposición constitucional no establece elementos que permitan inferir (i) qué es un sistema de financiación **adecuado** y (ii) el objetivo de la financiación. Podría pensarse que, en tanto que se refiere a financiación a largo plazo, está dirigido a la adquisición de vivienda. Sin embargo, ello no es necesariamente así.

34.1 Conforme se analizó en los fundamentos 23 a 29 de esta sentencia, el derecho a la vivienda adecuada de que trata el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que se corresponde en buena medida al derecho constitucional a la vivienda digna, comporta diversos elementos. En punto a su financiamiento, existe una directa relación entre las maneras de tenencia de la vivienda y los instrumentos que se considera idóneos y adecuados para garantizar dicha tenencia.

El programa de la Naciones Unidas sobre asentamientos humanos –UN-HABITAT-, ha recopilado la práctica de tenencia mundial, indicando que existen figuras que suponen propiedad sobre el inmueble, el arrendamiento, la propiedad sobre algunos de los elementos de la propiedad (derecho de uso o usufructo),

arrendamiento con opción de compra, etc., que están sujetos a diversos términos y, por lo mismo, a distintas modalidades de financiación.

Teniendo en cuenta lo anterior, una primera aproximación a la disposición constitucional permitiría inferir que *el constituyente demanda del Estado colombiano que exista, según la modalidad de tenencia, un sistema de financiamiento a largo plazo que resulte adecuado para dicha forma de tenencia*. Por ejemplo para la adquisición de la propiedad o uno de los elementos, así como para financiar un arrendamiento con opción de compra.

A partir de lo anterior, la adecuación del sistema de financiación a largo plazo estaría dirigida a fijar condiciones financieras del sistema, de suerte que se asegurara, en la medida de lo posible, que las personas pudieran cubrir dicho costo, sin que implicara un sacrificio para la atención de sus necesidades básicas.

34.2 Para la Corte Constitucional no existe razón alguna que permita inferir que el constituyente ha preferido alguna de las siguientes interpretaciones: (i) sistema adecuado de financiación equivale a la existencia de un sistema de financiación adecuado a la modalidad de tenencia de la vivienda y (ii) financiación adecuada significa la existencia de una modalidad financiera que permita cubrir el costo de la vivienda, sin sacrificar las necesidades básicas. Por el contrario, la realización del derecho a la vivienda digna sugiere que han de tenerse presentes ambos elementos. Sin embargo, la Corte reconoce que, en punto a la definición de la “adecuada financiación”, el legislador goza de un amplio margen de configuración, frente al cual el control de constitucionalidad se restringe a situaciones de error manifiesto, en los cuales no se garantiza la efectividad del derecho (C.P. art. 2).

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 intereses en cumplir el propósito constitucional. La Corte ha abordado esta línea de análisis en materias en las cuales de la Constitución se derivan amplios poderes de apreciación por parte del Estado, como es el caso del control constitucional sobre el decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior^[14].

Lo anterior no resuelve plenamente los problemas hermenéuticos derivados de la disposición constitucional, pues no existen parámetros que permitan resolver otras dudas relacionadas con este punto.

35. La disposición constitucional que se está analizando tiene un claro objetivo como es el de garantizar el acceso a la tenencia de vivienda. La forma de tenencia dependerá de factores culturales imperantes en cada lugar del país, existiendo zonas, aún dentro de las ciudades, donde impere la propiedad sobre distintas modalidades de uso (arriendo, derechos de uso, etc.) y a la inversa. Además de este factor, está la relación del costo de cada modalidad de tenencia (que incluye los costos de financiación bajo parámetros de mercado) con el nivel de ingresos de la población y, en particular, de las personas que acuden a cada modalidad de tenencia. Si dicha relación arroja un saldo positivo, es decir, que habida consideración del costo de la modalidad de la tenencia y el nivel de ingresos de la persona, éste resulte suficiente para atender las necesidades básicas de la persona y su familia y le permita condiciones de vida digna, no pareciera existir imperativo constitucional alguno que obligue a excluir la operancia plena de las reglas de mercado en la financiación de la vivienda. Por el contrario, si dicha relación resulta negativa, bien puede el legislador excluir de tal lógica la financiación e, inclusive, prever el subsidio de la modalidad de tenencia, como lo sugiere el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

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.

36. En un sentido abstracto, el legislador puede hacer una evaluación de las condiciones estructurales que inciden en el acceso a alguna modalidad de tenencia de la vivienda. Así, bien puede adoptar esquemas subsidiados, intermedios o desregulados. En otras palabras: financiar la tenencia, establecer las condiciones de financiación de la tenencia o sujetarlo a la dinámica comercial. Todo ello, se repite, siempre y cuando se asegure la efectividad del derecho.

37. En el punto concreto relativo al leasing habitacional habrá de tenerse en cuenta la estructura de esta figura jurídica. El legislador no acompañó la autorización de realizar esta actividad de una precisión sobre la forma en que se establecía esta modalidad contractual. Simplemente, se desprende de la disposición, que se asemeja al leasing financiero.

Al responder el primer cargo de inconstitucionalidad se llegó a la conclusión de que la autorización para los establecimientos bancarios, adoptada mediante una ley ordinaria, no implicaba la ausencia de normas marco que afectaran las condiciones de operación de esta actividad.

En la disposición demandada se encuentran, además de elementos de naturaleza propia de una ley ordinaria –la autorización misma -, otros que son de clara estirpe de ley marco. Se trata de la obligación impuesta por el legislador al gobierno de dictar normas de protección de los usuarios o locatarios. Este mandato, aunque esté contenido en una ley ordinaria, afecta el contenido normativo de los artículos 1 y 2 de la Ley 546 de 1999 –actualmente marco en materia de financiación de

vivienda a largo plazo -, los cuales habrán de interpretarse de conformidad con este mandato.

38. En este proceso se ha cuestionado la compatibilidad de las normas de la Ley 546 de 1999 con el leasing habitacional. La Corte estima que dicha incompatibilidad se deriva de una apreciación equivocada sobre la naturaleza de las disposiciones contenidas en los artículos antes mencionados. Si las pautas contenidas en tales disposiciones se entienden como reglas^[15], resulta indudable su incompatibilidad, pues establece condiciones obligatorias frente a un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, pactado en U.V.R.

El artículo 150 numeral 19 de la Constitución ordena al Congreso dictar normas generales contentivas de objetivos y criterios. En esta medida, la competencia del legislador se limita a dictar normas que tengan tal configuración –objetivos y criterios -. Tales objetivos y criterios, en últimas, implican la consagración de principios a los cuales ha de someterse el Gobierno Nacional para desarrollar la materia de la ley marco. La técnica de los principios repugna al uso de configuraciones precisas, como una autorización para realizar una actividad financiera determinada, en la medida en que pierde su carácter de principio y, por otro lado, elimina toda posibilidad de desarrollo gubernamental.

39. Teniendo en cuenta lo expuesto y el hecho de que el derecho constitucional a la vivienda digna afecta la autonomía contractual, resulta claro para la Corte Constitucional que, bien sea en el ámbito de la regulación que dicte el Gobierno o en el plano de los acuerdos de voluntades, debe garantizarse el objetivo de hacer eficaz el acceso a la vivienda familiar.

La regulación que el Gobierno debe dictar en la materia, debe estar sometida a lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 546 de 1999 y en la sentencia C-955 de 2000. Así, la regulación relativa a las operaciones de leasing habitacional, deberá establecer elementos que, por ejemplo, garanticen alguna relación entre el

precio pactado, su incremento y las variaciones de la economía. No puede, en el plano constitucional, sujetarse a la arbitrariedad de la parte poderosa de la relación. Por ejemplo, en materia de créditos de vivienda a largo plazo, el legislador ha utilizado el índice de precios al consumidor como criterio, el cual resulta razonable habida consideración de su carácter objetivo.

De igual manera, la figura del leasing habitacional no podrá convertirse en un medio para concentrar el crédito o para limitar, directa o indirectamente, el derecho de las personas y las familias a optar, bajo condiciones de plena y suficiente información, entre ésta u otra modalidad de financiación de la tenencia de la vivienda. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación contenida en el numeral 6 del artículo 2 de la Ley 546 de 1999.

En relación con el artículo 2, deberá, tanto la regulación gubernamental como los acuerdos privados, “proteger el patrimonio de las familias”. Por ejemplo, no es viable que el incumplimiento del pago del canon, apareje la pérdida absoluta del precio pagado (que integra el patrimonio familiar). Ello, desde luego, no impide hacer explícitas condiciones razonables de garantía de cumplimiento de las obligaciones, pues la protección al patrimonio familiar no implica que el Estado se libre del deber de promover y velar por el cumplimiento generalizado de las obligaciones contractuales y extracontractuales en la sociedad.

Frente a tal protección, la tarea de las autoridades competentes se relaciona directamente con la obligación de velar para que no se presenten situaciones de abuso de la posición dominante que ostentan los intermediarios financieros. En este orden de ideas, no pueden fijarse condiciones excesivamente onerosas o lesivas y que no tengan en cuenta imponderables u otras situaciones imprevisibles.

De otro lado, y en relación con la disposición demandada, la regulación deberá contener disposiciones sobre la protección a los locatarios. Tales medidas deberán incluir directrices que aseguren la tenencia jurídica del bien objeto del contrato, así como restricciones a la oferta de bienes que no aseguren, en los términos indicados en esta sentencia, condiciones dignas de la vivienda, en particular lo relativo a la oferta de bienes y servicios esenciales.

Por último, y sin que la Corte agote las consecuencias del sometimiento del leasing habitacional a las normas marco del E.O.S.F. y de la Ley 546 de 1999, la Corporación observa que las distintas modalidades de oferta del leasing habitacional deben asegurar que los contratos se pacten en condiciones que, de la mayor manera posible, “consulten la capacidad de pago” del locatario y de su familia, de suerte que el cumplimiento de las cuotas o el ejercicio de la opción de compra no lleve, dentro de situaciones normales, al sacrificio de la satisfacción de sus necesidades básicas. En directa relación con lo anterior, el gobierno – mediante regulación- y los establecimientos bancarios –a través de los contratos -, tienen el deber de diseñar ofertas que procuren la “eficiente financiación” de esta modalidad de tenencia.

Estas obligaciones se dirigen principalmente a una oferta completa y comprensible de información. Así, el locatario debe ser adecuadamente informado de los riesgos en que incurre y de la relación razonable que debe existir entre su capacidad de pago actual y esperada y el monto de las cuotas a que se obliga a cancelar periódicamente.

La Corte advierte que las anteriores conclusiones se derivan del diseño normativo existente. Así, cabe tener presente que el carácter finalístico que subyace al mandato constitucional del artículo 51, implica que la existencia de un sistema de financiación de vivienda a largo plazo que tome en consideración las circunstancias particulares y los saldos negativos de la relación antes indicada,

puede resultar suficiente para satisfacer el derecho a la vivienda digna de la población, de manera que resultaría legítimo que otros sistemas de financiamiento pudieran someterse a las leyes del mercado. El mandato implica garantizar el acceso a la vivienda digna y, si existe un sistema –sujeto a condiciones especiales- que realmente lo permite, no existiría razón alguna para impedir la existencia de otros sistemas que estén al margen de dicho modelo. Negar la posibilidad implica violación del derecho a la libertad de elección.

Conclusiones para el cargo 2°

40. De conformidad con lo expuesto, no prosperan los cargos, pues existe un sistema normativo dirigido a garantizar la financiación de vivienda a largo plazo, que le es aplicable al leasing habitacional. Tal sistema sólo comprende la vivienda familiar (en los términos expuestos), estando sometida la adquisición de vivienda con otros fines, al régimen ordinario. Este sistema, finalmente, puede ser modificado por el legislador, a partir de las ecuaciones consideradas en esta sentencia. Sin embargo, dicha constitucionalidad habrá de ser condicionada, pues claramente la exequibilidad está directamente ligada a la existencia (actualmente, pudiendo existir otros) del sistema UVR y, además, a la libertad de elección entre uno y otro sistema de financiación.

41. La realización del derecho a la vivienda digna significa, en punto a la existencia de un sistema adecuado de financiación a largo plazo, (i) la existencia de uno o varios sistemas, conforme las necesidades de los asociados y (ii) que no se impongan restricciones para que quienes requieran de la modalidad de financiamiento sujeta a condiciones especiales, puedan acudir a éste. La existencia de restricciones no se limita a normas legales, sino que incluye prácticas mercantiles que condicionen la financiación de la tenencia de la vivienda de tales personas, a la selección del sistema más oneroso, en lugar del sistema sujeto a condiciones especiales.

Por lo tanto, el Estado, por conducto del Gobierno Nacional, deberá adoptar las medidas necesarias y vigilar que las prácticas comerciales de los Establecimientos Bancarios no conduzcan a impedir que quienes requieran del sistema de créditos bajo la modalidad de UVR u otro que resulte adecuado - habida consideración de la relación entre el costo de la vivienda (y su financiación) y los requerimientos para la satisfacción de las necesidades básicas y aquellas requeridas para una vida digna de la persona y sus familias- se vean obligados o coaccionados a acudir a modalidades de financiación sujetas a mercado o a condiciones excesivamente onerosas. Con lo anterior, se sujeta la libertad de negociación a restricciones dirigidas a evitar que se presenten situaciones de abuso de la posición dominante, la cual, por mandato constitucional (C.P. art. 333) debe ser evitada por el Estado. Todo lo anterior, sin embargo, debe desarrollarse normativamente, a través de los instrumentos jurídicos dispuestos en la Constitución para ello. Así, tales medidas deben preverse –en los términos propios de cada técnica legislativa- en normas marco y en leyes ordinarias y, a partir de tales normas, el Gobierno Nacional podrá desarrollar tales regulaciones, como lo ordena los artículos 333 y 335 de la Constitución.

Lo anterior obliga a una advertencia adicional. La Corte no puede pasar por alto que la interdicción de formas de arbitrariedad privada que, para el presente caso, se manifiestan bajo la forma del abuso de la posición dominante, no implica prohibición alguna a que la financiación de vivienda, sea a largo o a corto plazo, sea su propiedad o alguna otra forma de tenencia, etc., pueda ser fuente de ganancia patrimonial. Se prohíbe que tal lucro resulte del abuso de la posición dominante; que sea resultado de imponer condiciones excesivamente onerosas a las formas de financiación de las distintas formas de tenencia de vivienda.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en la presente sentencia, el artículo 1 de la Ley 795 de 2003 “por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”, en el entendido que el reglamento que debe expedir el Gobierno Nacional debe someterse a los objetivos y criterios señalados el artículo 51 de la Constitución y en los artículos 1 y 2 de la ley marco 546 de 1999 y demás reglas de esta ley que sean aplicables al leasing habitacional y encaminadas a facilitar el acceso a la vivienda.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado