



16 de mayo de 2011

María Mercedes Cuéllar
Presidente

Marta Lasprilla
Vicepresidente de Ahorro y Vivienda
+57 1 3266600
mlasprilla@asobancaria.com

Un nuevo proyecto de ley sobre financiación de vivienda hace curso en el Congreso

Resumen. Hace trámite en el Congreso un proyecto de ley que busca establecer reglas de protección de los derechos de los prestatarios en créditos hipotecarios destinados a la adquisición, ampliación, remodelación o construcción de la vivienda principal, así como la paralización de los procesos judiciales en curso y la realización de una nueva reliquidación de los saldos de los créditos hipotecarios vigentes.

Es importante destacar que el sector de la construcción de vivienda atraviesa por uno de los mejores momentos para todos los actores. Frente a esto, reiniciar la discusión de temas legales cuya definición ya se ha dado durante la última década a través de la regulación y de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, hace que se pierda el enfoque en el análisis de temas prioritarios para el sector como el aumento de la tierra urbanizable, la duplicación de los recursos para subsidios y la ampliación de la capacidad de pago de las familias con el mantenimiento del subsidio a la tasa de interés.

Los intentos legislativos por “paralizar” los procesos judiciales en curso, así como una nueva reliquidación y ajuste en los saldos de los créditos como la que se propone, sin que exista una situación o coyuntura de especiales características que justifique la adopción de tales medidas, desbordan los principios constitucionales que tutelan la libre empresa y resultan desproporcionadas frente al esfuerzo jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional en los últimos 12 años para establecer una serie de reglas que les permitiera a los usuarios, entidades financieras y jueces de la República lograr definir los procesos judiciales anteriores, en curso y posteriores a la expedición de la Ley 546 de 1999 de una manera ajustada a los principios constitucionales.

De aprobarse el proyecto se perdería el trabajo realizado por los entes de regulación y las Altas Cortes para establecer las directrices claras que le han permitido a los usuarios y clientes del modelo hipotecario, así como a las entidades que lo integran, tener certeza acerca del alcance de sus responsabilidades, pero sobre todo de sus derechos, lo cual ha propiciado las condiciones de estabilidad que constituyen las bases que han cimentado la confianza necesaria para que el sector de la construcción de vivienda y su financiación sea nuevamente un motor de la economía nacional.

Para suscribirse a Semana Económica por favor envíe un correo electrónico a avesga@asobancaria.com o visítenos en <http://www.asobancaria.com>

Un nuevo proyecto de ley sobre financiación de vivienda hace curso en el Congreso

Marta Lasprilla Hace trámite en el Congreso una iniciativa legislativa encaminada a la modificación del actual régimen legal de financiación de vivienda. El proyecto, radicado en el Senado de la República bajo el número 200 de 2010 y titulado "Ley de protección al deudor hipotecario de vivienda principal", en esencia tiene como propósito establecer reglas de protección de los derechos de los prestatarios de créditos hipotecarios otorgados por el Estado o por la banca privada, destinados a la adquisición, ampliación, remodelación o construcción de la vivienda principal.

William Lopez

La iniciativa está encaminada a proteger a las familias afectadas por dinámicas financieras que pongan en peligro la propiedad sobre su vivienda. De forma complementaria, el proyecto establece una tasa de interés social para crédito hipotecario a cargo del Banco de la República y ordena la paralización de todos los procesos judiciales en ejecución hasta tanto las instituciones financieras emitan un certificado de la deuda respectiva donde deben aparecer el recálculo y reestructuración de la misma.

Para la Asobancaria es de primordial importancia el análisis del proyecto bajo la óptica de la coyuntura actual del sector de vivienda, así como de los diversos pronunciamientos legales y jurisprudenciales que se han emitido desde la expedición de la Ley 546 de 1999. Se considera que introducir nuevas cargas a la financiación y limitaciones a los deudores, puede incidir de manera negativa en el modelo de crédito que con esfuerzo se ha construido luego de la crisis financiera de finales de los 90's y cuyos frutos se están viendo reflejados sólo recientemente en un indiscutible crecimiento del sector de la construcción de vivienda, en especial, la de interés social.

En efecto, el sector de la construcción de vivienda atraviesa por uno de los mejores períodos para todos los actores¹. De un lado, para las familias que adquieren vivienda

¹ Durante 2010 el número de viviendas vendidas creció 17%, el de licencias de construcción 25%, el de viviendas que iniciaron construcción 36% y el de desembolsos 33%.

porque las tasas de interés del crédito hipotecario se encuentran en niveles históricamente bajos y porque, adicionalmente, más de 100 mil familias se están beneficiando con el subsidio a la tasa de interés, instrumento lanzado por el Gobierno Nacional en abril de 2009². Este notable incentivo para la adquisición de vivienda permitió que durante los últimos dos años las familias que tenían planeado adquirir vivienda pudieron anticipar su decisión, ya que ampliaron sustancialmente su capacidad de pago, lo que llevó a cambiar la percepción de que era un buen momento para comprar vivienda de negativo a positivo y creciente.

De otro lado, a causa del subsidio, los constructores impulsaron las ventas y lograron iniciar la construcción de cerca de 150 mil viviendas, cumpliendo la meta prevista por el Gobierno Nacional. Por su parte, los financiadores lograron recuperar niveles de desembolsos que no se veían desde hace más de 13 años. En total, incluido el Fondo Nacional de Ahorro, se otorgaron 126 mil créditos por \$7.7 billones, lo que implicó que semanalmente 2.500 familias obtuvieron su crédito de vivienda.

De igual forma, debe destacarse que el comportamiento de los deudores de créditos hipotecarios ha mejorado ostensiblemente en los últimos años, pues los niveles de cartera morosa sobre la cartera hipotecaria total se mantienen en niveles históricamente bajos. De hecho, el indicador de calidad de cartera por altura de mora (mide el porcentaje de cartera en mora sobre la cartera total) se encuentra en niveles de 3,7% sin incluir titularizaciones y de 3,3% con titularizaciones. Hace 10 años dicho indicador estaba en niveles de 21% y hace 5 años en 12%. Esto refleja que los deudores, en su gran mayoría, se encuentran satisfechos con las condiciones de sus obligaciones.

Adicionalmente, según estimaciones del Gobierno, en 2010 se inició la construcción de 152 mil viviendas a nivel nacional, frente a 117 mil en 2009.

² El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1143 del 1° de abril de 2009 y la Resolución No. 954 del 17 de abril de 2009 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como parte de un programa estatal contracíclico que buscaba promover una mayor financiación de vivienda individual mediante el ofrecimiento de una cobertura condicionada con cargo a los recursos del Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria - FRECH, creado por la Ley 546 de 1999.

Estos buenos resultados constituyen el comienzo de una estrategia que hace parte de la política gubernamental de “Prosperidad Democrática” trazada por el Presidente Santos y que busca triplicar el número de unidades construidas y financiadas, a fin de que la vivienda cumpla un verdadero papel protagónico en el crecimiento económico y social del país.

Más allá de reiniciar una discusión sobre los aspectos legales y reglamentarios vigentes que ya se encuentran decantados por la jurisprudencia -especialmente de la Corte Constitucional en materia de vivienda-, Asobancaria considera que los esfuerzos deberían encaminarse al análisis, discusión y aprobación de normas como las que se incorporan en el Plan de Desarrollo 2010-2014, que en materia de vivienda busca acertadamente aumentar la oferta de tierra urbanizable, duplicar los recursos del Gobierno Nacional para subsidios directos respecto al cuatrienio anterior y ampliar la capacidad de pago de las familias vía el mantenimiento del subsidio a la tasa de interés, a fin de no perder el impulso y lograr extender el buen ciclo de los dos últimos años.

Principales aspectos del Proyecto de Ley

En relación con el texto del proyecto, resulta de interés el artículo 9º, el cual faculta al Banco de la República para fijar mensualmente las tasas de interés máximas aplicables a la modalidad de crédito hipotecario, teniendo en cuenta que se trata de una tasa social.

El concepto de “tasa social” no se precisa ni en el articulado, ni en la exposición de motivos del proyecto, por lo que no puede darse un concepto preciso al respecto. Sin embargo, de una lectura desprevenida de la iniciativa, el lector podría concluir que la situación vigente no es la ideal y que la tasa que fija el Banco de la República actualmente, no constituye una tasa de interés ajustada a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, cuando en realidad es, de lejos, la más baja que el mercado le ofrece a las familias colombianas. Aún más, la tasa de interés vigente para la vivienda de interés social es todavía más baja, pues atiende lo señalado por el mencionado Tribunal al establecer que sea la más adecuada y favorable para los deudores y permita la protección de su patrimonio familiar.

En efecto, como se puede apreciar en el documento SGDOS.SGMR-JD-S-1200-034-J del Banco de la República³, el cual establece los lineamientos para el cálculo de la tasa máxima que se puede cobrar para créditos hipotecarios de vivienda, es claro que este tema cuenta con una definición por parte de la Corte Constitucional, la cual fue adoptada por el Banco de la República. En los primeros párrafos se lee lo siguiente:

“Mediante la sentencia C-955 de 2000, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la ley 546 de 1999 que consagró el marco legal para la financiación de vivienda. En dicha sentencia, la Corte estableció, entre otros aspectos, la obligación de la Junta Directiva del Banco de la República de intervenir permanentemente la tasa de interés del crédito hipotecario. Lo anterior mediante la fijación de un límite máximo a los intereses remuneratorios que pueden cobrar los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda (denominados en UVR y en pesos). Dicha intervención también aplica para el caso de la vivienda de interés social (VIS).

La Corte señaló que la tasa de interés remuneratoria para los créditos de financiación de vivienda individual de largo plazo y de proyectos de construcción de vivienda no debía incluir el valor de la inflación, debía ser siempre inferior a la menor tasa real que se esté cobrando en las demás operaciones crediticias en la actividad financiera, según certificación de la Superintendencia Bancaria, y su máximo será determinado por la Junta Directiva del Banco de la República, conforme a lo resuelto por la corte constitucional en sentencia C-481 del 7 de julio de 1999 y C-209 del 1 de marzo de 2000.”

El proyecto prevé la obligación de que el Banco de la República fije mensualmente la tasa de interés aplicable a créditos hipotecarios. Tal como señala el documento, el Banco de la República tiene una obligación permanente de monitorear y regular dicha tasa de acuerdo con unos parámetros que le fijó la Corte Constitucional. Ahora bien,

³ “Tasa de interés remuneratoria máxima destinada a la financiación de vivienda de individual de largo plazo y proyectos de construcción de vivienda para VIS”, Subgerencia Monetarias y de Reservas, Secretaria Junta Directiva, Banco de la República del 14 de diciembre de 2000.

fijarla mensualmente podría generar inestabilidad en la certeza de la tasa aplicable a los desembolsos, lo cual puede implicar un desincentivo a tomar el crédito. Entre otros argumentos financieros y económicos, se presenta uno meramente práctico: el proceso de solicitud, aprobación y desembolso de los créditos ocurre en diferentes momentos y pueden transcurrir varios meses entre uno y otro. Una familia toma la decisión de adquirir una vivienda sobre la base de una tasa de interés -que define la cuota a pagar- en la solicitud y aprobación. Meses más tarde al momento del desembolso, la tasa puede haber variado, lo cual puede implicar que la cuota aumente alterando incluso la decisión de compra y afectando asimismo los contratos que sustentan la adquisición del inmueble.

Ahora bien, si lo que se busca es que la nueva regulación derive en la aplicación de tasas negativas o subsidiadas, se considera que esto es viable únicamente cuando se utilizan recursos públicos para su implantación. Esto quiere decir que un mecanismo que implique el traslado de la propiedad sin contraprestación alguna para el adquirente del bien inmueble, sólo es posible cuando la política pública se encamina a otorgar subsidios integrales en donde no interviene el sector privado para su financiación, como sucede, por ejemplo, con el Plan de Vivienda Brasileño. En dicho país la decisión gubernamental adoptada se encaminó a fortalecer el esquema de subsidios estatales de manera tal que le permitiera a las familias, con menor nivel de ingresos y con mayor vulnerabilidad, acceder a la vivienda de una forma casi gratuita (subsidio al 90% del valor de la vivienda para familias con ingreso hasta 3 salarios mínimos), con un esfuerzo financiero mínimo por parte del adquirente de la propiedad⁴.

Por otra parte, los artículos 7° y 14 del proyecto, configuran situaciones jurídicas cuyos efectos es necesario evaluar. De un lado, el artículo 7°, establece que los créditos

⁴ De acuerdo con la Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción, el programa “Mi vida mi casa” hace parte del plan de vivienda de interés social del gobierno brasileño. Dicho programa implica destinar 14,8 billones de dólares de diversos fondos públicos federales y regionales con destino al subsidio de un millón de viviendas, el cual es aplicado de acuerdo a los ingresos familiares, así como la exoneración de tributos federales, reducción de tasas y emolumentos y un tratamiento más favorable en materia de primas de seguros. Para las familias con ingresos de 0 a 3 salario mínimos brasileños (más o menos 600 dólares), el subsidio es integral con exención del seguro.

hipotecarios de cualquier naturaleza no pueden combinarse con otras modalidades crediticias que puedan conllevar la pérdida de la vivienda por falta de capacidad de pago del deudor, so pena de sanciones. Al respecto, se considera que no hay suficiente claridad sobre si el “infractor” al que se refiere el proyecto es el deudor o alguno de los acreedores. En caso de que el deudor sea el “infractor”, se sugiere tener en cuenta que las personas están expuestas a diversas situaciones (como la pérdida del empleo) durante la vida de la obligación -que puede estar entre 5 a 30 años- y sería desproporcionado el castigo toda vez que la situación de incumplimiento, en la mayoría de los casos, no depende de su voluntad. En caso de que el “infractor” sea el acreedor, habría que considerar que los modelos de crédito avalados por la Superintendencia Financiera exigen que las entidades financieras consideren el endeudamiento de las personas al otorgar nuevos créditos, y en caso de que las entidades sobrepasen determinados límites, está previsto el consecuente provisionamiento de dichas obligaciones.

En lo referente al artículo 14, el proyecto establece la posibilidad para que aquellos deudores que pierdan su empleo por razones no imputables a él mismo y cuyos ingresos provengan de una relación estable, puedan suspender el pago de las cuotas por un máximo de 6 meses, sin lugar a intereses de mora. Normas de este tipo han sido objeto de análisis en el pasado. El Gobierno del Presidente Pastrana creó el seguro de desempleo con un cubrimiento (con cargo a recursos del Presupuesto Nacional) hasta por 6 meses dentro del esquema propuesto en la declaratoria de emergencia económica en 1998⁵, cuyo propósito era conjurar los duros efectos de la misma sobre los deudores hipotecarios de vivienda de interés social. Este esquema de subsidio al desempleo del deudor de vivienda de interés social, que estuvo a cargo del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - Fogafin entró en desuso, entre otras razones, por la dificultad para su administración, así como por el elevado costo fiscal que implicaba para la Nación.

Por lo demás, la suspensión del pago de la obligación hipotecaria como consecuencia de la pérdida del empleo se plantea en el proyecto como una medida automática y potestativa del deudor, lo cual podría conllevar un incentivo perverso al no pago con el

⁵ Decreto 2331 de 1998, artículo 17, reglamentado por el Decreto 213 de 1999

consiguiente deterioro de la cartera de las entidades financieras. En la actualidad distintas entidades financieras están ofreciendo un seguro de desempleo que protege al deudor contra esta eventualidad. La prima está a cargo del deudor a precios asequibles. La puesta en marcha de este producto está apenas en su fase inicial.

Incertidumbre jurídica

Como se esbozó anteriormente, el proyecto de ley modifica o adiciona diversos aspectos legales que han sido objeto de reglamentación y de pronunciamientos jurisprudenciales que le han dado claridad al actual modelo de financiación. Por ello, dicha iniciativa implicaría un nuevo comienzo con nuevos niveles de incertidumbre jurídica que no es beneficiosa para ninguna de las partes intervinientes en el esquema de financiación de vivienda, en especial los deudores hipotecarios.

En efecto, a partir de la expedición de la Ley 546 de 1999 y su correspondiente reglamentación, la jurisprudencia, tanto constitucional, como contencioso administrativa y civil han dado directrices claras para que los usuarios y clientes del modelo hipotecario, así como para las entidades que lo integran, tengan certeza acerca del alcance de sus responsabilidades, pero sobre todo de sus derechos, con lo cual se han propiciado condiciones de estabilidad que constituyen las bases que han permitido la cimentación de la confianza necesaria para que el sector de la construcción de vivienda y su financiación sea nuevamente un motor de la economía nacional.

Aspectos como el régimen de transición a la UVR de créditos destinados a la financiación de vivienda, así como el cálculo de la Unidad de Valor Real y los sistemas de amortización, han sido objeto de una cuidadosa regulación y modulación por parte de los estamentos gubernamentales y judiciales. Para la adopción de estas decisiones, el Estado colombiano tuvo en cuenta una serie de factores extraordinarios que se presentaron al final de la década de los 90's, tales como la crisis económica mundial que incidía en el país, el crecimiento desmedido de las tasas de interés de corto plazo, así como el reconocimiento del error que implicó atar el crecimiento de la UPAC al comportamiento de la DTF. Esto permitió que el Estado destinara recursos para la reliquidación de los saldos de los créditos y suspendiera los procesos judiciales.

En este sentido, un intento legislativo por “paralizar” los procesos judiciales en curso, así como una nueva reliquidación y ajuste en los saldos de los créditos como la que se propone, sin que exista una situación o coyuntura de especiales características que justifique la adopción de tales medidas, puede conllevar a un desbarajuste institucional como el que se presentó en el pasado como consecuencia de la mencionada crisis de finales de los años 90's, la cual, valga decirlo, 13 años después no ha podido ser superada por completo en algunas sedes judiciales.

Por otra parte, a partir de la Ley 546 de 1999, el Gobierno y el Banco de la República han reglamentado ampliamente el crédito en UVR y en pesos, así como las condiciones de uno y otro, lo cual incluye la tasa de interés remuneratoria aplicable, la viabilidad y oportunidad del pago del crédito, los prepagos, los seguros, la reestructuración de las obligaciones, los plazos y garantías, los límites al porcentaje de financiación y los límites al valor de la primera cuota⁶.

La regulación también se ha ocupado de la población más vulnerable de la sociedad y la ha incluido dentro del modelo, con un esquema de financiación de vivienda de interés social⁷, el cual goza de una tasa de interés especial, de un subsidio familiar de vivienda aplicado directamente al valor de la misma⁸ y de un régimen de ahorro contractual o programado que busca el cubrimiento de una parte del valor de la cuota inicial del inmueble.

Igualmente, la vivienda cuenta con una protección especial mediante la constitución del patrimonio de familia⁹, el cual no es susceptible de embargo, salvo por la entidad que financió su construcción, adquisición, mejora o subdivisión. Dicha protección permite asegurar que la vivienda sometida a este régimen no pueda ser objeto de medidas cautelares derivadas del incumplimiento de obligaciones diferentes a las mencionadas.

⁶ Decreto 145 de 2000, modificado por el artículo 8 del decreto 3760 de 2008

⁷ Ley 9 de 1989, ley 388 de 1997 y ley 546 de 1999

⁸ Ley 1151 de 2007 y decreto 2190 de 2009.

⁹ Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999

Finalmente, la protección al deudor hipotecario en su carácter de consumidor financiero, así como el régimen de información y atención que debe brindársele por parte de las entidades del sector financiero fue también objeto de una reciente reforma¹⁰. Hoy en día temas como la información oportuna y clara de crédito, el contenido de los contratos, la proscripción del trato desequilibrado o discriminatorio, así como la prohibición de cláusulas excesivas, abusivas o exorbitantes son materia de regulación a través del sistema de atención al consumidor financiero - SAC, cuya supervisión está a cargo de la Superintendencia Financiera.

Así las cosas, la mayoría de los temas incorporados en el proyecto de ley ya han sido objeto de una regulación detallada, lo cual permite deducir que la normatividad propuesta es redundante frente a los mecanismos que operan en la actualidad. Ahora bien, dicha iniciativa introduciría nuevos elementos que generarían gran incertidumbre y que atentarían contra la seguridad y estabilidad de un ordenamiento jurídico construido con observancia de los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y que tutela una actividad de importancia significativa para la sociedad como lo es el acceso a la propiedad de vivienda y la financiación de la misma.

Facultad de Intervención en la economía: libertad de empresa y libertad económica

Acorde con el sentido del proyecto, deben contemplarse otros aspectos en su evaluación. La Constitución Política consagra expresamente la libertad de empresa al establecer que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que la ley puede delimitar su alcance únicamente cuando así lo exija el interés social. Sin embargo, para que esa intervención sea lícita, no puede ser de una intensidad tal que altere radicalmente las condiciones de acceso y permanencia en el mercado y haga desaparecer las libertades de iniciativa privada, de empresa y negocial.

Bajo el contexto anotado, es necesario hacer un especial llamado al análisis minucioso de la propuesta del autor del proyecto de ley que busca “paralizar” los procesos

¹⁰ Ley 1328 de 2009, capítulo 1°.

judiciales en curso, así como la realización de una nueva reliquidación y ajuste en los saldos de los créditos.

Dentro del concepto de libertad de empresa se encuentra inmersa la posibilidad que tiene cualquier empresario -incluidos los establecimientos de crédito-, de recuperar sus activos dados en préstamo cuando el deudor ha incumplido con sus obligaciones a través de las vías judiciales que la ley plantea y con el cumplimiento de las formas propias de cada proceso. En este orden de ideas, propuestas de “paralización” como ésta, desbordan los principios constitucionales que tutelan la libre empresa y resultan desproporcionadas frente al esfuerzo jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional en los últimos 12 años para establecer una serie de reglas que les permitiera a los usuarios, entidades financieras y jueces de la República lograr definir los procesos judiciales anteriores, en curso y posteriores a la expedición de la Ley 546 de 1999 de una manera ajustada a los principios constitucionales¹¹ y a los derechos de las partes comprometidas en los mismos.

Como se mencionó, la adopción de una medida de estas características debe obedecer a la existencia de una motivación extraordinaria, así como a un entorno económico crítico, pues con la misma se afectan derechos constitucionales que derivan de una actividad que, como la financiera, es reconocida como de interés público. Reiniciar una discusión acerca de una nueva tasa de interés para los créditos hipotecarios, de las condiciones de las garantías, propiciar una “parálisis” de los procesos de recobro de los créditos o una reliquidación de los saldos, podría conllevar efectos inimaginables en la economía -como la posible cesación de pagos de los deudores que actualmente están cumpliendo con sus obligaciones- ante la expectativa de un beneficio, con el correlativo deterioro de la cartera de créditos de las instituciones financieras y la generación de un riesgo sistémico para el sector financiero, así como un colapso en la rama jurisdiccional del Poder Público, la cual vería la resurrección de procesos ya fallados a través de tutelas y la iniciación de muchos más tendientes a la obtención de un subsidio cuyas características no están definidas, ni cuantificadas, como tampoco

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 1999, Magistrado Ponente Jose Gregorio Hernández Galindo.

mencionado el monto, la fuente, ni la entidad estatal que sufragaría su costo. Parecería entonces que el proyecto considera que este subsidio correría por cuenta de los bancos.

En ese caso, debe considerarse que la libertad de empresa “no significa sólo la libertad de iniciar actividades económicas, sino también de mantener o proseguir tales actividades en condiciones de libertad e igualdad”¹².

El artículo 333 de nuestra Carta política expresamente señala:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (...)”

La Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre la libertad de empresa y ha considerado que aunque la propia norma establece la posibilidad que mediante ley se delimite su alcance, ésta es una intervención que tiene límites y que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, la Corte señala que “...si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”¹³

¹² Cfr. Manuel Aragón Reyes, “Constitución y modelo económico”, en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, tomo II, pp. 386.

¹³ Sentencia C – 615 de 2002 Corte Constitucional. MP marco Gerardo Monroy Cabra.

Por su parte, en forma insistente, el Congreso de la República ha reafirmado que en Colombia el núcleo del derecho a la libertad de empresa está conformado por la posibilidad de acceder y retirarse de un sector económico determinado, de tener autonomía en la dirección y control de la empresa y de obtener lucro en la actividad que se desarrolla.

Así mismo, la Corte Constitucional ha precisado el sentido y el alcance que tiene el derecho a la libertad económica en el ordenamiento jurídico colombiano, derecho en el cual se encuentran inmersos la libertad de empresa y la libre competencia, presupuestos esenciales de una economía de mercado acorde al modelo constitucional vigente en nuestro país. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que “...*Como manifestación de la libertad económica, la norma constitucional consagra la libertad de empresa, entendida por la jurisprudencia como “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”*”¹⁴.

El análisis entre lo que se pretende con la iniciativa que se estudia y la jurisprudencia constitucional anteriormente transcrita, permite concluir que el proyecto desborda criterios razonables, pues afecta considerablemente a los establecimientos de crédito al desconocer el contenido irreductible de la libertad que le es propia. Tal como lo ha señalado el profesor Carlos Bernal, “*Toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido*”¹⁵.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de noviembre 16 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Bernal Pulido, Carlos. El Derecho de los Jueces. Universidad Externado de Colombia. 2005

Conclusiones

Para la Asobancaria es de significativa importancia la ponderación y validación de las razones por las cuales el legislativo decide modificar el marco normativo de la financiación de vivienda, cuyo contenido y alcance ha sido objeto de profundas revisiones por parte de los Altos Tribunales, lo cual ha permitido generar el equilibrio necesario para que en la actualidad tanto el sector de la construcción, como el de financiación de vivienda, tengan las condiciones apropiadas para mostrar una evolución positiva después de una década.

La seguridad y estabilidad jurídica, traducida como la permanencia de un marco legal e institucional, es una condición para el desarrollo adecuado de las actividades de cualquier sector. Tratándose de la construcción y financiación de vivienda, este requisito de continuidad permite que derechos fundamentales como la garantía de vivienda digna y el acceso a la propiedad privada puedan concretarse y ser efectivos.

La creación de beneficios especiales a favor de los deudores hipotecarios de vivienda - medida que debe contar siempre con la financiación del sector público- debe obedecer a la existencia de una motivación extraordinaria, así como a un entorno económico crítico, pues con la misma se afectan derechos constitucionales que derivan de una actividad que, como la financiera, es reconocida como de interés público.

Colombia. Principales Indicadores Macroeconómicos

	2007 2008		2009					2010				2011	
			T1	T2	T3	T4	total	T1	T2	T3	T4	Proy.	Proy.
PIB Nominal (USD B)	207,8	242,6	60	61	62	63	247	68,2	70,3	74,6
PIB Nominal (COP MM)	432	477	123	126	127	129	505	131,5	134,7	134,3
Crecimiento Real													
PIB real (% Var. Interanual)	6,9	3,5	1,0	0,7	1,1	3,0	1,5	4,2	4,9	3,6	4,6	4,3	4,5
Precios													
Inflación (IPC, % Var. Interanual)	5,7	7,7	6,1	3,8	3,2	2,0	2,0	1,8	2,3	2,3	3,2	3,2	3,7
Inflación básica (% Var. Interanual)	5,2	5,9	5,4	4,5	3,9	2,7	2,7	2,3	2,3	2,3	2,6	2,6	2,5
Tipo de cambio (COP/USD fin de periodo)	2002	2234	2561	2159	1922	2046	2046	1929	1916	1800	1990	1990	1822
Tipo de cambio (Var. % interanual)	-10,4	11,6	40,6	17,8	-1,2	-8,4	-8,4	-24,7	-11,2	-6,4	-2,8	-2,8	-8,4
Sector Externo													
Cuenta corriente (% del PIB)	-2,8	-2,8	-2,0	-1,7	-2,5	-2,5	-2,2	-1,9	-2,3	-4,6	...	-2,5	-3,7
Cuenta corriente (USD mmM)	-5,8	-6,8	-1,0	-0,9	-1,5	-1,7	-5,1	-1,3	-1,6	-3,4	...	-7,2	-11,6
Balanza comercial (USD mmM)	-0,6	1,0	0,1	0,8	0,4	0,8	2,1	1,1	1,2	-0,4	...	3,5	-0,2
Exportaciones F.O.B. (USD mmM)	29,4	37,1	7,5	7,8	8,3	9,0	32,6	9,5	10,2	10,0	...	41,7	44,8
Importaciones F.O.B. (USD mmM)	30,1	36,3	7,4	7,0	7,9	8,2	30,5	8,4	9,0	10,4	...	38,2	45,0
Servicios (neto)	-2,6	-3,1	-0,5	-0,5	-0,7	-1,0	-2,7	-0,7	-0,8	-1,0	...	-3,1	-3,1
Renta de los factores												-11,7	-10,9
Transferencias corrientes (neto)	5,2	5,5	1,2	1,1	1,1	1,3	4,6	0,9	1,1	1,1	...	4,1	3,7
Inversión extranjera directa (USD mmM)	9,0	10,6	2,1	2,8	1,3	0,9	7,2	2,1	2,2	2,2	...	8,6	11,1
Sector Público													
Bal. primario del Gobierno Central (% del PIB)	0,8	0,9	-1,1	-1,1	-1,1
Bal. del Gobierno Central (% del PIB)	-3,2	-2,3	-2,7	-0,5	-0,5	-0,4	-4,2	-3,9	-4,1
Bal. primario del SPNF (% del PIB)	...	-0,1	0,7	0,1	0,3
Bal. del SPNF (% del PIB)	-0,6	-0,1	-0,3	-0,8	-0,8	-0,7	-2,6	-3,0	-3,5
Indicadores de Deuda													
Deuda externa bruta (% del PIB)	21,4	18,9	20,2	20,0	22,1	...	24,1	20,4	25,0
Pública (% del PIB)	13,8	12,2	13,2	13,4	15,1	...	16,3	14,3	13,0
Privada (% del PIB)	7,7	6,9	7,0	6,6	7,0	...	7,8	6,1	12,0
Deuda del Gobierno (% del PIB, Gob. Central)	36,5	36,4	38,5	36,6	35,3	...	43,2	38,6	39,6

Fuente: DANE, Banco de la República, Minhacienda, Superfinanciera y Asobancaria.

Colombia. Estados financieros*

	Feb-11 (a)	Ene-11	Feb-10 (b)	Var real anual entre (a) y (b)
Activo	249,780	245,978	207,992	16.4%
Disponible	15,054	16,070	18,574	-21.4%
Inversiones	56,872	55,456	44,635	23.5%
Cartera Neta	155,120	151,873	123,609	21.6%
Consumo Bruta	43,294	42,682	35,945	16.7%
Comercial Bruta	103,803	101,627	79,892	25.9%
Vivienda Bruta	11,492	11,104	11,070	0.6%
Microcrédito Bruta	4,059	4,003	3,597	9.4%
Provisiones**	7,529	7,544	6,895	5.8%
Consumo	2,623	2,642	2,637	-3.6%
Comercial	4,373	4,341	3,773	12.4%
Vivienda	343	370	334	-0.6%
Microcrédito	190	190	152	21.6%
Otros	22,735	22,579	21,173	4.1%
Pasivo	218,058	214,187	180,776	16.9%
Depósitos y Exigibilidades	160,928	156,437	143,240	8.9%
Cuentas de Ahorro	81,886	78,559	69,959	13.5%
CDT	42,742	41,683	43,095	-3.9%
Cuentas Corrientes	30,422	30,068	25,465	15.8%
Otros	5,877	6,126	4,720	20.7%
Otros pasivos	57,130	57,750	37,536	47.5%
Patrimonio	31,722	31,791	27,216	13.0%
Ganancia/Pérdida del ejercicio	575	308	648	-14.0%
Ingresos por intereses	2,482	1,250	2,636	-8.7%
Gastos por intereses	902	455	865	1.1%
Margen neto de Intereses	1,576	793	1,767	-13.5%
Ingresos netos diferentes de Intereses	1,057	471	965	6.2%
Margen Financiero Bruto	2,633	1,264	2,732	-6.6%
Costos Administrativos	1,660	809	1,414	13.8%
Provisiones Netas de Recuperación	182	121	258	-31.7%
Margen Operacional	792	334	1,060	-27.6%
Indicadores				Variación (a) - (b)
Indicador de calidad de cartera	2.99	2.96	4.20	-1.22
Consumo	4.72	4.51	6.88	-2.17
Comercial	2.11	2.15	2.92	-0.81
Vivienda	3.71	3.89	4.14	-0.42
Microcrédito	4.94	4.53	6.23	-1.29
Cubrimiento**	159.01	163.93	125.69	33.32
Consumo	128.44	137.22	106.58	21.86
Comercial	199.75	199.10	161.95	37.80
Vivienda	80.33	85.66	72.96	7.37
Microcrédito	94.70	104.89	67.61	27.10
ROA	2.09%	2.19%	2.15%	-0.1%
ROE	16.04%	16.78%	17.38%	-1.3%
Solvencia	n.d	14.97%	15.31%	n.d

1/ El Margen Financiero es calculado como la diferencia entre ingresos y gastos por intereses menos Prima amortizada de cartera - cuenta PUC 510406

2/ *Datos mensuales a noviembre de 2010 del sistema bancario. Cifras en miles de millones de pesos. Fuentes y cálculos Asobancaria.

** No se incluyen otras provisiones. El cálculo del cubrimiento tampoco contempla las otras provisiones.