

El Contrato de mutuo para vivienda, evolución y particularidades.

Por Alejandro Yañez Dávila

“Como la esclavitud y el apartheid, la pobreza no es natural, es creada por el hombre y puede superarse y erradicarse mediante acciones de los seres humanos. Y erradicar la pobreza no es un acto de caridad, es un acto de justicia. Se trata de proteger un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad y a una vida digna. Mientras haya pobreza, no habrá verdadera libertad.”

-Nelson Mandela.

Discurso de Nelson Mandela en la campaña “Hagamos que la pobreza sea historia”, 3 de febrero de 2005; Disponible en <www.nelsonmandela.org>

Actualmente el Derecho a la Vivienda Digna está establecido dentro del ordenamiento jurídico Colombiano como un Derecho Económico, Social y Cultural (DESC). El carácter de Derecho Económico, Social y Cultural implica que estos derechos pese a que no pueden ser protegidos por vía de tutela, tienen carácter progresivo y programático. Es decir, que es una obligación de los Estados el diseñar e implementar planes para aumentar cada vez más la protección y prestación de estos derechos. Todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales están ligados inescindiblemente con el principio de la dignidad del ser humano y se encuentran positivizados a nivel internacional, entre otras fuentes, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y además en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia ha positivizado los DESC a través de la inclusión de los Tratados Internacionales, que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, vía el artículo 93 de la Constitución Política e incluso algunos de ellos se encuentran explícitamente plasmados en la Carta Política, como es el caso de la Vivienda Digna contenida en el artículo 51. Por lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que desde la perspectiva jurídica el derecho a la vivienda digna aunque no ostenta el carácter de fundamental, es prioritario y su protección es uno de los objetivos del Estado Colombiano por ser un Estado Social de Derecho.

El hecho que el Derecho a la Vivienda Digna esté catalogado como un derecho progresivo y programático permite que el Estado, representado por el poder ejecutivo en cada una de

sus esferas: nacional, departamental y municipal, tenga a su servicio un margen de discrecionalidad acerca de la forma en que se debe fomentar y proveer este Derecho.

En la actualidad, el país está experimentando un boom en la construcción de vivienda de interés social. Múltiples proyectos de construcción de vivienda se están llevando a cabo a lo largo del territorio nacional y pretenden ampliar la cobertura del derecho a la vivienda especialmente a la población más pobre y vulnerable. Aunque son variadas las modalidades en que se están desarrollando y los estratos a los que van dirigidos; estos proyectos incluyen una participación activa del Estado de diversas maneras: con sorteos de viviendas en los estratos más bajos, otorgando subsidios a las tasas de interés, con control a las tasas de cambio y a las entidades financieras encargadas de desembolsar los recursos a través de la figura del contrato de crédito para vivienda, entre otras. Es justamente por lo expuesto con anterioridad, que este texto pretende defender la tesis de que el contrato de mutuo para vivienda es un contrato particular y diferenciado del contrato de mutuo mercantil en general y de otras formas de crédito. Para lograr este fin este texto comenzará por exponer el antecedente histórico bajo el cual se desarrollo el contrato de crédito de vivienda, posteriormente se abordará el impacto que tuvo la inclusión de la Constitución de 1991 en el contrato de mutuo para vivienda de la mano con el Derecho a la Vivienda Digna. Luego se profundizará sobre las características propias del contrato de crédito de vivienda que lo hacen particular; dentro de estas se encuentran, el objeto delimitado, el largo plazo, el régimen de intereses, el prepago de la deuda, el anatocismo entre otros y por último se plantearán unas conclusiones.

I. Antecedente Histórico del Contrato de Crédito de Vivienda.

El Contrato de crédito para vivienda, que es un contrato de mutuo con una destinación específica, tiene como antecedente histórico el Código Civil Napoleónico que a su vez tiene como predecesor el Derecho Romano. Es importante resaltar que en Roma el concepto de contrato no parte de un concepto genérico de *contractus* que acoja a todos los contratos; por el contrario en este ordenamiento: “se reconoce poco a poco la oportunidad de que surge de ciertos actos o declaraciones de voluntad, la obligación de comportamiento correspondiente

y al producirse un conjunto respetable se les denominó *contractus*”¹. En Roma pese a que no existía el contrato de crédito para vivienda, si existió el contrato de mutuo también denominado como “*Mutuum*”². El antecedente normativo se remonta a las Institutas de Gayo, que al catalogar las obligaciones que recaen sobre la propiedad menciona que: “Se contrae obligación por la propiedad, por ejemplo, con un préstamo. Se efectúa un préstamo con las cosas que consisten en peso, número y medida, como es el dinero, vino, aceite, trigo, o monedas de plata o de oro. Al contar, medir o pesar estas cosas hacemos que se hagan de aquellos que las reciben, y no nos sean devueltas las mismas, sino otras de la misma naturaleza. De ahí el nombre de “mutuo”, porque lo que yo así te doy pasa a ser tuyo.”³ Precisamente por este último punto, este contrato estaba catalogado como un contrato real “*rer*” caracterizado porque el nacimiento del mismo se supeditaba a la entrega de la cosa.

El elemento esencial, propio y exclusivo del mutuo era la *mutui datio* que consistía en la entrega en propiedad al mutuario de los objetos del contrato⁴. Esta *mutui datio* tenía como requisitos *sine qua non* para poder realizarse dos condiciones: 1. Que el mutuante fuese dueño de las cosas objeto del contrato de mutuo y adicionalmente que fuera capaz de enajenarlas. Por último, en cuanto a la restitución de las cosas al mutuante es importante resaltar que en caso de que se presentara la pérdida de los bienes, incluso producto del caso fortuito o fuerza mayor, se aplicaba el principio *Res Perit Domino* es decir, que las cosas perecen para el dueño de las mismas. Por lo tanto, era un deber del mutuario, una vez transcurrido un plazo razonable, devolver las cosas mutuadas en las misma calidad y cantidad que le fueron entregadas⁵.

¹ Álvarez Correa Eduardo, Manuscritos de Derecho Romano. Tomo IV p. 62

² Álvarez Correa Eduardo, Manuscritos de Derecho Romano. Tomo IV p. 63

³ Traducción de Francisco Samper en: Samper Francisco, “Instituciones Jurídicas de Gayo”, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile: 2009. Instituta III. Texto original en latín: “Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem dato in iis rebus consisti quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damos ut accipientium fiant. Et quandoque nobis non eadem res, sed alise e jusdem naturae et qualitatis redduntur: unde etiam appellatum est, quia ita a me tibi datar, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condiction”

⁴ “Apellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum non nascitur obligatio” Traducido por Carlos Medellín en: “Llámesese, pues, dación en mutuo lo que de lo mío se hace tuyo: y así si no o se hace tuyo no nace la obligación. Citado de (Paulo, L. 2, D. XII, 1). Ibidem., p. 280

⁵ Ibidem., p. 282

Por otra parte, el contrato de mutuo que tenía como objeto el dinero contaba con un elemento adicional: los intereses. En un comienzo el cobro de intereses en el préstamo de dinero se encontraba prohibido debido a que eran las personas que sufrían calamidades las que solicitaban mutuos de dinero.⁶ Posteriormente, desde el siglo II D.C. existió una reforma que permitió el cobro de intereses al mutuo que recayese sobre objetos diferentes a dinero y en cuanto al dinero, se crearon tres excepciones que permitían el cobro de intereses, a saber: primero en los préstamos realizados por la ciudad, los préstamos hechos por los bancos y finalmente los *nauticumfoenus*, consistente en los préstamos de dinero destinado al comercio marítimo.⁷

En cuanto al préstamo de dinero con cobro de intereses entre personas, el derecho romano tuvo diversas posiciones pasando desde la total libertad hasta la prohibición absoluta. Es así como antes de las Doce Tablas, cuya creación se estima ocurrió en el siglo V A.C.⁸, no existió ninguna norma que limitara el cobro de intereses. Con las Doce Tablas, pese a que la naturaleza del mutuo continuó siendo gratuita, se podían añadir intereses a través de una *stipulatio* especial. Los intereses podían pactarse de dos maneras con una *stipulatio usurarum* o a través de un contrato de mutuo con una *stipulatio* que abarcara el capital y los intereses también llamada como *stipulatio sortis et usurarum*. La diferencia entre ambas radicaba en que esta última permitía el cobro de capital e intereses en forma conjunta.

El valor de los intereses también fue sujeto a fluctuaciones que dependieron de la época. En el periodo clásico fueron del orden del 1% mensual⁹ aunque la legislación cristiana de este mismo periodo¹⁰, seguía oponiéndose a la usura a los senadores y así se plasmó en el Código Teodosiano (2.33.3). Posteriormente, en la época de Justiniano los intereses fueron 6%¹¹. Es importante resaltar que desde la época clásica se estableció que los intereses nunca podrían superar el doble del capital, *supra duplum*, y en caso de que se excedieran, el

⁶ Mazeud Henri, Mazeud Leon, Mazeud Jean, Derecho Civil p. 454

⁷ Op cit., Medellín Carlos. p. 282

⁸ Peter G. Stein, El Derecho Romano en la Historia de Europa, Siglo Veintiuno de España Editores 1999.

⁹ Conocido como *centessimae usurae o kalendariae* extraído de: Di Pietro Alfredo, Ediciones De Palma Buenos Aires 1999 “Derecho Privado Romano”, Segunda Edición. P. 280.

¹⁰ Año 439 D.C

¹¹ Alfredo Di Pietro también comenta que durante este periodo aunque en general el interés era del 6% existían tres regímenes especiales uno para los hombres de negocios, *negotiatores*, del 8%, para las personas ilustradas del 4% y para los agricultores un poco más del 4%.

deudor podía repetir en contra del acreedor por lo pagado en exceso; máxima que se sostuvo hasta el periodo de Justiniano. Adicionalmente, desde la época de Cicerón se prohibió el anatocismo, que implicaba la capitalización mensual de los intereses, y Justiniano prohibió incluso que se permitiera el anatocismo en aquellos casos en donde el deudor aceptara la conversión de los intereses debidos en capital.¹²

El derecho romano tuvo influencia en gran parte de los territorios europeos, conquistó múltiples países de Europa como Alemania, España y Francia. Para el siglo XI y XII Francia se dividía en una parte septentrional regida principalmente por el derecho basado en la costumbre y una parte mediterránea que introdujo el derecho romano con la Escuela de Bolonia¹³. Por supuesto, esta adaptación no ocurrió inmediatamente sino que el derecho romano se fue adaptando a las realidades de Francia en un proceso histórico que se alargó hasta la mitad del Siglo XV. Pero sin lugar a dudas la historia del derecho civil en Francia se vio marcada por la presencia de Napoleón Bonaparte, personaje histórico que realizó un enorme trabajo de recopilación y unificación del derecho civil, que concluyó con lo que se conoce como el Código Napoleónico.

Bajo la visión francesa, el contrato de mutuo era entendido como un contrato de préstamo por el cual una de las partes (prestatario) recibe de la otra (prestamista) una cosa a la que se compromete a restituir en naturaleza o en equivalente después de utilizarla cierto tiempo¹⁴. Resulta pertinente resaltar que para los franceses el contrato de préstamo se dividía en dos: por un lado el contrato de comodato, en el cual el prestatario no tenía la posibilidad de disponer del bien y por el otro, el contrato de préstamo de consumo basado en el contrato de *mutuum* de los romanos, y en el cual el prestatario si podía disponer del bien y tenía la obligación de devolver otras cosas semejantes en igual cantidad y calidad.

El contrato de préstamo de consumo se caracterizaba por ser un contrato real cuyo perfeccionamiento exigía una verdadera transferencia de la propiedad de la cosa prestada,

¹² Di Pietro Alfredo, "Derecho Privado Romano", Segunda Edición. Ediciones de Palma, Buenos Aires: 1999 P. 280.

¹³ Estudio sobre Derecho Civil Colombiano, La Corte Suprema de Justicia Honra la Memoria de Fernando Velez. P. 259

¹⁴ "Le prêt est le contrat par lequel une des parties (emprunteur) reçoit de l'autre (prêteur) une chose qu'elle s'engage à restituer en nature ou en équivalent. Après s'en être servi un certain temps." Traducción Propia. Extraído de Planiol Marcel y Georges Ripert, *Traité de droit civil* Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, [s.f.]. 1880

tal como ocurría en Roma. Adicionalmente, tenía un objeto restringido porque únicamente las cosas consumibles al primer uso y fungibles entre si podían ser prestadas. Por otro lado, en el préstamo de consumo se permitía el préstamo a título oneroso y por consiguiente el cobro de intereses. Sobre este último punto es importante resaltar que el cobro de intereses sólo estaba contemplado para el préstamo de dinero. Aunque no todo préstamo de dinero implicaba el cobro de intereses, para poderse cobrar estos debían estar explícitamente contemplados. En un comienzo, existía total libertad para pactar el monto de los intereses pero desde la ley del 3 de septiembre de 1807¹⁵ se prohibió pactar un interés superior al 5% en materia civil y 6% para temas mercantiles.¹⁶

En cuanto a la libertad para pactar intereses el derecho francés contempla dos limitantes: por un lado la usura y por el otro el anatocismo. La usura desde el Decreto-Ley de 1935 prohíbe que se cobre en más de una vez y media el tipo medio de intereses determinado y se sanciona con la reducción del tipo de interés. Por su parte, el anatocismo no se encuentra en principio prohibida en el Derecho Francés sin embargo el artículo 1154 del Código Civil Francés si exige algunos requisitos a saber: 1. Cuando exista una convención de anatocismo y se presente demanda judicial. 2. Se adeuden los intereses por un año entero. 3. Solo se produce anatocismo sobre intereses vencidos. En añadidura, la jurisprudencia de las Cortes Francesas añadió un ultimo requisito y es que el retraso en la liquidación no provenga de la culpa del acreedor.¹⁷

Es justamente el Código Civil Francés el que en el año 1855 es introducido con algunas modificaciones provenientes del derecho español el Código Civil chileno. Este Código fue incorporado en las nacientes naciones de América Latina y es así como el Estado de Cundinamarca lo adoptó en 1859; desde ahí se inició un movimiento en cascada que replicó

¹⁵ Inicialmente el Código se denominó Código de los Franceses con una ley del 24 de Marzo de 1804, la segunda edición se denominó como Código de Napoleón. Aprobada en ley del 3 de septiembre de 1807. Extraído de Veiga Gonzales Roberto, "El Código de Napoleón, en busca de un lugar en la historia". Disponible en línea en: <<http://www.palabranueva.net/contens/05/000303-1.htm>>

¹⁶ Planiol Marcel y Georges Ripert, Tratado elemental de Derecho Civil. Teoría General de los Contratos – Contratos Especiales. Traducción de Jose M Cajicá Cardenas Editor y Distribuidor. México D.F: 1983

¹⁷ Mazeud Henri, Mazeud Leon, Mazeud Jean, Derecho Civil p. 477

este Código en todo el territorio nacional. Sin embargo, fue la ley 57 del 15 de abril de 1887 la que adoptó el Código Civil para toda la República¹⁸.

II. Inclusión de la Constitución de 1991.

Antes de analizar la relación entre el contrato de crédito para vivienda y el derecho a la vivienda digna es necesario plantear dos efectos que trajo consigo la Constitución de 1991: el fenómeno de Constitucionalización del Derecho Privado, la inclusión dentro de la Carta Política del derecho a la vivienda digna y como la jurisprudencia de la Corte Constitucional a medida que pasa el tiempo ha ampliado el espectro de protección de este derecho.

Constitucionalización del Derecho Privado

La llegada de la Constitución de 1991 dio inicio a un nuevo fenómeno jurídico en el derecho colombiano conocido más propiamente como la Constitucionalización del Derecho Privado. Este complejo fenómeno está descrito por algunos autores¹⁹ como un proceso que se sustenta en los mandatos Constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que de manera lenta e imperceptible ha ido cambiando la mentalidad y la conciencia de los jueces, los tribunales y los agentes. De esta fenómeno jurídico se puede extraer que ya no resulta posible pensar en una interpretación absolutamente privatista del derecho, en donde la autonomía de la voluntad impere en la lectura contractual y en donde el contrato es fruto del acuerdo entre las partes y se convierte en ley para las mismas²⁰; ahora el rol de interprete juega un papel trascendental a la luz de los principios y fines impartidos por la Constitución. Por lo tanto, es posible argumentar que si bien el contrato sigue siendo ley para las partes, no es ley suprema debido a que por encima incluso de las leyes, se encuentra la Constitución, con sus principios y valores. En síntesis es posible decir que: “La justicia Constitucional ha hecho el milagro de convertirnos a todos en constitucionalistas. No hay decisión importante, publica o privada, que no incluya (o no

¹⁸ Estudio sobre Derecho Civil Colombiano Fernando Vélez, Imprenta paris-América. París. P. 11.

¹⁹ Moreno Jaramillo Diego, Del Código de Bello a la Constitución de 1991. Bogotá D.C.: 2008 y Calderón Juan Jacobo, La constitucionalización del derecho privado : la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá : Universidad de los Andes : Universidad del Rosario : Temis, 2013.

²⁰ Como resalta el artículo 1602 del Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Juan Jacobo Calderón analiza 3 escenarios en donde se muestra este fenómeno: 1. Del contratante se paso al usuario en el sector financiero. 2. Las preexistencias y 3. Las aseguradoras en los temas de salud.

deba incluir) consideración de este tipo”²¹. Por supuesto esta corriente de pensamiento no es pacífica y contiene detractores que plantean que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es uniforme sino que lo que se está experimentando es un fenómeno de inseguridad jurídica en donde la jurisprudencia de la Corte Constitucional cambia permanentemente las reglas de juego.²² Incluso el mismo Juan Jacobo Calderón describe que se presentan reticencias a la Constitucionalización entre los agentes, especialmente en el área financiera que puede ser interpretado como una desconstitucionalización o no constitucionalización.

La Constitucionalización del derecho privado es un fenómeno complejo que se enriquece no solo con el texto propio de la Constitución sino con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La sentencia C-546 de 1992²³ exalta que: “La norma Constitucional además de fijar las normas de su aplicación, impone el sentido de su realización; establece no solo las condiciones de su validez sino también las exigencias de su eficacia.” En esta misma línea argumentativa la sentencia C-820 de 2006²⁴ manifiesta que: “En el Estado Constitucional, la interpretación de la ley debe conducir a la aplicación de valores y principios constitucionales, en tanto que éstas últimas son normas vinculantes, de aplicación preferente y directa”. En conclusión, los contratos no se pueden interpretar conforme a la intención de las partes, si esta interpretación va en contra de la realizada por las autoridades competentes hagan de la Constitución o de la ley. En este sentido la interpretación constitucional se sobrepone a la hermenéutica contractual²⁵.

²¹ Núñez Antonio José, Manifiesto por una justicia constitucional Editorial Legis 2005. También disponible algunos apartes en:

<http://economia.uniandes.edu.co/media/files/Manifiesto_por_una_Justicia_Constitucional_Responsable>

²² En este sentido han escrito Salomón Kalmanovitz “Los efectos económicos de la Corte Constitucional” [en línea]. Disponible en < http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/K-EfectosCorte.pdf> [consulta 10 de Mayo de 2014] y Mauricio Pérez Salazar, “Economía y Fallos Constitucionales” [En línea] disponible en:

<http://190.7.110.123/pdf/1_facultadEconomia/Publicaciones/DocumentosDeTrabajo/Economía%20y%20FallosConstitucionaleslaExperienciaColombianaDesdeLaVigenciaCartaPolitica.pdf>

²³ CConst C-546/92 C. Angarita Baron y Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ CConst C-820/06 MG. Monroy Cabra.

²⁵ Moreno Ortiz Luis Javier, EL RIESGO CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. En Cuadernos de la Maestría en Derecho. Disponible en:< http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion2/El_riesgo_constitucional.pdf>

Derecho a la Vivienda Digna

El derecho a la vivienda digna está contenido en la Constitución Política de 1991 en el artículo 51 y Capítulo 2 que trata sobre los derechos económicos, sociales y culturales. La Carta Magna establece 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 interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.” Por supuesto, el alcance y contenido de este derecho debe analizarse a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Defensoría del Pueblo en un documento denominado “el derecho a la vivienda digna y adecuada” recopila y expone los dos momentos que ha tenido la Corte Constitucional con respecto al Derecho a la Vivienda y su ámbito de protección. En un primer momento la jurisprudencia de la Corte Constitucional se dividió en dos posturas. Por un lado, una corriente encabezada por la sentencia T-251 de 1995 que mencionó que el Derecho a la Vivienda Digna es “un derecho objetivo de carácter asistencial que debe ser desarrollado por el legislador y promovido por la administración, de conformidad con la ley, para ser prestado directamente por esta, o a través de entes asociativos creados para tal fin, previa regulación legal” y que “no otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado en una forma directa e inmediata su plena satisfacción”. Por lo tanto, estos derechos económicos, sociales y culturales como lo es el Derecho a la Vivienda Digna, solo producen efectos una vez se cumplan ciertas condiciones jurídico materiales que los hacen posibles, por lo que en principio, dichos derechos no son susceptibles de protección inmediata por vía de acción de tutela. Por otro lado, la sentencia T-309 del 2005 marca la postura contraria al argumentar que: “el Estado –que tiene a cargo de manera prioritaria, la responsabilidad de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los colombianos a una vivienda digna y de promover planes de vivienda de interés social (artículo 51 C.P.)– no puede presenciar indolente la situación de un grupo humano que carece de recursos para sostener en pie las modestas construcciones que constituyen las viviendas de sus integrantes cuando ellas amenazan ruina por sus deficiencias de

construcción y por el transcurso del tiempo”²⁶. De las anteriores citas se puede concluir que en un primer momento se consideraba que cuando se estuviese en presencia de una vulneración del derecho a la vivienda este no podía entrar a ser protegido de manera inmediata debido a que este derecho no es un derecho fundamental y su cumplimiento debía ser progresivo y programático en todas las situaciones. Con la sentencia de tutela T-309/95 se da el primer paso hacia la protección del derecho a la vivienda digna por vía de tutela cuando está en conexidad con un derecho fundamental afectado. Postura esta que se desarrolló con más ahínco en la segunda etapa. Sin embargo, esta sentencia debe ubicarse en la primera etapa pues se centra únicamente en la fundamentalidad del derecho, sin detenerse en analizar los elementos que componen este derecho. El siguiente cuadro ilustra gráficamente ambas posturas descritas.

Fundamentalidad del derecho a la vivienda (Primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en DVDA)		
El derecho a la vivienda no es un derecho fundamental sobre el cual pueda proceder la acción de tutela. No es de aplicación inmediata, es más bien un derecho-objetivo que debe ser desarrollado por el legislador.	<p>T-423/92* (Morón)</p> <p>C-575/92* (Martínez)</p> <p>T-308/93* (Cifuentes)</p> <p>T-382/93* (Martínez)</p> <p>T-251/95* (Naranjo)</p> <p>T-309/95* (Hernández)</p> <p>T-495/95* (Naranjo)</p> <p>T-499/95* (Naranjo)</p> <p>T-258/97* (Gaviria)</p> <p>T-203/99* (Naranjo)</p> <p>T-1073/01* (Vargas)</p>	El derecho a la vivienda puede ser fundamental por conexidad y justiciable a través de la acción de tutela. Este puede tomar la forma de un derecho subjetivo bajo ciertas condiciones.

*Fuente: Defensoría del pueblo. “El derecho a una vivienda digna y adecuada”. Disponible en < <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/derechoviviendadigna.pdf>>

²⁶ CConst T-309/95 JG. Hernández Galindo.

El segundo momento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional comienza con la sentencia T-958 de 2001²⁷ que se centra en el artículo 51 de la Constitución. Por un lado se resalta del texto constitucional que el derecho a la vivienda tiene elementos de aplicación inmediata como los deberes de “respeto y protección” y en añadidura tiene elementos progresivos que responde al deber de “satisfacción”. En palabras de la misma Corte: “Con todo, también ha de admitirse que, conforme la interpretación oficial internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, obligatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, tales derechos contienen elementos que son de inmediata exigibilidad, como ocurre respecto de las obligaciones estatales de respeto y protección que se derivan de los derechos en cuestión”²⁸.

A partir de ese momento se ha venido trazando una línea jurisprudencial con la siguiente postura: “La procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la vivienda digna -aun cuando éste no fuera considerado fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se, tales como la vida, la integridad física, la igualdad, el debido proceso, entre otros. Criterio que asimismo se ha mantenido latente en el análisis que en aras de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales realiza en cada caso el juez constitucional.”²⁹ Resulta pertinente apuntar que estos pronunciamientos mencionados no relevan al derecho a la vivienda digna de su naturaleza de Derecho Económico Social y Cultura pues su protección por vía de tutela radica en la conexión con la vulneración de un derecho fundamental. En síntesis podría decirse que existen 6 criterios para definir la fundamentalidad del derecho a la vivienda digna que son:

- “1. Cuando por vía normativa se defina su contenido, de modo que pueda traducirse en un derecho subjetivo.
2. Cuando jurisprudencialmente se defina su contenido, de modo que pueda traducirse en un derecho subjetivo.

²⁷ CConst, T-958/01 E. Montealegre Lynett

²⁸ CConst, T-958/01 E. Montealegre Lynett.

²⁹ CConst, T-530/11 HA. SIERRA PORTO

3. cuando su no satisfacción ponga en riesgo otros derechos de naturaleza fundamental (conexidad).
4. cuando se reclame la protección del derecho frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales (deber de respeto).
5. cuando se reclame la protección del derecho frente a injerencias arbitrarias de los particulares (deber de protección).
6. cuando se afecte el mínimo vital.³⁰

Por lo anteriormente expuesto se puede concluir que el rol del juez en sede de tutela es trascendental para determinar en que circunstancias se presenta esa conexión entre el derecho a la vivienda digna y un derecho fundamental. En palabras de la misma Corte: “Cuando la protección del derecho a la vivienda digna sea solicitada al juez de tutela, dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo.”³¹ En el siguiente cuadro se ilustra este segundo momento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Fundamentalidad del derecho a la vivienda Segunda etapa de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en DVDA		
Procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la vivienda digna -aun sin ser considerado un D° fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se, tales como la vida, la integridad física, la igualdad, el debido proceso, entre otros	T-617 de 1995 T-190 de 1999 T-626 de 2000 T-958 de 2001,* T-1073 de 2001 T-756 de 2003 T-363 de 2004 T-791 de 2004 T-894 de 2005 T-585 de 2006.	El derecho a la vivienda digna no es un derecho fundamental y su protección no puede ser inmediata. Se debe realizar a medida que el Estado tenga disponibilidad de recursos. Carácter Progresivo y Programático de este derecho.

*Fuente: elaboración propia. Con base en la metodología de Diego Eduardo López Medina.³²

³⁰ Defensoría del pueblo. “El derecho a una vivienda digna y adecuada”. Disponible en <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/derechoviviendadigna.pdf>>

³¹ CConst, T-530 de 2011 HA. SIERRA PORTO

³² López Medina Diego Eduardo, El derecho de los jueces Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá: 2006.

Todo lo anteriormente mencionado permite afirmar que el derecho a la vivienda digna en Colombia es un Derecho Económico Social y Cultural que hace parte de los fines y objetivos del Estado colombiano. Adicionalmente aunque en principio el derecho a la vivienda digna es un derecho que el Estado debe garantizar de forma progresiva y programática, en algunos casos esta protección se torna inmediata a través de la acción de tutela debido a que por conexidad se está violando algún derecho fundamental del peticionario. Por lo tanto, resulta necesario examinar las tensiones existentes entre el contrato de mutuo y la acción de tutela y entre el contrato de mutuo, vehículo jurídico utilizado para el crédito de vivienda y el derecho a la vivienda digna.

Tensiones entre el contrato de mutuo y la acción de tutela.

El doctrinante Jaime Alberto Arrubla Paucar³³ manifiesta que el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado en el ámbito de las relaciones contractuales ha llevado a que los jueces constitucionales tomen diversas decisiones que van desde la sujeción al principio de la autonomía de la voluntad y por lo tanto la negativa a examinar cualquier vulneración a derechos fundamentales, hasta la completa interrupción del contrato. En palabras de la misma Corte Constitucional: “La acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de las demás vías o medios judiciales a disposición de los asociados para la protección o garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. De manera que no es procedente cuando existan otros recursos judiciales al alcance del afectado con la violación de sus derechos humanos de esa superior categoría, según lo ha definido el propio constituyente. (...) las pretensiones de los actores tienen por objeto el hacer valer derechos como los que provendrían, del incumplimiento o las fallas en la ejecución contractual, que no son susceptibles de amparo por vía de tutela, mediante la cual se protegen, de manera exclusiva, los derechos constitucionales fundamentales, y por tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos de rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior”³⁴. De lo anterior se podría concluir que en principio en la contratación entre particulares se presenta una desconstitucionalización y una intervención mínima de la acción de tutela. Afirmación

³³ Arrubla Paucar Jaime Alberto, Contratos Mercantiles, Contratos típicos, El mutuo Mercantil. Editorial Legis, Bogotá: 2012.

³⁴ CConst, T-107 de 1993 F. MORON

que puede soportar la tesis en contra de la Constitucionalización del derecho privado mencionada con anterioridad.

Tensiones entre el contrato de mutuo y el derecho a la vivienda digna.

Arrubla Paucar³⁵ también afirma que pareciese que cuando se han presentado vulneraciones al derecho a la vivienda digna junto con otros derechos fundamentales, se exhibe un retroceso en la interpretación inicial dada por la Corte Constitucional. Es así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha entrometido en la esfera contractual y ha limitado el alcance de la autonomía de la voluntad entre las partes contratantes. Es notoria la intromisión de la Corte en temas como la financiación de la vivienda, específicamente en el tema del cobro de intereses a través de las sentencias C-747 de 1999³⁶, C-383 de 1999³⁷, que prohibieron la capitalización de intereses en los créditos para vivienda. Asimismo, sentencias que intervienen en la esfera del derecho procesal y que afectan la exigibilidad del contrato de mutuo, de las que se destacan las sentencias T-606 de 2004³⁸ y T-701 de 2004³⁹. En ellas la Corte Constitucional interpretó la ley 546 de 1999 en su artículo 42, derivando una forma especial de terminar los procesos ejecutivos que gozaban del derecho real de hipoteca y que buscaban el cobro de las obligaciones dinerarias que se había pactado sobre la base del UPAC⁴⁰. Jurisprudencia esta que causó revuelo y un choque de trenes con la Corte Suprema de Justicia que sostenía que se debía seguir adelante con la ejecución de dichos créditos vencidos cuando no exista prueba que permita concluir que la obligación quedó saldada ni que se haya una renegociación de la deuda.⁴¹ De lo anterior se puede colegir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permeado el contrato de mutuo para vivienda modificándolo y vinculándolo estrechamente con el derecho a la vivienda digna. Asimismo, la jurisprudencia se ha convertido en el soporte para los desarrollos de la normatividad que regula el tema del mutuo para vivienda.

³⁵ Arrubla Paucar Jaime Alberto, Contratos Mercantiles, Contratos típicos, El mutuo Mercantil. Editorial Legis, Bogotá: 2012.

³⁶ CConst C-747/99 A. Beltrán Sierra.

³⁷ CConst C-383/99 A. Beltrán Sierra.

³⁸ CConst T-606/04 R. Uprimny Yepes.

³⁹ CConst T-701/04 R. Uprimny Yepes.

⁴⁰ Unidad de Poder Adquisitivo Constante.

⁴¹ CSJ Sentencia de tutela CSJ 00413-01 de 30 de septiembre de 2002 y CSJ Sala de Casación Civil Sentencia 01334-06 del 30 de agosto de 2006.

Justamente por lo anterior es posible afirmar que estos cambios hacen del contrato de mutuo para vivienda un contrato especial que goza de ciertas características que serán desarrolladas a continuación.

III. Características Propias del Contrato de Crédito para Vivienda.

Objeto: El objeto del contrato responde directamente a la pregunta ¿Qué debe considerarse un crédito para vivienda en Colombia?. El texto Guía Práctica para el Crédito de vivienda en Colombia, elaborado por Legis, lo define así: “un crédito individual para vivienda, corresponde al préstamo que ha sido entregado a una o varias personas naturales, el cual puede tener únicamente como destino final una de las siguientes opciones:

- La compra de una vivienda nueva o usada.
- La construcción de una unidad habitacional.
- La reparación, remodelación, subdivisión o mejoramiento de vivienda usada.”⁴²

La Superintendencia Financiera en su Circular Externa 085 del año 2000 consideraba a los créditos de vivienda únicamente aquellos en que “la financiación que se otorga es a personas naturales que buscan una solución de vivienda para su núcleo familiar y/o al mejoramiento de la misma, tratándose de vivienda de interés social.” Un concepto muy limitado cuyo espectro se restringía a las viviendas de interés social. Después de la expedición del Decreto 3760 de 2008 que a su vez modificó el Decreto Reglamentario 145 de 2000, el concepto se amplió a la reparación, remodelación, subdivisión o mejoramiento de la vivienda que no estaba catalogada como de interés social.

Parte Cualificada: Actualmente en Colombia los créditos destinados a la vivienda no pueden ser otorgados por cualquier persona sino que exigen que sea una parte cualificada. La ley 546 de 1999 en su artículo 1 párrafo 1 establece que: “Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, las entidades del sector solidario, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito, las cooperativas financieras, los fondos de empleados, el Fondo Nacional del Ahorro y cualesquiera otra entidad diferente de los establecimientos de crédito, podrán otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real, UVR, con las características y condiciones que aprueben sus

⁴² Legis, Guía Práctica del Crédito de Vivienda en Colombia, Legis Editores S.A. 2a edición Bogotá: 2011.

respectivos órganos de dirección, siempre que los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses, ni se impongan sanciones por prepagos totales o parciales.” En esta misma línea argumentativa la Corte Constitucional en sentencia C-955 de 2000 se pronunció interpretando la norma mencionada de la siguiente manera: “El párrafo, (L.546/99, art.1o) fijando ya una primera pauta que hace parte del marco, confiere autorización a cualquier entidad, inclusive diferente de los establecimientos de crédito, para otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en UVR, siempre que los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses ni se impongan sanciones por prepagos totales o parciales.” Y complementando con: “Quienes otorguen créditos de vivienda no pueden hacerlo sin previa autorización específica del Estado — hoy a través de la Superintendencia Bancaria.”⁴³ De lo anterior se concluye que el contrato de mutuo para vivienda exige que el prestamista, quien es el acreedor de la obligación dineraria, sea una parte cualificada y vigilada por la hoy Superintendencia Financiera.

Régimen de Intereses: Antes de comenzar a tocar el tema de los intereses y sus limitaciones en el contrato de mutuo para vivienda resulta pertinente subrayar que existe una diferencia palmaria entre los intereses y la variación del UVR. La UVR es una corrección monetaria que le permite al acreedor no perder el poder adquisitivo del dinero. Eso quiere decir, que económicamente la UVR contrarresta la inflación. Por otro lado, los intereses constituyen una verdadera remuneración al coste de oportunidad del acreedor al prestar su dinero. En ellos se incluyen las utilidades, los costos operacionales en los que incurrió el acreedor y otros costos como los administrativos.

En el contrato de mutuo para vivienda se pueden pactar dos tipos de intereses: los intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros representan la utilidad que recibe el acreedor como recompensa por prestar su dinero. Estos intereses se van causando a medida que transcurre el tiempo. Los segundos son un castigo para el deudor en aquellos casos en que no cumple con los plazos acordados para el pago de las cuotas del crédito. El artículo 19 de la ley 546 establece que no es posible que se cobren intereses de mora cuando estos no han sido plasmados explícitamente en el contrato. En cuanto a los intereses remuneratorios solo se entienden incorporados por pacto entre las partes. Sobre este tipo de

⁴³ CConst C-955-2011 JG Hernández Galindo.

intereses la Corte Suprema de Justicia se pronunció afirmando que: “Por su naturaleza y función, requieren estipulación negocial (*accidentalialia negotia*) o precepto legal (*naturalialia negotia*), son extraños a la mora e incompatibles con los intereses moratorios, pues se causan y deben durante el plazo o tiempo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital, son exigibles y deben pagarse en las oportunidades acordadas en el título obligacional o, en su defecto, en la ley, esto es, con anterioridad a la misma.”⁴⁴ Resulta pertinente realizar la comparación con el mutuo mercantil general en donde los intereses remuneratorios y moratorios se entenderán incluidos porque los intereses constituyen un elemento de la naturaleza del contrato. Es así como el artículo 884 del Código de Comercio establece que: “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; (...)”

En sentencia del 24 de septiembre de 2000 la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de los intereses comerciales y expreso que “queda excluida la posibilidad de acudir a un tipo de interés distinto al bancario corriente, (...) pues ese es el tipo de interés que para los negocios mercantiles establece el artículo 884 del Código de Comercio”. Sobre los intereses moratorios la Corte Suprema se pronunció en la sentencia del 30 de mayo de 1996 en la que expuso que “son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a este y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales.” La misma jurisprudencia de esta corporación se ha encargado de precisar que el cobro de los intereses remuneratorios y moratorios no pueden ser acumulados ni cobrados simultáneamente. Esta regla solo tiene como excepción aquellos intereses que se hayan causado y debido con anterioridad.⁴⁵ Sumado a lo anterior también se enfatiza en que no es posible que se realice un ajuste monetario cuando se está en presencia del cobro de

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia Cas. Civil, Ago 27/08 [SC-084-2008], E. 11001-3103-022-1997-14171-01.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia Cas. Civil, mayo 30/96, CCXL, No 2479.

intereses usando el interés bancario corriente, debido a que el IBC ya tiene en cuenta la depreciación del dinero⁴⁶.

Por otra parte, es importante recordar que la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) se crea en 1972 con el fin de fomentar el crecimiento de la economía mediante incentivos al ahorro personal.⁴⁷ Este era el sistema de financiación de los créditos para vivienda que regía al momento de la creación de la Corte Constitucional. A partir del Decreto 678 de 1994 se ató la tasa de interés de los créditos hipotecarios⁴⁸ a la DTF⁴⁹ dejando de lado la inflación. Esto ocasionó que al final de la década de los 90's las personas vieran crecer sus ingresos en una proporción mucho menor que sus deudas. Justamente por lo anterior, en 1998 se desató en Colombia la recesión económica más fuerte de su historia reciente. La Corte Constitucional en la sentencia C-700 de 1999⁵⁰ se pronunció sobre la exequibilidad de un compendio de artículos del Decreto 663 de 1993⁵¹ sobre los que se estructuraba el UPAC y los declaró inexecutable. Asimismo la sentencia C-747 de 1999⁵² introdujo la sustitución del UPAC por el UVR con tasas fijas durante toda la vida del crédito hipotecario. Finalmente, la sentencia C-252 de 1998⁵³ permitió el prepago para los créditos hipotecarios. A raíz de estas sentencias sale la ley 546 de 1999 que sustituyó el UPAC por el sistema UVR, estableció una tasa fija y permitió el prepago en los créditos hipotecarios. Esta ley tomó como base las sentencias anteriormente expuestas y los hechos económicos estilizados que saltaron a la vista.

Actualmente, la forma como se pactan los intereses en el contrato de crédito para vivienda en Colombia puede ser de dos tipos: por un lado una tasa de interés fija en pesos o por el otro en UVR más ciertos puntos. La primera de ellas tiene una cuota que permanecerá inalterable a lo largo del tiempo.⁵⁴ Esta tasa no tiene en cuenta las situaciones de mercado sino que como su misma palabra lo indica se mantendrá fija. Por el contrario, la tasa

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia Cas. Civil, nov. 19/2001, Exp. 6094

⁴⁷ Echeverry Juan Carlos, UPAC: Evolución y crisis de un modelo de desarrollo. Santafé de Bogotá : Departamento Nacional de Planeación 1999.

⁴⁸ Crédito que utilizan las personas para adquirir vivienda urbana o rural.

⁴⁹ Es la tasa a la que los bancos colombianos se prestan dinero entre ellos.

⁵⁰ CConst, C-700/1999, JG. Hernández Galindo

⁵¹ Los artículos inexecutable son: 18,19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140.

⁵² CConst, C-747 de 1999 A. Beltrán

⁵³ CConst, C-252 de 1998 C. Isaza

⁵⁴ Legis Guía Práctica del Crédito de Vivienda en Colombia p. 63

pactada en UVR está atada al IPC y consecuentemente con la inflación. Si el costo de vida en el país tiende a subir esto se verá reflejado directamente en el valor de la UVR. Lo anterior implica, que el monto a pagar en cada mes variará. En todo caso, pese a que en principio la tasa de interés es fija⁵⁵, la Corte Constitucional ha expresado que esta se puede reducir por la libre voluntad entre las partes.⁵⁶

Siguiendo esa línea argumentativa es de subrayar que la libertad para pactar intereses no es una libertad absoluta sino que se encuentra limitada. Es así como en la sentencia C- 955 del 2000⁵⁷ se plantea que las tasas de los créditos para vivienda deben ser las tasas más bajas del mercado. Asimismo, establece que esta tasa máxima la debe fijar la junta directiva del Banco de la República con base a la certificación emitida por la Superfinanciera de cuales son las tasas reales que se están cobrando en el sistema financiero. Sobre esta tarea de la Superintendencia en particular, la sentencia anteriormente relacionada expresa que “Se trata, no de porcentajes ocasionales o eventuales cobrados en casos de excepción por ciertas entidades financieras, sino de tasas ofrecidas en igualdad de condiciones a todas las personas y aplicables normalmente a los créditos que otorgan en el giro habitual de sus negocios.”⁵⁸ Y no se entienden incluidas; (...)las que extraordinariamente otorgue un intermediario financiero en forma especial a su clientela, ni las que el mismo intermediario o las empresas pacten mediante convención o acuerdo con sus trabajadores, para los créditos que les pueda otorgar en calidad de tales.”⁵⁹

En la circular externa N°3 expedida el 2 de Mayo de 2012 la Junta Directiva del Banco de la República fijó dichas tasas en 12,4% efectivo anual adicionados a la UVR para los prestamos fijados en UVR y de 12,4 efectivo anual más la variación de la UVR de los últimos 12 meses vigentes al momento de la celebración del contrato. Siendo estas las tasas máximas que rigen hasta el día de hoy.⁶⁰ Mientras que para un contrato de mutuo mercantil ordinario y de consumo los intereses remuneratorio y moratorio no podrán exceder 1.5

⁵⁵ Tanto para UVR mas ciertos puntos como para una tasa de un tanto por ciento.

⁵⁶ CConst, C-955/00 JG. Hernández Galindo

⁵⁷ CConst, C-955/00 JG. Hernández Galindo

⁵⁸ CConst, C-955/00 JG. Hernández Galindo

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Boletín Banco de la República 02 de mayo de 2012. Resolución Externa N°3 de 2012. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/bjd_16_2012.pdf> Consultado el 25 de abril de 2014.

veces el Interés Bancario Corriente que para el periodo del 1 de abril al 30 de junio es de 29.45% efectivo anual.

Anatocismo y Capitalización de intereses: antes de abordar el porqué el anatocismo y la capitalización de intereses gozan de particularidades en el contrato de mutuo para vivienda resulta pertinente traer a colación en que consiste cada uno de ellos. El doctrinante Juan Carlos Varón Palomino en su texto “De las Obligaciones de Dinero” define el anatocismo como: “la generación o cobro de interés sobre interés”⁶¹ y la capitalización de intereses como aquella que: “supone la conversión de los intereses en capital de la obligación, en virtud del acuerdo entre las partes acreedora y deudora”⁶². Por su parte, Sergio Rodríguez Azuero en su texto de Contratos Bancarios describe el anatocismo como “la posibilidad de capitalizar los intereses para que éstos se agreguen a la suma mutuada y produzcan nuevos réditos.”⁶³

Ambas nociones se han ido enriqueciendo gracias a los aportes legales y de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia. Es así como el Decreto 1454 de 1989 en su artículo 1 establece que: “(...)se entenderá por intereses pendientes o atrasados aquellos que sean exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente.” En añadidura, en sentencia del 27 de marzo de 1992 el Consejo de Estado distingue entre ambas figuras argumentando que deberá entenderse por anatocismo: “el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente, y no los sistemas de pago libremente acordados entre las partes en un negocio jurídico que contemplen la capitalización de intereses, teniendo para ello en cuenta la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse dichos rendimientos.”⁶⁴ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de agosto de 2008 exhibió su postura sobre el anatocismo declarando que: “Esta consiste en la conversión de los intereses devengados, exigibles, vencidos y no pagados en capital para producirlos otra vez [...] el capital inicial se aumenta, adiciona o

⁶¹ Varon Palomino Juan Carlos, De las obligaciones de dinero en Derecho de las Obligaciones Tomo I. Ediciones Uniandes-Editorial Temis Bogotá: 2009.

⁶² Ibidem., p. 121

⁶³ Rodríguez Azuero Sergio, Contratos Bancarios su significación en América Latina, Sexta Edición, Editorial Legis, Bogotá: 2009.

⁶⁴ Consejo de Estado., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent, 27 de marzo de 1992 exp. 1295 C.P. M. Gonzales Rodríguez.

incrementa con el valor del interés vencido y no pagado al final de cada período de tiempo al cual refiere la tasa, haciéndolo constantemente mayor, en forma que el monto del interés a pagar al finalizar cada período sucesivo es mayor al del período anterior [...]. Para la Sala, la figura, entendida rectamente en su contexto etimológico, histórico, económico y jurídico, estricto sensu, consiste en la producción de intereses sobre intereses, ya por acuerdo de las partes, ora por demanda judicial, tal como preceptúa el artículo 886 del Código de Comercio”.⁶⁵

Por su parte, la Corte Constitucional sigue esta misma línea argumentativa y en la sentencia C-364 del 29 de marzo de 2000 argumenta que: “el anatocismo implica un cobro de intereses, sobre intereses ‘atrasados’, es decir, aquellos que no fueron cubiertos en el tiempo u oportunidad señalados para ello, en el respectivo negocio jurídico. (...) Sin embargo, los intereses no ‘atrasados’ si pueden llegar a ‘producir intereses’ y es respecto de aquellos ‘causados’ pero no exigibles, que resulta válido el negocio jurídico de la capitalización de intereses.”⁶⁶ Por todo lo anteriormente mencionado resulta posible afirmar que el anatocismo y la capitalización de intereses son fenómenos jurídicos que recaen sobre obligaciones dinerarias pero que son distintos entre si. Esta diferencia estriba en que el anatocismo versa sobre el cobro de intereses sobre intereses atrasados o vencidos mientras que la capitalización de intereses contempla a aquellos que no gozan de esta cualidad.

El panorama en Colombia acerca del cobro de intereses sobre intereses se resume de la siguiente manera: En materia civil el artículo 2235 del Código Civil prohíbe el cobro de los intereses sobre intereses. Además, el artículo 1617 del mismo Código manifiesta que los intereses atrasados no producen intereses. Sin embargo, en materia comercial el artículo 886 del Código de Comercio autoriza el cobro de intereses sobre intereses en ciertos casos particulares a saber: Desde la demanda judicial del acreedor o por acuerdo entre las partes posterior al vencimiento de la obligación dineraria siempre que en ambos casos sean intereses debidos con al menos un año de anterioridad. En cuanto a la capitalización de intereses que es autorizada por la ley, el doctrinante Juan Carlos Varón expone que: “solo tiene cabida cuando las partes la acuerden al momento de celebrar el contrato respectivo y

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, Ago 27 de 2008. E. 11001-3103-022-1997-14171-01

⁶⁶ CConst, C-364/00 A. Martínez Caballero.

pacten la cuantía, el plazo y la periodicidad para la cancelación de los intereses remuneratorios de la obligación, de modo que los intereses remuneratorios que hayan de causarse durante el periodo de capitalización pactado se adicionen al monto del capital para luego generar nuevos intereses”.⁶⁷

Por su parte la Superintendencia Financiera se ha pronunciado en el Concepto No. 2003057598-1 del 30 de enero de 2004 expresando que: “ (...) los intereses incluidos en la cuota no pagada en tiempo, bien sea que los mismos correspondan a toda la cuota o a una parte de ella, mientras no exista pacto de capitalización de intereses, obedecen a la categoría de intereses vencidos o actualmente exigibles, característica que hace que la mora no pueda cobrarse respecto de ellos, pues equivaldría a la figura del anatocismo, prohibida expresamente por el artículo 1617 del Código Civil. La Superintendencia reitera la posición expuesta con anterioridad acerca de las dos posibilidades en la que tiene cabida el cobro de intereses sobre intereses en materia comercial. Sin embargo, precisa en la definición de intereses pendientes el artículo 1 del Decreto 1454 de 1989 según el cual son: “(...) aquellos intereses que sean exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente”.

En cuanto al contrato de mutuo para vivienda se presenta una particularidad debido a que tanto el anatocismo como la capitalización de intereses se encuentran prohibidos. La ley 546 de 1999 que dictó la reglamentación sobre algunos temas de vivienda incluyó en el párrafo del artículo 1, párrafo del artículo 17 una prohibición para la capitalización de intereses. La Corte Constitucional complementa esta prohibición al mencionar en la sentencia C-747 de 1999⁶⁸ que: “la "capitalización de intereses" en créditos concedidos a mediano o largo plazo, per se, no resulta violatoria de la Constitución, por lo que no puede declararse su inexecutable de manera general y definitiva para cualquier clase de crédito de esa especie. Sin embargo, cuando se trate de créditos para la adquisición de vivienda, es evidente que la "capitalización de intereses", sí resulta violatoria del artículo 51 de la Constitución, pues, como ya se dijo en Sentencia C-383 de 27 de mayo de 1999 (...) la Constitución establece el "derecho a vivienda digna" como uno de los derechos sociales y

⁶⁷ Varón Palomino Juan Carlos, De las obligaciones de dinero en Derecho de las Obligaciones Tomo I. Ediciones Uniandes-Editorial Temis Bogotá: 2009. P. 125

⁶⁸ CConst, C-747/99 A. Beltrán Sierra

económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva.”

Largo Plazo: Los contratos de créditos para vivienda se caracterizan por ser créditos a mediano y largo plazo. La ley 546 de 1999 en su artículo 17, numeral 3, regula que los contratos de crédito para vivienda deben tener una duración comprendida entre los 5 y los 30 años como máximo. En la exposición de motivos de dicha ley se rescata que el propósito de la misma era “Establecer las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular un nuevo sistema de financiación de vivienda a largo plazo, el cual estará ligado al índice de precios al consumidor.”(Subrayado fuera del texto original). La lógica legislativa que subyace a la idea del largo plazo en los créditos para vivienda es otorgarle la posibilidad a los consumidores financieros de obtener préstamos cuyos montos son altos en comparación con su nivel de ingresos y que el tiempo se convierta en un alivio al monto que deben pagar en cada una de las cuotas. Un tiempo menor se traduce en menos cuotas pero cada una con montos más altos mientras que un tiempo mayor se traduce en más números de cuotas en las que se puede dividir el capital prestado. Por supuesto, no siempre tener más cuotas resulta ser más beneficioso para el prestatario debido a que entre más cuotas existan, mayor deberá ser la remuneración al coste de oportunidad. Por lo tanto, el ideal de los créditos para vivienda es que se haga un estudio detallado de cada prestatario y se realice una financiación estructurada con base en su capacidad de pago de manera que el consumidor financiero obtenga un préstamo con un plazo razonable dentro del margen de los 5 a los 30 años y que le permita satisfacer a cabalidad sus necesidades de vivienda digna.

- **Prepago de los créditos:** El prepago del crédito consiste en el pago de la totalidad o parte del crédito antes de que se venza el plazo acordado para el mismo. El debate en cuanto al prepago gira en torno justamente a la retribución del costo de oportunidad en el que incurren las entidades financieras al momento de prestar el dinero. Los prestamistas diseñan un esquema de financiación que les permita recuperar su capital en un tiempo determinado y recibir una compensación por el riesgo que asumieron. Múltiples teorías acerca del prepago fueron plasmadas en las normas financieras; algunas de ellas lo prohibían tajantemente y otras contemplaban penalizaciones que incluían el cobro de los

intereses dejados de percibir. Sin embargo, la ley 1555 del año 2012 se encargó de permitirle a los consumidores financieros el pago anticipado de las operaciones de crédito siempre y cuando no supere los 880 salarios mínimos legales mensuales⁶⁹. El artículo 1 de dicha ley modificó la ley 1328 de 2009 en su artículo 5 y añadió el literal g) que permitió: “Efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago. (...)”⁷⁰ En el año 2013 la Corte Constitucional a través de la sentencia C-313/2013⁷¹ se pronunció acerca de la exequibilidad de la ley 1555 de 2012⁷² que reguló el pago anticipado de las operaciones de crédito. A partir de esta ley y gracias a la interpretación de la ley que hizo la Corte, se determinó la posibilidad de efectuar pagos anticipados de créditos financieros en moneda nacional, sin ningún tipo de penalización, para los créditos adquiridos antes y después del 9 de julio de 2012. La ratio decidendi de esta sentencia posibilita la aplicación retroactiva de la norma y consecuentemente el prepago de todos los contratos de crédito existentes. Resulta pertinente precisar que esta ley no modificó la situación referente a los créditos para vivienda.

El prepago en los créditos para vivienda se encuentra regulado en la ley 546 de 1999 en su artículo 17 que contempla dentro de las condiciones de los créditos de vivienda individual que: “Los créditos podrán prepagarse total o parcialmente en cualquier momento sin penalidad alguna. En caso de prepagos parciales, el deudor tendrá derecho a elegir si el monto abonado disminuye el valor de la cuota o el plazo de la obligación.”⁷³

⁶⁹ Artículo 1 L. 1555 de 2012: “Este derecho del consumidor financiero no será aplicado a operaciones de crédito cuyo saldo supere los ochocientos ochenta (880) smmlv. Para los créditos superiores a este monto, las condiciones del pago anticipado serán las establecidas en las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.”

⁷⁰ L.1555/12 Artículo 1:“g) Efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago.

(...)

Las disposiciones contenidas en este artículo no aplican a los créditos hipotecarios.”

Parágrafo 1°. La posibilidad de pago anticipado de los créditos anteriormente especificados, aplica a los créditos otorgados a partir de la entrada en vigencia de esta ley.”

⁷¹ CConst, C-313/2013 GE. Mendoza

⁷² L. 1555/12 En esta ley se permite a los consumidores financieros el pago anticipado en las operaciones de crédito y se dictan otras disposiciones.

⁷³ L. 546/99. Artículo 17, numeral 8.

Adicionalmente, la circular básica jurídica en el título III, Capítulo 4, numeral 2.1.3 literal a). Expresa la prohibición de pactar cláusulas que impidan, restrinjan, obstaculicen o pacten penalidades por el prepago total o parcial de las obligaciones dinerarias. En esta misma línea argumentativa en el numeral 4 del mismo título y capítulo, se plantea que: “Teniendo en cuenta que los créditos pueden prepagarse total o parcialmente sin castigo, y que en caso de prepago parcial el deudor tiene derecho a elegir si el monto abonado disminuye el valor de la cuota o el plazo de la obligación, después de cada prepago y de conformidad con la voluntad del deudor, la entidad crediticia deberá actualizar la proyección de las cuotas y su correspondiente distribución.” Por todo lo anteriormente expuesto es posible argumentar que el prepago en los créditos de vivienda está permitido y que un consumidor financiero puede pagar la totalidad o parte del crédito de manera anticipada sin ser sometido a ningún tipo de penalidad o restricción. Cualquier cláusula que sea pactada en contravía de los mandatos legales establecidos en este sentido, gozará de nulidad absoluta.

- **Garantía Hipotecaria:** Los créditos para vivienda deben estar garantizados con una hipoteca en primer grado a favor del acreedor. Este derecho real de garantía se debe constituir directamente sobre el bien que está siendo financiado. La Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera en su capítulo 4 numeral 2.2 expresa que el contrato de hipoteca deberá contener 5 elementos: Identificación plena del bien que se hipotecará, la causa que dio origen a la hipoteca, el monto por el que se otorga la hipoteca, la estipulación de que se trata de una hipoteca en primer grado, cesión de la hipoteca. La Superintendencia Financiera se pronunció sobre el particular en el Concepto 2006050980-002 del 15 de noviembre de 2006 y expresó: “es del caso destacar la necesidad de que las instituciones financieras cuenten con seguridades consistentes en sus operaciones de crédito, que a la vez las pongan a cubierto del riesgo que representa la posible insolvencia de sus deudores y les permitan, en un momento dado, resolver las obligaciones a su favor y procurar el reembolso de los fondos colocados para el desarrollo de sus actividades.”

Seguros: Los contratos de mutuo para vivienda por la destinación especial tienen la particularidad de exigir accesoriamente contratos de seguros contra incendios, terremotos y regularmente pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual. Esta obligación contenida en el Decreto 145 de 2000 en su artículo 1 literal c. Adicionalmente, este tema se regula

más al detalle en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que plantea que: “En los seguros que se pacten sobre el bien hipotecado el valor asegurado no podrá sobrepasar el de la parte destructible del inmueble; (...)” La facultad de elegir que empresa aseguradora llevará a cabo esta labor está a cargo de el prestatario; siempre y cuando se cumpla con todas las exigencias de la ley y de la entidad prestamista.

IV. Conclusiones.

Por todo lo anteriormente expuesto es posible afirmar que el contrato de mutuo para vivienda en Colombia es producto de los desarrollos normativos y jurisprudenciales que han hecho de este contrato, un vehículo jurídico que permite garantizar el acceso a la vivienda digna. Los orígenes de este contrato indudablemente se remontan a Roma con el contrato de mutuum, préstamo de consumo, cuyo régimen de intereses y elementos varió dependiendo de cada periodo. Posteriormente a través de la expansión del derecho romano a los territorios europeos entra el contrato de mutuo a países como Francia, España y Alemania en donde se mezcla con la cultura y necesidades propias de estos países. En Colombia ingresó gracias a Andrés Bello quien lo implantó con anterioridad en la legislación chilena inspirándose, entre otros en el Derecho Francés. Con la entrada de la Constitución de 1991 el contrato de mutuo recibió el impacto del complejo fenómeno de la Constitucionalización del derecho privado y por supuesto de la adopción del derecho a la vivienda como un derecho Económico Social y Cultura que puede entrar a ser protegido por la acción de tutela cuando exista alguna vulneración a otro derecho fundamental. Actualmente, goza de ciertas características como un objeto específico y definido legalmente, una parte cualificada que cuenta con la vigilancia de la Superintendencia Financiera, un régimen de intereses particular que busca proteger a los consumidores financieros ofreciéndoles las tasas más bajas del mercado, una tajante prohibición del anatocismo y la capitalización de intereses, es un contrato que por mandato legal debe ser de largo plazo, cuenta con el respaldo de garantía hipotecaria sobre el bien objeto del préstamo y con accesoriamente contratos de seguros particulares como el de incendio y terremoto por la destinación de este contrato. Por todos los anteriores elementos descritos enunciativamente es posible afirmar que el contrato de mutuo para vivienda en Colombia es un contrato *sui generis*, diferenciado del tradicional contrato de mutuo mercantil. En

añadidura, todos estos elementos, sumados con las políticas del gobierno nacional sobre las viviendas de interés social y a la normatividad vigente para de los créditos de vivienda VIS y no VIS, constituyen el sustento jurídico que da soporte al mandado constitucional de garantizar, proteger y promover el Derecho a la Vivienda Digna en Colombia y un esfuerzo más de lucha contra la pobreza.

Bibliografía:

Doctrina:

- William Namén Vargas, EL RÉGIMEN DE INTERESES EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL. Documento para ASOBANCARIA, VIII Congreso de Derecho Financiero.
- Discurso de Nelson Mandela en la campaña “Hagamos que la pobreza sea historia”, 3 de febrero de 2005; Disponible en <www.nelsonmandela.org>
- Álvarez Correa Eduardo, Manuscritos de Derecho Romano. Tomo IV
- Mazeud Henri, Mazeud Leon, Mazeud Jean, Derecho Civil.
- Medellín Carlos, “Lecciones de Derecho Romano” Decimo Quinta Edición. Editorial Legis Bogotá: 2009
- Peter G. Stein, El Derecho Romano en la Historia de Europa, Siglo Veintiuno de España. Editores 1999.
- Varón Palomino Juan Carlos, De las obligaciones de dinero en Derecho de las Obligaciones Tomo I. Ediciones Uniandes-Editorial Temis Bogotá: 2009.
- Rodríguez Azuero Sergio, Contratos Bancarios su significación en América Latina, Sexta Edición, Editorial Legis, Bogotá: 2009.
- Estudio sobre Derecho Civil Colombiano, La Corte Suprema de Justicia Honra la Memoria de Fernando Vélez.
- Arruba Paucar Jaime Alberto, Contratos Mercantiles, Contratos típicos, El mutuo Mercantil. Editorial Legis, Bogotá: 2012.
- Di Pietro Alfredo “Derecho Privado Romano”, Segunda Edición. Ediciones de palma, Buenos Aires: 1999

- Boletín Banco de la República 02 de mayo de 2012. Resolución Externa N°3 de 2012.
- Moreno Ortíz Luis Javier, EL RIESGO CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. En Cuadernos de la Maestría en Derecho. Disponible en:< http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion2/El_riesgo_constitucional.pdf>
- Disponible en: < http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/bjd_16_2012.pdf>
- Consultado el 25 de abril de 2014.
- López Medina Diego Eduardo, El derecho de los jueces Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá: 2006.
- Echeverry Juan Carlos, UPAC: Evolución y crisis de un modelo de desarrollo. Santafé de Bogotá : Departamento Nacional de Planeación 1999.
- Moreno Jaramillo Diego, Del Código de Bello a la Constitución de 1991. Bogotá D.C.: 2008
- Defensoría del pueblo. “El derecho a una vivienda digna y adecuada”. Disponible en < <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/derechoviviendadigna.pdf>>
- Planiol Marcel y Georges Ripert, Traité de droit civil Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, [s.f.]. 1880.
- Planiol Marcel y Georges Ripert, Tratado elemental de Derecho Civil. Teoría General de los Contratos – Contratos Especiales. Traducción de Jose M Cajicá Cardenas Editor y Distribuidor. México D.F: 1983
- Calderón Juan Jacobo, La constitucionalización del derecho privado : la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá : Universidad de los Andes : Universidad del Rosario : Temis, 2013.
- Núñez Antonio José, Manifiesto por una justicia constitucional Editorial Legis 2005. También disponible algunos apartes en: <http://economia.uniandes.edu.co/media/files/Manifiesto_por_una_Justicia_Constitucional_Responsable>
- Legis Guía Práctica del Crédito de Vivienda en Colombia

Leyes:

- Constitución Política de 1991.
- Código Civil
- Código de Comercio
- L. 546/99.
- L. 1579/12
- L. 1555/12
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
- Pacto internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

Decretos:

D.145/00

D. 1454/89

D. 3760/08

D. 663/93

Conceptos:

Superintendencia Financiera

- Concepto No. 2003057598-1 del 30 de enero de 2004
- Concepto No. 2006050980-002 del 15 de noviembre de 2006

JurisprudenciaCorte Constitucional:

CConst, C-313/2013 GE. Mendoza

CConst C-955/11 JG Hernández Galindo.

CConst, C-747/99 A. Beltrán Sierra

CConst, C-252 de 1998 C. Isaza

CConst, T-530 de 2011 HA. SIERRA PORTO

CConst, C-364/00 A. Martínez Caballero.

CConst, C-313/2013 GE. Mendoza

CConst, C-955/00 JG. Hernández Galindo

CConst C-747/99 A. Beltrán Sierra.

CConst C-383/99 A. Beltrán Sierra.

CConst T-606/04 R. Uprimny Yepes.

CConst T-701/04 R. Uprimny Yepes.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, Ago 27 de 2008. E. 14171-01

Corte Suprema de Justicia Cas. Civil, mayo 30/96, CCXL, No 2479.

Corte Suprema de Justicia Cas. Civil, nov. 19/2001, Exp. 6094

Corte Suprema de Justicia Sentencia de tutela CSJ 00413-01 de 30 de septiembre de 2002

Corte Suprema de Justicia Cas. Civil, Ago 30 de 2006 E. 01334-06

Consejo de Estado

Consejo de Estado., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent, 27 de marzo de 1992 exp. 1295 C.P. M. Gonzales Rodríguez.

Artículos en línea:

- Crédito hipotecario: ¿UVR o pesos? Editorial Revista Dinero, Finanzas Personales. Disponible en: <<http://www.finanzaspersonales.com.co/credito/articulo/credito-hipotecario-uvr-pesos/36767>>

- Defensoría del pueblo. “El derecho a una vivienda digna y adecuada”. Disponible en <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/derechoviviendadigna.pdf>>

- Veiga Gonzales Roberto, “El Código de Napoleón, en busca de un lugar en la historia”. Disponible en línea en: <http://www.palabranueva.net/contens/05/000303-1.htm>

- Salomón Kalmanovitz “Los efectos económicos de la Corte Constitucional” [en línea]. Disponible en <http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/K-EfectosCorte.pdf> [consulta 10 de Mayo de 2014]

- Mauricio Pérez Salazar, “Economía y Fallos Constitucionales” [En línea] disponible en:

<http://190.7.110.123/pdf/1_facultadEconomia/Publicaciones/DocumentosDeTrabajo/Economía%20y%20FallosConstitucionaleslaExperienciaColombianaDesdeLaVigenciaCartaPolitica.pdf>