

CONCEPTO 15000 DE 2016

(abril 11)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Leasing habitacional para adquisición de vivienda

En atención a su comunicación electrónica del 29 de marzo de 2016 (sin radicar), mediante la cual somete a concepto jurídico un caso de vivienda de leasing habitacional, para que sea analizado de conformidad con las normas, trámites y procedimientos exigidos por el Fondo Nacional de Vivienda del SENA; al respecto, de manera comedida le informo:

En su comunicación manifiesta lo siguiente:

“De manera atenta y respetuosa por competencia, me permito someter a concepto jurídico el presente caso de vivienda de Leasing Habitacional, de acuerdo con las normas, trámites y procedimientos exigidos por el Fondo Nacional de Vivienda.

Cabe resaltar que este asunto como se puede observar ha tenido varios criterios de interpretación, por tanto acudo a su despacho para que se unifique el criterio legal a aplicar en cuanto sea procedente o no el trámite y desembolso del crédito por cuantía de \$50.000.000, que en comienzo fue aprobado por el Comité de Vivienda de esta Regional, siempre y cuando el Banco Davivienda, asumiera (sic) las condiciones, tramites, procedimientos y requerimientos de las normas vigentes del Fondo Nacional de Vivienda, como así se evidencia en los soportes del caso.

Solicito su valioso concepto en aras de actuar en consonancia, además de plantar (sic) todas las inquietudes que rodean el mismo”.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

El Fondo Nacional de Vivienda del SENA se regula actualmente por lo dispuesto en el Acuerdo [0012](#) de 2014, expedido por el Consejo Directivo Nacional del SENA, y la Resolución 0521 de 2015, modificada parcialmente por la Resolución [0265](#) de 2016, proferida por el Director General del SENA.

Revisada esta normatividad, no encontramos nada relacionado con la figura del leasing habitacional.

No obstante, entendemos las dificultades que eventualmente afrontan los administradores del Fondo del SENA para decidir situaciones como la planteada, razón por la cual consideramos necesario abordar el tema de manera abstracta y general con el fin de dilucidar el asunto.

Desde esta óptica no abordaremos la situación particular consultada ni el procedimiento que corresponda, por cuanto son del resorte del funcionario o instancia competente, de lo contrario estaríamos asumiendo una facultad que no nos corresponde, con el agravante de modificar la naturaleza de los conceptos jurídicos por una decisión vinculante. Es por ello que plantearemos las consideraciones con carácter general y abstracto a fin de que sirvan de criterio orientador para que el funcionario o instancia competente se ilustre y tome la decisión pertinente.

Definición de Leasing o arrendamiento financiero

El Decreto 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones” en su artículo 2.2.1.1.1, que incorporó el artículo 2o del Decreto 913 de 1993, define el leasing o arrendamiento financiero en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.1.1.1 (Artículo 2o del Decreto 913 de 1993). Definición de arrendamiento financiero o leasing. Entiéndese por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra. En consecuencia el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad”.

De acuerdo con esta norma, el arrendamiento financiero o leasing es el contrato mediante el cual una entidad financiera (banco o compañía de financiamiento) adquiere bienes que entrega para el efecto a un arrendatario, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.

El mismo Decreto 2555 de 2010 en su artículo 2.2.1.1.2 contempla las reglas para la realización de operaciones de arrendamiento financiero, entre ellas, la que señala que el contrato de leasing sólo podrá versar sobre activos fijos productivos, equipos de cómputo, maquinaria o vehículos de carga o de transporte público o sobre bienes inmuebles.

Modalidades de leasing

El contrato de leasing comprende el leasing financiero y el leasing operativo. El leasing financiero es arrendamiento con opción de compra. El leasing operativo es arrendamiento sin opción de compra.

El leasing financiero comprende a su vez dos modalidades: el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar.

El Decreto 2555 de 2010 en su artículo 2.28.1.1.1, que incorporó el artículo 1o del Decreto 1787 de 2004, señala que los establecimientos bancarios y compañías de financiamiento se encuentran

facultadas para realizar operación de leasing habitacional en las dos modalidades (adquisición de vivienda familiar y adquisición de vivienda no familiar)

El leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, lo define el artículo 2.28.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, que incorporó el artículo 2o del Decreto 1787 de 2004, modificado por el artículo 4o del Decreto 3760 de 2008, así:

"Artículo 2.28.1.1.2 (Artículo 2o del Decreto 1787 de 2004 Modificado por el artículo 4o del Decreto 3760 de 2008). Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar. Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

En los términos del artículo 4o de la Ley 546 de 1999 las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar son un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo en desarrollo de lo cual, les serán aplicables las reglas previstas en los artículos 11, 12, 13, y 17 numerales 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y párrafo de la Ley 546 de 1999, los literales b) y c) del artículo 1o del Decreto 145 de 2000 y lo previsto en el presente decreto". (Subrayas nuestras).

Por su parte el artículo 2.28.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, que incorporó el artículo 3o del Decreto 1787 de 2004, define el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, así:

"Artículo 2.28.1.1.3. (Artículo 3 del Decreto 1787 de 2004). Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de una vivienda, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

Las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar se regirán por las estipulaciones que pacten las partes en el contrato y por lo previsto en el Capítulo 3 del presente Título". (Subrayas nuestras).

De acuerdo con estas normas tenemos que el leasing habitacional es aquel contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario exclusivamente para el uso y goce del núcleo familiar (vivienda familiar) o tenencia de una vivienda (vivienda no familiar), a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y pague su valor.

El artículo 2.28.1.2.1 del Decreto 2555 de 2010, que incorporó el artículo 4o del Decreto 1787 de 2004, contempla las reglas del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, entre ellas, la que establece que el ejercicio de la opción de compra de la vivienda no podrá ser superior al 30% del valor comercial del bien, en pesos o en unidades de valor real

UVR, al momento de la celebración del contrato de leasing habitacional, salvo cuando se trate de operaciones de leasing habitacional cuya finalidad sea lograr acuerdos de cartera o de normalización de créditos de vivienda.

En relación con la propiedad del inmueble, la opción de adquisición anticipada y la escrituración para transferencia del dominio en el leasing habitacional, el Decreto 2555 de 2010 en sus artículos 2.28.1.3.1, 2.28.1.3.2 y 2.28.1.3.6, señala:

“Artículo 2.28.1.3.1 (Artículo 8o del Decreto 1787 de 2004 Modificado por el artículo 6o del Decreto 3760 de 2008). Propiedad del inmueble. El bien inmueble entregado en leasing habitacional deberá ser de propiedad de la entidad autorizada durante el término del contrato, derecho de dominio que se transferirá cuando el locatario ejerza la opción de adquisición, pague su valor y se cumplan las normas aplicables sobre tradición de la propiedad. Lo anterior, sin perjuicio de que varias entidades autorizadas entreguen en leasing conjuntamente inmuebles de propiedad común mediante la modalidad de leasing habitacional sindicado. En todo caso las entidades autorizadas podrán transferir a sociedades titularizadoras o a sociedades fiduciarias los bienes inmuebles objeto de contratos de leasing habitacional, cuando dicha transferencia tenga por objeto el desarrollo de procesos de titularización de flujos derivados de dichos contratos a partir de universalidades o patrimonios autónomos, respectivamente”.

“Artículo 2.28.1.3.2 (Artículo 9 del Decreto 1787 de 2004). Ejercicio de la opción de adquisición anticipadamente. Las partes podrán acordar el ejercicio de la opción de adquisición anticipadamente, en cuyo caso, deberán estipular en el contrato las condiciones a que estaría sujeto dicho ejercicio”.

“Artículo 2.28.1.3.6 (Artículo 13 del Decreto 1787 de 2004). Escritura pública en los contratos de leasing habitacional y transferencia del dominio del bien. Los contratos de leasing habitacional no requieren elevarse a escritura pública. Solo será necesaria la escritura pública cuando se efectúe la transferencia del dominio del inmueble a título de leasing habitacional, una vez se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor.

De acuerdo con lo establecido en estas normas podemos precisar lo siguiente.

- 1) El bien inmueble entregado en leasing habitacional deberá ser de propiedad de la entidad autorizada (banco o compañía de financiamiento) durante el término del contrato.
- 2) El ejercicio de la opción de adquisición no podrá ser superior al 30% del valor comercial del inmueble (en pesos o UVR) al momento de celebrar el contrato del leasing habitacional.
- 3) La opción de adquisición anticipada procede siempre y cuando esté pactada en el contrato.
- 4) La transferencia del derecho de dominio del inmueble se hará cuando el locatario ejerza la opción de adquisición, pague su valor y se cumplan las normas aplicables a la tradición de la propiedad.
- 5) Los contratos de leasing habitacional no requieren elevarse a escritura pública.
- 6) La escritura pública solo es necesaria cuando se efectúe la transferencia del dominio del inmueble a título de leasing habitacional, una vez el locatario ejerza la opción de adquisición y pague su valor.

Con el fin de confrontar estas reglas y lo establecido en las normas que regulan el Fondo

Nacional de Vivienda del SENA, pasamos examinar las condiciones exigidas por el Fondo para el desembolso de los créditos de vivienda.

El Acuerdo 0012 de 2014 en sus artículos [18](#) y [19](#) dispone:

“ARTICULO [18](#). GARANTÍA HIPOTECARIA: Todo beneficiario de crédito para vivienda está obligado a constituir hipoteca de primer grado a favor del SENA sobre el inmueble. Sólo se permitirá la constitución de hipoteca en segundo grado a favor del SENA, cuando la primera haya sido o vaya a ser constituida a favor de una entidad financiadora de vivienda legalmente constituida y cumpla con los requisitos establecidos en la resolución que reglamente el presente Acuerdo.

PARAGRAFÓ: De igual forma, los créditos para vivienda que otorgue el SENA constarán en pagaré firmado en blanco que se llenará de acuerdo con la carta de instrucciones, otorgado a favor del SENA por el beneficiario del crédito para vivienda y su cónyuge o compañero(a) permanente o aval que a juicio de la Entidad pueda garantizar la obligación”. (Subrayas nuestras)

“ARTICULO [19](#). DESEMBOLSO DE LOS CRÉDITOS: Para el desembolso del crédito, en cualquier modalidad, el servidor público deberá presentar la primera copia que preste mérito ejecutivo de la escritura pública de constitución de hipoteca a favor del SENA, con el correspondiente certificado de tradición y libertad, en el que aparezca la inscripción de la hipoteca a favor de la entidad.

Los créditos hipotecarios serán desembolsados una vez se cumplan todos los trámites administrativos y presupuestales que rigen la entidad y el Fondo Nacional de Vivienda del SENA.

La resolución que reglamente el presente acuerdo señalará los documentos requeridos para el desembolso por cada modalidad y las condiciones del mismo”. (Subrayas nuestras).

Por su parte la Resolución 0521 de 2015 en sus artículos [15](#) y [25](#) establece como condición para desembolsar los créditos de compra de vivienda, la entrega a nuestra entidad de la primera copia de la escritura pública de venta e hipoteca de primer grado a favor del SENA, y cuando se trate de crédito para la liberación de gravamen hipotecario la primera copia de la escritura pública y certificado de tradición y libertad, en que aparezca la inscripción de la hipoteca en segundo grado a favor del SENA, hasta tanto se libere la de primer grado que tenga con la entidad financiadora o acreedor hipotecario.

Visto lo anterior, evidenciamos que de acuerdo con las normas que rigen el contrato de leasing habitacional y las reguladoras del Fondo Nacional de Vivienda del SENA, existe un impase normativo que dificulta la compra de la vivienda por parte de un servidor público del SENA afiliado al Fondo, por cuanto las normas del Fondo sólo permiten el desembolso del crédito cuando el bien esté a nombre del beneficiario con hipoteca de primer grado a favor del SENA; situación que no viabilizan las reglas que regulan el contrato de leasing habitacional, las cuales solo permiten la transferencia del dominio y escrituración del inmueble cuando el locatario, además de ejercer la opción de compra, haya pagado los cánones de arrendamiento y el valor de la opción de adquisición.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.28.1.3.2 del Decreto 2555 de 2010 las partes del contrato de leasing habitacional podrían llegar a un acuerdo y estipular en dicho contrato las condiciones a que estaría sujeto el ejercicio de la opción de adquisición. Esta podría

ser la oportunidad para que el arrendatario pacte con la entidad autorizada (banco o compañía de financiamiento) la forma de pago, previa escrituración del inmueble en las condiciones establecidas por las normas del Fondo Nacional de Vivienda del SENA.

En este orden de ideas, consideramos que si el beneficiario del crédito de vivienda del SENA, en su calidad de arrendatario en el contrato de leasing habitacional, formaliza un acuerdo previo con la entidad autorizada (banco o compañía de financiamiento) para que esta acepte el pago de la opción de compra cuando el inmueble esté escriturado a nombre del beneficiario del crédito y con hipoteca a favor del SENA, en esas condiciones se podría formalizar el negocio, de lo contrario el SENA no podría autorizar la compra del inmueble ni realizar ningún desembolso.

El presente pronunciamiento se emite dentro de los parámetros a que alude el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

