

Panamá, 27 de enero de 2004.

Licenciado
ROBERTO BROCE
Director General de Arrendamientos del
Ministerio de Vivienda
E. S. D.

Señor Director General:

En cumplimiento de nuestras funciones como asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la consulta que elevó a este Despacho mediante Nota N°14,700-4203-03 de 28 de octubre de 2003, por la cual nos solicita que aclaremos cómo debe aplicarse el artículo 4 de la Ley 97 de 4 de octubre de 1973, el cual establece el descuento obligatorio para el pago de la vivienda.

En su nota nos comunica que ha sido consultado con relación a, si la Dirección a su cargo investiga la condición de los salarios de los arrendatarios o prestatarios; si la Dirección investiga la calidad de deudor principal o no, de la persona contra la cual dicta la orden de descuento; y si, en caso de que proceda el descuento contra el salario de los familiares u otras personas que convivan con el deudor, la Dirección llega a un acuerdo con éstos para que se pueda descontar hasta el 20% del salario.

Asimismo, según nos informó mediante conversación telefónica, estas consultas se deben a que las empresas financieras están siendo afectadas por los bancos por el hecho de que las resoluciones de la Dirección General de Arrendamientos que ordenan el descuento a que se refiere el artículo 4 de la Ley 97 de 1973, a menudo recaen sobre el monto global de créditos consolidados que incluyen, además de la deuda proveniente de la hipoteca para el pago de vivienda, otras deudas de distinta naturaleza (p.e., préstamos personales) ante lo cual, la práctica generalizada en los departamentos de planillas de las instituciones o empresas en las cuales laboran los deudores ha sido suprimir los demás descuentos para dar prioridad al descuento para el pago del crédito consolidado.

Según se desprende de su nota, el criterio de la institución es que corresponde a los acreedores (arrendador o acreedor hipotecario, según el caso) investigar las condiciones del salario del arrendatario o deudor, y a los departamentos de planilla de las instituciones o empresas donde trabajen los deudores, efectuar los ajustes necesarios para hacer los descuentos sobre el salario de la persona, de acuerdo a lo establecido en la Ley 97 de 1973 y los artículos 1 al 8 de la Ley 55 de 7 de septiembre de 1976, aplicando todos los descuentos hasta un 75% del salario del deudor y a los familiares o convivientes, hasta un 20%, sin eliminar otros descuentos, sino reduciéndolos en atención a su antigüedad y preferencia.

Vistos los aspectos que abarca su consulta nos permitimos ofrecer contestación en los siguientes términos:

El texto del artículo 4 de la Ley 97 de 1973, conforme fue restablecida su vigencia por el Decreto de Gabinete N° 53 de 20 de febrero de 1990, es del siguiente tenor:

“Artículo 4. Los descuentos previstos en esta Ley tienen preferencia absoluta sobre cualesquiera otros anteriores o posteriores a recepción de la orden, excepto sobre los que se efectúen por razones de alimentos, impositivos o de seguridad social.

“Cuando por razón de estos descuentos el valor de todos los descuentos exceda del cincuenta por ciento (50%) del Salario Mensual a que se refiere el Artículo 161 del Código de Trabajo, se podrán efectuar descuentos hasta un setenta y cinco por ciento (75%) del salario, **reduciéndose en su orden los descuentos de menor preferencia o antigüedad.** En este caso no se admitirán nuevos descuentos hasta que el total de los mismos sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del salario y sólo hasta este último porcentaje, excepto en los casos de cuotas sindicales y pensiones alimenticias.

“En caso de morosidad, serán igualmente obligatorios los descuentos del salario de otros miembros de la familia del arrendatario o deudor u otras personas que convivan con él, hasta un veinte por ciento (20%) de su salario mensual y con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 161, numeral 13 del Código de Trabajo.”

Por su parte, el artículo 5, modificado por la Ley 1 de 1980, establece:

“Artículo 5: El descuento obligatorio que por medio de esta Ley se establece a favor del Banco Hipotecario Nacional se hace extensivo en la misma forma a otras entidades oficiales y personas naturales o jurídicas, **respecto del canon de arrendamiento por una vivienda para uso habitacional propio o la cuota de amortización por la compra o el préstamo para la compra de vivienda para uso habitacional propio incluyendo intereses, seguro y otros gastos.**”

“Lo establecido en el párrafo anterior, también se aplicará para el pago de las expensas comunes por parte de los copropietarios de los edificios que se incorporen o se hayan incorporado al Régimen de Propiedad Horizontal. **A solicitud del arrendador, vendedor o acreedor hipotecarios y mediante Resolución de la Dirección General de Arrendamiento del Ministerio de Vivienda ordenará el descuento.** Todo empleador está obligado a descontar el salario del trabajador o servidor público, las sumas correspondientes del canon de arrendamiento o la cuota de amortización o pago de expensas comunes, **en la forma ordenada en la Resolución** y a entregarlo al arrendador o acreedor dentro del plazo que establece el artículo 3 de esta Ley.” (sic).(el resaltado y subrayado es nuestro)

De las disposiciones transcritas podemos destacar los siguientes elementos de interés:

1. **La norma legal no establece competencia legal a cargo de la Dirección General de Arrendamientos para investigar en qué proporción está comprometido el salario del arrendatario o deudor, ni la condición de deudor principal o solidario.**

Con relación al estado o condición del salario del deudor, en virtud del principio de estricta legalidad que debe regir las actuaciones de los funcionarios de la administración pública, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Política, según el cual las autoridades administrativas están obligadas, en sus decisiones, a conformarse a la Ley, la Dirección General

de Arrendamientos no podría abrogarse esa facultad, por no estar expresamente contemplada en la Ley 97 de 1973, por lo que corresponde al acreedor hipotecario, antes de otorgar un crédito y como parte del giro ordinario de su actividad comercial, investigar hasta qué punto se encuentra comprometido el salario de sus potenciales clientes, para lo cual podrá valerse de todas las herramientas que tenga a su haber, (bases de datos, cartas de trabajo, certificaciones, etc.) siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público.

Igualmente ocurre con relación a la determinación de la calidad de deudor principal o solidario para los efectos de la solicitud de descuento. Corresponde al acreedor, antes de otorgar el crédito y como parte del giro de sus actividades, investigar la existencia de familiares u otras personas que convivan con el deudor principal, cuyos salarios, en caso de morosidad del deudor principal, sean susceptibles de descuento obligatorio para el pago de vivienda en los términos establecidos en el tercer párrafo del artículo 4 de la Ley 97 de 1973.

Cabe señalar que ni la Ley 97 de 1973, ni la Resolución 47-90 que lo reglamenta establecen como requisito para el trámite de solicitud de orden de descuento directo para el pago de vivienda, que el acreedor solicitante aporte información sobre la condición del salario del deudor, ni sobre la calidad de deudor principal o solidario, por lo que al tenor del artículo 47 de la Ley 38 de 2000, que establece la prohibición de establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos dictados para su debida aplicación, la Dirección General de Arrendamientos no tiene facultad para exigir la información necesaria a los efectos de determinar si es viable o no la autorización del descuento por el monto solicitado, en atención a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 97, en virtud del cual el porcentaje máximo del salario susceptible de descuento varía, dependiendo de la proporción en que el salario está comprometido y de si se trata del deudor principal (50%-75%) o del deudor solidario (20%).

2. Los deudores solidarios (familiares y personas que convivan con el deudor principal) también deberán prestar su autorización por escrito para que proceda la orden de descuento para el pago de vivienda sobre su salario.

A pesar que ni el artículo 4 de la Ley 97 de 1993, ni la Resolución 47-90 de 27 de septiembre de 1990 establecen este requisito de modo expreso, en nuestra opinión, por aplicación del principio general de interpretación de las normas jurídicas en virtud del cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ello sería jurídicamente viable, toda vez que la Resolución 47-90 hace referencia en los literales c y d del artículo SEGUNDO a la necesidad de aportar autorización escrita del arrendatario o deudor para que se efectúe el descuento en referencia:

“SEGUNDO: Señalar que para los efectos del cumplimiento de este procedimiento, se procederá a lo siguiente:

.....

- c- **Las firmas que constan en la autorización de descuento**, deberán ser autenticadas por un Notario Público de Circuito del lugar donde se efectúa la relación contractual que origina dicha autorización.
- d- El arrendador o el acreedor hipotecario presentará a la Dirección General de Arrendamientos la solicitud de descuento directo **acompañando la autorización de descuento del arrendatario o deudor hipotecario** con las formalidades precitadas. ...”
(el resaltado es nuestro)

Así pues, para que en caso de morosidad proceda la autorización del descuento sobre el salario de familiares o personas que convivan con el deudor principal hasta el 20%, será necesario que el acreedor aporte en el acto de la solicitud la autorización del descuento suscrita por el familiar o persona obligada, debidamente notariada.

De lo anterior se desprende que quien debe llegar a un acuerdo con el familiar o persona que convive con el deudor principal es el acreedor, no la Dirección General de Arrendamiento.

3. Cuando la solicitud de descuento sea presentada por un Banco, el monto del descuento que ordena mediante resolución la Dirección General de Arrendamientos debe corresponder, única y exclusivamente a la letra de financiamiento de vivienda para uso habitacional propio.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 97 de 1973, citado al inicio de nuestra exposición, el descuento obligatorio que dicha ley establece abarca **únicamente** el canon de arrendamiento, **cuota de amortización por compra o préstamo para la compra de vivienda para uso habitacional propio** y las expensas comunes de los propietarios de edificios sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal.

En virtud de lo anterior, en nuestra opinión, la práctica actualmente desarrollada por la Dirección General de Arrendamientos en el sentido de ordenar el descuento directo con base en el monto solicitado por los bancos, sin verificar si dicho monto corresponde únicamente al pago de la amortización del préstamo hipotecario para el pago de vivienda o si por el contrario comprende, además de la amortización de la hipoteca, el pago de obligaciones de distinta naturaleza consolidados bajo un solo empréstito, no tendría fundamento legal.

La consolidación financiera es conceptuada como una “operación mediante la cual se convierte un conjunto de créditos con distintos vencimientos en un único crédito con una nueva fecha de vencimiento.”¹

En nuestro medio, la consolidación de deudas es un producto o servicio financiero relativamente reciente (inicios de la década de los '90), razón por la cual los presupuestos de hecho con base en los cuales se dictó la Ley 97 de 1973 han quedado desfasados, produciéndose en consecuencia, la inadecuación de la norma a las situaciones de hecho que pretende regular.

4. La práctica generalizada de los departamentos de planilla de las instituciones públicas y empresas pagadoras de eliminar los descuentos que no tienen preferencia conforme a la Ley 97 de 1973 es ilegal.

El incremento del porcentaje máximo del salario del deudor susceptible de descuento hasta el 75% abarca **todos** los descuentos excedentes al 50% del salario del deudor, tal y como lo establece literalmente el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 97 de 1973, que reza:

“Cuando por razón de estos descuentos **el valor de todos los descuentos** exceda del cincuenta por ciento (50%) del Salario Mensual a que se refiere el Artículo 161 del Código de Trabajo, se podrán efectuar descuentos hasta un setenta y cinco por ciento (75%) del salario, **reduciéndose en su orden los descuentos de menor preferencia o antigüedad.** En este

¹ Arthur Andersen, Diccionario Economía y Negocios. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1998.

caso no se admitirán nuevos descuentos hasta que **el total de los mismos** sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del salario y sólo hasta este último porcentaje, excepto en los casos de cuotas sindicales y pensiones alimenticias. ...”. (el resaltado y subrayado es nuestro).

De lo anterior se desprende que la actual práctica de los departamentos de planilla de las empresas pagadoras y de algunas entidades públicas no sujetas al control previo de la Contraloría General de la República, de eliminar los descuentos de menor prelación o que no sean preferidos conforme a la Ley no tendría sustento jurídico, puesto que la norma no establece que el descuento para el pago de vivienda tenga carácter excluyente y desplace, por tanto, los descuentos de menor preferencia o antigüedad.

Cabe destacar, no obstante, que en el caso de las entidades públicas sujetas al control previo de la Contraloría General de la República, existe una mejor práctica en materia de descuentos que bien pudiera servir como referencia para las entidades que están incumpliendo con las normas relativas a los descuentos obligatorios. En la Contraloría General de la República, la aplicación de los descuentos directos al salario se surte a través de un programa de ordenador (EPD) que, de manera automática ajusta el monto de los descuentos voluntarios (no obligatorios o no preferidos) cuando por la inclusión de un descuento que goza de prioridad (p.e., pensiones alimenticias, impuestos, seguridad social, vivienda) se hace necesaria la reducción de aquellos. En los casos en que técnicamente no es viable reducir los descuentos voluntarios, el sistema automáticamente los reclasifica como “pendientes”, manteniéndolos vigentes, pero inactivos hasta tanto se vaya liberando la parte del salario susceptible de descuento. Así, con la liberación gradual del salario susceptible de descuento, el sistema va introduciendo y ajustando de manera automática el monto de los descuentos voluntarios que estaban pendientes.

5. Conclusiones y recomendaciones.

En virtud de las consideraciones expuestas en los apartados anteriores, este Despacho resume su opinión jurídica en los siguientes términos:

- a. De conformidad con las normas legales y reglamentarias vigentes, la Dirección General de Arrendamientos carece de competencia para investigar o exigir información que constate en qué proporción está comprometido el salario del arrendatario o deudor o la condición de deudor principal o solidario. Esto pone de manifiesto la necesidad introducir reformas a la Ley 97 y su reglamentación, a fin de dotar a esta entidad de la competencia y de las herramientas técnicas necesarias para recabar la información pertinente, evaluar el mérito de la solicitud y determinar si es viable o no ordenar el descuento por el monto solicitado, en atención a los parámetros que establezca la norma.
- b. Conforme a las disposiciones reglamentarias vigentes y por aplicación del principio de interpretación en virtud del cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los familiares y personas que convivan con el deudor principal también deberán convenir con el acreedor (esto es, autorizar) que se les aplique el descuento que establece el artículo 4 de la Ley 97 de 1973 (hasta un 20%) de incurrir en mora el deudor principal.
- c. La actual práctica de la Dirección General de Arrendamientos de ordenar el descuento directo con base en el monto solicitado por los bancos, sin verificar si dicho monto corresponde únicamente al pago de la amortización del préstamo hipotecario para el pago de vivienda o si

comprende, además, el pago de obligaciones de distinta naturaleza, consolidados bajo un solo empréstito, constituye una práctica que desvirtúa el sentido y finalidad de la Ley 97 de 1973.

- d. La costumbre de los departamentos de planilla de algunas empresas pagadoras o entidades públicas de eliminar los descuentos de menor preferencia o antigüedad no debe continuarse, por lo que estimamos necesario que el Ministerio de Vivienda, como entidad ejecutora de la Ley 97 de 1973, vele por el recto cumplimiento de la misma y haga los llamados de atención que sean pertinentes.

Por lo anterior, a fin de que la Ley 97 de 1973 pueda ser correctamente aplicada, recomendamos al Ministerio de Vivienda consultar la opinión de las autoridades y sectores involucrados (p.e., Superintendencia de Bancos, Contraloría General de la República, Dirección Nacional de Empresas Financieras, asociaciones y gremios sectoriales relacionados) con relación a las reformas legales y reglamentarias conducentes, a fin de definir competencias y establecer mecanismos apropiados para evitar las situaciones antes expuestas y luego, con base en las propuestas, estudios y análisis técnicos se elabore un informe que sirva de base para la activación de la iniciativa legislativa por los canales que establece la constitución y la ley, y una vez reformada la ley, proceder a su debida reglamentación.

Esperando de este modo haber esclarecido suficientemente su inquietud, nos suscribimos, no sin antes darle las seguridades de nuestro más alto aprecio y distinguida consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/dc/hf.