



**DERECHO DEL CONSUMO EN MATERIA DE VIVIENDA
DESAFÍOS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL DESDE LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL**

YIRA LÓPEZ CASTRO

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.02>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

Derecho del consumo en materia de vivienda. Desafíos para el derecho contractual desde la jurisprudencia constitucional

Resumen

Un techo en el que los seres humanos y sus familias puedan desarrollar su plan de vida, más que una aspiración, es un derecho subjetivo que requiere garantías para su realización. Así, pensar en estrategias que permitan a las personas acceder a cualquier forma de tenencia de vivienda, obliga a preguntarse, entre otros asuntos, por las modalidades contractuales para lograr el acceso a un lugar habitable y por los instrumentos de protección con los que cuentan los consumidores de vivienda.

Reflexionar sobre ello plantea diversas posibilidades para el empleo de herramientas y categorías, desarrolladas usualmente por el derecho privado, para concretar derechos como el de la vivienda. En este sentido, este artículo se acerca al derecho del consumo como una garantía que, en el marco del derecho constitucional y de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, permite realizar el derecho a una vivienda digna y adecuada para todos.

Palabras clave: derecho del consumo, derechos sociales, constitucionalización del derecho privado, crédito de vivienda, financiación de vivienda, instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Consumer law in housing. Challenges for contract law in the context of constitutional jurisprudence

Abstract

A roof in which humans and their families can develop their plan of life, rather than an aspiration, is an individual right that requires guarantees for its realization. Think about strategies that enable people to access any housing tenure types, allows to raise the question, among others, by contracts and the protection tools with which have housing consumers.

Thinking about it, raises a number of possibilities for the use of tools and categories usually developed by private law to specify rights such as housing. In this sense, this paper proposes the study of housing consumer right as a guarantee, in the context of constitutional law and some international human rights instruments, that allows a right to decent and suitable housing for everyone.

Keywords: consumer law, social rights, constitutionalization of private law, housing credit, housing finance, international human rights instruments.

Direito do consumo em matéria de vivenda. Desafios para o direito contratual desde a jurisprudência constitucional

Resumo

Um teto no qual os seres humanos e suas famílias possam desenvolver seu plano de vida, mais que uma aspiração, é um direito subjetivo que requer garantias para sua realização. Assim, pensar em estratégias que permitam às pessoas ter acesso a qualquer forma de tenência de vivenda, obriga a perguntar-se, entre outros assuntos, pelas modalidades contratuais para conseguir o acesso a um lugar habitável e pelos instrumentos de proteção com os que contam os consumidores de vivenda.

Reflexionar sobre isso projeta diversas possibilidades para o emprego de ferramentas e categorias, desenvolvidas usualmente pelo direito privado, para concretar direitos como o da vivenda. Neste sentido, este artigo se acerca ao direito do consumo como uma garantia que, no marco do direito constitucional e de alguns instrumentos internacionais de direitos humanos, permite realizar o direito a uma vivenda digna e adequada para todos.

Palavras-chave: direito do consumo, direitos sociais, constitucionalização do direito privado, crédito de vivenda, financiamento de vivenda, instrumentos internacionais sobre direitos humanos.

Derecho del consumo en materia de vivienda

Desafíos para el derecho contractual desde la jurisprudencia constitucional*

Yira López Castro **

SUMARIO

Introducción – I. DISPUTAS POR LOS CONTRATOS DE VIVIENDA – A. *Derechos sociales y libertades de mercado* – B. *Estrategias de los agentes involucrados en los contratos de vivienda* – II. EL DERECHO CONTRACTUAL DE LA VIVIENDA: LINEAMIENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HABITACIONALES – A. *Contenido normativo del derecho a la vivienda a partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos* – B. *Obligaciones estatales vinculadas al derecho del consumo de vivienda* – III. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: López Castro, Y. (Diciembre, 2014). Derecho del consumo en materia de vivienda. Desafíos para el derecho contractual desde la jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

Las ideas expuestas en este escrito surgen de la investigación doctoral dirigida por el profesor Camilo Rodríguez Yong, adscrita al Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

** Abogada de la Universidad del Rosario. Especialista en derecho comercial y derecho contractual de esta misma institución, en la cual es profesora de carrera académica y coordinadora del Área de Derecho Comercial. En la actualidad adelanta sus estudios doctorales sobre los derechos de los consumidores de vivienda. Correo: yira.lopez@urosario.edu.co.

Introducción

Los adelantos teóricos relacionados con las garantías de los derechos sociales¹ y la vasta jurisprudencia constitucional que ha llegado a considerar el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, han abierto el espacio para explorar escenarios concretos de realización de este derecho, como los referidos a los mecanismos de protección a los consumidores.²

La determinación de un marco contractual especial para el acceso y la protección de la tenencia de vivienda es evidentemente una preocupación estatal que ha tenido expresiones institucionales y normativas. Ello puede constatarse en la estructura gubernamental y del sistema financiero especializado en vivienda, en la promulgación de leyes especiales y en las decisiones de las autoridades judiciales que han delimitado algunas obligaciones contractuales concretas.

Según las cifras oficiales de los hogares colombianos con vivienda, el 42.6% vive en condición de propietarios, el 32.3% en calidad de arrendatarios o subarrendatarios, el 14.2% es usufructuario y el 3.1% vive bajo otro esquema de tenencia como ocupación de hecho o propiedad colectiva (Departamento Nacional de Estadística -DANE, 2011). Esa intención estatal por incentivar el acceso a la propiedad habi-

tacional financiada y las demás modalidades contractuales que permitieron otras clases de tenencia, merecen, por su importancia cotidiana y por los interesantes retos que proponen a la teoría general del contrato y de la propiedad, ser pensadas en clave de derechos humanos. Ello es posible a partir de las herramientas de protección que ofrece el derecho del consumo, pues allí pueden conciliarse el lenguaje de los derechos y la lógica del mercado.

Ahora bien, la configuración de los negocios jurídicos para alcanzar cualquiera de las formas de tenencia de vivienda resulta muy interesante y, a la vez, problemática, si se piensa que su contenido importa a los consumidores, a los acreedores, al Estado y a los agentes económicos que participan en el mercado de inmuebles. Entonces, el estudio de los contratos de vivienda y de los mecanismos de protección de los consumidores adquiere importancia práctica y teórica, pues permite reconocer los riesgos cuya evaluación puede ser relevante para las partes al celebrar los contratos, y contribuye a los debates sobre el papel de la autonomía contractual en aquellos ámbitos considerados de orden público.

Así las cosas, este artículo presenta al derecho del consumo como una garantía para la realización del derecho a la vivienda en Colombia, y describe las obligaciones estatales legislativas que hacen realizable la protección al consumidor de vivienda.

El vínculo entre la vivienda y las herramientas contractuales que contribuyen a alcanzarla y

1 Entre los muchos estudios, pueden destacarse los aportes de varios teóricos como: Abramovich, V. y Courtis, C. (2002); Arango, R. (2012); Courtis, C. (2006); Pisarello, G. (2007); Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (eds.) (2006).

2 En este texto se utilizará la expresión "derechos sociales" para hacer referencia al catálogo de derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

a garantizarla se construye, en este trabajo, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, el lector no encontrará una descripción de las líneas jurisprudenciales realizadas previamente como fuente de esta investigación ni una alusión a las normas sobre derecho del consumo. En su lugar, hallará una narración del contenido normativo del derecho a la vivienda y una exposición de los estándares de protección al consumidor derivados de los instrumentos internacionales sobre vivienda.

Para alcanzar el objetivo planteado, este texto se divide en dos partes. En la primera, se enmarcan las posiciones involucradas en la configuración del contenido de los contratos que permiten alcanzar la propiedad o la tenencia de la vivienda (I) y, en la segunda, se exploran algunas ideas sobre las obligaciones estatales derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos utilizados para configurar el contenido de un derecho a la vivienda digna y adecuada en Colombia (II).

I. DISPUTAS POR LOS CONTRATOS DE VIVIENDA

Los contratos para el acceso a cualquier modalidad de tenencia de vivienda son escenarios disputados, en los que se enfrentan diferentes formas de comprender el contrato y el papel que cumple el Estado en el mercado. Las problemáticas teóricas que explican los contratos de vivienda en Colombia han estado enmarcadas por las discusiones sobre el alcance de la libertad contractual frente a los derechos sociales (A), y por

las tensiones entre el lenguaje de los derechos humanos y el derecho del mercado (B).

A. Derechos sociales y libertades de mercado

Corresponde a las garantías de los derechos sociales brindar a los individuos las condiciones materiales que el mercado por sí mismo no otorga. Por ello, en una economía de mercado,³ la realización de derechos como el de la vivienda, depende de los recursos que posibilitan su acceso y de los instrumentos que permiten garantizarlos a quienes se encuentran en circunstancias desfavorables. Entonces, el mercado y los derechos históricamente catalogados como sociales, se relacionan intrínsecamente en tanto las garantías de estos remedian los desequilibrios generados en el escenario económico en el que se realizan las transacciones sobre derechos.

En Colombia, las respuestas legales⁴ y judiciales que se generaron para contrarrestar los efectos de la crisis hipotecaria de 1999, evidenciaron la tensión entre derechos sociales y

3 En algunas sentencias, la Corte Constitucional ha indicado que aunque la Constitución no señala de manera expresa cuál es el modelo económico adoptado, del conjunto de normas constitucionales puede inferirse que es el de "economía social de mercado". Para explicar el modelo, la Corte indica: "La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general" (sentencia C-228 de 2010). Pueden consultarse también las sentencias: C-865 de 2004, C-352 de 2009, C-790 de 2011, C-263 de 2011 y C-830 de 2010.

4 Entre ellas pueden mencionarse: la redenominación de todos los créditos de vivienda en uvr, el ajuste de los saldos de los créditos y la opción para recuperar los bienes entregados en dación en pago.

libertades de mercado, en especial, la libertad de contratación.

En efecto, en ese momento la Corte Constitucional tomó decisiones que impactaron los contratos de crédito hipotecario para vivienda,⁵ las cuales generaron acalorados debates sobre la relación entre los derechos sociales y la intervención judicial de espacios usualmente autorregulados. Mientras algunos alababan las decisiones, la doctrina económica las consideró una injerencia indebida en el mercado, que había generado una errática asignación de derechos. Ello, habría afectado en mayor medida el estado general de los derechos sociales para beneficiar a algunos pocos que litigaron o que resultaron favorecidos por los fallos (Nuñez, 2005, p. 18). En ese sentido, es usual leer posiciones como las que señalan que:

La tarea básica del desarrollo económico y social en Colombia ha estado seriamente amenazada debido a la llamada 'inestabilidad jurídica', agravada por el activismo de la Corte Constitucional que ejerció durante los años 1991-2000. Dicha Corte Constitucional decidió alterar la interpretación de Leyes sancionadas años atrás y acomodar a diversos artículos de la Nueva Constitución de 1991 *principios de carácter populista*, entendidos como aquellos que ordenan incrementar el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos (Clavijo, 2001, p. 5).

5 En la C-383 de 1999, la Corte Constitucional ordenó atar los créditos a la inflación y no a las tasas de interés. La sentencia C-700 de 1999 declaró inexecutable las normas que reglamentaban el sistema UPAC. La sentencia C-747 de 1999 declaró la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los programas de adquisición de vivienda.

La jurisprudencia constitucional también repensó la concepción misma de la vivienda como derecho. En los primeros años de vigencia de la Constitución, el artículo 51⁶ había sido tratado como un derecho no fundamental inexigible a través de la acción de tutela. Se señalaba que por tratarse de un derecho de segunda generación, ello conllevaba inevitablemente que tuviera un contenido prestacional, regido bajo el estándar del “desarrollo progresivo” y que, para su exigibilidad requiriera un tratamiento legal previo.⁷

Sin embargo, la Corte Constitucional ha realizado algunos giros, y además de utilizar criterios para enmarcar las circunstancias bajo las cuales este se concebiría como un derecho fundamental subjetivo,⁸ ha llegado a entenderlo como autónomamente exigible por su relación inescindible con la dignidad humana. Así, existe jurisprudencia que caracteriza a la vivienda como fundamental cuando i) “transmuta” en un derecho subjetivo si se encuentran “los ele-

6 En esta norma, la Constitución establece de modo general, la obligación del Estado de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la vivienda digna. Además dispone el artículo 51 que se deberán promover “planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

7 Así, por ejemplo, se leía en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, alusiones al carácter prestacional del derecho a la vivienda: “El derecho a la vivienda digna es un derecho de carácter asistencial que requiere un desarrollo legal previo” (sentencia T-495 de 1995). Y sobre la inexigibilidad mediante la acción de tutela: “Dicho derecho, que se cataloga como de segunda generación y que se sitúa junto con otros derechos de carácter económico, no tiene la protección inmediata que le puede brindar la acción de tutela” (sentencia T-258 de 1997).

8 Pueden revisarse al respecto: Corte Constitucional, sentencias T-314 de 2012; T-104 de 2011; T-079, T-1017, T-966, T-175, T-646 y T 320 de 2008; SU-813 de 2007; T-743, T-754, T-585, T-586, T-403, T-391 y T-083 de 2006; T-1318, T-1091, T-894 y T-212 de 2005; T-1216, T-831, T-791, T-733, T-269, T-186 y T-1027 de 2004 y sentencias T-727 y T-705 de 2003.

mentos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada” (sentencia T-304 de 1998); ii) por aplicación del criterio de conexidad que dependerá de las condiciones concretas;⁹ (iii) o por la vulneración del mínimo vital.¹⁰

Detrás de esas estrategias para defender la exigibilidad de la vivienda mediante tutela, hay una premisa tácita: el derecho a la vivienda está vinculado a otros derechos fundamentales y a las premisas del Estado Social. Así lo consideró la Corte, al explicar las criticadas distinciones entre derechos fundamentales y derechos sociales:

Los derechos económicos, sociales y culturales traducen necesidades históricamente desconocidas respecto de sujetos que, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentran, se han visto privados de la posibilidad de ejercer la libertad que animó la constitución del Estado de Derecho y que bajo la fórmula del Estado Social es nuevamente reivindicada, esta vez, tras el replanteamiento del concepto mismo de libertad que en adelante reconocerá como prerrequisito de su goce a la igualdad (...) Entre este conjunto de garantías que componen la categoría en comento se encuentra el derecho a la vivienda digna, consagrado entre nosotros por el artículo 51 superior (T-530 de 2011).

La jurisprudencia ha llegado a indicar que aun sin que exista un derecho subjetivo identificable,

9 Este criterio puede encontrarse en las sentencias de la Corte Constitucional: T-617 de 1995, T-190 de 1999, T-626 de 2000, T-1073 de 2001, T-756 de 2003, T-363 de 2004, T-791 de 2004, T-894 de 2005.

10 Criterio explicado en la sentencia C-217 de 1999.

es posible afirmar que la vivienda es un derecho fundamental en eventos en los que las circunstancias de debilidad manifiesta en los que se encuentran los sujetos de especial protección constitucional, “tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras a la adopción de medidas que permitan poner a estas personas en condiciones de igualdad material haciendo efectiva, en el caso concreto, la vigencia de la cláusula del Estado Social de Derecho” (Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2012). Esa consideración de la vivienda como derecho fundamental ha permitido que la Corte Constitucional estudie en procesos de tutela, contratos relacionados con el acceso a la vivienda.¹¹

B. Estrategias de los agentes involucrados en los contratos de vivienda

En los contratos involucrados en la protección a la vivienda se encuentran envueltos intereses públicos y privados¹² que han justificado una especial intervención legislativa. Por otra parte, además del alcance que la vivienda tiene como derecho, las políticas estatales¹³ justifican

11 Entre las múltiples sentencias, pueden consultarse: T-620, T-865 de 2010 y T-754 de 2011.

12 La dogmática del derecho privado, al intentar explicar el contenido de su objeto, usualmente indica sobre los intereses particulares, que se tratan del “conjunto de relaciones que conciernen al individuo (civis) en su cualidad de persona (y en los atributos que le son inherentes), de componente de familia y de sujeto capaz de actividad económica, dotado de bienes que él puede elaborar (...), mediante contratos y negocios que dan lugar a relaciones de crédito y de los cuales puede gozar y puede disponer de diversos modos durante su vida y para después de su muerte” (Messineo, pp. 54 y 55).

13 Por ejemplo, la política de Consolidación de los instrumentos para la habilitación de suelo y generación de oferta de vivienda (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009) y el Programa de Vi-

también su protección por la relevancia para la economía del país y por el impacto de las actividades de intermediación tanto para los agentes económicos como para quienes acceden al crédito o a la financiación de cualquier tipo¹⁴ (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012).

Así las cosas, varias son las tensiones derivadas de las decisiones sobre los contratos de vivienda. Los intermediarios financieros,¹⁵ sus agremiaciones¹⁶ y acreedores como los arrendadores o agentes inmobiliarios, defienden la idea según la cual en ejercicio de la libertad económica tienen derecho a una tutela efectiva del crédito, a la estabilidad para proyectar los negocios, exigen más libertad en los contratos asumiendo que las condiciones contractuales por sí mismas corrigen las conductas abusivas en el mercado, por lo que se resisten a la imposición de prácticas redistributivas impuestas

al mercado. Por el contrario, los ahorradores y consumidores de vivienda y las organizaciones civiles reclaman que el contenido de los contratos esté dirigido estatalmente a su protección.¹⁷

Frente a los reclamos de los consumidores o de los que aspiran a serlo, la Corte Constitucional ha asignado al contrato la función de ser un instrumento para alcanzar derechos. Así, ha indicado: “la autonomía de la voluntad privada se concibe no sólo como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado” (sentencia T-468 de 2003).¹⁸

Como consecuencia, desde esta perspectiva la autorregulación de intereses como libertad propia de una economía de mercado podría ser protegida siempre que cumpla fines constitucionalmente valiosos. Con ello, el contrato se subordina al cumplimiento de su función social.¹⁹ Esa concepción del contrato permite potenciar las herramientas ofrecidas por el derecho del

vivienda de Interés Prioritario para Ahorradores (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013).

14 En Colombia, por lo menos desde 1924, el Estado ha intervenido en las estrategias de financiación hipotecaria, así por ejemplo, en ese año puede ubicarse la creación del Banco Agrícola Hipotecario, en 1932 la del Banco Central Hipotecario y en 1939 se creó el Instituto de Crédito Territorial. Con base en la formulación del plan Las cuatro estrategias, por el economista Currie, se crearon en 1972 las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC).

15 Deben entenderse como intermediarios financieros a los establecimientos de crédito que otorguen préstamos con este objetivo. Los demás agentes que desarrollen actividades relacionadas con la financiación de vivienda, tales como fondos hipotecarios, sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos, sociedades titularizadoras y otros agentes o intermediarios.

16 En Colombia las agremiaciones financieras más influyentes son: la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (Asobancaria), la Asociación de Fiduciarias (Asofiduciarias), la Federación Colombiana de Compañías de Leasing (Fedeleasing), la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (Anif), la Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda). A nivel latinoamericano se encuentra Felaban (Federación Latinoamericana de Bancos) y a nivel internacional el Bank for International Settlements (BIS).

17 Una muestra de esta visión podría encontrarse en un reciente proyecto de ley archivado, que definía el *crédito de vivienda* como un “contrato bilateral de mutuo con o sin garantía hipotecaria, dirigido, esto es que se restringe la autonomía de la voluntad privada y obedece a la intervención del Estado en toda su vigencia, para garantizar el equilibrio y la equidad en la relación contractual” (Proyecto de Ley 26 de 2012, Senado).

18 Para analizar el uso de este argumento véanse las sentencias: T-375 de 1997, SU-039 de 1998, SU-157 de 1999, T-1072 de 2000, T-1042 de 2001, T-468 de 2003, T-222 de 2004, T-170 de 2005, T-517 de 2006, T-660 de 2006, T-875 de 2006, T-433 de 2008, T-140 de 2009 y T-160 de 2010.

19 Un ejemplo de ello en Latinoamérica es la regla del Código Civil de Brasil (2003), según la cual: “La libertad de contratar será ejercida en razón y dentro de los límites de la función social del contrato” (artículo 421).

consumo, pues estas son aptas para proteger al consumidor de vivienda. Tal asunto pasará a examinarse.

II. EL DERECHO CONTRACTUAL DE LA VIVIENDA: LINEAMIENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HABITACIONALES

Algunos instrumentos internacionales han sido utilizados por la Corte Constitucional para establecer el contenido del derecho a la vivienda (A), por lo que los lineamientos generales que establecen permiten desarrollar un derecho del consumo especializado en vivienda (B).

A. Contenido normativo del derecho a la vivienda a partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

El contenido normativo del derecho a la vivienda, las obligaciones que de este se derivan y los mecanismos para su garantía han sido desarrollados por la Corte Constitucional a partir de algunos instrumentos internacionales. Es así como la jurisprudencia ha acudido, principalmente,²⁰ a las Observaciones Generales n.ºs. 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Cultu-

rales²¹ y a la Estrategia Mundial de Vivienda de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Las Observaciones y la Estrategia Mundial de Vivienda pretenden establecer parámetros globales y unificados de protección de derechos habitacionales, y en Colombia han resultado tan importantes que son referentes interpretativos del artículo 51 de la Constitución. Así, en lo que se refiere a la Observación General n.º 4, la Corte Constitucional ha indicado que: “establece elementos que asisten a la interpretación de la disposición constitucional” (sentencias T-403 y T-585 de 2006). Por ello, aunque la Constitución Política colombiana al consagrar el derecho a la vivienda, lo acompaña del adjetivo “digna”, la expresión “adecuada” que emplean los mencionados instrumentos internacionales y el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) han servido para configurar el contenido del derecho a una “vivienda digna y adecuada”.

La Observación General n.º 4, utilizada por la Corte incluso como parámetro de constitucionalidad,²² considera a la vivienda

20 También pueden encontrarse menciones a otros instrumentos que contienen derechos habitacionales como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el Convenio n.º 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios (1990).

21 El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), Ley 74 de 1968, reconoce el derecho a una vivienda como parte del derecho a un nivel adecuado de vida. De esa manera, el artículo 11.1 del Pacto señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

22 A la Observación se acudió para determinar la constitucionalidad de la facultad entregada a los bancos comerciales de celebrar contratos de leasing habitacional (artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Ha señalado sobre este punto: “Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia [PIDESC], resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas” (Corte Constitucional, sentencia C-936 del 2003.)

como “el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” y desarrolla el “concepto de vivienda adecuada” a la que se refiere la Estrategia Mundial de Vivienda.²³ Al respecto, la Observación describe siete condiciones que se requieren para que una vivienda sea adecuada: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar y adecuación cultural.

La Corte Constitucional, al estudiar la Observación General, ha indicado que estos siete componentes pueden clasificarse en dos: aquellos que se refieren a las i) condiciones materiales de la vivienda, y los que buscan ii) el acceso y la seguridad de la tenencia habitacional.

(i) Las condiciones de la vivienda referidas en la Observación han servido para que la Corte señale que la existencia de un simple techo para la protección de las circunstancias ambientales es insuficiente para llenar de contenido el derecho. Los individuos y sus familias requieren poder tener acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, deben contar con servicios públicos, seguridad, comodidad para acceder a servicios de atención de la salud, educación y trabajo. La vivienda debe ser habitable y garantizar la

seguridad física de los ocupantes, respetando su identidad cultural.

(ii) Por otra parte, el concepto de seguridad del goce de la vivienda ha permitido indicar que además de las condiciones materiales, el derecho conlleva asequibilidad económica y seguridad jurídica de la tenencia.

Varios son los medios apropiados para lograr la realización de esas condiciones, algunos se encuentran en el desarrollo de políticas públicas, medidas de intervención en la economía, instrumentos de derecho urbano o gasto público. Entre esas medidas, también se encuentran aquellas que en cabeza del legislador desarrollan garantías para proteger a los consumidores de vivienda. Así las cosas, en la última parte de este texto se describirán las medidas generales que se espera construya un país en la adopción de una Estrategia Nacional de Vivienda (Observación General n.º 4, numeral 12).

B. Obligaciones estatales vinculadas al derecho del consumo de vivienda

En Colombia, luego de que los deudores hipotecarios perdieran sus viviendas, se generaron importantes respuestas legales. Algunas de ellas inmediatas, para contrarrestar los primeros efectos de la crisis,²⁴ y otras han ido configurando por más de una década un conjunto de reglas e instituciones que parecen orientarse a

23 “Una vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

24 Entre ellas pueden mencionarse: la redenominación de todos los créditos de vivienda en UVR, el ajuste de los saldos de los créditos y la opción para recuperar los bienes entregados en dación en pago.

proteger la vivienda como derecho y como factor con impacto económico y social.

Luego de la entrada en vigencia de la ley marco de vivienda,²⁵ se inició una importante producción normativa²⁶ que cubre desde contratos de readquisición para quienes hayan entregado en dación en pago su vivienda, pasando por la regulación de formas de tenencia como el arrendamiento, la expedición de decretos reglamentarios de contratos de financiación, la creación de nuevas formas de subsidios, hasta la aprobación de reformas tributarias y financieras para incentivar el acceso a la propiedad habitacional.

Además de esas medidas, es necesario pensar en un sistema de protección del consumidor en torno a la seguridad del goce de la tenencia (1) y las condiciones materiales de la vivienda (2), componentes del derecho a una vivienda digna y adecuada, según lo establecido por la jurisprudencia constitucional. Los estándares establecidos en la Observación General n.º 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales permiten desarrollar esas obligaciones así:

1. En primer lugar, el concepto de seguridad del goce de la vivienda conlleva asequibilidad económica (i) y seguridad jurídica de la tenencia (ii):

(i) La asequibilidad, además de referirse a la existencia de una oferta suficiente de vivienda y al acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia, implica la existencia de diferentes modalidades contractuales para acceder a la tenencia (compraventa, arrendamiento, usufructo, uso) y de sistemas adecuados para financiar la adquisición de vivienda.

Así, las condiciones de asequibilidad que permiten la realización y satisfacción del derecho a la vivienda están determinadas por el conjunto de normas que gobiernan las diferentes modalidades contractuales para su acceso. Estos sistemas normativos que regulan los instrumentos jurídicos para financiar la adquisición o goce de la tenencia están dirigidos, especialmente, a los particulares que participan en la construcción, financiación, intermediación y circulación de inmuebles.

La Constitución Política demanda del Estado la existencia de un sistema adecuado de financiamiento a largo plazo para vivienda. Ello implica pensar en la relación entre el derecho contractual, considerado como neutral, y los derechos humanos, cuyas herramientas de protección se activan ante condiciones de desigualdad material, y cómo esas dos lógicas descansan en el derecho del consumo. Ese “sistema adecuado” al que se refiere la Constitución, implicaría, por ejemplo, que los acuerdos privados deban proteger el patrimonio de las familias,²⁷ por lo que

25 Ley 546 de 1999, en la que se establecen las normas generales y los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular un sistema especializado de financiación de vivienda individual a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor, y para determinar condiciones especiales para la vivienda de interés social.

26 Decretos 2336 y 1746 de 2000, 612 de 2001, 2204 de 2005, 2440 de 2005, 3916 de 2005, 2190 de 2009, 2555 y 1160 de 2010, 391 y 1190 de 2012, Ley 820 de 2003, Ley 1114 de 2006, Ley 1151 de 2007, leyes 1450 y 1469 de 2011 y 1537 de 2012.

27 La protección del patrimonio de las familias es uno de los objetivos señalados. El artículo 2º de la Ley 546 de 1999, ley marco de vivienda, indica como objetivo de la regulación del sistema de vivienda la protección “del patrimonio de las familias representado en vivienda”.

en principio no es viable que el incumplimiento en el pago del canon conlleve inmediatamente la pérdida absoluta del precio pagado, pero tampoco implica “que el Estado se libere del deber de promover y velar por el cumplimiento generalizado de las obligaciones contractuales y extracontractuales en la sociedad” (sentencia C-936 de 2003).

Precisamente en aquellos casos de vivienda no subsidiada, los contratos pueden sujetarse a condiciones mercantiles ordinarias, entonces, “quienes están en capacidad de asegurar, por vías mercantiles ordinarias, la satisfacción de su derecho a la vivienda, sea mediante su adquisición, el arrendamiento u otras formas comunes en el tráfico comercial, no pueden exigir, como derecho constitucional, que sean inmunizados de manera absoluta frente las contingencias propias del mercado” (Corte Constitucional, sentencia C-936 de 2003).

Sobre la obligación de contar con sistemas de financiación a largo plazo, la Corte Constitucional señaló:

La realización del derecho a la vivienda digna significa, en punto a la existencia de un sistema adecuado de financiación a largo plazo, (i) la existencia de uno o varios sistemas, conforme las necesidades de los asociados y (ii) que no se impongan restricciones para que quienes requieran de la modalidad de financiamiento sujeta a condiciones especiales, puedan acudir a éste” (sentencia C-936-03).

Esa sentencia, al analizar la facultad de los bancos comerciales de celebrar contratos de lea-

sing habitacional, señaló que en esta modalidad contractual no existe “imperativo constitucional alguno que obligue a excluir la operancia plena de las reglas de mercado en la financiación de la vivienda”. Así las cosas, el legislador puede establecer cuáles modalidades para acceder a vivienda son subsidiadas, cuáles intervenidas y en qué casos están gobernadas por el mercado.

Así, a pesar de que las decisiones sobre la intervención en el contenido contractual han de ser principalmente tarea del legislador, que mediante normas imperativas estaría facultado para imponer restricciones a la forma en la que se plasman los contratos, los jueces constitucionales han intervenido en el clausulado y en la ejecución contractual, al reconocer el estatus de debilidad manifiesta de los contratantes frente a sus acreedores.

De ese modo, la Corte Constitucional ha considerado que los deudores de créditos hipotecarios se encuentran en estado de indefensión:

Es un hecho públicamente conocido que los deudores de las entidades crediticias no pactan en realidad con ellas las tasas de interés, ni las discuten, y que, por el contrario, en una posición de absoluta indefensión, los intereses les son impuestos, de modo que deben optar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo, ya que suscriben contratos por adhesión (sentencia C-955 de 2000).

Entonces, tratándose de contratos para financiación de vivienda no es predicable el mismo grado de autonomía que se presenta en la generalidad de las relaciones jurídicas. La autono-

mía de la voluntad privada en los contratos para vivienda se encuentra limitada por: (i) la naturaleza del bien al que permiten su acceso, y por (ii) “la circunstancia de ser el crédito y el ahorro instrumentos necesarios para garantizar los derechos de las personas” (Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2013).

Adicionalmente, los mecanismos de financiación que permiten el acceso a la propiedad o la tenencia no pueden impedir el acceso a otros derechos. Esto implica que las cuotas de los créditos o de la financiación a través de leasing, o los cánones de arrendamiento, no pueden comprometer la satisfacción de otras necesidades básicas. Por ello, los Estados deben garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda se adecuen al nivel de los ingresos personales o de la familia. Esas medidas pueden consistir en subsidios, control de precios de los cánones de arrendamiento y de los costos de la financiación bancaria.

(ii) De la misma forma, las varias clases de tenencia de vivienda: propiedad individual, tenencia por arrendamiento, propiedad colectiva, leasing, usufructo, uso, deben estar protegidas jurídicamente contra el desahucio o “cualquier forma de interferencia arbitraria e ilegal” (Observación General n.º 7). Al respecto, la Observación General n.º 4 señala:

La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el

tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.

Entonces, la seguridad jurídica de la tenencia implica que los sistemas normativos reconozcan un amplio menú de posibilidades para acceder a una vivienda y que todas ellas se encuentren protegidas. La obsesión de algunos sistemas por concentrar el acceso a la propiedad habitacional en la financiación bancaria ha sido duramente criticada en escenarios internacionales (Pisarello, 2003, p. 90). En Colombia, los discursos en favor de esta clase de acceso se impulsan en nombre de la inclusión o democratización financiera. Sin embargo, un sistema basado en el acceso a la propiedad mediante el crédito financiero debe preocuparse también porque no resulten sacrificados otros derechos que puedan verse afectados por el pago de las cuotas, y porque durante el plazo, los deudores reciban los ingresos suficientes para pagar el valor de la deuda y los intereses.²⁸

Por ello, hay quienes proponen el impulso a otras formas de tenencia como el usufructo, el uso o la tenencia por arrendamiento público (Pisarello, 2003, pp. 81-190). En todo caso, el derecho a la propiedad es un instrumento eficaz para la protección de los derechos habitacionales. Ello, porque es un derecho que tiene mayor desarrollo que el de vivienda y contornos mejor definidos.

28 La Corte Constitucional ha establecido las condiciones de los créditos de vivienda (C-383 de 1999, C-747 de 1999, C-955 de 2000) y de los procesos hipotecarios (C-955 de 2000, C-1140 de 2000).

Esta protección a la tenencia implica establecer en qué casos los desahucios no resultan arbitrarios o ilegales, pues este es un riesgo que deben evaluar los acreedores al momento de celebrar cualquier clase de contrato de financiación o de entrega de la tenencia.

2. Además de las obligaciones relacionadas con la protección al goce de la tenencia, los Estados deben garantizar que los inmuebles tengan condiciones de calidad e idoneidad, de tal manera que sean habitables. El derecho a la vivienda no se agota en la existencia de modalidades contractuales de acceso y en la protección a las clases de tenencia sin importar las condiciones materiales del lugar al cual se hubiese accedido. Ese lugar debe tener las condiciones materiales adecuadas, debe ser idóneo y de calidad.

La “habitabilidad” implica que el espacio donde desarrollan su proyecto de vida los seres humanos, individualmente o en familia, además de protegerlos de las circunstancias ambientales, debe tener los elementos que les aseguren bienestar; debe ser un lugar que cumpla con los requisitos de higiene, calidad y espacio necesarios; y que garantice la “seguridad física de los ocupantes” (Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2011).²⁹

En ese sentido, los consumidores dueños o tenedores deben contar con recursos administrativos y judiciales que les permitan reclamar por la calidad e idoneidad del inmueble. Así, una estrategia nacional en materia de vivienda debe

ofrecer un sistema que solucione de manera efectiva los reclamos de los ocupantes, a fin de asegurar las condiciones materiales del lugar de habitación. En este punto la Observación General n.º 4 impone como obligación del Estado la de establecer recursos jurídicos internos que permitan “reclamaciones contra los propietarios acerca de las condiciones de vivienda insalubres o inadecuadas”.

Así las cosas, el carácter vinculante que la Corte Constitucional ha otorgado a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abre un sinnúmero de posibilidades para garantizar el derecho a la vivienda mediante los mecanismos de protección que ofrece el derecho del consumo.

III. CONCLUSIONES

Este texto concibe al derecho contractual de la vivienda como un escenario altamente disputado por los intereses de los acreedores, los reclamos de los deudores, los instrumentos emitidos por las organizaciones internacionales de derechos humanos, las agremiaciones económicas, el legislador y las decisiones de los jueces.

Las decisiones de los jueces constitucionales y el carácter vinculante otorgado a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos generan obligaciones estatales, que se materializan en el contenido de los contratos de vivienda. Estos instrumentos internacionales incluyen como uno de los componentes del derecho a la vivienda, a las modalidades con-

29 A estas condiciones se refieren las sentencias: T- 1318 de 2005, T-152 de 2008, T-585 de 2006.

tractuales para su acceso y a las herramientas para la protección de la tenencia. Esa inclusión permite pensar hoy en un derecho contractual especializado y altamente constitucionalizado para la vivienda.

Ello supone analizar al derecho contractual desde la óptica de los derechos humanos a los cuales se accede a través de las transacciones celebradas en el mercado. Esa perspectiva permite entender al derecho del consumo como una garantía para la protección y realización de derechos como el de la vivienda.

Referencias

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Temis.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1988). Resolución 43/181: Estrategia Mundial de Vivienda.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).
- Clavijo, S. (2001). *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega-Cambio.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1991). Observación general n.º 4: el derecho a una vivienda adecuada.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Proyecto de Ley 26 de 2012 Senado.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2009). Documento Conpes 3583. Lineamientos de política y consolidación de los instrumentos para la habilitación de suelo y generación de oferta de vivienda.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). Documento Conpes 3746. Importancia estratégica del “programa de vivienda de interés prioritario para ahorradores”.
- Corte Constitucional. Sentencia C-383 de 1999.
- Corte Constitucional, sentencia C-700 de 1999.
- Corte Constitucional. Sentencia C-747 de 1999.
- Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2000.
- Corte Constitucional, sentencia C-936 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-790 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia T-495 de 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia T-258 de 1997.

- Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1318 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia T-620 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia T-865 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia T-530 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia T-754 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2013.
- Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Departamento Nacional de Estadística –DANE. (2011). *Encuesta Nacional de Calidad de Vida*. Bogotá: DANE.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Doctrinas generales. (Sentís Melendo, Santiago, Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2012). *Informe al Congreso*. Bogotá. MVCT.
- Nuñez, J. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá: Legis - Instituto de Desarrollo y Libertad.
- Pisarello, G. (2003). *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*. Barcelona: Icaria.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (eds.) (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.