UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Doctorado en Derecho

EL PROPIETARIO ENDEUDADO

Implicaciones de las políticas habitacionales y del derecho a la vivienda en la protección contractual de los consumidores

YIRA LÓPEZ CASTRO

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Doctorado en Derecho

EL PROPIETARIO ENDEUDADO

Implicaciones de las políticas habitacionales y del derecho a la vivienda en la protección contractual de los consumidores

YIRA LÓPEZ CASTRO

TESIS DOCTORAL
Dirigida por:
Camilo Rodríguez Yong

Bogotá, agosto de 2018

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a muchas personas por su importante apoyo y compañía durante la realización de mis estudios doctorales. Me gustaría especialmente decir gracias a Camilo Rodríguez Yong por su tiempo generoso, su rigurosidad, su guía constante desde el primer momento en el que le propuse acompañarme. Su continua orientación y aliento hicieron del proceso de escritura una experiencia maravillosa de aprendizaje.

Mi infinita gratitud para los decanos Alejandro Venegas Franco y Antonio Aljure Salame por su irrestricto apoyo en la primera etapa de mis estudios doctorales. A Juan Pablo Cárdenas Mejía, por su incansable compromiso con la formación que reciben los futuros abogados. A la vicedecana Lina Céspedes, al decano Juan Carlos Forero, a Manuel Restrepo Medina, a María Teresa Palacios y a los demás miembros del Comité Doctoral les agradezco por su comprensión en la última fase de escritura. Al Comité de Becas de la Universidad del Rosario por la financiación de mi matrícula y de la pasantía.

A los investigadores del Grupo de Derecho Privado de la Universidad del Rosario: Luisa García, Tatiana Oñate, Fabricio Mantilla, Francisco Ternera, Iván Daniel Jaramillo, Gabriel Hernández Villarreal, Erick Rincón, gracias por su generosidad intelectual. A Édgar Iván León, mi compañero en diversos proyectos académicos, le agradezco sus constantes consejos y su decisivo apoyo al destinar su tiempo asumiendo mis tareas para que yo pudiera destinar el mío a este texto. A Juan Jacobo Calderón tengo muchas cosas por las que agradecerle. Gracias por abrirme las puertas de la vida académica, por su bondad en cada una de las oportunidades en las que ha confiado en mí y por nuestras conversaciones sobre algunos de los asuntos abordados en la tesis.

Gracias a Julio Gaitán por retarme a pensar en la deuda que tiene el derecho de la propiedad y de los contratos con las poblaciones más olvidadas. Es muy probable que, en ese sentido, este trabajo lo defraude. Agradezco a Rocío Peña Huertas y a Manuel Quinche Ramírez por darme el impulso definitivo para cerrar, por ahora, este texto.

A los profesores Hans Lindahl, Gijs Van Dijck y Vanessa Mak, quienes hicieron que mi pasantía en la Universidad de Tilburg fuera fructífera y agradable. A los profesores Mariana Bernal y Vladimir Monsalve por participar como lectores en la primera etapa de la investigación. Sus orientaciones iniciales fueron fundamentales para encauzar este trabajo.

Soy muy afortunada por tener unos amigos maravillosos que me dieron aliento durante estos años. Gracias a Juan Ramón Martínez, María Lucía Torres, Laura García, Ricardo Abello, Karen Cabrera, Diego Younes, Andrea Sánchez, Karol Martínez, Francisco Bernate, Camila de Gamboa, Wilson Herrera, Catalina Castilla, Paola Iregui, Catalina Lleras. Y especialmente, gracias a aquellas amigas con quienes compartí alentadoras jornadas de escritura: Andrea Mateus, Beira Aguilar, Adriana Camacho, Viviana Díaz, Luz H. Di Giorgi, Laetitia Ruíz, Laly Peralta y a Iván Mahecha.

A Caro, mi hermanita, a quien admiro y adoro, gracias por ser mi socia en tantos proyectos personales y laborales, por enseñarme la profesión desde la emoción del litigio. A Alejandro, por darme motivos para no abandonar la esperanza de que puede crecer en un mejor país. A las valientes mujeres de mi familia por transmitirme su firmeza frente a la vida: Luz, Nubia, Cami, Juli, Eliana, Cecilia, Martha, Jime, Luisa, Antonia, Claudia.

Gracias a David por sus consejos, su maravillosa compañía, por ser el principal testigo en la cotidianidad del proceso de escritura y por las incontables veces en las que me iluminó e impulsó en los momentos de desencuentro con este texto.

Al universo, la vida, la suerte, los dioses porque en medio de una sociedad profundamente desigual he recibido el privilegio de dedicarme al placer de escribir. A mis estudiantes por obligarme a revisar una y otra vez las cuestiones fundamentales, por retarme continuamente a repensar problemas y a reconstruir argumentos.

Y por encima de todo a mis papás, Elizabeth y Azael, por su ternura, por su genuino amor, por enseñarme la capacidad de recomenzar ante las adversidades y por contagiarme con su extraordinaria fortaleza. A ustedes les debo todo.

Finalmente, gracias a quienes, como jurados del producto final, leen estas líneas.

ÍNDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN *9*

I PARTE

EL CONSUMIDOR DE DERECHOS HABITACIONALES
LA CONSTRUCCIÓN DEL SUJETO

Introducción *25*

PRIMER CAPÍTULO

El consumidor de vivienda:
Una invención de la política habitacional

Consideraciones preliminares. Las políticas habitacionales y el derecho contractual de la vivienda *29*

1. El Estado como protagonista en los negocios sobre vivienda *32*

1.1. El Estado constructor, vendedor, arrendador y acreedor
1.2. Dirigismo estatal en materia contractual
1.3. La vivienda comercial como instrumento de política económica
1.4. La producción industrial de vivienda y el surgimiento de los consumidores en la agenda política

2. El modelo de acceso a la propiedad habitacional mediante financiación privada *57*

2.1. La desconfianza en el Estado y la fe en el mercado
2.2. Entre el mercado y los derechos: el consumidor como sujeto de protección en la Constitución
2.3. Rediseño institucional y normativo: la desregulación y la privatización de la construcción y financiación de vivienda
2.4. El entusiasmo por el endeudamiento

3. La construcción del consumidor de vivienda a través de la deuda..... *74*

3.1. La crisis hipotecaria y la relevancia constitucional de los deudores
3.2. Después de la crisis: la política de todos propietarios y la hegemonía de la deuda
3.3. Incentivos para el acceso a la propiedad financiada
3.4. Demasiado pobres para ser consumidores

SEGUNDO CAPÍTULO

El consumidor de vivienda como titular de derechos: La reacción al modelo de acceso

Consideraciones preliminares. El deudor en la agenda pública: el legado de la crisis..... *107*

1. Las batallas de los consumidores por la justiciabilidad del derecho a la vivienda en escenarios contractuales *110*

1.1. La vivienda como una aspiración costosa, indeterminada y aplazable
1.2. Primeros pasos hacia la justiciabilidad del derecho a la vivienda en ámbitos contractuales
1.3. Un derecho generador de obligaciones inmediatas y horizontales: la justiciabilidad de las facetas de protección y respeto
1.4. La vivienda como derecho fundamental para algunos sujetos

2. Supuestos metodológicos del concepto de consumidor de vivienda..... *131*

2.1. La titularidad del derecho a la vivienda: un criterio delimitante
2.2. El extremo contractual de un profesional: el criterio objetivo
2.3. La destinación propia: el criterio subjetivo
2.4. Desigualdad y fragilidad: el criterio abstracto

3. El papel del derecho a la vivienda en la configuración de las facetas de consumo habitacional..... *146*

3.1. La protección a la propiedad bajo la sombra del derecho a la vivienda
3.2. Leasing habitacional: la diferenciación entre locatarios titulares de derechos habitacionales y locatarios mercantiles
3.3. Vivir en arriendo: la destinación como criterio de protección
3.4. La irrelevancia del derecho a la vivienda en la protección del comprador

Conclusiones I parte..... *169*

II PARTE

UN MARCO CONTRACTUAL PARA LOS DERECHOS HABITACIONALES LA CONSTRUCCIÓN DE LAS REGLAS

Introducción *175*

TERCER CAPÍTULO

El esquema regulatorio para la defensa de los consumidores titulares del derecho a la vivienda

Consideraciones preliminares. Un sujeto y diversos sistemas de protección *181*

1. La fe en la regulación de los contratos *184*

1.1. Instrumentos normativos para la protección de los consumidores: las propuestas globales y su impacto local
1.2. Obligaciones estatales de regulación: la perspectiva de los derechos sociales
1.3. La regulación como mediación entre el mercado y los derechos sociales
1.4. Las formas de creación del derecho contractual de la vivienda: los problemas de competencia

2. Estándares regulatorios para la protección de los consumidores de vivienda *203*

2.1. El encuentro entre los instrumentos internacionales en materia de derecho a la vivienda y el derecho contractual local
2.2. Un menú de posibilidades contractuales
2.3. La efectividad de los derechos contractuales como parámetro de la regulación
2.4. La prohibición de reducir los niveles de protección legal de los consumidores de vivienda

3. El papel de la Corte Constitucional como juez y regulador en asuntos contractuales sobre vivienda *227*

3.1. Los reclamos para la protección de la vivienda en escenarios contractuales
3.2. La indefensión como categoría en disputa: de la generalización a la identificación de consumidores especialmente débiles
3.3. La desconfianza en la jurisdicción ordinaria de consumo
3.4. Los dilemas del regulador y las críticas a la intervención de la Corte Constitucional

CUARTO CAPÍTULO

El contrato como escenario de reivindicación del derecho a la vivienda

Consideraciones preliminares. La perspectiva constitucional del derecho contractual de consumo: una propuesta de justicia contractual *259*

1. Todos con vivienda a crédito: el énfasis en el acceso financiado *264*

1.1. Un acceso contractual universal
1.2. El derecho a la vivienda como derecho a contratar: el sacrificio de la libertad de conclusión en la formación del contrato
1.3. La contratación de negocios vinculados a la financiación de vivienda
1.4. Aprender a ser deudores: la información y la educación para el consumo

2. Fijación estatal del contenido contractual *295*

2.1. Homogeneidad contractual
2.2. Las cláusulas sobre el plazo
2.3. Las cláusulas económicas
2.4. Las condiciones cualitativas de la vivienda

3. Reivindicaciones contractuales para proteger la tenencia habitacional *324*

3.1. El debido proceso contractual y el derecho a la vivienda
3.2. El derecho a la vivienda como protección a las expectativas económicas de los consumidores
3.3. El uso estratégico del derecho del consumo
3.4. La defensa del derecho a la vivienda y la afectación a la seguridad jurídica

Conclusiones II parte *365*

CONCLUSIONES 369

REFERENCIAS 379

INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda la relación entre el derecho contractual de consumo, las políticas habitacionales y una de las reivindicaciones sociales más representativa de los últimos años en Colombia: el derecho a la vivienda. En el marco de esta relación, la investigación responde a la siguiente pregunta: ¿cuál es el impacto de las políticas habitacionales y del derecho a la vivienda en (i) la caracterización de los individuos como consumidores, particularmente como deudores, y en (ii) la construcción de las reglas para la protección contractual de los consumidores como titulares del derecho a la vivienda? Al abordar esta pregunta, este texto demuestra que:

(i) El modelo de mercado para el acceso a una vivienda es el resultado de un proceso en el que las políticas habitacionales prescindieron paulatinamente del papel protagónico que el Estado desarrolló en buena parte del siglo XX como constructor, vendedor y financiador directo de vivienda y pasaron a entregarle la función de diseñar incentivos para que los particulares celebren transacciones en el mercado inmobiliario. Este modelo privilegia a la propiedad como forma de vivienda y, por ello, al ser un bien costoso, el crédito a largo plazo se convierte en un elemento determinante para el acceso, incluso cuando se trata de vivienda social. La identificación entre la propiedad y la vivienda explica por qué desde diferentes escenarios regulatorios se ha construido la identidad de los individuos como propietarios deudores; consumidores de crédito ofrecido por instituciones financieras, entidades en las que se ha confiado una parte fundamental del proceso para el acceso a la vivienda.

(ii) La crisis hipotecaria de 1999 permitió que los deudores de crédito para vivienda y sus relaciones contractuales privadas aparecieran en la agenda pública. Ello significó una

ruptura no solo en el modelo contractual en materia de crédito hipotecario, sino también en la forma de comprensión de la naturaleza y exigibilidad del derecho a la vivienda, el cual había estado dormido en la Constitución durante su primera década de vigencia. Debido a los reclamos de los consumidores afectados por la crisis y a la intervención de la Corte Constitucional, se crearon reglas con la pretensión de amparar el derecho a la vivienda mediante herramientas de protección contractual. Tales reglas, influenciadas por la cercanía con la crisis, identificaron a los deudores como víctimas del sistema financiero y terminaron por proteger contractualmente a los propietarios deudores sin examinar si son titulares del derecho a la vivienda o si, por el contrario, utilizan los inmuebles para llevar a cabo actividades de especulación.

(iii) En este modelo de acceso a la vivienda, en el que los protagonistas de las transacciones son los particulares, el escenario es el mercado y las reglas son las del derecho privado, diversas fuentes normativas contribuyen a la configuración de un marco contractual para la tenencia y financiación de vivienda. Así, el legislador, los jueces civiles y constitucionales, las organizaciones internacionales económicas y de derechos humanos y quienes diseñan la política habitacional han contribuido a la creación de reglas que reflejan diversas disputas sobre los mecanismos de tutela a los arrendatarios, locatarios, compradores y deudores. De este modo, la configuración de los negocios jurídicos sobre la vivienda resulta problemática porque enfrenta algunas ideas sobre cuál debe ser la función del derecho contractual según la prevalencia de alguna de las dimensiones de la vivienda como bien de consumo, derecho social o como instrumento de política económica.

(iv) La perspectiva constitucional del derecho contractual, por lo menos en lo relacionado con asuntos de consumo de vivienda, se caracteriza por exigir la aplicación de la igualdad material en las relaciones negociales y por invocar a la equidad y solidaridad para compensar los desequilibrios generados por la especial vulnerabilidad de algunos consumidores. Esta visión pone en aprietos a la estandarización en la contratación masiva, pues cambia el centro de gravedad del derecho contractual al enfocarse en las condiciones particulares de los consumidores más que en el contrato, con lo cual vincula el derecho privado contractual con la realidad de los sujetos fuera del contrato.

I. Delimitación

La investigación aborda: *(i)* un sujeto en particular, *(ii)* a partir del cual se han creado reglas de protección contractual que, *(iii)* invocan la protección del derecho a la vivienda, *(iv)* en el marco de la política habitacional en Colombia, *(v)* desde la última década del siglo XX hasta el Plan de Desarrollo 2014-2018.

(i) El sujeto: este trabajo se concentra en el consumidor que es titular de derechos habitacionales. Por esa razón, el lector no encontrará explicaciones sobre problemáticas que interesan a otros actores que intervienen en los procesos contractuales de fabricación, intermediación o financiación en el mercado de inmuebles.

(ii) *Las reglas:* En el universo que conforma el derecho objetivo de protección al consumidor[1], esta tesis se concentra solo en aquellas reglas a) sustanciales, b) de protección contractual, c) que han sido creadas bajo la consideración de proteger el derecho subjetivo a la vivienda de los consumidores. Así, el objeto de la investigación está conformado por las reglas que conforman el marco contractual de la vivienda con el propósito de analizar cómo se han configurado y la manera en la que han concebido la protección al acceso y la seguridad de la tenencia de una vivienda.

(iii) *El derecho a la vivienda:* Los problemas relacionados con el reconocimiento y eficacia de los derechos habitacionales que conforman el contenido de derecho a la vivienda son numerosos. Este trabajo analiza únicamente los derechos habitacionales que pueden materializarse mediante herramientas contractuales de protección en el acceso, ejecución y terminación de los contratos de vivienda y analiza los problemas de reconocimiento y exigibilidad de estos derechos desde la perspectiva contractual[2].

[1] Las preocupaciones por la protección de los consumidores se extienden a normas que, además del derecho contractual, tocan asuntos de responsabilidad extracontractual, derecho administrativo, derecho penal, derecho de la competencia, propiedad industrial, inspección, vigilancia y control de las empresas, derecho procesal, responsabilidad social empresarial, derechos colectivos. La tesis solo está interesada en la protección de los consumidores mediante herramientas de protección en el contrato de consumo.

[2] El derecho a la ciudad, la escasez de suelo urbanizable, los precios de la vivienda, los tiempos y costos en trámites para la construcción, los procesos para la expedición de licencias de construcción los requerimientos de las entidades territoriales, la rápida urbanización, el aumento de barrios marginales, la conveniencia de la

iv) El lugar: La investigación hace un análisis de las transformaciones del derecho local. Ello no implica que se desconozca que las decisiones sobre el modelo de acceso a la vivienda y las reglas contractuales se enmarcan en un cuadro geográfico mayor[3], y por ello, la explicación de ciertos fenómenos normativos locales se realiza a partir de elementos incluidos en instrumentos internacionales económicos y de derechos humanos. Como se expondrá, tales instrumentos internacionales han influido en el desarrollo del contenido y exigibilidad del derecho a la vivienda, en el sentido de las decisiones sobre el modelo contractual de acceso y en la construcción de los ciudadanos como consumidores de derechos sociales.

v) Ubicación temporal: Este trabajo, que tiene por objeto de estudio la regulación contractual creada para la protección de los derechos habitacionales de los consumidores, se sitúa en un marco temporal específico: desde la última década del siglo XX hasta el Plan Nacional de Desarrollo que termina en el año 2018. Sin desconocer los antecedentes que explican el actual sistema contractual de vivienda, los cuales son estudiados en el primer capítulo, este trabajo se concentra en el marco temporal que comienza en los inicios de los noventa, pues en ese periodo varios ingredientes se reunieron para dar paso al modelo actual de acceso a la vivienda: a) la entrada en vigencia de un importante paquete regulatorio que materializó el cambio de modelo para el acceso a la vivienda al sustituir el esquema en el cual el Estado era directamente constructor, financiador y vendedor de viviendas por un modelo de mercado con subsidio a la demanda; b) la promulgación de la Constitución que incluyó al consumidor como un sujeto de protección y a la vivienda como un derecho social

actual política de subsidios, los asentamientos informales, la vivienda rural, las ventas ilegales de terrenos para construcción, las políticas sobre vivienda rural son, indudablemente, problemas importantes que, por el objetivo de esta tesis, no serán abordados en este lugar. Dado que la tesis se concentra en las relaciones contractuales individuales tales asuntos serán dejados de lado, pues desbordan el problema de investigación.

[3] Los problemas vinculados con el acceso a la vivienda se enmarcan en los múltiples fenómenos globales sobre el acceso a bienes de subsistencia mediante el mercado. Ello es explicado así por Gerardo Pisarello: "La falta de techo, sin perjuicio de su autonomía como problema social, es sólo el síntoma de una tendencia estructural más amplia y de alcances globales: la creciente mercantilización y concentración de recursos elementales para la supervivencia de las personas –no sólo de la vivienda sino también del agua potable, de los medicamentos o de las semillas para cultivo- provocadas por fenómenos como los programas de ajuste estructural, la volatilidad de los capitales financieros, la especulación en la propiedad de la tierra, las privatizaciones, el peso exorbitante de las deudas externas o las asimétricas relaciones de intercambio establecidas entre el norte opulento y el sur y el este empobrecidos" (Pisarello, 2004, págs. 261 y 262).

y con ello, el inicio de la jurisprudencia constitucional que ha creado diversas reglas contractuales y c) la expedición de la Observación General No. 4 sobre Vivienda Adecuada del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1991), la cual ha sido un instrumento con innegable incidencia en la forma de comprensión de los contratos de vivienda en Colombia.

II. Justificación

La relevancia de esta investigación radica en, al menos, cuatro grupos de razones:

(i) Esta tesis reflexiona sobre el ejercicio del derecho contractual privado en escenarios en los que converge con los reclamos sociales que piden reconocer la desigualdad material de ciertos contratantes. Los contornos de la relación entre la autonomía contractual[4] y los derechos sociales[5] están lejos de ser tranquilos, pues además de ubicarse en los polos de usual enfrentamiento teórico (derechos liberales y dirigismo contractual), reflejan distintas concepciones sobre la función del contrato y el papel del Estado en la autorregulación de intereses. De esa forma, esta investigación contribuye a estos debates estructurales y permite responder a algunas críticas que se realizan a la dogmática del derecho privado en Colombia, según las cuales el derecho de la propiedad y de los contratos se ha abordado al margen de la realidad del país haciendo abstracción del origen de las reglas y de las repercusiones sociales que generan. Así, se señala desde una visión crítica, que la dogmática del derecho privado local se ha dedicado a clasificar, categorizar y describir instituciones que considera propias, y lo ha hecho sin un contexto que permita

[4] Aunque la doctrina ha hecho importantes esfuerzos por diferenciar las expresiones "autonomía de la voluntad", "autonomía contractual", "libertad contractual", "autonomía privada", este texto los usará indistintamente. Algunas precisiones sobre el uso de las mencionadas nociones pueden ser consultadas en Luigi (1969).

[5] En este texto se utilizará la expresión "Derechos sociales" para hacer referencia a aquellos que históricamente se han denominado así por ser mencionados en el catálogo de derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 –PIDESC-. Ello no implica que la investigación desconozca que varios de ellos tienen también la categoría de fundamentales o los avances teóricos que se han preocupado por eliminar las clasificaciones de derechos.

entender los conflictos sociales que envuelven en la práctica las relaciones de propiedad y de los contratos que permiten acceder a ella (Arango, 2009; Rengifo, 2011).

Por ello, preguntarse por la manera en la que la concepción de la vivienda como derecho humano ha contribuido a la construcción de las reglas de protección contractual de los consumidores permite: (a) reconocer los retos a los que se enfrenta el derecho contractual en sociedades con bienes básicos insatisfechos y (b) responder a las críticas que señalan que tanto la construcción como el estudio del derecho privado han olvidado una realidad compleja en la que los ciudadanos, más que agentes económicos, son personas en condiciones de pobreza, de discapacidad, víctimas de desplazamiento, damnificados, personas que sufren enfermedades degenerativas o catastróficas, madres cabeza de familia, ancianos desamparados, desempleados, etc.

(ii) Desde la perspectiva del derecho a la vivienda, este trabajo contribuye a demostrar que el lugar en el que las personas desarrollan su plan de vida, más que una aspiración, comporta derechos subjetivos exigibles en el marco de relaciones contractuales. Así, la consideración de las herramientas de protección contractual como una garantía para la realización del derecho a la vivienda podría contribuir a los esfuerzos por dotar de eficacia a los derechos considerados de segunda generación[6]. La forma en la que los instrumentos internacionales sobre derechos sociales han incluido a las herramientas de protección contractual como parte del contenido del derecho a la vivienda servirá para entender las razones de algunas reglas que reflejan una perspectiva constitucional del derecho contractual que entiende que el contrato no es un instrumento ajeno a las preocupaciones sobre la eficacia del derecho a la vivienda. En ese sentido, este trabajo, al analizar el vínculo entre los instrumentos internacionales sobre derechos sociales y el derecho contractual local, aborda una interesante relación poco explorada doctrinalmente.

[6] La explicación dominante en materia de derechos sociales es que estos fueron reconocidos después de los derechos civiles y políticos y por ello, suele identificárseles como derechos de segunda generación al ubicarse su surgimiento en la segunda mitad del siglo XX. Frente a esa tesis, Gerardo Pisarello sostiene que la historia moderna de los derechos sociales se inscribe a mediados del siglo XIX y que incluso tanto en la antigüedad como en el medioevo pueden rastrearse instituciones que buscaban resolver situaciones de exclusión mediante derechos de asistencia a la tierra o alimentos básicos (Pisarello, 2007, págs. 19-36).

(iii) El análisis de las herramientas de protección contractual de la vivienda como un producto de la compleja forma en la que diversos actores se interrelacionan para definirlas permite comprender las razones de las reglas y situarlas en un contexto determinado tanto por decisiones coyunturales de política pública como por desarrollos teóricos en materia de derechos sociales y de derecho del consumo.

Así, la definición 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 creada para atender al sector vivienda, en el sistema especializado de financiación, en la promulgación de un profuso y disperso marco normativo y en las constantes iniciativas legislativas que se han presentado desde diversos sectores. Igualmente, las reglas sobre los contratos de vivienda importan a los agentes económicos que participan en el mercado de inmuebles, a las organizaciones internacionales económicas y de derechos humanos, a quienes diseñan políticas públicas y a los jueces civiles y constitucionales que resuelven los litigios sobre los derechos contractuales habitacionales.

Y por supuesto, las reglas sobre las relaciones contractuales en materia de financiación y tenencia interesan a los ciudadanos categorizados como consumidores de vivienda. Tanto los contratos como los instrumentos de protección que de estos se derivan reflejan un ámbito práctico en el que se disputa la exigibilidad cotidiana de la vivienda. Así, este trabajo permite evidenciar la forma en la que aterrizan las decisiones sobre el modelo de acceso a la vivienda en las condiciones contractuales individuales de goce de este derecho. La obsesión por promover el acceso a la propiedad habitacional financiada y las demás modalidades contractuales que permitieron otras clases de tenencia[7], merecen, por su importancia en la cotidianidad de los individuos, ser examinadas como condiciones

[7] Según las últimas cifras oficiales, el 45.9% de los hogares colombianos vive en condición de propietarios, el 37.3% vive en calidad de arrendatarios o subarrendatarios, el 14.5% vive "con permiso del propietario, sin pago alguno (usufructuario)" y el 2.2% vive bajo otro esquema de tenencia como ocupación de hecho o propiedad colectiva (Departamento Nacional de Estadística- DANE, 2016). Para el 2018 se esperan cifras actualizadas sobre déficit habitacional calculadas en el Censo Nacional de Población y Vivienda 2018, las cuales no han sido publicadas para el momento en el que se termina este texto (junio de 2018).

necesarias que contribuyen a la protección del goce de un derecho cuyos índices de satisfacción son preocupantes[8].

(iv) Son numerosos los trabajos que desde el punto económico y urbanístico abordan los problemas de acceso a la vivienda como uno de los más angustiantes en países pobres y desarrollados. Los mayores desarrollos desde la perspectiva jurídica se han realizado desde la perspectiva constitucional que ha estudiado a la vivienda en el marco de los derechos sociales, explorando desde esta categoría, las obligaciones del Estado, las implicaciones de su naturaleza y los mecanismos para su exigibilidad (Arango, 2012; Galvis, 2014; Uprimny, García, Rodríguez, 2006; Uprimny, 2006; Quinche, 2015). Así las cosas, este trabajo pretende ser un aporte al derecho del consumo, los derechos sociales y las políticas públicas como escenarios teóricos que atraviesan el acceso contractual a una vivienda y que han sido analizados por la doctrina de manera separada.

III. Metodología

El objetivo general de esta investigación doctoral es analizar la incidencia que en el proceso de construcción de las reglas que conforman el derecho contractual de protección al consumidor de vivienda ha tenido la concepción de la vivienda como derecho humano en el marco de las formas de consumo determinadas por la política habitacional de la última década del siglo XX en Colombia. Adelantar una investigación con ese propósito implica abordar objetivos específicos en diferentes niveles metodológicos:

(i) Según se ha mencionado, el objeto de estudio de este trabajo está conformado por las reglas que contienen herramientas contractuales de protección a las distintas formas de tenencia habitacional en Colombia. La diversidad y dispersión normativa sobre los contratos

[8] Según el Censo General realizado entre mayo del 2005 y mayo del 2006, para el 2005 existían 8.210.347 de hogares urbanos, de los cuales el 27% (2.216.863 hogares) tenía alguna carencia en materia habitacional. De esos hogares con déficit habitacional, 1.031.256 (12.56%) se encontraban en déficit cuantitativo y 1.185.607 (14.44%) en déficit cualitativo (DANE, 2005). En el 2013, la Gran Encuesta Integrada de Hogares -GEIH (DANE, 2013) reflejó que, con corte al tercer trimestre del 2013, el déficit cuantitativo urbano aproximado es de 493.805 (4.8%) y el déficit cualitativo es de 1.303.043 hogares urbanos (12.8%). Así, el porcentaje de hogares con carencias habitacionales según esa medición es de 14.9% para el 2013.

de vivienda, las diferentes fuentes de creación de las reglas y los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales dificultan la apreciación sistemática de la materia y hacen que el trabajo acuda a métodos de investigación descriptivos con el objetivo específico de identificar las reglas legales y jurisprudenciales que se refieren a asuntos relacionados con la protección al consumidor[9]. Así mismo, el trabajo acude a métodos descriptivos para reconstruir las diferentes posturas que interpretan la naturaleza, contenido y exigibilidad del derecho a la vivienda y que han incluido a las relaciones contractuales de vivienda como parte del contenido de este derecho.

Ahora bien, en este punto es importante advertir que el propósito de este trabajo no es ofrecer una exhaustiva revisión normativa sobre los contratos de vivienda. Sus intenciones son al mismo tiempo más modestas y más amplias, pues pretende entender las razones que sustentan el sentido del derecho creado con el propósito de proteger a la vivienda en el marco de una relación contractual. Así, este trabajo no está interesado en la descripción estática del universo de reglas que conforman el "sistema abierto de fuentes" (Cortés, 2007) que caracteriza hoy al derecho, sino en encontrar la forma en la que las decisiones políticas sobre el modelo de vivienda descienden en reglas que definen el comportamiento contractual de las partes en los contratos de vivienda.

(ii) La investigación está preocupada por ubicar al consumidor de vivienda y a las reglas que se han creado para su protección en un contexto determinado y como el resultado de un proceso en el que confluyen diversas decisiones sobre la forma en la que una sociedad determina qué es la vivienda y cómo se accede a ella. Así, más allá de describir una fotografía de la regulación sobre vivienda, este trabajo busca comprender la realidad social que subyace a las relaciones contractuales. Por ello, y teniendo en cuenta que "la puesta en

[9] Las actividades descriptivas que se llevan a cabo no implican una tarea sencilla. En efecto las regulaciones sobre asuntos de vivienda están dispersas en múltiples lugares. La caracterización de la situación del derecho de los contratos de vivienda, un derecho profundamente sofisticado, inmenso e imparable, constituye así una empresa compleja. En efecto, "la actualidad presenta enormes retos para los juristas: el mundo en que vivimos y las normas que rigen efectivamente en él suelen provenir de una pluralidad de fuentes, muchas de ellas ajenas al Estado y sus instituciones de creación de normas. De modo que si antes dije que la identificación del derecho era algo normalmente sencillo, habría que matizar ahora dicha afirmación, pues en determinados ámbitos eso comienza a tener no pocas excepciones cuando la pregunta que nos hacemos es ¿qué reglas de hecho rigen el caso X?" (Cruz, 2006, p. 23).

contexto de normas, sentencias o construcciones dogmáticas ofrece la posibilidad de vislumbrar con mayor facilidad los valores y fines que ellas consagran" (Courtis, 2006a, p. 149), esta investigación ubica a las reglas sobre los contratos para el acceso a la tenencia o propiedad habitacional en el contexto económico, social y político en el cual fueron creadas y reconstruye la estructuración de la figura subjetiva del consumidor a través del proceso histórico en el que se hizo visible en la agenda política. Así, se identifican tres modelos adoptados durante 100 años de políticas habitacionales y se analizan las implicaciones de estos en la construcción de las reglas que se desarrollan alrededor de la categoría "consumidor de vivienda", en términos del reconocimiento y protección contractual del derecho a la vivienda.

(iii) La reconstrucción del derecho contractual de la vivienda se realiza a partir de tres categorías fundamentales: la vivienda como bien de consumo, la vivienda como derecho y como un instrumento de política económica. Así, además de las labores reconstructivas, la investigación lleva a cabo tareas analíticas que permiten abstraer esas categorías que se encuentran presentes a lo largo del texto y que sirven para comprender diferentes perspectivas sobre el derecho de protección a los consumidores. Así, la perspectiva de la vivienda como bien explica el sentido de las reglas generales de derecho privado que gobiernan las relaciones transaccionales de consumo; el entendimiento de la vivienda como derecho determina el desarrollo de reglas provenientes de los jueces constitucionales y la construcción de derechos habitacionales y, por último, la consideración de la vivienda como herramienta de política económica permite comprender la expedición de políticas habitacionales que tienen en consideración a los negocios sobre la vivienda por su relevancia para la economía y para la reducción del déficit habitacional.

(iv) El trabajo considera las herramientas de protección contractual como el resultado de disputas entre diversos actores que están interesados en el sentido de las normas sobre la vivienda[10]. Así, la tesis ofrece justificaciones valorativas a las reglas de protección

[10] La importancia de los relatos de diferentes actores involucrados en el proceso de creación del derecho es resaltada así: "lo jurídico no son sólo las normas plasmadas en leyes y códigos, (…) sino que puede verse en un sentido más amplio como la actividad de funcionarios que aplican esas normas, los procedimientos que se establecen que regulan y distribuyen el poder, los comportamientos de una serie de agentes que obedecen o

contractual y para ello intenta develar las preferencias axiológicas que llevan a adoptar una determinada decisión sobre la forma en la que se celebran los contratos, en su contenido obligacional, los efectos del incumplimiento, etc. De esa forma, este trabajo intenta "captar el sentido de un conjunto normativo dado, a partir de su correlación con una concepción política o con una cosmovisión más amplia" (Courtis, 2006a, p. 149) y por ello, da cuenta de las reglas que reflejan la visión constitucional sobre la justicia contractual, la equidad, el respeto a la palabra dada, la solidaridad, las cuales parecen oponerse a la visión liberal del derecho contractual.

La investigación reconstruye las cuestiones de derecho contractual de forma no convencional en la tradición jurídica propia del estudio sobre tipos contractuales. Así, el texto no acude al uso de metodologías formalistas[11] para explicar el derecho de los contratos de vivienda y por ello, el trabajo no describe el objeto, los elementos esenciales, naturales o accidentales, las obligaciones de las partes, las causales de terminación, etc. de cada uno de los contratos que permiten el acceso a la tenencia de vivienda ni señala un catálogo exhaustivo de mecanismos contractuales de protección a los consumidores, sino que intenta hacer relatos sobre la forma en la que hablan los "constitucionalistas" y los "privatistas" en los litigios en los que se discuten asuntos contractuales en materia de vivienda.

(v) Desde una perspectiva más amplia, este trabajo contribuye a la construcción de preguntas más complejas relacionadas con el camino para lograr relaciones contractuales más justas, equitativas, solidarias y sensibles a los problemas sociales en el contexto colombiano.

El cambio en la concepción del Estado que se traduce en la garantía a todos los

transgreden dichas normas, los comportamientos que generan hábitos que se interpretan luego como reglas. Todo ello conecta e interactúa con factores de índole económica, política, social, cultural, religiosa, etcétera" (Cruz, 2006, p. 35).

[11] La categoría "formalismo legal" es usada en diferentes escenarios en diversos sentidos. El sentido al que aquí se hace referencia es aquel que lo identifica como "una serie de técnicas de interpretación legal que se basan en el significado de las normas (tanto si están establecida de forma privada, como en los contratos, o públicamente, como en los códigos), sin hacer referencia a los propósitos de las normas, a la política general que subyace al ordenamiento jurídico o a las preferencias extrajurídicas del intérprete" [Traducción libre] (Kennedy, 2001, p. 8634). Así se trataría de una clase de formalismo en la que se "opta por la identificación de una norma válida aplicable al caso y luego se aplica mediante el análisis de los significados de las palabras que lo componen" [Traducción libre] (Kennedy, 2001, p. 8634).

ciudadanos de un umbral de protección social transformó también elementos definitorios de la noción de contrato como la autonomía contractual, la igualdad contractual, la imposición de obligaciones de cooperación en contratos de cambio y de crédito, las consecuencias del incumplimiento. De esa forma, el trabajo presenta los límites y las oportunidades del derecho contractual para proteger la vivienda de los consumidores.

Así, la construcción de un marco contractual que define la protección a los consumidores de vivienda suscita agudas cuestiones referidas, por ejemplo, (a) al grado de intervención judicial y legal en los contratos que permiten el acceso a una vivienda; (b) al alcance de fórmulas utilizadas por el lenguaje de los derechos humanos en la concreción de obligaciones contractuales; (c) a las posibilidades que tiene el derecho contractual de consumo como herramienta de respeto, protección y satisfacción de derechos sociales; (d) a la manera en la que la protección a la vivienda como derecho humano ha impactado los supuestos de la teoría general del contrato y de algunos contratos tipo y (e) a la forma en la que se han entendido la función social del contrato, la solidaridad contractual, la autonomía de la voluntad, la buena fe, la justicia contractual en las relaciones negociales habitacionales.

Es importante advertir que la investigación no pretende hacer propuestas sobre pautas óptimas de protección al consumidor ni formular políticas para solucionar los problemas de vivienda; se enfoca en reconstruir las reglas y justificar el sentido de estas tratando de identificar el lugar del derecho contractual en el sistema de acceso a la vivienda en Colombia.

Finalmente, es importante indicar que en desarrollo de la investigación doctoral y, siguiendo la política del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario, algunas ideas preliminares han sido publicadas en textos arbitrados[12]. Ello ha permitido poner a prueba algunos avances que fueron surgiendo durante la investigación. De esa

[12] Tales publicaciones han sido: "Derecho del consumo en materia de vivienda. Desafíos para el derecho contractual desde la jurisprudencia constitucional" (2014); "Instrumentos internacionales de derechos socioeconómicos. Una revisión a partir de la realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia" (2015); "Un derecho contractual para la vivienda" (2016); "Viviendo bajo un contrato: la constitucionalización del derecho contractual" (2016) y "La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia. Una narración sobre la intervención constitucional en los contratos de vivienda" (2017).

forma, las ideas presentadas en este documento son el producto final de un proceso que ha mostrado resultados preliminares.

V. La estructura

El texto se divide en dos partes. La primera se encarga de estudiar al consumidor de vivienda como el supuesto que determina las consecuencias regulatorias que se abordan en la segunda parte del trabajo. Así, la estructura da cuenta del problema de investigación, puesto que, en primer lugar, se concentra en quién es el consumidor de vivienda en el contexto de las políticas habitacionales (i), y, en segundo lugar, el texto evidencia cómo se han construido las reglas para su protección contractual a partir del derecho a la vivienda (ii).

i) La primera parte sitúa las formas contractuales de acceso a una vivienda en las políticas que han intentado encarar los problemas habitacionales desde la primera mitad del siglo XX hasta el Plan de Desarrollo 2014-2018. Este recorrido permite dar cuenta de cómo los contratos de vivienda conviven con la forma de Estado vigente en una sociedad y se transforman irradiados por la concepción que del derecho se tiene en determinado momento. Los dos capítulos que conforman esta parte dibujan el mapa con los actores que participan en el modelo de acceso a la vivienda que privilegia a la propiedad habitacional financiada y categorizan a los consumidores titulares del derecho a la vivienda según el tipo de tenencia habitacional. Así, se realiza una elaboración conceptual de la subjetividad del consumidor como deudor basada en planes de desarrollo, textos legales y decisiones judiciales.

ii) El objetivo de la segunda parte es analizar las reglas creadas para la protección contractual de los consumidores como titulares del derecho a la vivienda. Como una muestra de la apertura de las fuentes del derecho, los capítulos estudian la relación entre instrumentos internacionales de derechos sociales, principios globales de protección a los consumidores y las reglas creadas por el legislador y por la Corte Constitucional para gobernar los contratos de vivienda. Así mismo, esta parte analiza las numerosas decisiones judiciales que aplican directamente la Constitución a los contratos de financiación de

vivienda y que han creado nuevas formas de litigo contractual y de comprensión de las reglas vinculadas con la celebración, ejecución y con el contenido obligacional de este tipo de negocios. El análisis de la jurisprudencia constitucional realizado en la última parte permitirá verificar cómo la construcción de la categoría consumidor de vivienda tiene implicaciones en términos de la justiciabilidad de los derechos habitacionales envueltos en una relación contractual.

I PARTE

EL CONSUMIDOR DE DERECHOS HABITACIONALES

LA CONSTRUCCIÓN DEL SUJETO

INTRODUCCIÓN

El sujeto que interesa a esta investigación es aquel que, como titular del derecho a la vivienda es objeto de protección por parte del derecho del consumo. Es decir, aquel sujeto en el que convergen las normas de protección contractual, al ostentar la posición de consumidor de un bien inmueble, y que también ha recibido atención por parte de los instrumentos que han desarrollado el derecho a la vivienda, pues como ser humano es titular de derechos habitacionales.

Demostrar la importancia de la vivienda para la existencia de las personas no requiere esfuerzos heroicos. La vivienda es el lugar "en donde se encuentra arraigo en el mundo" (Ministerio de Desarrollo Económico, 1996, p. 75), pues fomenta el desarrollo individual, familiar y social de las personas, "añadiendo a su identidad el lugar donde se habita" (Corte Constitucional, T-908 de 2012). Es un espacio de intimidad[13], "un referente espacial que le permite al hombre tener un punto fijo" (DANE, 2009, p. 20). La relación entre los hombres y su espacio es tan importante que el desarrollo de la humanidad puede ser explicado a partir de la forma de vivienda: "de los nómadas a las cavernas, de los bohíos a las casas, de las casas a los edificios, toda la evolución del hombre se traduce en su forma de vivienda" (Corte Constitucional, C-575 de 1992)[14].

[13] La vivienda permite la intimidad, pues "establece una ruptura dentro del espacio. De una parte, aparece el espacio exterior como escenario de la actividad en el mundo en el cual hay que superar siempre dificultades y defenderse del enemigo, es el espacio del desamparo, de los peligros y del abandono. Y de otra, el espacio interior como espacio de la tranquilidad y de la paz" (Ministerio de Desarrollo Económico, 1996, p. 76).

[14] Este aparte es luego citado en las sentencias T-308 de 1993, T-617 de 1995, T-1165 de 2001, T-1091 de 2005.

Es, indudablemente, un bien básico para satisfacer las necesidades de subsistencia y protección, "un elemento fundamental del bienestar de las personas" (Corporación Andina de Fomento-CAF, 2017, p. 175).

La vivienda es también una inversión durable, un bien privado propio o ajeno sobre el que pueden ser realizados múltiples negocios jurídicos, entre los cuales interesan a este trabajo aquellos en los que una de las partes actúa con la finalidad de satisfacer sus necesidades habitacionales personales o familiares.

Así, esta primera parte de la tesis, dividida en dos capítulos, presenta los elementos del escenario en el que se ha construido la subjetividad de ese sujeto, que mediante un contrato accede a una vivienda, la cual es tratada como un bien de consumo básico y como un derecho, y que, dada la magnitud de las transacciones, también es analizada como un instrumento de política macroeconómica.

El primer capítulo, denominado "el consumidor de vivienda: una invención de la política habitacional", analiza las decisiones de política pública que, desde la primera mitad del siglo XX hasta el Plan de Desarrollo 2014-2018, determinan el esquema general de acceso a una vivienda. El capítulo estudia las decisiones de política habitacional en términos de las modalidades contractuales estructuradas para acceder a una vivienda e identifica a los actores que participan en el mercado habitacional[15] resaltando especialmente al consumidor, como destinatario de las decisiones sobre la forma de alcanzar una vivienda. El segundo capítulo, que lleva por nombre "el consumidor de vivienda como titular de derechos: la reacción al modelo de acceso", completa el escenario en el cuál surge el consumidor de vivienda como sujeto de tutela tanto por el derecho del consumo como desde el derecho a la vivienda. De esa forma, el capítulo examina los criterios que se han utilizado para definir quién es el consumidor de derechos habitacionales y cuáles son las razones para su protección.

[15] Como se verá, la determinación de dejar el acceso a la vivienda al mercado es el resultado de múltiples fenómenos en una "realidad social multifactorial, donde el derecho es solo uno de los factores o aspectos relevantes" (Cruz, 2006, p. 35).

PRIMER CAPÍTULO

EL CONSUMIDOR DE VIVIENDA: UNA INVENCIÓN DE LA POLÍTICA HABITACIONAL

SUMARIO

Consideraciones preliminares. Las políticas habitacionales y el derecho contractual de la vivienda. ***1****. EL ESTADO COMO PROTAGONISTA EN LOS NEGOCIOS SOBRE VIVIENDA.* ***1.1.*** *El Estado constructor, vendedor, arrendador y acreedor.* ***1.2.*** *Dirigismo estatal en materia contractual.* ***1.3.*** *La vivienda comercial como instrumento de política económica.* ***1.4****. La producción industrial de vivienda y el surgimiento de los consumidores en la agenda política.* ***2****. EL MODELO DE ACCESO A LA PROPIEDAD HABITACIONAL MEDIANTE FINANCIACIÓN PRIVADA.* ***2.1.*** *La desconfianza en el Estado y la fe en el mercado.* ***2.2****. Entre el mercado y los derechos: el consumidor como sujeto de protección en la Constitución.* ***2.3.*** *Rediseño institucional y normativo: la desregulación y la privatización de la construcción y financiación de vivienda.* ***2.4.*** *El entusiasmo por el endeudamiento.* ***3.*** *LA CONSTRUCCIÓN DEL CONSUMIDOR DE VIVIENDA A TRAVÉS DE LA DEUDA.* ***3.1.*** *La crisis hipotecaria y la relevancia constitucional de los deudores hipotecarios.* ***3.2.*** *Después de la crisis: la política de todos propietarios y la hegemonía de la deuda.* ***3.3.*** *Incentivos para el acceso a la propiedad financiada.* ***3.4.*** *Demasiado pobres para ser consumidores.*

Consideraciones preliminares.

Las políticas habitacionales y el derecho contractual de la vivienda

La creación de las numerosas reglas que estructuran los contratos de vivienda se realiza en el marco de las complejidades de la agenda política, las crecientes necesidades habitacionales de los ciudadanos y la gran diversidad de actores interesados en las decisiones sobre el modelo de vivienda en el país.

La definición del modo en el que las personas disfrutan de un techo decente no es en lo absoluto sencilla, pues se desarrolla en el marco de las decisiones, acciones, acuerdos e instrumentos que conforman la política habitacional (Velásquez, 2009, p. 156)[16]. En materia de vivienda, complejos "procesos decisionales" que ocurren en prolongados periodos con la participación de diversos agentes (Pallarés, 1998, p. 143), determinan los tipos de tenencia de vivienda a los que podrían acceder los individuos, las modalidades contractuales para alcanzarlos y las formas de protección de las necesidades habitacionales de quienes, como consumidores, han logrado acceder a una vivienda.

[16] La política habitacional puede ser entendida, adaptando una clásica definición de políticas públicas, como un proceso que integra "decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantados por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática" (Velásquez, 2009, p. 156) en relación con el acceso y protección a una vivienda para todos.

Así, la expresión "política pública" puede ser entendida como un proceso decisional en el que participan diversos actores[17] con el "fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo" (Knoepfel, Larrue, Subirats y Varonne, 2008, p. 36) que, en el caso de la vivienda, y desde la perspectiva de este trabajo, implica la definición de las formas de acceso a un techo decente. Así, al margen de las complejas discusiones sobre el vínculo entre el derecho y las políticas públicas[18], generadas porque este último concepto "no pertenece a ninguna categoría jurídica particular" (Cano, 2014, p. 438), puede afirmarse que una comprensión adecuada del derecho contractual de protección al consumidor de vivienda exige explicaciones sobre la forma en la que las políticas de vivienda han concebido a los ciudadanos destinatarios de las relaciones contractuales de consumo habitacional[19].

[17] La importancia de los actores en la configuración de las decisiones o acciones estatales es resaltada en varias nociones sobre políticas públicas. Una de esas definiciones que con gran fuerza otorga un papel protagónico a los actores es aquella que entiende a las políticas públicas como "una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos - cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían- a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales)" (Knoepfel, Larrue, Subirats, Varonne, 2008, p. 36).

[18] La relación entre esas reglas sobre los contratos para lograr la tenencia de vivienda y las políticas para la solución de los problemas habitacionales se explica bien porque se considere que la expedición de las normas sobre asuntos de vivienda "preside el desarrollo de la política pública" (T-499 de 1995) o porque se estime que es la política pública la que incorpora las leyes, pues estas son una herramienta de "acción pública" (Knoepfel, Larrue, Subirats, Varonne, 2008, p. 37). Para otros el derecho no es más que un recurso técnico para la acción del Estado y ello explica por qué el análisis de las políticas públicas ha sido usualmente un asunto de politólogos y economistas (1992, págs. 26-32): "Leyes, decretos, y órdenes no significan *ipso facto* políticas reglamentarias, existen políticas de orden distributivo, redistributivo o constitutivo que se apoyan o no sobre textos legales. El recurso a textos con valor jurídico no es más que una de las técnicas de que dispone la autoridad pública para actuar: puede gravar, edificar, hablar, subvencionar, negociar, etc." (Mény y Thoening, 1992, p. 100).

[19] Después de analizar la forma y los escenarios en los que la jurisprudencia constitucional se ha referido a las políticas públicas, Cano (2014) indicó que la Corte Constitucional, "alude indistintamente a política pública como 'potestad reglamentaria', 'política legislativa o reglamentaria', 'política estatal', 'política institucional', planes, programas y proyectos" (p. 447). Respecto de relación entre política pública y ley, Cano Blandón encontró que las decisiones de la Corte han abordado la relación de diversas maneras. Así, en ocasiones han encontrado que la ley "es el marco general" y la política su reglamentación por lo que, en esta acepción, la Corte "parece radicar la función del diseño de la política en la cabeza del legislador", mientras que en otras decisiones "parece sostener una relación complementaria entre la ley y la política pública al punto de considera deseable que la ley se materialice en esta". En la primera acepción la política pública "hace parte de la implementación de la ley" y en la segunda perspectiva, la Corte estima que "existe una especie de reserva de ley para formular la política pública (2014, págs. 450 y 451).

En Colombia, el modelo actual de acceso a una vivienda ofrece la satisfacción de las necesidades habitacionales en el mercado mediante transacciones reguladas por el derecho privado[20]. En este esquema, el Estado tiene a su cargo dos roles principales: fijar el marco general para que los particulares celebren los negocios sobre las viviendas y crear incentivos con el objetivo de estimular el mercado inmobiliario para que se celebren el máximo de transacciones posibles[21]. Para cumplir sus funciones, el Estado emplea instrumentos de política pública que permiten diseñar e implementar acciones para dar respuesta a las necesidades habitacionales de los consumidores[22]. Las normas son precisamente una de esas poderosas herramientas de acción del Estado, pues mediante ellas "los poderes públicos autorizan y establecen las actividades que constituyen las políticas" (Pallarés, 1998, p. 145).

De esa forma, se advertirá en este capítulo que las normas sobre las modalidades contractuales para el acceso a la vivienda han aparecido como instrumentos para responder a las necesidades de los consumidores como destinatarios del modelo de acceso. De esa forma, en el marco de los procesos que configuran la política de vivienda, "el Legislador como máximo mediador del conflicto social" (Corte Constitucional, C-006 de 1993) ha construido de manera gradual las reglas sobre las modalidades contractuales habitacionales. En esa construcción también ha participado la Corte Constitucional mediante la adaptación de algunas reglas de los códigos de derecho privado a los requerimientos que exige la protección a los derechos habitacionales de los consumidores.

[20] Para tratar de identificar los usos que se hacen de la categoría "Derecho Privado" seguiré en la investigación los planteamientos de Bobbio quien ha establecido algunas categorías que permitirían identificar en qué casos puede hablarse de Derecho privado o Derecho público. Así, por ejemplo, para Bobbio la distinción sirve para diferenciar la sociedad política de la sociedad económica, pues mientras la primera solo puede explicarse por relaciones de sujeción, la segunda, en economías de mercado, se explica de mejor manera mediante la existencia de relaciones entre iguales (Bobbio, 1999, págs. 13-18).

[21] La literatura sobre políticas públicas en materia de vivienda ha denominado al modelo que comenzó en 1990 como "la concepción de mercado y los subsidios a la demanda" (Ceballos y Saldarriaga 2008, p. 268; Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 41).

[22] Las políticas públicas son consideradas indispensables para el efectivo cumplimiento de derechos sociales y en esa medida la jurisprudencia constitucional se ha referido en múltiples ocasiones a la conexión entre éstas y la realización del derecho a la vivienda. En estas sentencias aparece una relación entre las políticas públicas y la faceta prestacional del derecho a la vivienda: Corte Constitucional, T-602 de 2003, T-025 de 2004, T-585 de 2008, T-630 del 2008, C- 423 de 2005, T-675 del 2011.

Así las cosas, en desarrollo del supuesto según el cual, el sentido y estructura de las reglas que gobiernan la protección al consumidor de vivienda puede explicarse como el resultado de las transformaciones en la política habitacional[23], este capítulo tiene como propósito hacer un recorrido por la evolución reciente del derecho contractual de la vivienda a partir de los cambios en las determinaciones de política habitacional en Colombia[24].

Metodológicamente, el capítulo hace un recuento cronológico que divide los últimos 100 años de políticas habitacionales en tres momentos claves que permiten comprender el lugar del consumidor en los modelos contractuales marcados por las decisiones públicas sobre el acceso a una vivienda en la actualidad[25]. Como antecedente próximo al modelo actual, el capítulo comenzará con el estudio del esquema intervencionista vigente desde la primera mitad del siglo XX hasta los años setenta, en el que el Estado, además de intervenir en la regulación de los contratos, era directamente constructor, vendedor, arrendador, acreedor y analiza el paulatino desmonte de esta intervención estatal **(1)**. Seguidamente, se estudiará el escenario político y económico que despide al siglo XX y que le da la bienvenida al modelo de mercado en el que el acceso a la vivienda mediante financiación es el eje de la política pública habitacional **(2).** Luego, se analizará la relevancia constitucional que ganaron los deudores de crédito para vivienda marcados por la crisis hipotecaria de 1999, cuyas consecuencias, a pesar del tiempo transcurrido, no dejan de sentirse **(3)**.

[23] Ese supuesto resulta también de la idea según la cual las normas "encarnan justamente modos de concebir y valorar áreas de la realidad social que, se supone, aquéllas están destinadas a regular" (Courtis, 2006b, p. 355).

[24] Siguiendo a Courtis (2006a), este capítulo acude al método de investigación denominado "análisis ideológico del derecho". Según este autor, "la puesta en contexto de normas, sentencias o construcciones dogmáticas ofrece la posibilidad de vislumbrar con mayor facilidad los valores y fines que ellas consagran" (p. 149).

[25] Teniendo en cuenta que la investigación se sitúa temporalmente a partir de 1991, la alusión a la política anterior a ese momento tiene como único propósito ubicar los antecedentes del esquema actual de acceso contractual a la vivienda por lo que, se enfoca en los asuntos principales que sirven para ese propósito general.

1. El Estado como protagonista en los negocios sobre vivienda

Entre la década de los treinta y comienzos de los setenta del siglo XX, el Estado participaba directamente en los negocios relacionados con vivienda mediante instituciones públicas que construían, vendían a plazo y concedían crédito para la compra de bienes destinados a uso habitacional **(1.1)**. Además del diseño institucional, el rol activo del Estado se manifestó en la defensa del intervencionismo regulatorio en las relaciones contractuales que permitían satisfacer las necesidades habitacionales de los individuos **(1.2)**. Posteriormente, entre 1972 y el final de la década de los noventa, los gobiernos concibieron a la vivienda como un instrumento para la definición de políticas macroeconómicas y no como un objetivo de la política social **(1.3)**. Así, los planes de desarrollo promovieron la producción industrial de unidades habitacionales y ello implicó la aparición de unas tenues menciones al consumidor, el cual comenzó a asomarse en la regulación como un sujeto que merece atención estatal **(1.4).**

1.1. El Estado constructor, vendedor, arrendador y acreedor

Durante la primera parte de los años veinte se diseñó la estructura institucional en materia financiera siguiendo las recomendaciones de los expertos que conformaron la Misión Kemmerer[26]. Así, se crearon el Banco de la República (Ley 25 de 1923), la Superintendencia Bancaria (Ley 45 de 1923) y los primeros bancos hipotecarios como el

[26] En 1923, el presidente Pedro Nel Ospina contrató un grupo de expertos financieros norteamericanos cuyo trabajo se denominó la Misión Kemmerer. Esa misión financiera tenía como propósito hacer "propuestas en materias monetaria, bancaria y fiscal (…). Edwin W. Kemmerer fue el director de la Misión; Howard M. Jefferson, del Federal Reserve Bank de New York, experto en organización bancaria; Fred R. Fairchild, profesor de economía política en la Universidad de Yale, consejero en asuntos tributarios y Thomas R. Lill en contabilidad y organización financiera" (Valencia, 1987, p. 11). El trabajo desarrollado por estos expertos ha sido fundamental para el desarrollo del sistema financiero en Colombia, pues la Misión presentó los proyectos de ley que concluyeron con la creación de la Superintendencia Bancaria, el Banco de la República y la Contraloría General. Este conjunto de leyes conformó "un marco institucional apropiado para el crecimiento y desarrollo de muchos sectores fundamentales de la economía nacional" (López, 2003, p. 2).

Banco Agrícola Hipotecario, el Banco Hipotecario de Bogotá y el Banco Hipotecario de Colombia. Sin embargo, estos bancos tuvieron una vida muy corta debido a que sobrevino la crisis económica mundial de 1929 y con ella, el cierre del crédito externo[27], el cual era su principal fuente de financiación (Robledo, 1985, p. 41).

Sumado al cierre de la recién creada banca hipotecaria, se liquidaron también 30 bancos privados de los 44 que operaban en 1923, especialmente bancos regionales con lo cual se configuró una "verdadera masacre bancaria"[28] (Arango y Child, 1984, p. 97). Esta etapa de grandes reconfiguraciones se superó gracias a las medidas de salvamento estatales[29] que terminaron por concentrar y "bogotanizar" el capital bancario[30].

Las grandes transformaciones en el sistema bancario coincidieron con el surgimiento del intervencionismo moderno[31]. En efecto, "antes de la crisis mundial las esferas de acción del gobierno estaban circunscritas a unos pocos frentes y, ante todo, no existía la concepción del Estado como el gran regulador de la actividad económica" (Ocampo, 1997, p. 292). Una de las medidas de intervención fue la creación del Banco Central Hipotecario (1932),

[27] La estructura de financiación de la banca es explicada por Caballero y Urrutia (2005) quienes concluyen que "la Banca Hipotecaria dependía del financiamiento externo por lo cual era vulnerable a choques externos adversos como el de 1928-1929" (p. 13).

[28] Durante la década de los setenta del siglo XIX se dinamizó el desarrollo bancario colombiano, especialmente en las provincias: "Los comerciantes y prestamistas de provincia participaron con ímpetu en la fundación de bancos. Entre 1880 y 1920 se fundaron en 23 provincias colombianas más de 90 bancos, desde Pasto y Popayán, hasta Sincelejo y Barranquilla, pasando por Sonsón, Medellín, Manizales y Pamplona. Aquellos bancos regionales fueron fruto del esfuerzo de los más destacados comerciantes, industriales, agricultores y hombres públicos locales (Arango y Child, 1984, p. 97)

[29] Una de las medidas de intervención consistió en que el Gobierno tomó medidas de salvamento que implicaron la compra de cartera mediante bonos estatales (Namen y Urrutia, 2012, p. 284). Caballero y Urrutia explican cómo la intervención estatal en la banca hipotecaria fue determinante para superar la crisis: "a fines de 1933 la crisis económica y el colapso bancario habían quedado atrás. En 1934 la perspectiva económica era completamente diferente a la de 1931. La crisis se había superado" (2005, p. 17).

[30] Mario Arango y Jorge Child (1984) explican este interesante proceso de concentración y bogotanización de la banca así: "Con la fundación del Banco de la República, la expedición de las normas reguladoras para la banca privada y la "rebatiña" financiera por la bonanza de dólares, se inicia en el país un proceso de concentración bancaria y financiera, en beneficio de los grandes bancos bogotanos y en detrimento de la banca privada regional" (p. 101).

[31] Esta transformación del Estado y del derecho es explicada así: "Los inicios del siglo XX se caracterizan por la tendencia creciente a intervenir en la esfera del comercio de las mercancías y del trabajo social (…). La Gran Depresión económica de 1929 demostró en forma definitiva que debía abandonarse toda secuela de la vieja escuela liberal y con la amenaza de la revolución social, comienza a grandes marchas el proceso de transformación del Estado y del derecho liberal" (Arrubla, 2013, p. 10).

entidad estatal cuyo objetivo principal fue la realización de operaciones destinadas al financiamiento de viviendas (Superintendencia Bancaria, 1994)[32].

El Banco Central Hipotecario (BCH) no solo concedía créditos para la compra de vivienda, sino que también "construía urbanizaciones que posteriormente vendía a personas naturales. Los beneficiados estaban en el 50% más acaudalado de la población urbana" (Namen y Urrutia, 2012, p. 285). Este banco prestaba a los constructores y compradores de vivienda con intereses más bajos que los del mercado porque financiaba "sus actividades con papeles de baja utilidad para los ahorradores y con inversiones forzosas, también de escaso rendimiento, de instituciones financieras y organismos estatales" (Robledo, 1985, p. 41)[33].

La cobertura del BCH en los estratos bajos era escasa y por ello en 1939 el gobierno decidió crear el Instituto de Crédito Territorial (ICT) cuya meta principal era construir y financiar viviendas para campesinos y empleados pobres. Este instituto como establecimiento público del orden nacional "compraba terrenos y construía urbanizaciones que posteriormente vendía a plazos, a precios e intereses inferiores a los del mercado a familias que cumplieran ciertos criterios" (Namen y Urrutia, 2012, p. 286). Así esta entidad estatal "contrató directamente la construcción de viviendas y concedió créditos de largo plazo a los compradores con tasas de interés negativas en términos reales" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 26)[34]. El ICT diseñaba programas de vivienda y proyectos, actuaba como urbanista, constructor de vivienda y financiador (Günter, 2000, p. 9).

---

[32] La Superintendencia Bancaria explicó la historia legislativa del Banco Central Hipotecario así: "Por medio del Decreto 711 de 1932, el Gobierno Nacional dispuso la organización del Banco Central Hipotecario. En desarrollo de tal facultad, y previos los trámites respectivos, la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución 244 del 6 de junio de 1932, aprobó la organización del Banco Central Hipotecario y lo facultó '(…) para efectuar dentro del territorio de la República, todos los negocios propios de los bancos hipotecarios conforme a la legislación vigente sobre establecimientos bancarios, con las modificaciones introducidas para el presente caso por los decretos legislativos 711 y 945 de 1932'. El artículo 42 del Decreto 80 de 1976 definió la naturaleza jurídica del banco, en la siguiente forma: 'El Banco Central Hipotecario es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen provisto para las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público'" (1994, concepto Nº 94028399-1).

[33] Robledo explica que cuando el crédito no cubría la totalidad de lo que costaba la vivienda o la obra, el saldo se alcanzaba con créditos otorgados por la banca comercial (Robledo, 1985, p. 41).

[34] El Instituto de Crédito Territorial "subsidiaba el crédito de vivienda prestando a una tasa de interés nominal muy baja, incluso con una tasa real negativa" (…) "para el período de 1977-1981 la tasa de interés nominal

Así, el BCH y el ICT como entidades estatales prestaban servicios de crédito con recursos del presupuesto nacional[35] a dos segmentos diferenciados, el primero a quienes contaban con mayores ingresos y el segundo, a la población de bajos recursos.

Entre 1918 y 1942 se promovió la construcción de casas para trabajadores urbanos y campesinos mediante líneas de financiación individual y auxilios gratuitos del 20% al 25% del costo de la vivienda, una cuota inicial del 10% y subsidios a la tasa de interés (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012, p. 26). En este modelo, "el Gobierno subsidiaba las tasas de interés de los créditos y el precio de las viviendas las cuales construía directamente o por contrato con urbanizadores privados" (Chiappe de Villa, 1999, p. 7).

Continuando con el objetivo de consolidar la intervención del Estado en la oferta y demanda de vivienda, a principios de los años cincuenta se crearon más entidades estatales denominadas Cajas de Vivienda[36], las cuales siguen participando en la actualidad en actividades de construcción y financiación para la compra de vivienda de sus afiliados[37]. De otra parte, se incentivó la creación de cooperativas o asociaciones de empleados que podían ofrecer créditos y proyectos inmobiliarios a sus asociados y se asignó a la Caja Agraria la función de conceder créditos para vivienda rural (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 50).

---

de los préstamos fue en promedio el 13.682% (…), mientras que la inflación fue en promedio el 26.28%, es decir, la tasa de interés real de coloración era aproximadamente el -9.98%" (Llano y Urrutia, 2012, p. 39).

[35] Al ser las dos entidades de naturaleza estatal, los fondos que obtenían provenían del presupuesto nacional, de los recursos que resultaban de la aplicación de "normas que determinaban impuestos o ahorros forzosos que deberían ser invertidos en títulos de ICT o en cédulas del Banco Central Hipotecario (BCH)" (Llano y Urrutia, 2012, p. 38), de la recuperación de la cartera y también en ocasiones recibían "créditos externos en condiciones blandas" (Chiappe de Villa, 1999, p. 7).

[36] Al realizar un balance sobre las cajas de vivienda, el Plan Nacional de Desarrollo "Cambio con Equidad" (1982-1986) explicó que: "la Caja de Vivienda Militar y las Cajas de Vivienda Popular, entre otras, cumplen funciones relativas a construcción y financiación, para atender las necesidades habitacionales de sus afiliados o beneficiarios, principalmente en el área urbana" (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 50).

[37] Las Cajas de Vivienda Popular se financian con recursos territoriales. Una importante Caja que ha permanecido hasta estos días es la Caja de Vivienda Militar creada en 1947 cuyo capital está conformado por ahorros obligatorios que aportan periódicamente los miembros de las fuerzas armadas y los empleados civiles de la caja. De esa forma, esta entidad, que en la actualidad se denomina Caja de Vivienda Militar y de Policía, otorga directamente subsidios con recursos propios. Algunos asuntos relacionados con los subsidios de vivienda que entrega a sus afiliados han sido objeto de decisiones judiciales resueltas por la Corte Constitucional. En efecto, en las sentencias T-040 del 2007 y T-907 de 2010 esa institución actúa como accionada.

La Ley 85 de 1946 reguló el arrendamiento público de viviendas para trabajadores rurales y asignó al ICT la función de construir viviendas rurales para darlas en arrendamiento a trabajadores del campo no propietarios. En este periodo se creó el Subsidio Familiar de Vivienda (1954) como una donación que se abona al valor de la casa y que depende del número de hijos del beneficiario y se introduce el concepto de vivienda de interés social[38]. Adicionalmente, se fundó el Fondo Nacional del Ahorro (1968) para administrar las cesantías de los funcionarios públicos y desarrollar directamente programas habitacionales y líneas de crédito hipotecario[39]. Así, se crearon programas diferenciados entre hogares con ingresos insuficientes que pueden acceder a subsidios y aquellos con capacidad para adquirir vivienda comercial no subsidiada.

1.2. Dirigismo estatal en materia contractual

La reforma constitucional de 1936 incorporó el intervencionismo estatal en el campo económico[40] con el fin de "mitigar la situación de los grupos sociales más pobres" (Corte Constitucional, C-595 de 1999). El Estado se había convertido en un "regulador de la vida económica y social" (Ocampo, 1997, p. 293) y ello tuvo consecuencias en la forma de pensar el derecho contractual, pues "si la economía general es dirigida por el Estado consecuencialmente también lo será el contrato" (Tafur, 1939, p. 138)[41].

La Reforma, modificó, por lo menos formalmente (Alviar, 2011, p. 140), la concepción del derecho de propiedad porque el Acto Legislativo número 1 de 1936 dejó

[38] La vivienda social es "equivalente a la vivienda subsidiada y dirigida al segmento inmediatamente superior al de la población en estado de pobreza" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012, p. 31).
[39] Sobre la forma en la que funcionaba el Fondo Nacional del Ahorro, el Plan Nacional de Desarrollo Cambio con Equidad (1982-1986) explicó que tenía "como función principal proporcionar soluciones de vivienda a los trabajadores vinculados al sector público. Para ello cuenta con recursos provenientes de las cesantías de estos trabajadores, de participaciones e impuestos, de rendimientos de inversiones financieras y de recuperación de cartera" (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 49).
[40] Algunas críticas a la forma en la que la reforma constitucional de 1936 en Colombia ha sido encuadrada en el marco de referencia del surgimiento del Estado interventor en el país pueden encontrarse en: Botero (2006).
[41] En efecto, el contrato puede ser entendido en un contexto mayor al creado por los códigos de derecho privado pues "todo conjunto normativo encarna cierto punto de vista político, social, económico, etc." (Courtis, 2006b, p. 358).

claro que la propiedad es una función social que implica obligaciones[42], con lo cual se siguieron "los principios solidaristas de Leon Duguit, y de las cláusulas de la Constitución de Weimar, de la República española y de la Constitución mexicana de 1917" (Giraldo, 2014, p. 205). Así, se consideró que la propiedad como derecho adquirido no es intangible ni absoluta:

> "El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinar su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino" (Duguit, 1920, p. 37).

La solidaridad emergió como un parámetro para la conformación de normas generales en asuntos de derecho privado. Tales normas no podían ser neutrales como era la pretensión del ideario liberal, pues la intervención del Estado era necesaria para "configurar el contenido de la esfera social, con el fin de establecer la justicia social que el mercado liberal había sido incapaz de producir" (Arrubla, 2014, p, 10). Al mismo tiempo, se desarrolló un movimiento jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia que aplicó principios generales como los de no abuso de los derechos, buena fe, la intervención judicial en la economía del contrato y el enriquecimiento injusto[43]. Esta humanización del derecho contractual supuso repensar al positivismo jurídico que había servido de base al derecho contractual liberal, con lo cual se permitía a los jueces intervenir en "la vida del contrato

[42] El artículo 10 del Acto Legislativo 1º de 1936 señalaba: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones (…)".

[43] Como ejemplo de la aplicación del principio de no abuso de los derechos pueden encontrarse las sentencias del 19 de agosto de 1935 y del 30 de agosto de 1935, sobre la buena fe un ejemplo se encuentra la sentencia del 20 de mayo de 1936, sobre la intervención del juez en la economía del contrato la sentencia del 29 de octubre de 1936 y del enriquecimiento injusto, son ejemplos, las sentencias del 10 de enero de 1936 y 19 de mayo de 1936.

con el fin de equilibrar su economía, de asegurar su justicia, de evitar que se convierta en un vehículo de explotación" (Tafur, 1939 p. XVIII).

Al amparo de la nueva concepción constitucional de la propiedad[44] y de su reflejo en el derecho contractual comenzaron a expedirse leyes "tendientes a fortalecer y facilitar programas de desarrollo social y económico, a través de los cuales se han articulado políticas de justicia distributiva" (Corte Constitucional, C-006 de 1993)[45].

Una de las primeras relaciones contractuales intervenidas por el Estado fue la de arrendamiento de inmuebles urbanos[46]. La Ley 7º de 1943 autorizó al gobierno para dictar "las medidas necesarias, a fin de establecer el control de los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos" (artículo 3º)[47].

Con base en tal autorización se expidieron una serie de decretos que convirtieron al arrendamiento de inmuebles urbanos en un contrato con una regulación diferenciada de la regulación de arrendamiento que se encontraba en los códigos de derecho privado. Tales

[44] La Constitución de 1886 no se refería explícitamente a la propiedad sino a los derechos adquiridos. El artículo 31 señalaba: "Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público (...)".

[45] Al respecto explica Arrubla (2013): "La actividad económica se convirtió en un asunto de interés público y no meramente privado y el responsable del desarrollo ya no sería solo la libre iniciativa privada, sino sobre todo el Estado" (p. 10).

[46] Las relaciones contractuales de arrendamiento para vivienda se han mostrado como un ejemplo de derecho social. Wieacker en su libro "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna" explica cómo el derecho agrario y el derecho arrendaticio de la vivienda son ejemplos de un "derecho social intermedio entre el Derecho Público y el Derecho Privado" (p. 479). En su trabajo, Wieckar explica los cambios que con la primera guerra mundial se generaron en algunos países europeos pues la necesidad de espacio habitable, obligó a la expedición de leyes que conformaron un "derecho social arrendaticio", el cual se mantuvo en Alemania incluso después de las Guerras. Así, este trabajo menciona la importancia de la "ley protectora del inquilinato, que con su protección del desahucio suprimió en general la libertad de rescindir unilateralmente la relación arrendaticia sin intervención judicial, y la ley de alquileres, que vinculó la 'libertad' de formalización material mediante la tasación gubernativa del máximo de rentas, gradualmente fijadas según el lugar. El carácter de arbitraje estatal en la lucha de intereses entre las asociaciones de propietarios e inquilinos resaltó con el establecimiento (primeramente) de tribunales paritarios de arrendamiento, de oficinas de conciliación arrendaticia" (Wieacker, 1957, p. 480).

[47] La regulación del contrato de arrendamiento es explicada por Giraldo como un ejemplo de relativización de los derechos subjetivos: "la relativización de los derechos subjetivos, especialmente el de propiedad, trajo como consecuencia la relativización, a su vez, de otros derechos, como el de la autonomía privada, por la expedición de una cada vez mayor número de normas imperativas en beneficio, en algunos casos, de la parte débil de la relación, como ocurrió con el contrato de arrendamiento" (Giraldo, 2014, p. 226).

decretos conformaron un verdadero estatuto de protección al contener normas imperativas en beneficio del arrendatario como parte débil de la relación (Giraldo, 2014, p. 226). Esta regulación es una demostración de la preocupación por la "protección a los débiles en cuanto significa un afán de conseguir cierto equilibrio patrimonial inalcanzable por el libre juego de actividades individuales" (Tafur, 1939, p. XV).

Así, por ejemplo, se prohibió que los arrendadores les exigieran a los arrendatarios realizar depósitos en dinero u otorgar cauciones reales en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos. Consecuentemente, se estableció un derecho de los arrendatarios a que les fueran devueltos los depósitos en dinero o demás garantías prendarias que hubieran entregado (Decreto 453 de 1956) y el procedimiento para hacer efectivo el ejercicio de esos derechos ante el Ministerio de Fomento (Resolución 226 de 1956). Adicionalmente, se congelaron los precios de los arrendamientos (Decreto 1070 de 1956)[48], se establecieron políticas de control de precios de los cánones de arrendamiento (Decreto 1849 de 1956)[49], medidas para evitar la especulación con el precio de los arrendamientos (Decreto 344 de 1965) y se establecieron requisitos para ser arrendador profesional entre los que se incluyó una licencia y la inscripción en el registro público de arrendadores (Decreto 63 de 1977).

Además del fortalecimiento de las instituciones estatales que participan directamente para atender la vivienda, se acentuó, especialmente en la década de los años cincuenta, una mayor intervención del Estado como una "tendencia impulsada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)" (Ceballos y Saldarriaga, 2008, p. 54).

[48] El decreto 1070 de 1956 expedido por Gustavo Rojas Pinilla señalaba: "Artículo 1°. Decláranse congelados los precios de los arrendamientos de las fincas urbanas en las ciudades capitales de los Departamentos y ciudades de más de 50.000 habitantes, al precio que tales arrendamientos tuvieran el 31 de diciembre pasado. En consecuencia, ningún arrendador podrá cobrar un precio superior al que devengaba por la misma propiedad en la fecha indicada". Otros decretos mantuvieron la congelación de los cánones de arrendamiento par vivienda urbana. Pueden consultarse los Decretos 1148 de 1964, 2270 de 1976, 63 de 1977, 2813 de 1978, 3209 de 1979.

[49] El control de precios del arrendamiento se fijaba al establecer un porcentaje determinado del avalúo catastral del inmueble como límite del valor del canon mensual. Ejemplos de este tipo de control de precios del canon se encuentran en los decretos: 2923 de 1977, 3450 de 1980, 237 de 1981, 3817 de 1982, 2221 de 1983.

Esa intervención se evidencia también en la expedición de diversas normas para fomentar la construcción de viviendas, regular los créditos a los empleados, establecer subsidios para la compra de vivienda, fomentar el ahorro para vivienda, reglamentar los contratos de crédito hipotecario y controlar los precios de las materias primas para construcción[50].

Entre ese conjunto de normas, puede destacarse la Ley 85 de 1946, la cual estableció las condiciones contractuales de los créditos y compraventas por parte del Instituto de Crédito Territorial. Así, por ejemplo, esta ley ordenó que el interés fuera "en todo caso del dos por ciento (2%) anual", el plazo de amortización de hasta de treinta años, con la obligación de pactar un seguro de vida "que permita saldar la deuda del campesino en el momento en que éste muera". Adicionalmente, en 1958 se crearon diversas modalidades de crédito, incluso en los que se concedían a los deudores hasta seis años de plazo para comenzar a pagar las cuotas de amortización del crédito y de los correspondientes intereses y en las que se establecía que el Instituto de Crédito podría aceptar como garantía de pago del crédito una segunda hipoteca (Decreto 499 de 1958[51]).

Para finales de la década de los sesenta la intervención estatal mostraba importantes resultados[52]. Caballero Escobar los explicaba así:

---

[50] Se expidieron normas para "fomentar la construcción de viviendas urbanas, como solución al problema de los arrendamientos" (Ley 29 de 1945); regular "la financiación de viviendas para los trabajadores" (Ley 85 de 1946); regular "los planes de financiación de vivienda para trabajadores, con pignoración de salarios, cesantías y seguros de vida" (Decreto 1575 de 1946); "fomentar la construcción de viviendas económicas por intermedio del Banco Central Hipotecario" (Decreto 1132 de 1953); establecer "el subsidio familiar de vivienda" (Decreto 2462 de 1954); "reglamentar los préstamos hipotecarios" (Decreto 499 de 1958). También se expidió la Ley 155 de 1959, que al referirse a las prácticas comerciales restrictivas estableció la facultad del gobierno para regular la calidad y el precio de las mercancías y materias primas entre las cuales se incluyen los materiales para la construcción.

[51] El artículo 2º del Decreto 499 de 1958 señalaba: "En la concesión de cualquier crédito hipotecario, con destino a la financiación de nuevas viviendas podrá el Instituto de Crédito Territorial aceptar como garantía del mismo una segunda hipoteca, siempre que el monto de la primera y la segunda hipoteca no exceda del sesenta y siete por ciento (67%) del valor de la propiedad inmueble que se dá como garantía y con la condición de que la primera haya sido otorgada a una tercera persona, natural o jurídica, distinta del Instituto de Crédito Territorial y de acuerdo con la reglamentación que se adopte para el efecto".

[52] Un estudio financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo indicó que "el espectacular crecimiento de la tasa de propiedad durante la segunda mitad del siglo XX se relaciona principalmente con tres factores: las políticas de vivienda, el crecimiento de la urbanización informal y el establecimiento de controles a la renta (Gilbert, 2012). En cuanto al primero, destaca la creación de instituciones públicas de crédito hipotecario en algunos países de la región después de la crisis de 1929, ante el retiro de capitales extranjeros de este sector.

> "[E]n cuanto a la vivienda, la labor ha sido ciclópea. En 30 años de labores, el Instituto de Crédito Territorial ha construido 170 mil viviendas (…) ahora está en condiciones de construir 30.000 viviendas anuales. En cuanto al Banco Central Hipotecario, con cuya vasta labor está mejor familiarizado el público, baste decir que su activo sobrepasa los 5.630 millones, con un crecimiento entre 1968 y 1969, del 46% y dar este dato gráfico: durante el año pasado, cada día se aprobaron ochenta créditos por más de ocho millones de pesos. Los resultados se yerguen en todas las ciudades del país en forma de edificios cuya construcción ha asimilado la mano de obra menos calificada y torrentosa" (1970, p. 231).

En resumen, la política de vivienda fundamentada en la teoría del bienestar predicaba que el Estado debía intervenir en la producción, comercialización y financiación de la oferta habitacional partiendo del supuesto de que los asuntos sociales y "los habitacionales en particular, son demandados por una proporción importante de la población y al sector privado no le interesa ofrecerlos" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012, p. 31)[53].

Así las cosas, desde la creación de los bancos hipotecarios hasta mediados de la década de los setenta[54], el Estado además de tener el papel de proveedor de subsidios ocupaba roles centrales en los contratos que permitían el acceso a la vivienda[55]. Era

---

Colombia fue uno de los primeros países en implementar esta política con éxito, mediante la creación de la Caja de Crédito Agrario en 1931 y del Banco Central Hipotecario en 1932. Es asimismo uno de los países donde las tasas de propiedad empiezan a crecer más tempranamente, a tal punto que hacia 1950 cerca de la mitad de la tenencia en las principales ciudades —Bogotá, Medellín y Cali— era en propiedad" (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, p. 17).

[53] La intervención del Estado puede llevarse a cabo de diferentes maneras. Durante el siglo XX, en el sector vivienda se ha considerado que la intervención fue directa pues el Estado tuvo injerencia en "consolidación de la política intervencionista en el sector financiero, el desarrollo en gran escala de programas de vivienda popular y la ampliación de los servicios sociales a cargo del Estado" (Avella, Bernal, Errázuriz y Ocampo, 1997, p. 414).

[54] La concepción del Estado intervencionista "perduró por mucho tiempo, en medio de enormes cambios políticos y sociales, señalando así el peso de las nuevas realidades en las cuales se apoyaba. De hecho, sólo en la década del setenta vino a plantearse seriamente la necesidad de revertir procesos de consolidación estatal que habían ganado fuerza por cerca de medio siglo" (Ocampo, 1997, p. 293).

[55] "En efecto, en el período comprendido entre 1967 y 1972 la actividad edificadora mostró tasas anuales de crecimiento cercanas al 3.70/o, especialmente por el aumento en los recursos del Banco Central Hipotecario a partir de 1969" (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 46).

directamente constructor, vendedor y proveedor de crédito y, además intervino en la regulación de los contratos de arrendamiento, de compraventa y de crédito para vivienda.

1.3. La vivienda comercial como instrumento de política económica

El plan de gobierno "Las Cuatro Estrategias" (1970-1974) con el objetivo de jalonar la economía y mejorar la redistribución de los recursos para disminuir las desigualdades, definió como una de sus cuatro prioridades[56] la "concentración de recursos en la industria edificadora para la construcción de vivienda urbana no subsidiada" (Departamento Nacional de Planeación, 1972, p. 4).

Esta estrategia para concentrar recursos en la construcción de vivienda no subsidiada era defendida en el Plan de Desarrollo explicando que con la activación de la construcción de vivienda privada para la población que no requería subsidios se generaría empleo y se activarían otros sectores en la economía. Gracias a la generación de empleo empujado por la construcción de vivienda, las familias de bajos ingresos aumentarían por sí mismas sus ingresos, los cuales serían utilizados para la compra de su vivienda propia.

El Plan Nacional de Desarrollo acogió la propuesta de Lauchlin Currie, economista que había llegado en 1949 como líder de una misión del Banco Mundial al país y quien en el documento denominado "Operación Colombia"[57], recomendó que se diera "la mayor importancia" a las condiciones que hicieran posible que las empresas privadas construyeran y financiaran casas de bajo costo. Según esta propuesta, el país debía promover un desplazamiento de las personas que viven en el campo provocando una "migración acelerada" hacia las ciudades en las cuales debían construirse suficientes viviendas

[56] Las demás estrategias fueron: "el incremento de las exportaciones", "el aumento de la productividad agraria con una mejor distribución de la propiedad rural" y "la redistribución mediante un sistema progresivo de impuestos y una acertada política de gasto" (Departamento Nacional de Planeación, 1972, p. 4).

[57] En el documento se explica: "Se ha sugerido llamar este programa 'Operación Colombia' para distinguirlo de otros programas que enfocan de manera distinta estos problemas. Sin duda, su novedad se debe al hecho de que las condiciones de que trata son peculiares de ciertos países sub-desarrollados y no de los países industrializados, donde la tecnificación de la agricultura y los ajustes consiguientes fueron realizados en un periodo de más de 150 años" (Currie, 1965, p. 23).

mediante el ofrecimiento de "alicientes poderosos al capital privado para suministrar unidades de alojamiento de bajo costo" (Currie, 1965, p. 50)[58].

La política se edificó sobre el supuesto según el cual, la construcción privada de vivienda es un importante motor de la economía porque generaría empleo urbano[59]. Así, se aumentaría la tasa de crecimiento económico al movilizar la población que se desempeña en actividades de baja productividad a un sector de mayor productividad como era el de la construcción (Llano y Urrutia, 2012, p. 39). Este planteamiento es una traducción de lo que en materia jurídica significaba el ideario liberal que considera que el interés general se logra mediante la protección y el estímulo a la propiedad privada, pues ello "invisiblemente se da mañas para derivar del egoísmo humano un dividendo social ciertamente tangible" (Corte Constitucional, C-060 de 1993).

De esa forma, la política de vivienda se proyectó como una estrategia económica y no como una política social. Las herramientas para su implementación se enfocaron en la vivienda comercial, esto es, en aquella que no es producida ni financiada directamente por el Estado. Se esperaba que el desarrollo de la construcción de vivienda privada no subsidiada empujara los sectores con menores recursos de tal manera que la estrategia tendría indirectamente efectos sociales[60].

---

[58] El documento "Operación Colombia" recomendaba que en Colombia se provocara "una migración acelerada de trabajadores ahora relativamente improductivos hacia las grandes ciudades, suministrándoles vivienda, servicios públicos, empleos, educación y protección para la salud de sus hijos" (Currie, 1965, p. 23). "Lo que propone la Operación es reducir los gastos en ciertas áreas rurales y en cambio, gastar más dinero en ayudar a establecer gentes en lugares donde puedan ser incorporadas a la economía monetaria (…). Las viviendas y las escuelas deberán estar listas de antemano. Oficinas de empleo en las ciudades acogerán y ayudarán a los forasteros a encontrar trabajo. Las amas de casa de la ciudad serán llamadas a colaborar dando empleo a las muchachas campesinas como sirvientas" (Currie, 1965, p. 28).

[59] Esta política económica se apoyó en un informe del Banco Mundial que recomendó la priorización del sector de la construcción de vivienda en la política económica de un país. Tal recomendación es citada en el Plan de Desarrollo (1972, p. 31) indicando que en el informe anual de 1970 del Banco Mundial se resaltó que "Una industria de construcción, particularmente para vivienda, puede tener importantes efectos en cuanto a la creación de empleo para los grupos de bajos ingresos y poca capacitación, creando al mismo tiempo una demanda por materiales de construcción".

[60] Así se explicó que: "El primer sector prioritario –la construcción urbana- orientará las nuevas inversiones a un campo en el cual la demanda latente es muy grande y en el que el flujo de fondos está siendo reprimido por barreras institucionales. En este campo, una duplicación o triplicación de la inversión actual contribuirá inmediatamente, no solo a aumentar los niveles de consumo, sino a mejorar la distribución de la fuerza laboral, debido a que la construcción condice a una alta demanda de mano de obra, tanto capacitada como con capacitada" (Departamento Nacional de Desarrollo, 1972, p. 29).

Así, coexistirían dos formas de acceso a vivienda: la construcción de vivienda comercial autofinanciable producto de la actividad del sector privado y la vivienda popular en la que el Estado participaría en la medida de su capacidad presupuestal. La atención se enfocaría en la primera clase de vivienda, que siendo productiva y autosuficiente generaría una cantidad sustancial de empleo constituyendo un medio para aumentar la inversión, el ahorro y la oferta de vivienda y de trabajo. Ello porque se generaría una gran demanda de vivienda y además porque los propietarios "son compradores potenciales de casas un poco mejores, para su vivienda o para renta" (Departamento Nacional de Desarrollo, 1972, p. 34).

Ahora bien, escogida la construcción como sector líder, era necesario determinar cómo hacer para que los recursos disponibles en la sociedad fluyeran hacía la financiación de la construcción y la adquisición de viviendas. Ello significaba crear incentivos para superar las dificultades que enfrentaban los principales actores que participan en las relaciones contractuales sobre construcción, financiamiento y adquisición de vivienda: i) los ahorradores, ii) la banca privada y iii) los deudores de crédito tanto para la adquisición individual de vivienda como para la construcción industrial de proyectos inmobiliarios.

i) En relación con los ahorradores, se requería crear instrumentos para que confiaran sus ahorros en la banca asegurándoles que tales recursos no perderían su valor. Ello debido a que en ese momento existía una "ausencia de mecanismos de retribución al ahorrador que contrarrestaran la continua pérdida de poder adquisitivo de la moneda" (Barreto, 2012, p. 104).

ii) Adicionalmente, se requería pensar cómo interesar a la banca privada[61] para garantizar que "por ningún motivo la recolección de dineros a corto plazo para prestarlos a largo plazo implicaría riesgos insalvables" (Robledo, 1985, p. 42).

[61] El Documento "Operación Colombia" explica las dificultades que se presentaban para que la financiación de vivienda se realizara por entidades privadas: "Hemos tratado de adaptar los procedimientos e instituciones de los países del Norte, a nuestras condiciones peculiares (…). Los préstamos a largo plazo hasta del 80 al 90% del costo de una casa a una tasa fija baja de intereses, serían posibles solamente donde el valor del dinero sea relativamente estable y haya gran cantidad de ahorros disponibles para inversiones en esta forma. En las condiciones colombianas, donde el valor del dinero normalmente y por costumbre baja más de lo que puede ser compensado por cualquier tasa fija de ganancia, la financiación de vivienda por medio de hipotecas de

iii) Y, en tercer lugar, frente a los deudores de crédito a largo plazo (constructores y compradores de vivienda) era indispensable crear medidas relacionadas con el acceso mediante una cuota inicial y créditos a largo plazo con tasas comerciales de interés que no resultaran impagables. El documento "Operación Colombia" señalaba que los consumidores "quedaban contentos" con ser propietarios y por ello no necesitaban mayores incentivos para acceder a un crédito:

> "En realidad, los propietarios potenciales de casas no requieren como aliciente las perspectivas de valorización ni la estabilidad del valor de las cuotas de amortización e intereses. Quedan contentos con la sola oportunidad de ser propietarios con una cuota inicial y el resto de pagos a varios años, para que el costo de la vivienda tenga una relación razonable con sus entradas" (Currie, 1965, p. 51).

La tarea para alcanzar el camino trazado era entonces compleja e implicaba encontrar herramientas que hicieran compatibles los intereses de los diversos actores para promover la celebración masiva de contratos de compraventa de vivienda y de crédito hipotecario. Ello significaba asegurarles a los ahorradores que se mantendría el poder adquisitivo de sus depósitos, pues estos se direccionarían a financiar la construcción y la compra de vivienda. Al mismo tiempo, era necesario incentivar a las entidades financieras privadas para que colocaran créditos a largo plazo que fueran atractivos para los deudores quienes esperarían contar con un método de financiación de vivienda de amplia duración en el que el interés fuera acorde con el índice de inflación. Las herramientas decisivas para alcanzar esos múltiples propósitos fueron: las i) Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV), ii) la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) y iii) el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI)[62].

interés fijo no la pueden hacer sino el Gobierno y las instituciones de crédito cuyas obligaciones sean igualmente fijas. Esto explica lo limitado de esta financiación" (Currie, 1965, p. 51).

[62] Acogiendo la propuesta de Lauchlin Currie, se consideró que el Estado resultaba muy ineficiente. Así se crearon las Corporaciones de Ahorro y Vivienda las cuales empezaron a asumir liderazgo con la consecuente disminución del rol de las instituciones del Estado (Ceballos y Saldarriaga, 2008, págs. 112-140).

i) Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) eran entidades financieras privadas con "el privilegio jurídico exclusivo de remunerar los depósitos de ahorro a la vista mediante el ajuste periódico de su valor según la tasa de inflación (corrección monetaria) y el pago de una tasa de interés sobre el valor ajustado" (Barreto, 2012, p.104). De esa forma, eran las únicas entidades capaces de remunerar a los ahorradores mediante rendimientos reales positivos[63]. Los recursos que conformaban los depósitos debían colocarse únicamente en préstamos a largo plazo para la construcción o compra de vivienda[64].

ii) Para que la corrección monetaria favoreciera tanto a los ahorradores como a los deudores, se estableció la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) que permitiría que los depósitos de los ahorradores no perderían valor y que los créditos a los constructores y compradores se sujetaran a una tasa máxima de interés fija durante todo el plazo del crédito en el que el interés era similar al índice de inflación. Así, se estableció que el valor en pesos de la UPAC se debía ajustar periódicamente según las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda para proteger a los deudores de la inflación[65].

Así, con estos privilegios, las CAV empezaron a asumir liderazgo mientras que las instituciones del Estado que desempeñaban funciones relacionadas con la adquisición y financiación de vivienda fueron perdiendo paulatinamente la importancia que habían tenido años atrás (Ceballos y Saldarriaga, 2008, págs. 112-140).

[63] Las cuentas en UPAC eran atractivas para los ahorradores "pues el sistema financiero de esa época pagaba tasas reales negativas sobre el ahorro. Por ejemplo, en 1972 las tasas de interés de las cuentas de ahorro de la Caja Agraria eran del 4% sobre saldos mínimos trimestrales, cuando la inflación en ese año fue del 14%" (Llano y Urrutia, 2012, p. 41).

[64] La creación de estas entidades financieras se autorizó mediante el Decreto 678 de 1972 cuyo artículo 1º señalaba: "Autorizase la constitución de corporaciones privadas de ahorro y vivienda, cuya finalidad será promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, dentro del sistema de valor constante. Dichas corporaciones, tanto para su constitución como para su subsistencia, requerirán, a lo menos, cinco accionistas".

[65] Al explicar este esquema de reajuste la Corte Constitucional indicó: "El ajuste diario de los fondos manejados por el sistema, implicaba que este se realizara día tras día, otra cosa era que el valor de la UPAC fuera calculada mensualmente. Así, una cosa es el ajuste, que es diario y otra, el cálculo, que es mensual. De esta manera ajuste implicaba la "restitución" casi inmediata del valor perdido por el dinero, por obra de la inflación. Por su parte, del ajuste con base a la variación de precios al consumidor, encontraba sustento en que, si la pérdida de valor "real" de dinero sobreviene como consecuencia del incremento de los precios de los bienes y servicios, producto de la inflación; resultaba lógico que para contrarrestar este efecto, se acudiera al índice de incremento en los precios al consumidor determinados por el DANE" (T-340 de 2011).

iii) Adicionalmente, se creó un fondo del Banco de la República denominado Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI) que tenía por objetivo garantizar que cualquier disminución en los depósitos que pudiera tener efectos graves en la estabilidad de las CAV se solucionara con préstamos automáticos en UPAC a favor de estas. De esa forma, se remediaba una dificultad asociada a la correspondencia entre los depósitos de los ahorradores, los cuales son a la vista, y los créditos para vivienda cuya característica principal es que son a largo plazo. Así, las necesidades de liquidez eran solucionadas con los préstamos automáticos del fondo a las corporaciones.

La política habitacional de los siguientes años continuó considerando que las actividades de construcción y comercialización de vivienda no subsidiada[66] resultaban prioritarias para la economía y que el éxito de tales actividades dependía de la financiación[67] ofrecida por las CAV[68].

Desde la creación del UPAC hasta 1983 la fórmula no sufrió modificaciones y se calculó en un 100% conforme al IPC, reflejando el incremento o disminución de los precios de los bienes y servicios.

El modelo de acceso a la propiedad financiada había logrado dinamizar el crédito de vivienda (DANE, 2009, p. 15). Sin embargo, no incluía directamente a los sectores con

[66] En el plan de desarrollo "Cambio con equidad" (1982-1986) se indicó: "la vivienda ocupa un lugar especial dentro de la estrategia del Plan de Desarrollo. Constituye una pieza clave dentro de las políticas de reactivación económica y de ordenamiento del cambio social. Complementariamente, es un factor de ordenamiento en el desarrollo urbano" (p. 36). "Un número significativo de sectores industriales depende del comportamiento de la actividad constructora (…) cada peso adicional generado en la actividad constructora implica una demanda directa de 47.3 centavos de insumos industriales. Por ello, es necesario garantizar, a corto plazo, el impulso a los programas de edificación de vivienda" (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 53).

[67] El Plan de Desarrollo "Plan de Economía Social" (1986-1990) también señaló: "Durante los últimos años, el sector de la vivienda ha captado importantes recursos del resto de la economía a través de aportes del presupuesto nacional –ICT-, de las provisiones de cesantías, -FNA- y de recursos del sector financiero –CAV's y BCH-. El sistema Colombiano de Ahorro y Vivienda es uno de los principales intermediarios financieros de la economía, al captar cerca de la tercera parte del ahorro financiero y ha contribuido al mejoramiento de la situación habitacional de un gran número de familias colombianas, al financiar un poco más de la mitad de la actividad edificadora" (Departamento Nacional de Planeación, 1986, p. 51).

[68] El plan de desarrollo "Para cerrar la brecha" (1974-1978) indicó: "La actividad del constructor depende de la demanda efectiva por la edificación y esta de las condiciones de financiación (plazo e intereses). Así la inversión depende en este sector, mucho más que en otros, de la existencia de medios de financiación de largo plazo al usuario. Otras variables que inciden en la transformación de demanda potencial en efectiva, son la cuota inicial y la relación entre el ingreso y la cuota mensual de pago" (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 53).

menores ingresos y para 1982 los efectos indirectos que se esperaban para que esta población accediera sin subsidios a la propiedad de una vivienda no ocurrieron. De esa forma, el modelo generó una inequitativa distribución de la oferta de vivienda. Según lo indicado en el plan de desarrollo "cambio con equidad" (1982-1986), más del 91% del déficit habitacional se ubicaba para inicios de los ochenta en la población de bajos ingresos.

La población de menores recursos afrontaba como dificultades la imposibilidad para reunir la cuota inicial y la desproporción entre sus ingresos y la cuota mensual de pago[69]. Como consecuencia, se generó un aumento en el número de arrendatarios que desde 1964 había alcanzado una proporción del 43% sobre el total de tenedores de vivienda (Departamento Nacional de Planeación, 1982, p. 46).

Por lo anterior, diez años después de la implementación del modelo, una de las estrategias de la política de vivienda entre 1982 y 1986 fue la de eliminar la cuota inicial para quienes no podían acceder a los créditos hipotecarios de las CAV o del ICT (Giraldo y López, 1987, p. 134). Esta decisión sería la causa para que años después a comienzos de los noventa el ICT se liquidara luego de que tuviera su mayor auge en 1986 al construir alrededor de 243.186 casas en Bogotá (Namen y Urrutia, 2002, p. 4).

Así las cosas, desde 1972 la vivienda ocupó un lugar central y estratégico en los planes de desarrollo como una política económica. Las decisiones sobre vivienda aparecen en los capítulos sobre macroeconomía y no en los capítulos sobre política social y la preocupación se concentra en disminuir los niveles de déficit cuantitativo de vivienda promoviendo la celebración masiva de contratos de crédito hipotecario y de compraventa.

[69] En el plan de desarrollo "Plan de integración social" (1978-1982) se indicó que el mercado habitacional no había logrado satisfacer las necesidades de vivienda "debido a las barreras provenientes especialmente de la incapacidad económica de los demandantes, del incremento desmesurado de los precios de la edificación y de la limitada oferta de soluciones habitacionales para estratos medios y bajos" (Departamento Nacional de Planeación, 1978, p. 236).

1.4. La producción industrial de vivienda y el surgimiento de los consumidores en la agenda política

El plan de desarrollo "cambio con equidad" (1982-1986) se refirió a los consumidores de vivienda para ubicarlos como destinatarios de la "producción industrial" habitacional realizada por "agentes constructores" y diferenciarlos de la población que no alcanzaba a ser consumidora de la vivienda terminada, sino que llevaba a cabo actividades de autoconstrucción[70]. De esa forma, las decisiones estatales intensifican los incentivos para la primera clase de producción de vivienda que satisface las necesidades habitacionales mediante actos de consumo[71] que deben ocurrir de manera masiva en las ciudades, las cuales crecen ostensiblemente. Wiesner (1986) explica cómo los cambios en términos demográficos contribuyen a la construcción de los sujetos como consumidores y concluye que mientras en el siglo XIX el paradigma era el hombre ahorrador e industrioso, "el siglo XX ve llegar un nuevo arquetipo: el consumista, el hombre que consume antes que producir, que produce con ese único objetivo; una época en que la pobreza se equipara a incapacidad de consumo" (p. 6).

El plan de desarrollo 1982-1986 se refiere a los consumidores de vivienda como aquellos que celebran contratos para la adquisición de la vivienda como un producto en el mercado. Esta mención sectorial sobre la existencia de consumidores de vivienda coincidió con la aparición de una preocupación por establecer medidas de protección general a los consumidores en Colombia. Así, en 1981 se expidió la Ley 73, mediante la cual se concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias para dictar normas dirigidas al

[70] En el mencionado plan de desarrollo se indicó que la autoconstrucción es la forma característica de acceso de aquellos que no pueden ingresar al mercado de vivienda y por ello buscan por sus propios medios mediante procesos lentos, desordenados un lugar en donde vivir. Ello es explicado así: "La actividad edificadora se lleva a cabo bajo múltiples formas, entre las que se destacan la producción industrial y la autoconstrucción. En la primera, la relación entre agentes constructores y consumidores se manifiesta en el intercambio comercial. Por el contrario, en la autoconstrucción el usuario diseña, dirige y construye directamente su propia vivienda, ya sea con la ayuda de los miembros del hogar o por medio de la contratación de mano de obra" (Departamento Nacional de Desarrollo, 1982, p.50).

[71] Catalogar a la vivienda como un bien de consumo, generó transformaciones en las relaciones contractuales y en la forma de comprender la dimensión de los ciudadanos como consumidores. Así, la vivienda como elemento para el bienestar de las personas "depende de los actos de consumo que realice e, implícitamente, de su capacidad para adquirir los bienes y servicios necesarios para satisfacer sus necesidades –personales y familiares- del mejor modo posible" (López, 2013, p. 536).

control de la distribución y venta de bienes y servicios y la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de estos[72].

Hasta ese momento son ejemplos de protección a los consumidores, los decretos en materia de arrendamiento de vivienda, los cuales fueron mencionados en el aparte anterior, y las disposiciones que el Código de Comercio de 1971 incluyó para proteger a los consumidores en el contrato de seguro. Con respecto a esto último, el Código, si bien no empleó el término "consumidor" sí incluyó medidas protectoras al señalar el carácter imperativo de algunas disposiciones que contienen derechos a favor del tomador, asegurado, beneficiario o la posibilidad de modificar ciertas normas solo "en sentido favorable" a estos[73]. Esta limitación a la autonomía contractual mediante la caracterización de orden público[74] de normas favorables al adherente "se constituyó en su momento en un efectivo mecanismo de protección a los consumidores de seguros" (Díaz-Granados, 2012, p. 63).

Décadas después, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo del 2005 (M.P. César Julio Valencia Copete) recordó la necesidad que se expresaba en la exposición de motivos de la Ley 73 de 1981 de orientar las políticas de la administración "para organizar y actualizar ese campo central de la intervención económica del Estado, que hace relación directa con las metas de justicia social y de mejoramiento de las clases trabajadoras que deben presidir el desarrollo económico". La Corte, en esa sentencia también recordó que durante las ponencias presentadas ante las cámaras en el trámite del proyecto de ley se indicó:

---

[72] La ley 73 de 1981 "por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor" concedió tales facultades extraordinarias al Presidente por el término de 12 meses.

[73] El artículo 1162 del Código de Comercio señala: "Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y 4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161".

[74] La redacción del artículo 1162 es indudablemente retadora frente a la idea de que las normas imperativas en el derecho privado deben contemplarse en textos inequívocos. En efecto, esta idea sobre la interpretación estricta de las normas de orden público es usualmente defendida como estructural en el derecho contractual privado así: "las normas imperativas no solo han de constar en textos expresos e inequívocos de la ley, sino que son y han de ser de estricta interpretación y de aplicación restringida, puesto que implican de suyo limitaciones a la libertad contractual" (Pinzón, 1966, p. 104).

> "Hay un vasto clamor ciudadano, de muchos años atrás, pidiendo al Estado una legislación fuerte que proteja a los consumidores de la indolente y creciente sed de riquezas de los dueños de bienes y servicios (…). Es evidente que el Estado no debe estar ausente en la regulación de los precios del mercado, en su control y especialmente, en la defensa del consumidor, que es el extremo más débil de la relación" (Historia de las Leyes, Tomo IV, legislatura 1981, págs. 228- 251)".

Las facultades que la Ley 73 de 1981 entregó al Presidente incluían la expedición de normas sustantivas y de procedimiento para asegurar al consumidor el cumplimiento de las cláusulas especiales de garantía y la indemnización de los perjuicios causados por los expendedores y proveedores, lo mismo que el establecimiento de condiciones para la venta de bienes mediante sistemas de financiación. Se trataba de normas generales de orden público que debían ser desarrolladas por decretos. Y fue así como se expidió el Decreto Ley 3466 de 1982, el cual fue uno de los pioneros en la regulación de protección a los consumidores en Latinoamérica[75].

El Decreto 3466 de 1982 marcó el "inicio de una disciplina de protección al consumidor" (Chamie, 2013, p. 120) al incorporar un régimen diferente al consagrado en el Código de Comercio de 1971. Este último, en línea con su predecesor de 1887, siguiendo el modelo francés[76], pretendía abarcar todas las relaciones de comercialización y consumo de bienes y servicios mediante la extensión del acto de comercio y las normas especiales en

[75] Colombia, después de Venezuela y México, fue uno de los primeros países latinoamericanos que incluyó normas de protección de los consumidores. Venezuela promulgó el 5 de diciembre de 1974, la "Ley para la protección del consumidor" y el 18 de diciembre de 1978 se expidió la "Ley federal de México sobre protección del consumidor". Las primeras regulaciones en países como Chile, Uruguay y Argentina solo comenzaron en los años noventa: "la instalación de la protección del consumidor fue tardía, más lenta y emergió como parte de los procesos de reforma del Estado (vinculados al retorno o consolidación de la democracia) y de transformaciones económicas (liberalización comercial, privatizaciones), y no por influencia de la ciudadanía. Si bien en Argentina existen antecedentes de un intento previo de parte del Estado por generar institucionalidad de Protección del Consumidor (en 1964 se otorga a la Dirección de Abastecimiento la realización de estudios de mercado en Defensa del Consumidor) no es sino hasta la década del 90 en que se incorporan los derechos del consumidor a la agenda política y se crea una legislación atingente al tema" (Manzano, 2008, p. 4).

[76] Sobre la forma en la que el Código Francés de 1807 influyó al derecho mercantil en la Colombia decimonónica pueden consultarse, entre muchos otros, los interesantes relatos de Wiener (1990) y de Pinzón (1957).

materia de consumo retaban esta pretensión[77]. El Decreto se ocupó de manera general de la calidad de los bienes y servicios, de la garantía mínima presunta, del uso de las marcas, leyendas y propagandas, la fijación de precios, las sanciones administrativas a productores y expendedores, la responsabilidad por productos defectuosos y asignó algunas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio[78]. En este decreto, a diferencia, del Estatuto de Consumidor actual no se hacía explícita la protección a los inmuebles como una clase de productos[79]. El Estatuto tampoco mencionaba temas relacionados con protección contractual como los contratos por adhesión, las cláusulas o comportamientos abusivos, las reglas de interpretación de los contratos.

Los adelantos normativos en materia de consumo obedecían también a la naciente tendencia global que comenzó a poner al consumidor en un plano relevante en la vida social y económica de los países. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo[80], se había expedido en 1975 un documento preliminar para la incorporación de una "política de protección e

[77] Los artículos 20, 21, 22 y 24 del Código de Comercio evidencian el intento del derecho comercial por comprender todas las relaciones vinculadas con actividades mercantiles. Tratándose de relaciones de consumo, el numeral 1º del artículo 23 incluye como actos no mercantiles "la adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente y la enajenación de estos o de los sobrantes". Sin embargo, la aplicación de este numeral es muy restringida en la práctica pues cuando la adquisición de bienes se realiza con una persona para quien el acto es comercial pues adquirió con el ánimo de enajenar (numeral 1 del artículo 20 del Código de Comercio), el acto será mercantil por la aplicación del artículo 22 del Código de Comercio. Así, como lo usual es que el acto sea mercantil para el comerciante que se dedica a vender u ofrecer bienes o servicios al mercado, la relación de consumo resulta gobernada por la legislación mercantil. Sobre lo inapropiado que resulta en la actualidad entender al acto de consumo como no mercantil puede consultarse a León (2016, págs. 273-276).

[78] Posteriormente se expidió el Decreto 863 de 1988 el cual reglamentó el Decreto Ley 3466 de 1982 en relación con la publicidad del precio al público de los artículos de primera necesidad y dictó otras normas adicionales sobre precios y calidad de los bienes.

[79] El Estatuto del Consumidor vigente (Ley 1480 de 2011) incluyó explícitamente a los bienes inmuebles al definir producto defectuoso como "aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho".

[80] Es usual que se mencione como un primer antecedente de la importancia de la protección a los consumidores el discurso pronunciado el 15 de marzo de 1962 por el Presidente de Estados Unidos John F. Kennedy en el que resaltó la importancia de reconocer los derechos de los consumidores. Sobre esta frase el contexto de este discurso Tambussi explicó que se trataba del "mensaje de elevación presidencial al Congreso del primer paquete de leyes relativas a la protección del consumidor en los Estados Unidos, generadas en la década del sesenta a partir del desastre de la comercialización de la talidomida, droga para embarazadas que fue célebre por las malformaciones causadas, y que desató la conciencia de la necesidad de legislar sobre consumo, a partir de la responsabilidad por productos elaborados. Producto genuino de estos tiempos de globalización, este acontecimiento doméstico norteamericano genera el establecimiento del día mundial del consumidor" (Tambussi, 2014, p. 95)

información de los consumidores" en el que estableció un modesto listado de derechos que tienen en cuenta que no puede considerarse al consumidor "únicamente como un comprador o usuario de bienes y servicios (…) sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social, que como consumidor, le afectan directa o indirectamente" (Comunidad Económica Europea, 1975)[81]. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió las Directrices para la Protección de los Consumidores, en las cuales insiste en la necesidad de que los gobiernos formulen una "política energética de protección al consumidor" que persiga la defensa de sus "necesidades legítimas"[82] (Resolución 32-248, 9 de abril de 1985[83]).

La incipiente regulación colombiana, la cual se acercó a los ciudadanos como sujetos económicos en desventaja, surgió de la iniciativa estatal. Ello diferencia ese proceso de creación normativa de otros como el brasilero en el que la regulación surgió por la presión de los ciudadanos. Manzano Chávez (2008), en un estudio comparado sobre el derecho del consumo en países suramericanos, explicó ese surgimiento indicando que a inicios de los setenta en Brasil: "movimientos espontáneos de la ciudadanía comenzaron a presionar por el reconocimiento de sus derechos como consumidores" (p. 4). Este estudio señala que los consumidores se organizaron en asociaciones cuyas actuaciones tuvieron gran impacto en

[81] En el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores se señalan como derechos: "a) derecho a la protección de su salud y de su seguridad, b) derecho a la protección de sus intereses económicos, c) derecho a la reparación de los daños, d) derecho a la información y a la educación, e) derecho a la representación" (Comunidad Económica Europea, 1985).

[82] Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: "(a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; (b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; (c) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; (d) La educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor; (e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; (f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; (g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo. (h) La protección de los consumidores que acceden a los servicios financieros; (i) La protección de los consumidores en el comercio electrónico y móvil; (j) La protección de los valores fundamentales de consumidores de privacidad, libertades individuales y el libre flujo de información" (Asamblea General de la ONU, Resolución 32-248 del 9 de abril de 1985)

[83] Las directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas nuevamente y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

la protección de los derechos. Ese activismo de los consumidores como actores relevantes en la definición de las nacientes reglas de protección es, para ese momento, extraño en otros países como Colombia[84], en el que las reglas especiales para la protección de los consumidores surgen como resultado de los cambios económicos en la producción de algunos bienes básicos.

Tras décadas durante las cuales el contrato de arrendamiento de vivienda urbana estuvo regulado mediante decretos, se expidió la Ley 56 de 1985 con la pretensión de reunir en un solo lugar las normas sobre este contrato. Según lo establecido en la ley, la nueva regulación se había "inspirado" en la equidad, la necesidad de armonizar el ejercicio del derecho a la propiedad y su utilización con el interés social y el derecho a la vivienda como una obligación del Estado "necesario para la vida y desarrollo económico de la comunidad".

La Ley 56 de 1985 reiteró la prohibición de exigir depósitos o cauciones reales a los arrendatarios, estableció como límite para el precio mensual de arrendamiento el del 1% a del valor comercial del inmueble y para reajustar el canon anual hasta una proporción no superior al 90% del incremento del Índice de Precios al Consumidor (IPC). Adicionalmente, la Ley estableció un listado de obligaciones de las partes, las casuales de terminación, un derecho de retención a favor del arrendatario en "todos los casos en los cuales el arrendador deba indemnizar al arrendatario" (artículo 19), la obligación de matrícula para los arrendadores profesionales quienes se someterían al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que podría imponer sanciones a los arrendadores[85]. De este modo, esta superintendencia agregó a las funciones asignadas por el Estatuto del Consumidor para la protección general de los consumidores, funciones relacionadas con un consumidor específico, el arrendatario.

[84] Manzano (2008) menciona como ejemplos de estos países en los que el derecho del consumo no es producto de los reclamos de los consumidores a Chile, Uruguay y Argentina (Manzano, 2008).

[85] Con el objetivo de que la Superintendencia pudiera cumplir con sus funciones, la Ley 56 de 1985 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para la reestructuración de esta entidad. De esa forma, se expidieron decretos que establecieron mecanismos para que los arrendatarios pudieran solicitar el cumplimiento de derechos como la determinación correcta del valor del canon o la prohibición de exigir garantías al arrendatario (Decreto 1919 de 1986 y Decreto 1816 de 1990).

En 1984, debido a una disminución de las captaciones, el gobierno modificó por primera vez la fórmula de cálculo de la UPAC. Así, al IPC se le adicionó un porcentaje de la tasa ponderada de los rendimientos de los depósitos a término de los bancos comerciales (Tasa DTF)[86]. En 1988, los componentes de la fórmula de cálculo sufrieron otra modificación en la que se aumentó el porcentaje de participación que en la fórmula de corrección monetaria de la UPAC representaba el promedio de la tasa variable DTF, con lo cual la corrección monetaria comenzó a apartase de la fórmula de ajuste inicial atada únicamente al IPC[87].

Así las cosas, la década de los ochenta fue una época de transición en la que coexistieron formas de producción y financiación de origen industrial y estatal. El Estado paulatinamente fue compartiendo sus roles de constructor, financiador y vendedor con los bancos y constructoras y se interesó en ser el promotor y regulador de las actividades que realizan los particulares sobre los inmuebles[88].

[86] El artículo 1º del Decreto 1131 de 1984 calculó la fórmula así: "A las variaciones resultantes en el promedio del índice nacional de precios al consumidor, para empleados y obreros, elaborado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) para el período de doce (12) meses inmediatamente anterior, se le adicionará el uno y medio por ciento (1,5%) del cuadrado de la diferencia entre el promedio de variación del índice nacional de precios ya mencionado y el rendimiento promedio efectivo ponderado de los certificados de depósito a noventa (90) días emitidos por los bancos comerciales y las corporaciones financieras, calculado por el Banco de la República para el mes inmediatamente anterior".

[87] El Artículo 1º del Decreto 1319 de 1988 calculó la fórmula así: "al cuarenta por ciento (40%) de la variación resultante en el índice nacional de precios al consumidor (total ponderado) elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para el período de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, se le adicionará el treinta y cinco por ciento (35%) del promedio de la tasa variable DTF, calculada por el Banco de la República, para el mes inmediatamente anterior".

[88] Ello es explicado al señalar que al final de los ochenta "[S]e inicia una fuerte intervención del sistema bancario y de los constructores privados en la financiación a productores y compradores y en la generación de vivienda. Es decir, surge la coexistencia de dos formas de producción, una de tipo capitalista con dos variantes principales, la vivienda pública por encargo y la vivienda formal de origen privado (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 36).

2. El modelo de acceso a la propiedad habitacional mediante financiación privada

Desde el plan de desarrollo "las cuatro estrategias" (1970-1974), el Estado fue desmontando paulatinamente el esquema de inclinación asistencialista dando inicio a una política de construcción y financiamiento en la que las protagonistas son las empresas constructoras privadas, las corporaciones de ahorro y vivienda, las cooperativas, las aseguradoras y fiduciarias. Así, sobre la base del "agotamiento del modelo económico proteccionista, ineficiente y enclaustrado" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 3), el Estado pasó de ser constructor y responsable del sistema hipotecario para ocuparse de entregar subsidios a la demanda y regular el mercado privado de inmuebles y de financiación para vivienda.

Así, iniciando la década de los noventa se toman decisiones importantes relacionadas con el papel del Estado en la economía y en la ejecución de las políticas sociales y se considera que este debe ser un "facilitador" en las relaciones entre particulares:

> "El Estado no debe suplantar ni competir con el sector privado en la producción de aquellos bienes y servicios donde éste puede ser más eficiente y se plantea que debe asumir fundamentalmente un papel facilitador: uno de los principios de este modelo es que las necesidades habitacionales se atienden en el mercado, por lo cual se desplaza al Estado de la producción y financiación de la vivienda social" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 41).

Bajo estas nuevas premisas, se sustituyó el antiguo esquema en el cual el Estado conservaba roles indispensables para el acceso contractual de la vivienda al ser constructor y acreedor en los créditos a largo plazo y se adoptó un modelo de mercado con subsidios a la demanda[89]. Este modelo se caracteriza por incentivar el acceso a la propiedad de la

[89] Chile fue el primer país en Latinoamérica en establecer este modelo. En efecto, "las autoridades que introdujeron un nuevo régimen de política económica en Chile en 1973, normaron la aplicación de subsidios

vivienda mediante diferentes estructuras que impulsan la financiación a largo plazo y en las cuales se combinan el ahorro y el endeudamiento con múltiples clases de incentivos como subsidios en dinero para complementar la cuota inicial, seguros de cobertura contra la inflación, subsidios a la tasa de interés, subsidios en especie, incentivos tributarios al ahorro en cuentas bancarias especiales para la compra de vivienda.

Ahora bien, la decisión de adoptar este esquema surgió por la conjunción de múltiples hechos nacionales y globales que crearon el ambiente para desmontar la intervención del Estado como actor directo en las transacciones sobre vivienda **(2.1)**. A ello se sumó el nuevo orden político, que en lo que tiene que ver con el acceso a la vivienda, confirmó la identificación de la vivienda con la propiedad que se alcanza mediante financiación **(2.2).** Ese nuevo escenario económico y político implicó un ajuste normativo e institucional **(2.3)** que logró incentivar la celebración masiva de contratos de crédito hipotecario **(2.4).**

2.1. La desconfianza en el Estado y la fe en el mercado.

Desde finales de los años ochenta se venía abriendo camino el movimiento hacia la globalización económica con ingredientes enmarcados por el Consenso de Washington[90], el cual propuso fórmulas de política económica para los países en desarrollo que implicaban la reducción del Estado, la liberalización financiera y la desregulación. Este movimiento de

a la demanda de vivienda en 1978" (Günter, 2000, p. 10). Luego continuó Costa Rica, país en el que "después del reconocimiento del papel que puede jugar el crédito hipotecario en el financiamiento habitacional, se creó en 1987 el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (SFNV), el cual contempla subsidios directos" (Günter, 2000, p. 10).

[90] El Consenso de Washington (1989) reúne diez fórmulas para reformar las economías en desarrollo siguiendo una agenda común promovida por delegados de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, El Banco interamericano de Desarrollo y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. La forma de construcción del Consenso es explicada así: "En noviembre de 1989, el Instituto Internacional de Economía llevó a cabo una conferencia bajo el título 'Latin American Adjusment: How Much Has Happened?'. En ella, John Williamson (profesor de dicho Instituto) presentó un resumen sobre las que él consideraba las principales reformas que en Washington eran necesarias para restablecer el crecimiento económico de América Latina. En la conferencia participaron destacados economistas y representantes de los organismos internacionales, quienes llegaron a un consenso acerca de los diez instrumentos de política económica que Williamson presentó como los objetivos prioritarios, y que los Estados latinoamericanos debían tener para salir del bache económico" (Martínez y Reyes, 2012, p. 47).

liberalismo neoclásico mira al Estado como una institución con falta de agencia, pues puede actuar solo mediante funcionarios que transfieren a las actuaciones estatales "tanto debilidades personales que son difícilmente neutralizables por la administración (…), como las tensiones entre sus intereses y los intereses colectivos, las cuales muchas veces se resuelven en favor de los primeros mediante dinámicas de corrupción e ineficacia" (Bonilla, González, Crawford, 2010, p. 8).

Tasas de interés reales determinadas por el mercado, apertura comercial, atracción de inversión extranjera, privatización de las empresas estatales, desregulación para promover la competencia y respeto de los derechos de propiedad (Martínez y Reyes, 2012, p. 53), eran ingredientes que implicaban la modificación de las políticas estatales en diversos sectores, entre ellos, el de vivienda[91].

Así, apareció la necesidad de ajustar el modelo de acceso a la vivienda a las nuevas políticas de desarrollo económico lo que implicó que este sector fuera uno de los "primeros en sufrir una reforma estructural que marca el inicio de una nueva fase regida por una política de mercado" (Tarchópulos, 2008, p. 181).

El plan de desarrollo "La revolución pacífica" (1990-1994) realizó un balance sobre la intervención del Estado como constructor y financiador de vivienda y concluyó que la participación estatal había resultado un fracaso porque las entidades estatales eran ineficientes y utilizaban incorrectamente los recursos para atender las necesidades habitacionales de la población[92]. El manejo de los incentivos para acceder a los créditos hipotecarios generó el "no pago de la deuda hipotecaria de gran parte de los beneficiarios y por lo tanto la quiebra del ICT" (Tarchópulos, 2008, p. 182). Los subsidios directos a las tasas de interés y la adjudicación de créditos sin la exigencia del ahorro previo por ejemplo

[91] Para que las consecuencias de estos reajustes en el sistema de acceso a la vivienda "no eran tan evidentes para quienes formulaban la política fiscal, como vendrían siendo posteriormente" (Caballero y Urrutia, 2005, p. 33).

[92] La administración Gaviria y su plan de Desarrollo "La Revolución Pacífica" consideraban que existía un excesivo intervencionismo del Estado en el mercado y por lo tanto mostraban la necesidad de que la acción estatal se dirigiera a "orientar su ejercicio a fomentar la competencia, a través de la desregulación interna y la apertura al exterior" (Ocampo y Romero, 2015, p. 294).

en el plan de "casa sin cuota inicial"[93] configuraron un sistema ineficiente con un bajo beneficio social que afectó la calidad de la cartera de las entidades estatales financiadoras.

Así, el balance del papel del Estado durante el siglo XX en materia de vivienda no era positivo porque a la ineficiencia de las entidades estatales que construían y financiaban la adquisición de vivienda[94], se sumaba la inestabilidad de las instituciones cuyas decisiones dependían de los intereses del gobierno de turno:

> "Durante gran parte del siglo XX el crédito hipotecario fue financiado por entidades estatales, las cuales, por su condición, eran frecuentemente susceptibles de cambios políticos, ya sea por cambio de partido político en el poder o por reformas legales para cumplir promesas de campaña electoral. Por ejemplo, esto ocurrió con la propuesta de Belisario Betancur de eliminar la cuota inicial para poder acceder a crédito hipotecario, lo cual afectó fuertemente la calidad de la cartera del Instituto de Crédito Territorial (ICT)" (Llano y Urrutia, 2012, p. 38).

El plan "la revolución pacífica" consideró que el modelo en el que el Estado compartía roles con los particulares en la construcción y financiación de vivienda había generado que la tercera parte de los hogares colombianos careciera de condiciones adecuadas en sus viviendas. Por ello, con el objetivo de atraer "activamente" al sector privado en la construcción y financiación de vivienda, el plan de desarrollo propuso que el

[93] Se explicó en el Plan de Desarrollo que "el intento de realizar una política masiva de vivienda social con el sistema tradicional, como el plan de 'casa sin cuota inicial', precipitó la quiebra de la entidad, mostrando que la contratación de la construcción, la selección de los beneficiarios con mecanismos no transparentes, el desestimulo al ahorro previo de los adjudicatarios y los subsidios a través de las tasas de interés, no son prácticas viables para atender a la población de bajos recursos" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 32).

[94] De otra parte, en el diagnóstico sobre el modelo de acceso a la vivienda se encontró que existían transferencias indebidas de recursos a los constructores y edificación de baja calidad provocadas porque las entidades estatales contrataban directamente la construcción de las viviendas y ello generó que los deudores hipotecarios, "apenas recibieron 30 centavos de cada peso transferido al Instituto a través de los mecanismos de contratación y financiamiento" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 31). Adicionalmente, las entidades estatales recibían reducidas utilidades a pesar de que su participación en el sector representaba a finales de la década de los ochenta, el 43% del total de los activos del sistema. Ello debido a que los "préstamos incluían un subsidio en las bajas tasas de interés y los gastos operativos eran mayores que los de las entidades privadas" (Llano y Urrutia, 2012, p. 37)

Estado se concentrara en realizar subsidios directos a la demanda de las familias de menores ingresos porque "con ello, se reducen los altos costos asociados a la construcción y financiación de viviendas por parte del Estado" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 25). Así, se concluyó que las entidades estatales no debían sustituir al mercado en la asignación de derechos, debido a que al Estado le corresponde subsidiar alguna parte del proceso de ahorro o crédito para empujar a las personas a alcanzar la propiedad habitacional en el mercado.

2.2. Entre el mercado y los derechos: el consumidor como sujeto de protección en la Constitución

Otro hecho determinante para la construcción del modelo de acceso a la propiedad habitacional mediante el mercado fue la expedición de la Constitución Política, la cual: i) reconoció el derecho a la vivienda y acogió la idea de que su realización depende de los recursos que el Estado disponga para atenderlo (artículo 51)[95]; ii) estableció que uno de los objetivos de la intervención estatal en la economía es el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, (artículo 334); iii) diseñó un Estado Social como "respuesta a las múltiples demandas sociales que clamaban por la transformación del Estado liberal, en una entidad que se encargara de garantizar patrones mínimos dentro de los que fuera posible vivir dignamente" (Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999); iv) contempló la función social de la propiedad (artículo 58) y la obligación del Estado de promover la democratización del crédito (artículo 335) y, al mismo tiempo, v) incluyó algunos principios defendidos por el modelo económico de apertura como la posibilidad de que los particulares puedan prestar servicios públicos y las libertades económicas de iniciativa privada y

[95] Como se analizará en otro lugar, el alcance de las obligaciones estatales ha sido analizado por la jurisprudencia que ha indicado que el derecho a la vivienda tiene facetas de protección, respeto y cumplimiento y que el diseño de las políticas públicas es indispensable para la realización de estas. El texto del artículo 51 de la Constitución Política es el siguiente: "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".

competencia (artículo 333)[96]. Así, la Constitución combinó "dentro de una misma estrategia, una economía abierta y un Estado de bienestar moderno" (Ocampo y Romero, 2015, p. 297).

Adicionalmente, se otorgó rango constitucional a los derechos de los consumidores, los cuales fueron incluidos en el capítulo de derechos colectivos[97]. Según se explica en el informe de ponencia de la Asamblea Nacional Constituyente tal consagración tiene como fundamento la "condición de inferioridad manifiesta" que tienen los consumidores y usuarios frente a productores y comerciantes (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El artículo 78 consagró "los contenidos esenciales de los derechos de consumidores y usuarios" (C-133 de 2014) y le encargó al legislador la regulación sobre la calidad de los bienes y servicios que les sean prestados[98]. También establece que el legislador debe regular la información que les es entregada a los consumidores y la responsabilidad de los productores y comercializadores. Finalmente, la norma consagra un mandato de participación de las organizaciones de consumidores en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

La Constitución ubica al consumidor como el principal destinatario del modelo económico porque es quien demanda bienes, servicios, derechos y por ello, "goza de un estatus superior en cuanto a su protección por el ordenamiento jurídico" (Castro, 2016, p.

[96] La Constitución Política combina perspectivas entre una economía de mercado abierta y un estado de bienestar moderno las cuales, aunque "no son necesariamente antagónicas, lo fueron suficiente como para tornar la etapa que se inició en 1990 en una de las más contradictorias de la historia económica del país" (Ocampo y Romero, 2015, p. 297).

[97] La Asamblea Nacional Constituyente consideró necesario incluir en la Constitución al consumidor como sujeto que merece protección legal. La ponencia explica que "Al elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional" (Informe Ponencia sobre "Derechos Colectivos", Asamblea Nacional Constituyente – Gaceta Constitucional N° 58).

[98] Según este artículo de la Constitución: "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".

106). De esa forma, el artículo 78 se refiere, de manera general[99], a la necesidad de crear instrumentos sustanciales y procesales para la protección de los consumidores[100].

Al analizar las razones por las cuales el constituyente incluyó al consumidor en la Constitución, la Corte indicó que con el reconocimiento de una protección especial a este sujeto se busca "avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho" (C-1141 de 2000[101]). De esa forma, el esquema de protección especial al consumidor es una de las consecuencias de una economía de mercado constitucionalizada (Correa, 2008, p. 250 y ss.).

La confianza en el mercado como el instrumento más eficiente para garantizar a los individuos la satisfacción de sus necesidades habitacionales se reflejó en las estrategias que tienen como destinatarios a los ciudadanos en su dimensión de consumidores de bienes y servicios[102]. Así, la Constitución de 1991 coincidió históricamente con el auge de los principios del liberalismo neoclásico, los cuales se reflejaron en la defensa al libre juego de la oferta y la demanda", pues con ello se garantizaría que los ciudadanos al acceder al

[99] Al examinar el contenido del artículo 78 de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado que este consagra de manera general el ámbito del derecho del consumo. Así lo ha indicado en las sentencias C-749 de 2009 y C-909 de 2012, la primera en el contexto del examen de constitucionalidad a una norma que permitía la realización de la judicatura en asociaciones y ligas de consumidores, mientras que la segunda la incluyó al analizar normas relativas al consumidor de productos financieros, de seguros y de valores.

[100] Según la Corte, esa protección especial se manifiesta en que la Constitución "prevé mandatos particulares, relativos tanto a aspectos prescriptivo-sancionatorios, como de participación" (C-749 de 2009)

[101] La sentencia C-1141 de 2000 estudió la responsabilidad de los proveedores, expendedores y productores frente a la garantía mínima presunta contenida en una norma que ya no se encuentra vigente pues hacía parte del derogado Estatuto del Consumidor. Sin embargo, la sentencia sigue siendo relevante para comprender la visión constitucional del derecho del consumo. Esta sentencia es una de las primeras y más completas decisiones que han analizado las características del derecho del consumo y ha sido utilizada como precedente en otras importantes decisiones que se han referido a asuntos de derechos del consumo. Así, ha sido el precedente de, al menos, estas decisiones: T-466 de 2003, T-145 de 2004, C-592 de 2012, C-909 de 2012, C-313 de 2013, C-133 de 2014, C-583 de 2015.

[102] Sobre la ideología liberal y su defensa de la libertad en el comercio, la Corte Constitucional ha señalado: "El mercado llegó a adquirir una importancia central como medio regulador de la actividad económica y lugar de intercambio y confrontación constante de los bienes económicos, hasta el punto de que la competencia como principio de la nueva cultura económica, fincada en los valores de la ideología liberal, se impuso definitivamente sobre el ideal de solidaridad que caracterizaba el sistema anterior, organizado para satisfacer necesidades previamente establecidas y servir de fundamento a la coexistencia ordenada de los productores como miembros de grupos y organizaciones. En lugar de la Corporación emergió el sujeto económico libre. Sin ataduras corporativas, la lealtad se predica ahora frente a la ley impersonal, general y abstracta y, de otro lado, por supuesto, frente al estímulo individual de perseguir racionalmente sus propios intereses materiales. Le corresponde a la ley simplemente garantizar la libertad general" (C-535 de 1997).

mercado como consumidores "puedan satisfacer sus necesidades e intereses" (Bonilla, Crawford y González, 2010, p. 7).

Al incluir la dimensión de las personas como consumidores, la Constitución superó "la débil protección de normas aisladas del derecho común de la responsabilidad por daños, frecuentemente vistas con recelo por los hombres de negocios" (Castro, 2016, p. 106). Así, el orden constitucional ha impulsado la expedición de leyes generales y sectoriales, como las que se refieren a los consumidores de vivienda, y ha servido para delimitar el sentido de las decisiones del legislador en la materia.

Este esquema de mercado se ha mantenido desde inicios de los noventa hasta la actualidad y lo que ha variado con los cambios de los planes de desarrollo, son las clases de subsidios (en dinero o en especie), su focalización, el núcleo poblacional, la parte del crédito al que es aplicado (cuota inicial, intereses, cuota inicial, cuotas o cánones periódicos).

2.3. Rediseño institucional y normativo: la desregulación y la privatización de la construcción y financiación de vivienda

Con base en las recomendaciones del Conpes no. 2484 (1990) sobre vivienda[103], el Gobierno presentó al Congreso dos iniciativas que se convirtieron en las Leyes 49 de 1990 y 3ª de 1991. La primera de ellas reguló diversos temas (mercado de capitales, inversión extranjera, impuestos, asuntos aduaneros) y en el capítulo XI se refirió al Subsidio Familiar de Vivienda (SFV) y a la Vivienda de Interés Social (VIS). Su importancia radica en que ordenó a las Cajas de Compensación Familiar, entidades privadas que manejan recursos parafiscales provenientes de la nómina de empleados, a constituir fondos para vivienda de interés social y a ofrecer subsidios a sus afiliados[104].

[103] El documento Conpes No. 2484 denominado "Programa de vivienda social" realizó un diagnóstico general sobre el sistema de crédito para vivienda y propuso una reorganización institucional para el financiamiento de vivienda (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 1990).

[104] Chiappe de Villa destaca la importancia de las Cajas de Compensación Familiar en el otorgamiento de subsidios pues "entre 1991 y 1997 las cajas contribuyeron con el 31% del número de subsidios asignados para VIS, y el 33% del valor total de los mismos" (1999, p. 7).

Por su parte, la Ley 3ª de 1991 se instituyó como el instrumento normativo más importante para reformar el modelo de acceso a la vivienda[105]. Esa ley definió a las VIS por su precio de adquisición y al SFV como un aporte estatal en dinero o en especie, para obtener una vivienda o mejorarla. De esa forma, la Ley propuso subsidiar la demanda de los hogares con ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos legales mediante aportes estatales que les permitan acceder al mercado de inmuebles en el que la producción y financiamiento está en manos de los particulares[106].

Los cambios del modelo implicaban la reconfiguración del mapa de los actores que intervienen en el acceso a la vivienda. Así, para atender la demanda de vivienda social, la Ley 3ª sustituyó al Instituto de Crédito Territorial (ICT) por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (INURBE), el cual no continuaría con las funciones de construcción y financiación de vivienda, sino que se encargaría de administrar los recursos nacionales para subsidios[107]. Según la exposición de motivos de la Ley 3º, la principal función del Inurbe es el de ser "factor de apalancamiento financiero del subsidio para garantizar la participación del sistema financiero inmobiliario en la provisión de nuevas soluciones de vivienda de interés social" (Ministerio de Desarrollo Económico, 1990, p. 6).

Así, el INURBE y las Cajas de Compensación Familiar se encargarían de los subsidios con fondos provenientes del presupuesto nacional y de aportes de la nómina de

[105] El artículo 1º de la ley 3º de 1991 comienza por crear el "Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social" conformado por "las entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de viviendas de interés social".

[106] En el marco de esa decisión legislativa, existe una cuantiosa producción de decretos que regulan el procedimiento de entrega de los subsidios. La Ley 3ª de 1991 ha sido reglamentada en múltiples oportunidades por decretos cuya vigencia ha sido corta, pues los recursos, requisitos y procedimientos para la obtención del subsidio familiar de vivienda han cambiado constantemente. Así, se han expedido al menos los decretos 4 de 1993, 1168 de 1996, 1133 de 2000, 951 de 2001, 578 de 2002 1042 de 2003, 2480 de 2002, 3111 de 2004, 4407 de 2004, 973 de 2005, 4466 de 2007, 1924 de 2009, 2190 de 2009, 1160 de 2010.

[107] En la exposición de motivos presentada el 25 de septiembre de 1990 por el Ministerio de Desarrollo Económico y que terminó en la Ley 3 de 1991 se planteó una preocupación por el mercado informal de vivienda y se señaló que "no existe posibilidad de hablar de vivienda social sin aceptar que ésta debe ser subsidiada. Los intentos por transferir el subsidio a través de canales institucionales, como lo prueban los estudios, han fracasado. Se requiere entonces, como lo propone la Ley, un nuevo tipo de subsidio, más transparente, que llegue en forma directa, individual o colectiva, al beneficiario" (cursiva original) (Ministerio de Desarrollo Económico, 1990, p. 7).

los trabajadores del sector privado, respectivamente[108]. En relación con el acceso a la vivienda comercial, la Ley 3ª de 1991 reajustó el Banco Central Hipotecario para que volviera a su "condición de fuente financiera por excelencia para la clase media colombiana" y se crearan "las condiciones para un mercado de la vivienda usada" (Ministerio de Desarrollo Económico, 1990, p. 6).

Se pretendía que el Estado delegara a los actores del "sistema financiero inmobiliario" privado "las funciones que estos desarrollan más eficientemente y con menores costos" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 36). Al respecto, la exposición de motivos de la Ley 3ª de 1991 señaló que el Estado "no volverá a contratar directamente, ni a administrar carteras de préstamos individuales que serán entregados, a través de encargos fiduciarios a las entidades financieras", los cuales son alabados por ser "un novedoso instrumento normativo" (Ministerio de Desarrollo Económico, 1990, p. 6).

Así las cosas, el nuevo modelo implicó "la privatización de la promoción, la construcción y el financiamiento de la vivienda" (Tarchópulos, 2008, p.182). Dado que, en los constructores privados y en las entidades financieras se dejaron roles indispensables para el acceso a la vivienda, el Plan Nacional de Desarrollo les asignó unas responsabilidades generales al indicar que se requería que tales instituciones se "adaptaran" al nuevo modelo de acceso a la vivienda[109]. De esa forma, los actores principales del modelo son los particulares, quienes tienen un lugar central en las operaciones de arrendamiento y de compraventa de inmuebles con destino a la vivienda, así como en los instrumentos jurídicos para financiar su adquisición o goce[110]. Desde el punto de vista del consumidor, el modelo

[108] Entre 1994 y 1997, "los principales oferentes de vivienda son constructores privados y las Cajas de Compensación Familiar las cuales cumplen el doble papel de administrar subsidios y construir vivienda de interés social" (Chiappe de Villa, 1999, p. 9). En el Conpes "Avances del programa de vivienda social" (1991) se indicó que en el primer año de desarrollo de la política de subsidios a la demanda "las Corporaciones de Ahorro y Vivienda han financiado cerca de la mitad de las soluciones presentadas al programa de subsidio individual y han participado con el 70% de la financiación complementaria".

[109] De esa forma señaló: "Las instituciones financieras deberán complementar los subsidios con créditos de largo plazo y explorar modalidades novedosas de garantías. Los constructores deberán aumentar su eficiencia para llegar a la población de menores recursos con productos de bajo precio y calidades superiores a las actuales" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 37).

[110] Por ello, las reglas sobre las operaciones mercantiles y civiles se dirigen a agentes privados pues son ellos "quienes ofrecen bienes para arrendar o a la venta, agentes que pueden ser comerciantes o sujetos a la ley comercial o, bien, particulares sujetos a la ley civil" (Corte Constitucional, C-936 de 2003).

creado en la Ley 3ª de 1991 pretendía que el acceso a un préstamo otorgado por el sector bancario comercial permitiera a los ciudadanos comprar una vivienda en el "mercado normal", con lo cual el consumidor de vivienda obtendría ventajas:

> "El usuario final no tendría que someterse a decisiones tecnocráticas y recuperaría la "soberanía del consumidor", escogiendo la opción del mercado que mejor se adaptara a sus necesidades. Los premios y sanciones del juego mercantil se encargarían de asignar los recursos de la mejor manera, promover la eficiencia y la innovación y castigar los errores" (Cuervo y Jaramillo, 2009, p. 10).

Ahora bien, el modelo de acceso a la vivienda coincidió con la expedición de un marco institucional y normativo para el decidido ingreso de Colombia a una política económica de liberalización de servicios financieros que quedó establecida en la Ley 45 de 1990. La puesta en marcha de este marco regulatorio implicó que la banca especializada y la estatal que concedía préstamos en condiciones especiales fueran desapareciendo[111] debido a que se eliminaron los privilegios que tenían entidades como las CAV con el objetivo de que las entidades financieras pudieran competir[112]. Así mismo, el título III sobre "transparencia de las operaciones" de la Ley 45 incluyó importantes innovaciones para la

[111] Los cambios de la legislación financiera incluidos en la Ley 45 de 1990 implicaban, entre otros asuntos, la apertura a la inversión extranjera en ese sector y la promoción de la competencia entre las entidades financieras permitiendo "pasar de un sistema especializado a uno de multibanca donde las instituciones financieras compitieran bajo las mismas condiciones. Esto necesariamente terminaría afectando las instituciones que tuvieran un trato preferencial antes de la internacionalización" (Llano y Urrutia, 2012, p. 38).

[112] El primer acto normativo para promover la libre competencia entre las entidades del sector financiero fue el Decreto 2994 de 1990, en virtud del cual se autorizó a los bancos comerciales a remunerar libremente los recursos captados mediante depósitos. Esta libertad afectó especialmente a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda que perdieron el privilegio de remunerar los depósitos de ahorro y con ello la posibilidad de equilibrar los recursos otorgados en la remuneración de las captaciones trasladándolos a las tasas de interés que se cobraban en los créditos hipotecarios a largo plazo pues en estos créditos los intereses ya se encontraban establecidos contractualmente. El artículo 1 del Decreto 2994 de 1990 señaló: "A partir del 1° de enero de 1991, suprímanse los límites máximos en las tasas de interés de las operaciones pasivas (…)". Así mismo, el artículo 3º indicó: "Las tasas de interés que ofrezcan reconocer los bancos comerciales, las cajas de ahorro y los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, por concepto de los depósitos de que trata el literal a) del artículo 1° del presente Decreto, así como su forma de liquidación, serán fijadas libremente por la entidad depositaria e informadas al público (…)".

protección de los consumidores[113] de crédito y de seguros prohibiendo una "serie de malas prácticas" (Prado, 2011, p. 214) que venían desarrollando la banca y las aseguradoras.

En relación con los consumidores de crédito[114], la ley incluyó normas de protección en relación con el cobro de intereses señalando que en las obligaciones pactadas en "UPAC o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés" (artículo 64). También aclaró que se reputarían como intereses las sumas que el acreedor recibiera del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado[115] y que el valor que se cobre al deudor como sanción por el incumplimiento se tendrá como intereses de mora, no importa la denominación (artículo 65). Además, la Ley 45 introdujo herramientas para la protección de tomadores y asegurados como: la ineficacia de las cláusulas contractuales contrarias a la ley[116], la libertad para escoger la aseguradora[117], la reducción del plazo para el pago de la indemnización y la obligación de redactar de forma comprensible y destacada las coberturas y las exclusiones de las pólizas[118].

---

[113] Aunque la Ley 45 de 1990 no denominó a los deudores, asegurados o tomadores como "consumidores" o se refirió a una disciplina de protección al consumidor, sí es posible afirmar que contiene disposiciones de derecho del consumo que protegen a una parte de la relación contractual por considerarla parte débil.

[114] Así, esta ley incluyó herramientas para la protección de los deudores, aunque no estableció categorías entre ellos diferentes a que se trate de obligaciones mercantiles dinerarias ni tampoco se refirió a la categoría de consumidor.

[115] El artículo 68 permitió que se reputaran como intereses incluso aquellas sumas que se justificaran por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes.

[116] Sobre los innovadores cambios para la protección a los consumidores de seguros se explica: "Mediante la Ley 45 de 1990, cuya orientación fue la de tutelar los derechos de tomadores y asegurados, se adoptaron normas dirigidas a la modernización del sector asegurador y a la reforma del contrato de seguro. En primer lugar, consagró con carácter general la figura de la ineficacia respecto de aquellas cláusulas contractuales contrarias a la ley. De la misma forma, se consagró la acción directa en el seguro de responsabilidad y se reconoció la libertad del tomador y asegurado para elegir a la aseguradora y al intermediario. Finalmente, estableció la prohibición de prácticas de las aseguradoras que afecten los derechos de los asegurados" (Díaz-Granados, 2012, p. 63).

[117] El artículo 78 de la Ley 45 de 1990 señala: "La Superintendencia Bancaria protegerá la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitaciones la aseguradora y, en su caso, el intermediario (…)".

[118] La Ley 45 de 1990 estableció como uno de sus principios orientadores procurar tutelar los derechos de los tomadores, de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador, así como una sana competencia de las instituciones que participan en él (artículo 29). De esa forma, incorporó cambios importantes: "antes de la entrada en vigencia, el asegurador contaba un plazo de sesenta días para objetar o pagar la indemnización, en caso de mora la sanción aplicable era el pago de intereses moratorios del 18% anual. A partir de la Ley 45 de 1990, el plazo para el pago de la indemnización o la objeción por parte del asegurador se reduce a un mes, pasado el cual, la póliza presta mérito ejecutivo contra el asegurador; los

Otra reforma legislativa importante para el diseño del modelo de acceso a la vivienda fue la creación de un mecanismo de ahorro obligatorio que puede utilizarse para la compra y financiación de vivienda de los trabajadores (Ley 50 de 1990). Así se estableció el pago de cesantías, una prestación a cargo del empleador que corresponde a un mes de salario por cada año laborado. Esos recursos conforman fondos administrados por sociedades de servicios financieros denominadas Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía (AFP). Los empleados pueden disponer de ese dinero para la construcción de vivienda o para la adecuación o mejoras de una ya existente.

En síntesis, las diversas novedades normativas (la nueva Constitución Política, las reformas al sistema de vivienda social, al sistema financiero y a la legislación laboral) mostraron un decisivo impulso para lograr que los ciudadanos que con sus propios recursos no alcanzaban a adquirir la propiedad de un inmueble para vivienda pudieran hacerlo mediante la fórmula: cuota inicial lograda por el ahorro privado (voluntario y obligatorio) + subsidios (para aquellos con menores recursos[119]) + crédito (otorgado por entidades financieras).

Este modelo de mercado en el que se conjugan ahorro, subsidio y crédito para la adquisición de la propiedad de la vivienda fue adoptado en la última década del siglo XX[120]

---

intereses moratorios pasan a ser el equivalente a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento del pago, se impone la obligación de redactar las coberturas y las exclusiones de las pólizas en 'caracteres destacados' y en la primera página de la póliza, de fácil comprensión para el asegurado y en idioma castellano" (Jaramillo, 2012, p. 217).

[119] La Ley 3ª de 1991 descansó en la idea del acceso a la propiedad de la vivienda social y por ello, definió en el centro del modelo al subsidio familiar de vivienda, como un "aporte estatal en dinero o en especie para quienes carecen de recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitar legalmente los títulos de la misma" (artículo 6º). Así, el subsidio se entrega para, en palabras del artículo, "la obtención" de la vivienda o para mejorar la vivienda de alguien que ya sea propietario. La definición del subsidio familiar de vivienda ha sido modificada dos veces por la Ley 1432 de 2011 (artículo 1º) y la Ley 1469 de 2011 (artículo 28). En la actualidad es definido como "un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta Ley. La cuantía del subsidio será determinada por el Gobierno Nacional de acuerdo con los recursos disponibles, el valor final de la solución de vivienda y las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios".

[120] Luego de este tránsito de modelo mediante importantes reformas legales, los siguientes planes de desarrollo continuaron el camino iniciado en 1990 sin realizar transformaciones significativas. Así, el Plan Nacional de Desarrollo "El salto social" (1994-1998) propuso liquidar definitivamente el Instituto de Crédito Territorial y el Plan "Cambio para construir la paz" (1998-2002) continuó en el camino de los subsidios directos a la

en varios países latinoamericanos[121] que cambiaron el subsidio a la oferta "en la forma de viviendas provistas por el Estado"[122] a estos esquemas tripartitos en los que el subsidio es la plataforma para la obtención del crédito:

> "El objetivo central del Subsidio Habitacional Directo (SHD) es complementar la capacidad adquisitiva de las familias de menores ingresos, segmento donde se concentra el grueso de la demanda potencial por vivienda, para permitir que éstas puedan atender su problema de vivienda a través del mercado accediendo a una solución habitacional que satisfaga sus aspiraciones y que sea compatible con su esfuerzo propio y sus posibilidades económicas" (Gonzáles, 2002, p. 16).

Según ese esquema los recursos conformados por el ahorro y el subsidio "alentarían" al sector financiero privado a otorgar crédito a largo plazo para la adquisición de vivienda[123]. Así, a diferencia del anterior esquema sobre acceso a la vivienda en el que el gobierno con recursos públicos construía y financiaba la compra de vivienda con bajas tasas de interés, este modelo pretende subsidiar directamente la demanda de la población con menores

demanda aplicados a proyectos generados desde el sector privado. La legislación, entonces, se concentra en afinar la normatividad relativa al SFV y la financiación.

[121] El estudio denominado "El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina" realizado por Gerardo Gonzáles (2002) y publicado por la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (Cepal) analizó los modelos de acceso a vivienda en Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y República Dominicana.

[122] Los países que adoptaron el esquema de mercado consideraron que este generaba "menores pérdidas en el bienestar del consumidor, menores pérdidas en la soberanía del consumidor, y menores costos en la facilitación de una vivienda" (Gonzáles, 2002, p. 16) puesto que los subsidios que complementan el crédito permiten a las familias un menor endeudamiento y, por tanto, la posibilidad de que con los mismos ingresos puedan tener la capacidad de pago compatible con el crédito hipotecario (Gonzáles, 2002, págs. 17 y 18).

[123] La política habitacional explicó esta idea así: "El subsidio, al complementar el ahorro de los hogares, aumenta la disponibilidad de la cuota inicial y alienta al sector financiero a prestar a familias que, por sus ingresos, resultaban excluidas. Esto permitirá canalizar un volumen importante del ahorro privado que permanecía al margen de la financiación de la vivienda popular. La familia, al recibir el subsidio, elige en el mercado una vivienda nueva (…). La entrega del subsidio se hará al vendedor, previa presentación de la escritura registrada" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 37).

ingresos para que tenga la capacidad económica de celebrar contratos de adquisición de viviendas provistas por el sector privado[124].

2.4. El entusiasmo por el endeudamiento

La fe en el mercado[125], los cambios que generó la Constitución Política de 1991, el esquema de liberalización financiera[126], el optimismo por el crecimiento económico, las nuevas condiciones favorables para incentivar la competencia entre las instituciones financieras y para hacer del sector financiero un sector grande y diversificado[127] y los incentivos para la construcción y compra de vivienda promovieron la celebración masiva de contratos hipotecarios debido a la confianza de los consumidores en que en el futuro los créditos podrían pagarse sin problema[128].

Entre 1990 y 1997 el crédito hipotecario para vivienda creció 165% (Llano y Urrutia, 2012, p. 52), generando un significativo aumento en el número de consumidores financieros. En efecto, mientras en 1991 la relación cartera/PIB era del 20%, en 1997 había llegado al 34% (Clavijo, Vera y Cuéllar, 2016, p. 10). Ello demostraba la implementación

[124] Ello es explicado así en el Plan de Desarrollo "La revolución pacífica": "En contraste con las anteriores políticas, orientadas a suministrar las viviendas por el Gobierno central y a financiar su compra con bajas tasas de interés, la política de gasto social en vivienda del actual gobierno, consiste en subsidiar directamente la demanda de las familias con menores ingresos para la adquisición de soluciones de vivienda provistas por el sector privado", los municipios y la comunidad organizada" (Departamento Nacional de Planeación, 1991, p. 36).

[125] El liberalismo neoclásico parte de la confianza en el mercado debido a la consideración de que el Estado es ineficiente. Ello se refleja en una serie de políticas públicas que "promueven las privatizaciones de las empresas públicas, la desregulación del mercado financiero, la flexibilización del mercado laboral, la reducción de impuestos, particularmente para los sectores sociales más pudientes" (Bonilla, González, Crawford, 2010, p. 8).

[126] El programa de liberalización financiera se materializó en las leyes 45 de 1990, 9 de 1991, 35 de 1993.

[127] Llano y Urrutia señalan que, con las reformas impulsadas, "se pudo ver un alto incremento de instituciones financieras" pues pasaron de ser 93 a 139 en el gobierno Gaviria (2012, p. 146).

[128] El escenario propicio para el aumento del endeudamiento ha sido descrito así: "En el segundo semestre de 1991, el país comenzó a experimentar una euforia nunca antes conocida. La nueva constitución, con su esperanza de tiempos mejores; el descubrimiento de los yacimientos petrolíferos de Cusiana y Cupiagua; la confianza que, tanto a nivel doméstico como internacional, despertaron las nuevas políticas y las reformas colombianas; y el acceso a los mercados de capitales del exterior (…). [L]a consecuencia de esta percepción fue considerar que la riqueza nueva era permanente y no pasajera. Por lo mismo, el país entró por la vía del endeudamiento tanto privado como público: en el futuro las deudas podrían pagarse sin problema alguno" (Caballero y Urrutia, 2005, p. 36).

del esquema de liberalización económica que acentúa el acceso a derechos sociales mediante el endeudamiento privado:

> "El proceso estratégico del programa neoliberal en lo concerniente al Estado benefactor consiste en una transformación gradual de 'derechos sociales' en 'deudas sociales', que las políticas neoliberales tienden a su turno a transformar en deudas privadas, en paralelo con la transformación de los 'derecho habientes' en 'deudores' (…). La transformación de derechos sociales en deudas y de usuarios en deudores es la concreción del individualismo patrimonial" (Lazzarato, 2013, p. 120).

Ahora bien, la liberalización del sector financiero había afectado a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV), pues, luego de contar con privilegios en la remuneración de las captaciones y colocaciones, debían ahora competir con las demás entidades financieras que realizaban captaciones de ahorro y colocaban préstamos para vivienda a largo plazo.

Con los cambios regulatorios, las CAV lograrían su supervivencia solo si podían trasladar a los créditos hipotecarios la remuneración que estaban otorgando a los depósitos. Dado que no era posible modificar unilateralmente las condiciones contractuales sobre la remuneración, las CAV solicitaron con frecuencia cambios en el cálculo del UPAC para que esta unidad pudiera incluir la tasa de interés de los depósitos a término (DTF)[129]. De esa forma, si se estaba pagando más a los ahorradores podía recibirse más de los deudores mediante la corrección monetaria.

[129] Una investigación llevada a cabo por Barreto (2012) relata los reclamos del gremio de las corporaciones, el Instituto Colombiano de Ahorro y Vivienda (ICAV), y sus peticiones para que el Banco de la República ajustara la fórmula del UPAC. Barreto (2012) entrevistó a uno de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, quien al respecto narró: "en ese momento las CAV comienzan a presionar para que se cambie el UPAC. El Presidente del gremio de las CAV (…) "bombardea" a la Junta: 'que se cambie el UPAC para asimilarla más a la tasa de interés del mercado'. Algunos en la Junta nos resistíamos: "no sigamos cambiando el UPAC; si esa es la regla pues que la jueguen y que más bien manejen el crédito para cuadrarlo con los ingresos que tienen'. Pero después de veinte años de manejar de manera fácil el sistema [las CAV] no ajustan el nivel de crédito, que estaba totalmente disparado (…). Entonces, después de discutirlo muchísimo, hay una mayoría que dice: 'hagámosle el último ajuste al UPAC', y combinamos para la fórmula la tasa de mercado con la inflación" (Barreto, 2012, p. 15).

Comenzaron así, una serie de modificaciones para cambiar el significado de la UPAC, incluyendo la tasa de interés del mercado DTF. Ocurrió entonces un hecho determinante para la crisis hipotecaria que vendría años después: El Banco de la República cambió la fórmula de cálculo de la UPAC y la corrección monetaria del sistema UPAC que inicialmente crecía conforme lo hacia el Índice de Precios del Consumidor (IPC) pasó a vincularse a la tasa de interés del mercado, pues se empieza a ajustar de conformidad con los Depósitos a Términos Fijos (DTF)[130]. En el fondo, ello implicaba transformar el crédito de vivienda en un crédito convencional con tasas de interés del sistema financiero.

Mientras tanto, esta etapa de seducción por el crédito conllevó a un aumento sostenido de los precios de los inmuebles, los cuales crecieron entre 1993 y 1997 45.2%, mientras el IPC lo hacía en 22.6% (Caballero y Urrutia, 2005, p. 43).

En la cima del crecimiento del crédito hipotecario y a la par con la expansión de una "burbuja especulativa" del precio de los inmuebles[131], la política monetaria indujo al incremento de las tasas de interés[132]. Tal incremento se debió a varias causas, entre ellas, la ocurrencia de eventos internacionales que afectaron el flujo de capitales al país[133]. El aumento hasta en un 50% de las tasas de interés de mercado se reflejó inmediatamente en el valor de la UPAC. De esa forma, comenzaron a sentirse las consecuencias de la adopción de las políticas del Consenso de Washington en lo que se refiere al acceso a la vivienda. Ello es explicado así:

---

[130] Estos cambios se materializan en las Resoluciones 26 de 1994 y 18 de 1995 en las que se señala que el valor en moneda legal de la UPAC será "equivalente al 74% del promedio móvil de la DTF efectiva".

[131] Las razones para la crisis financiera que estalló en 1998 estarían dadas desde 1993. En efecto, "para el Banco de la República la recesión económica se gestó en 1993 cuando comenzó el crecimiento excesivo de la cartera del sector financiero, que aumentó 24.4% en término reales y llevó a una burbuja especulativa en los precios de los activos" (Caballero y Urrutia, 2005, p. 43).

[132] Barreto (2012) explica como la Junta Directiva del Banco de la República adoptó "una política de contracción monetaria, induciendo un alza en las tasas de interés del mercado. En consecuencia, las tasas *reales* de colocación del sistema financiero pasaron, en promedio, del 9% entre 1992 y 1993 al 17% entre 1994 y 1996 (…). A finales de 1998 la tasa *real* de colocación alcanzó niveles del 25%" (cursiva en el texto original) (págs. 116 y 117). Llano y Urrutia (2012) explicaron aumentaron hasta el 50% las tasas de interés de mercado (p. 54).

[133] Llano y Urrutia explican que "la burbuja" de los precios de vivienda coincidió con la crisis económica y financiera internacional que había comenzado en Asia y Rusia y que conllevó para Colombia una reducción del flujo de capitales que hicieron aumentar las tasas de interés colombianas "al reducirse la liquidez en la economía y aumentar el riesgo del país" (2012, p. 53).

> "La liberalización de las tasas de interés, aunado a la disminución de los subsidios, a la mercantilización desregulada de la tierra y a la política de controlar hacia la baja los salarios, impidió, contrariamente a los postulados neoliberales, el acceso de grandes sectores de la población a la vivienda producida por el mercado (Ortiz, 2008, p. 9)

Así, los consumidores comenzaron a notar que las cuotas superaban su capacidad de pago porque mientras aumentaba el valor en pesos de su crédito hipotecario al ritmo del incremento de las tasas de interés de mercado, sus ingresos apenas se ajustaban con la inflación. La cartera hipotecaria vencida aumentó[134] y el precio de las viviendas se desplomó[135]. El sistema de financiación de vivienda había entrado en crisis.

3. La construcción del consumidor de vivienda a través de la deuda

Luego de la celebración masiva de contratos de crédito hipotecario gracias a los incentivos establecidos en el modelo de mercado para la vivienda, sobrevino la crisis hipotecaria de 1998, la cual, provocada por múltiples causas, generó un masivo incumplimiento de contratos de crédito hipotecario y terminó por derrumbar el modelo de financiación de vivienda a largo plazo **(3.1)**. Después de la crisis, en lo corrido del siglo, la política de consumo en materia de vivienda se ha centrado en el acceso a la propiedad habitacional **(3.2)**, y para ello, se han creado múltiples incentivos que estimulan el acceso a crédito **(3.3)** y se han implementado medidas para que la población excluida del sistema de financiación pueda acceder al mercado habitacional **(3.4)**.

[134] Los créditos hipotecarios vencidos pasaron "del 5.6% en diciembre de 1996 a 11.9% en 1998" (Llano y Urrutia, 2012, p. 51), ello implicó que se registrara una masiva pérdida de viviendas de los deudores hipotecarios ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones" (Universidad del Rosario, 2007, p. 6).

[135] Sobre la disminución de los precios de los inmuebles se explica que "ocurrió una desvalorización de la vivienda que hemos estimado en cerca de 37% a nivel de las principales ciudades y de 39% en el caso de Bogotá durante el periodo 1995-2002, la cual recoge todo el ciclo de auge-colapso hipotecario. Como resultado de dicha desvalorización, veremos que el valor de una vivienda de 100 mts.2, ubicada en un barrio de estrato relativamente alto, era tan solo de US$72,000 en Bogotá o unos US$50,000 en las principales ciudades hacia finales del año 2002" (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 107).

3.1. La crisis hipotecaria y la relevancia constitucional de los deudores hipotecarios

La crisis hipotecaria de 1999 provocó la irrupción de una figura subjetiva en el constitucionalismo y en el derecho contractual privado: el ciudadano endeudado. Con la crisis, las relaciones contractuales de este sujeto comienzan a ocupar un espacio público.

Las consecuencias sociales fueron devastadoras: los deudores que no pudieron continuar pagando sus obligaciones, perdieron sus inmuebles o los dieron en dación de pago. A julio de 1998 habían entregado su vivienda en dación en pago 125.000 familias (Barreto, 2012, p. 102) y para finales de ese año, al menos 600.000 propietarios de vivienda se retrasaron en el cumplimiento de sus créditos (ONU-HABITAT, 2003, p. 93).

En diciembre de 1998 el gobierno declaró el estado de emergencia social y económica enfocándose en las consecuencias que la cartera vencida representaba para el sector financiero[136]. La Corte Constitucional, al examinar los decretos que declararon el estado de emergencia y que establecían las medidas adoptadas para solucionar la crisis, declaró constitucionales aquellas normas que eran favorables para los deudores bajo el supuesto según el cual, eran ellos los especialmente afectados por la situación[137] (C-122 de 1999).

La crisis condujo al cierre de entidades financiadoras de vivienda, a la quiebra de constructores y a la afectación masiva de los consumidores. Esto último imprimió una característica especial a esta crisis[138], que conllevo a que las medidas se enfocaran en los

[136] El 16 de diciembre de 1998, el gobierno expidió los decretos 2330 y 2331 de 1998. Mediante el primero de ellos, declaraba el estado de emergencia y con el segundo establecía las medidas adoptadas por el gobierno para "resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación"

[137] La sentencia C-122 de 1999 declaró la constitucionalidad condicionada del Decreto 2330 de 1998 que declaraba el estado de emergencia al considerar que los actores que debían ser protegidos por el estado de emergencia eran los deudores individuales del sistema UPAC, el sector de las organizaciones solidarias de ahorro y crédito y las entidades financieras de carácter público, por lo que las medidas excepcionales no podían incluir a las entidades financieras privadas del sector no cooperativo.

[138] Otras crisis generaron afectaciones en otros actores. Así, se ha explicado que en la crisis de los años treinta, la desaparición de los bancos hipotecarios privados, "los perdedores fueron los inversionistas del exterior en

deudores individuales de largo plazo[139]. Según la Corte, eran los deudores "quienes merecen mayor protección por las complicadas circunstancias que atraviesan, en especial a causa del desmesurado aumento en las tasas de interés y de la errónea y perjudicial estructura del sistema UPAC, cuyos exagerados costos y réditos ligados al DTF han conducido al fracaso económico de la mayoría de los deudores de las clases media y baja" (C-136 de 1999).

En ese sentido, la Corte encontró que resultaba inconstitucional que los alivios para los deudores se aplicaran únicamente a aquellos cuya mora no superara los tres meses[140]. Así, la regla debía incluir a todos los deudores en mora porque la exigencia del límite de meses "discrimina de manera injustificada entre los deudores" (C-136 de 1999).

Así mismo, al analizar una disposición que establecía que el deudor podía solicitar la dación en pago por todo lo adeudado cuando el valor de la deuda superara el valor comercial del inmueble, la Corte Constitucional consideró que la aceptación de la dación no podría ser una facultad de la entidad acreedora. La libertad del banco para decidir si aceptaba la dación en pago podría llevar a un "descontrolado ejercicio" de la autonomía de la voluntad que haría que solo los "buenos negocios" fueran aceptados. Así, dado que la negativa del banco frente a la solicitud de dación en pago afectaría a los deudores, la Corte consideró que las entidades estaban obligadas a aceptar la dación en pago. Con ello, se cambió la naturaleza de la norma facultativa para convertirla en una disposición de orden público.

Tales medidas tuvieron como fundamento la necesidad de proteger a los consumidores de crédito de vivienda quienes eran "víctimas de la crisis generada por el

bonos tanto de la República de Colombia como de los bancos hipotecarios (…). La crisis financiera de los años ochenta afectó la confianza pública en el sistema pero se concentró en la banca privada grande" pues los bancos privados fueron cerrados (el banco nacional) u oficializados (los bancos del Estado, de Colombia, de los Trabajadores, el Tequendama y el del Comercio) (Caballero y Urrutia, p. 2005, p. 53).

[139] Debido a que una de las razones para la crisis fue "la vulnerabilidad de los establecimientos de crédito a captaciones inestables y una ausencia de marco jurídico" (Exposición de motivos al Proyecto de Ley No. 371 Cámara, 12 de octubre de 1999, p. 3), buena parte de los remedios fueron regulatorios.

[140] El artículo 12 del Decreto 2331 preveía que el deudor individual de crédito hipotecario para vivienda que se encontraba en mora, podía solicitar al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras un préstamo hasta por el valor de las cuotas de capital, de la corrección monetaria y de los intereses causados durante el período de la mora, para que con su producto cancele a la entidad financiera las mencionadas sumas. Para ser beneficiario del préstamo se establecían entre las condiciones que "la obligación se encuentre en mora por un período no superior a tres meses".

sistema UPAC, por las altas tasas de interés y por el momento económico" (C-136 de 1999). Así, dado que los consumidores de crédito para vivienda eran víctimas de las decisiones sobre el modelo de acceso a la vivienda, los alivios debían afectar las condiciones contractuales individuales mediante normas imperativas de protección contractual. De esa manera, las medidas para contrarrestar la crisis quedaron definidas en términos de las condiciones contractuales[141].

Un par de meses después de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el estado de emergencia económica, el Consejo de Estado declaró nula la resolución de la Junta Directiva del Banco de la República que establecía la metodología para fijar el valor de la UPAC[142]. La norma fue declarada nula porque ataba el cálculo de la UPAC a la DTF y con ello desconocía el artículo 134 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero según el cual, el cálculo de la UPAC debía ajustarse periódicamente "de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno".

Según la sentencia del Consejo de Estado (1999), la mencionada resolución tampoco era acorde con la Ley Orgánica del Banco de la República (Ley 31 de 1992), la cual establecía que la Junta Directiva podría fijar la metodología para determinar el valor de la UPAC, "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés de la economía" (literal f del artículo 16). Para el Consejo de Estado, la expresión "procurando" utilizada por la norma implicaba que la Junta Directiva no podía adoptar como un único criterio prevalente para el cálculo de la UPAC las tasas de interés, pues ello desvirtuaba "la índole y objetivos económicos de la UPAC", la cual debía estar "naturalmente ligada al índice de precios al consumidor (IPC) y sólo en mínima proporción a otros indicadores económicos" como las tasas de interés del mercado reflejadas en la tasa DTF.

[141] Más de 400.000 familias habían recibido hasta septiembre de 1999 los beneficios de las medidas de alivio adoptadas al amparo de la emergencia económica (Cámara de Representantes, 12 de octubre de 1999). Exposición de motivos al Proyecto de Ley No. 371 de 2009).

[142] Se trataba de la Resolución 18 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República la cual incluía dentro de la fórmula para establecer el valor de la UPAC, a la tasa media de rentabilidad de los depósitos a término. Esa decisión de atar el cálculo de la UPAC a la DTF se mantuvo hasta el 21 de mayo de 1999 cuando fue declarada nula (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. 21 de mayo de 1999. C. P. Daniel Manrique Guzmán. Expediente 9280).

Una semana después de la decisión del Consejo de Estado, la expresión "procurando que ésta [la UPAC] también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía" recibió una herida fatal, esta vez, por parte de la Corte Constitucional. Esta expresión, que hacía parte de la norma que establece como función de la Junta Directiva del Banco de la República la de fijar la metodología para determinar el valor de la UPAC en moneda legal (literal f del artículo 16 de la Ley 31 de 1992) fue declarada inconstitucional en la sentencia C-383 de 1999. Como se indicó, esa facultad establecida en la Ley Orgánica del Banco de la República había sustentado las decisiones que ataron el valor de la UPAC a las tasas de interés del mercado.

En relación con los contratos de crédito para vivienda, la Corte Constitucional explicó que el Estado tiene la obligación de "facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas" y en esa medida, la corrección monetaria se entiende como un sistema que busca "conservar la equidad en las obligaciones dinerarias". El sistema de corrección monetaria debe, según la Corte fundarse en el "mantenimiento del poder adquisitivo de la cantidad en pesos a que inicialmente se obligó el deudor" (C-383 de 1999)[143].

Aunque las reglas y criterios utilizados en esta sentencia serán analizados más adelante[144], puede anticiparse aquí que la Corte Constitucional fundó su decisión en la protección al derecho a la vivienda y en el mandato de democratización del crédito. Para la Corte, un sistema de financiación de vivienda debe tener por objetivo la adquisición y conservación de una vivienda. Incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés va en contra de la democratización del crédito que

[143] El literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 establecía que la Junta Directiva del Banco de la República tendría la atribución de "fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía" ello implicaba según la Corte Constitucional, "que la corrección monetaria se realice incluyendo en ella la variación de las tasas de interés en el mercado financiero, lo cual conduce a que se introduzca para el efecto un nuevo factor, el de rendimiento del dinero, es decir los réditos que este produce, que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés" (Corte Constitucional, C-383 de 1999).

[144] La segunda parte de este texto analizará las reglas creadas en esta sentencia y en la jurisprudencia que la siguió.

implica que el crédito no se concentre "en quienes abundan en dinero y en bienes", sino que se extienda a la mayor parte de habitantes.

Así las cosas, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al analizar la finalidad del sistema UPAC consideraron que los objetivos económicos del sistema de vivienda no eran acordes con la fórmula que se había establecido para su cálculo. La fórmula de corrección monetaria atada a la DTF que había sido "definitiva para la sostenibilidad del sistema" terminó por llevarlo a su liquidación (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 41).

La modificación por parte del Banco de la República de la fórmula del UPAC dio origen a gigantescas controversias judiciales que, décadas después siguen litigándose. Entre ellas pueden destacarse las discusiones sobre la responsabilidad del Banco de la República frente a deudores individuales que solicitaron se le declarara responsable a título de falla del servicio al haber expedido la resolución que fue declarada nula y que incluía dentro de la fórmula para establecer el valor de la UPAC a la tasa media de rentabilidad de los depósitos a término.

Aunque se desarrollaron varios litigios sobre la responsabilidad del Banco de la República por la expedición de la Resolución posteriormente anulada[145], quizás uno de los más controversiales es el largo pleito iniciado por el Banco de la República contra las aseguradoras con las que había suscrito una póliza global bancaria. El Banco pretendía que la póliza cubriera los riesgos derivados de sus acciones regulatorias y en especial, las condenas judiciales dictadas en su contra como consecuencia de la anulación de la

[145] Sobre esta controversia la Corte Constitucional en sentencia de unificación consideró que no podía imputársele al Banco responsabilidad por expedir un acto posteriormente anulado, pues la resolución se había expedido en cumplimiento de una orden jurídica vinculante. Así, la Corte en la sentencia SU-353 del 2013 revocó una decisión que había declarado patrimonialmente responsable al Banco de la República por los daños antijurídicos que a su juicio le ocasionó a un deudor de un crédito. Un caso similar había sido analizado en la sentencia T-340 de 2011 y allí la Corte en un sentido diferente al de la sentencia SU-353 de 2013 consideró que el Tribunal que había condenado al Banco de la República a responder patrimonialmente por los daños que había sufrido una persona como consecuencia de la Resolución Externa No. 18 de 1995, no incurrió en un defecto sustantivo al atribuirle al Banco el daño irrogado al ciudadano beneficiado por la reparación.

mencionada resolución. Así, la controversia giró en torno a la interpretación del contrato para identificar si los riesgos regulatorios se encontraban amparados por la póliza.

El Tribunal de Arbitramento falló en contra del Banco de la República[146] y el Consejo de Estado[147] resolvió desfavorablemente el recurso de anulación interpuesto por el Banco contra dicho laudo. Finalmente, la Corte Constitucional, en una polémica sentencia de unificación[148] revocó el laudo porque consideró que, entre otros defectos, hacía una irrazonable interpretación del contenido contractual de la póliza. Para la Corte, el laudo aplicó irrazonablemente el artículo 1624 inciso 1 del Código Civil, conforme al cual, si no hay otro remedio contra una ambigüedad en una cláusula, se escogerá el sentido que obre "a favor del deudor" y al aplicar esta regla de interpretación entendió que el deudor era la aseguradora y no el Banco lo que lo llevó a considerar que el riesgo alegado no se encontraba cubierto por la póliza (SU-556 de 2016).

Ahora bien, el derrumbe definitivo del sistema de financiación de vivienda, el cual se encontraba agonizando luego de la sentencia C-383 de 1999, ocurrió en septiembre de 1999 con la sentencia C-700[149]. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad de todas las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que estructuraban el sistema de financiación UPAC[150], al considerar que tales normas debieron ser expedidas por el congreso mediante leyes marco y no por el gobierno mediante decretos con fuerza de ley. Esta sentencia puso fin a una era en materia de créditos, ahorro y construcción[151] con la

[146] El Laudo es de fecha 12 de noviembre de 2014. El Tribunal estuvo integrado por los árbitros José Armando Bonivento Jiménez, Jorge Pinzón Sánchez y José Vicente Guzmán Escobar. Este último salvó parcialmente el voto indicando que: "mi conclusión es que la voluntad de las partes de este contrato de seguro, esto es, el Banco de la República como asegurado, y Seguros Generales Suramericana S.A. y Allianz Seguros S.A. como aseguradoras, era que la responsabilidad derivada del ejercicio de las funciones del Banco, a través de su Junta Directiva, como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, estuvieran amparadas en la cobertura de responsabilidad civil contenida en dicho anexo de la Póliza de Seguro Global bancario #1999".

[147] Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. 8 de julio de 2015. C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

[148] Salvaron el voto los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo.

[149] Indudablemente, la Corte Constitucional tuvo un papel fundamental y determinante para el cambio de sistema de financiación: "Está claro que sin fallos de la Corte que no habría sido posible modificar de inmediato el sistema UPAC, a pesar de la agitación social que había causado" [Traducción libre] (Uprimny, 2006, p. 136)

[150] La sentencia derogó los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

[151] Parece incontrovertible que el sistema UPAC tuvo efectos positivos en el acceso a la vivienda pues durante su vigencia "constituyó un importante generador de empleo, estimuló el ahorro financiero, incrementó la

orden para que se expidiera una ley marco que atendiera la finalidad del crédito para vivienda. Así, la Corte Constitucional moduló los efectos de su decisión para que las normas declaradas inconstitucionales se aplicaran ultraactivamente a la espera de unas nuevas expedidas por el Congreso[152] porque resultaba claro que los créditos no podrían someterse a la regulación general en materia crediticia.

Un par de semanas después de la expedición de la sentencia C-700 de 1999, el gobierno presentó el proyecto de ley en cuya exposición de motivos, dejó expresado que la ley marco que presentaba atendía las exigencias establecidas por la jurisprudencia constitucional y que por lo tanto el proyecto contenía instrumentos de protección a los deudores mediante "innovadores mecanismos de mercado, para allegar recursos en los plazos y en las condiciones que requieren los deudores de vivienda" (Congreso de la República, exposición de motivos al Proyecto de Ley No. 371 Cámara, 12 de octubre de 1999, p. 3).

Ese proyecto de ley se convertiría en la Ley 546 de 1999[153], la cual es hasta hoy, la ley marco para el sistema especializado de financiación de vivienda. La ley, expedida en diciembre de 1999, mantuvo la relación entre vivienda y propiedad individual a la que se accede mediante el crédito hipotecario, estableció un régimen general de financiación y uno

construcción formal con participación del sector privado, y amplió el acceso al crédito de vivienda. Durante 27 años de existencia, el sistema UPAC originó cerca de 1.5 millones de créditos y al momento de su desaparición existían cerca de 800 mil créditos vigentes por un valor aproximado de $US 6.900 millones" (Gonzales, 2002, p. 37). Así mismo, el sistema UPAC "contribuyó a financiar más de 1.800.000 viviendas (…) e introdujo cambios fundamentales en los esquemas de intermediación financiera" (Gaceta del Congreso (12 de octubre de 1999), Cámara de Representantes, Proyecto de Ley No. 371, p. 2). Sin embargo, el cambio del cálculo de su valor en pesos condenó al UPAC a su muerte dada la vulnerabilidad del sistema a las variaciones en las tasas de interés.

[152] La sentencia explicó las razones para que los efectos de la sentencia fuera ultraactivos así: "Con miras a un adecuado tránsito entre los dos sistemas, sin traumatismos para la economía, es el caso de que las normas retiradas del ordenamiento jurídico puedan proyectar sus efectos ultraactivos mientras el Congreso, en uso de sus atribuciones, dicte las normas marco que justamente se han echado de menos, y el Ejecutivo, por decretos ordinarios, las desarrolle en concreto. Se estima razonable, entonces, que dicha ultraactividad de las normas excluidas del orden jurídico se prolongue hasta el fin de la presente legislatura, es decir, hasta el 20 de junio del año 2000" (C-700 de 1999).

[153] La ley fue expedida el 23 de diciembre y mediante ella "se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones".

especial para vivienda de interés social y reguló detalladamente las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo.

Con la jurisprudencia constitucional a cuestas, el legislador debía establecer mecanismos para la protección del derecho a la vivienda y optó por encontrarlos en la consideración de los deudores como consumidores. Por ello, uno de los aspectos más relevantes de la ley marco es la intención de proteger el derecho a la vivienda mediante herramientas que buscan "mejorar la protección del consumidor, en especial a lo que se refiere a la homogeneidad contractual para los adquirentes de vivienda" (Cuéllar, 2006, p. 52) [154].

Con el objetivo de que el crédito de vivienda sea sostenible, la Ley 546 creó una nueva estructuración financiera que incluía, dentro de las múltiples medidas[155], la posibilidad de que los créditos estén denominados en moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real (UVR) y el cambio de naturaleza de las CAV a la de bancos comerciales[156].

Algunas de las reglas creadas por el legislador fueron nuevamente reformuladas por la Corte Constitucional. En cuanto a los asuntos contractuales de los créditos, la Corte

[154] María Mercedes Cuéllar destaca dentro de esos mecanismos de garantía a los consumidores: "la protección al cliente con el propósito de que los deudores sean bien informados y puedan recurrir oportunamente a las autoridades competentes para quejarse o interponer demandas de carácter general en contra de la entidad financiera" (Cuéllar, 2006, p. 52).

[155] Sobre algunas herramientas de "ingeniería financiera" para que el crédito hipotecario sea autosostenible se ha indicado: "Dado que el financiamiento y el acceso a la vivienda sólo son posibles con un crédito de largo plazo para las familias con capacidad de endeudamiento, la ingeniería financiera del crédito hipotecario habitacional exige la transformación de los plazos. Por esa razón, se recomienda crear vínculos entre el mercado de financiamiento para la vivienda y el de capitales, a través de mercados secundarios de hipotecas. Con ese fin, es necesario que el sistema financiero de vivienda utilice instrumentos crediticios (depósitos, hipotecas, bonos, entre otros), al margen de subsidios. Estas condiciones, encaminadas a asegurar la rentabilidad y la autosostenibilidad de los sistemas financieros habitacionales, debieran dar lugar a que el acceso a la vivienda pueda alcanzarse mediante la combinación del ahorro previo con crédito hipotecario de largo plazo" (Gonzáles, 2002, p. 8).

[156] La Ley, con el objetivo de garantizar la viabilidad del sistema de financiación a largo plazo, desarrolla las condiciones necesarias que permitieran impulsar la vinculación de recursos del mercado de capitales a la financiación de vivienda a través de instrumentos tales como la titularización de cartera hipotecaria, las letras y cédulas hipotecarias, leasing habitacional, instrumentos que disminuyen el alto riesgo tanto para las entidades crediticias como para los deudores; lo anterior conlleva los movimientos a corto plazo de la tasa de interés, reduce los costos de captación de las entidades y merma el riesgo de iliquidez del sistema de financiación de la construcción.

estableció como parámetro para analizar la constitucionalidad de las múltiples medidas establecidas en la ley marco, la protección a los deudores de crédito frente a prácticas contractuales abusivas. En ese sentido indicó: "ninguna disposición de la Ley que se examina puede ser interpretada ni aplicada de suerte que facilite estas prácticas u obstaculice el legítimo acceso de las personas al crédito o al pago de sus obligaciones" (C-955 del 2000). De esa forma, la Corte se posicionó como un actor determinante en la definición de las reglas contractuales en los créditos de vivienda.

Así, el siglo XXI comenzó con una política de vivienda sostenida en dos componentes: "por un lado, las reglas de mercado, bajo una estructura de banca múltiple, y, de otra parte, la doctrina de la Corte Constitucional" (Universidad del Rosario, 2007, p. 3). Adicionalmente, los cambios generados por la crisis hipotecaria impactaron los contratos de crédito para vivienda y la concepción del deudor como un sujeto que merece protección. Ello muestra que los cambios políticos y económicos producen modificaciones en la concepción del contrato "porque el contrato no es un verso suelto ni en el ordenamiento jurídico ni mucho menos en la estructura del Estado" (Giraldo, 2014, p. 230).

3.2. Después de la crisis: la profundización del acceso habitacional mediante el mercado

Los efectos de la crisis le dieron la bienvenida al nuevo siglo. Los desembolsos de créditos para vivienda disminuyeron notablemente[157], el sector financiero se redujo en tamaño[158] y el de construcción perdió dinamismo en medio de una dramática crisis social en un país en el que el 58% de la población era pobre[159]. Todo ello generó importantes

[157] Los desembolsos de créditos para vivienda "cayeron del 2.7% del PIB en 1996 al 0.5% en 2004" (Universidad del Rosario, 2007, p. 6).

[158] La reducción del tamaño del sistema financiero es explicada así: "después de la rápida y poderosa expansión del sistema entre 1990 y 1997, el tamaño del sistema financiero colombiano -medido por la relación entre el crédito y el PIB- era, en el año 2000, el mismo que se había observado en 1990" (Caballero y Urrutia, p. 2005, p. 54).

[159] El impacto social de la crisis era preocupante: "el desempleo urbano superó el 20%, los ingresos de los hogares cayeron, especialmente los de los más pobres, y la pobreza y la desigualdad se dispararon. Cerca del

restricciones en la demanda y oferta de crédito, las cuales también se explican por el ambiente de desconfianza tanto de los ciudadanos frente al sistema financiero[160] como de este frente a las decisiones regulatorias de los créditos de vivienda[161]. El porcentaje de hogares con vivienda propia que para 1993 era de 63.5% paso a ser del 54% en el 2005 y 49.9% en el 2007, con lo cual el número de familias arrendatarias aumentó al pasar del 27% en 1993 al 31% en el 2005 y al 33.4% en el 2007 (BID, 2011, p.18)[162].

Para algunos, la sentencia C-955 del 2000 y las decisiones que le precedieron, habían sido una de las causas determinantes para el marchitamiento del crédito para vivienda durante los primeros años del siglo XXI. Ello porque tales decisiones habían contribuido a la inestabilidad jurídica en la regulación de créditos hipotecarios para vivienda convirtiéndolos en créditos riesgosos (Clavijo, 2001; Cuéllar, 2006; Llano y Urrutia, 2012; Núñez, 2005). A ese panorama de desconfianza, se sumó la necesidad de atender a las víctimas de desplazamiento forzado derivado del conflicto armado[163] y a los damnificados del terremoto de 1999.

58% de la población colombiana era pobre en 2000 y el coeficiente de Gini saltó a 0,6. Entre 1995 y 1999, más de dos millones de colombianos ingresaron a la pobreza" (Gaceta del Congreso, 2007), exposición de motivos al Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, p. 39).

[160] "[L]os hogares no desean endeudarse y, si esto es necesario, optan por alternativas no hipotecarias de corto y mediano plazo (…). La comparación entre las viviendas producidas y las viviendas financiadas, las ventas de contado y con crédito de corto plazo, etc., evidencian la presencia de esta actitud de rechazo en los hogares con ingresos derivados de actividades económicas formales" (Torres-Ramírez, 2009, p. 307).

[161] Ello se debe a que las entidades crediticias tuvieron "grandes pérdidas" que paralizaron "el crédito hipotecario por el cambio en las reglas del juego y las reliquidaciones de los créditos" (Llano y Urrutia, 2012, p. 55).

[162] Sobre déficit habitacional, la medición nacional más reciente proviene del censo realizado entre mayo del 2005 y mayo del 2006: "Para el 2005 existían 8.210.347 de hogares urbanos, de los cuales 1.031.256 (12.56%) se encontraban en déficit cuantitativo y 1.185.607 (14.44%) en déficit cualitativo, para un total de 2.216.863 (27%) hogares con alguna carencia en materia habitacional en las cabeceras regionales" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 89).

[163] Se expidió el Documento Conpes 3400, en el que se establecen "metas y priorización de recursos presupuestales para atender a la población desplazada por la violencia en Colombia". Este documento se expide en desarrollo de la sentencia T-025 de 2004, mediante la cual se declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional en la situación de la población desplazada y la cual ordena múltiples acciones para superar ese Estado. La Corte Constitucional se ha referido al desplazamiento como "una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas" (SU-1150 de 2000, T-702 de 2012). Indudablemente, buena parte de la política habitacional social está relacionada con las obligaciones del Estado para atender a la población desplazada, frente a la cual, como se verá en el segundo capítulo, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho a la vivienda tiene la naturaleza de derecho fundamental.

La política habitacional postcrisis formulada entre el periodo 2002-2010 siguió profundizando la concepción de mercado centrada en el acceso mediante la propiedad financiada. Ese modelo en el que el acceso a bienes básicos se desarrolla a partir de la deuda, es denominado por Lazzarato (2013) como "economía de la deuda"[164].

De esa forma, durante los años siguientes a la crisis se crearon diversos mecanismos de financiación para la compra de vivienda según los niveles de ingreso de la población[165]. Precisamente, en punto a la financiación, la jurisprudencia constitucional ha indicado que resulta indispensable la existencia de diversas modalidades de crédito porque "la realización plena del artículo 51 constitucional, supone la implementación de sistemas de crédito en sus distintos plazos" (T-905 de 2007).

Esos diversos mecanismos de financiación implicaron cambios constantes de la regulación según el gobierno de turno que hacen que, en lo corrido de este siglo, la política vinculada con los contratos de vivienda se caracterice por su "inestabilidad y complejidad jurídica" (Cuéllar, 2006, p. 17) y por la profundización del modelo de adquisición de la propiedad habitacional mediante financiación privada basada en la "subjetivización"[166] de los ciudadanos como consumidores endeudados.

Los planes de desarrollo "Hacia un Estado Comunitario" (2002-2006) y "Estado Comunitario: desarrollo para todos" (2006-2010) formularon la política de vivienda "hacia un país de propietarios", la cual buscó reactivar el mercado inmobiliario mediante la

[164] Según Lazzarato una economía de la deuda es "una economía que requiere un sujeto capaz de responder de sí mismo como futuro, un sujeto capaz de prometer y mantener la promesa, un sujeto que ejerza un trabajo sobre sí mismo" (2013, págs. 101 y 102).

[165] Sobre el papel de las políticas públicas frente a las crisis financieras latinoamericanas de finales del siglo pasado, se ha indicado que "puesto de que los bancos desempeñan un papel clave en los sistemas de pagos y en el crecimiento económico, hoy más que nunca el surgimiento de una crisis bancaria es motivo de gran preocupación para quienes determinan las políticas (…). La fragilidad de los sistemas bancarios se debe a la inestabilidad económica, como a la debilidad de la infraestructura institucional de los sistemas financieros. (…) Los marcos jurídicos son débiles y dificultan a los acreedores evaluar sus posibilidades de pago" (Hausman y Rojas-Suárez, 1997, págs. 287 y 288).

[166] Al explicar el modelo de ciudadano endeudado creado en la economía de mercado, Lazzarato señala: "La economía neoliberal es una economía subjetiva, es decir, una economía que requiere y procede procesos de subjetivación cuyo modelo ya no son, como o eran en la economía clásica, el hombre que cambia y el productor (…) Hoy, cuando las crisis financieras empiezan a sucederse unas a otros, la figura subjetiva del capitalismo contemporáneo parece encarnarse, antes bien en el hombre endeudado" (Lazzarato, 2013, págs. 43 y 44).

implementación de medidas para fortalecer y viabilizar la financiación hipotecaria, aliviar a los deudores y direccionar los subsidios para la adquisición de vivienda de interés social[167].

Entre los cambios institucionales se destacan la liquidación del Inurbe "con el propósito de disminuir los costos operativos y dar mayor transparencia al proceso de asignación de subsidios" (Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 106). Con la desaparición de esta entidad, se trasladó el manejo del subsidio de vivienda a las cajas de compensación familiar[168], con lo cual se privatizó el manejo de los subsidios y con ello, se han "reforzado los procesos de outsourcing" de los instrumentos de la política de vivienda (Torres-Ramírez, 2009, p. 304).

Adicionalmente, se crearon y reorganizaron entidades estatales del nivel central encargadas de formular y ejecutar tanto la política general como los planes específicos en materia habitacional[169]. De esa forma, el modelo que siguió a la crisis hipotecaria se caracterizó por "la privatización de la mayoría de las pocas funciones estatales asociadas a la producción de vivienda social en el país" (Tarchópulos, 2008, p.181).

En materia normativa, el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 señaló que era necesario que "se reformarán el Código de Procedimiento Civil y el Estatuto Financiero con

[167] Esta clase de programas han sido cuestionados por los problemas que pueden generar en los precios de los inmuebles: "Muchas de las políticas gubernamentales dirigidas a favorecer la propiedad apuntan precisamente a disminuir el costo económico asociado a la compra de unidades, lo que altera la balanza entre compra y alquiler. Ejemplos de esa situación son los subsidios a las tasas hipotecarias y el tratamiento tributario preferencial hacia los pagos de intereses hipotecarios. Sin embargo, este tipo de programas no solo tiene costos de eficiencia (porque cambia el balance de precios y afecta las decisiones de los individuos), también tiene costos distributivos (porque son los hogares de ingresos medios y altos los que cuentan con la posibilidad de adquirir deudas hipotecarias y de beneficiarse de los subsidios)" (Corporación Andina de Fomento-Caf, 2017, p. 195).

[168] El artículo 1° de la Ley 789 de 2002 determina que uno de los objetivos de las Cajas de Compensación Familiar es el desarrollo de proyectos de vivienda destinados a atender hogares con ingresos de hasta dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[169] Así, de la fusión de dos ministerios (Desarrollo Económico y Medio Ambiente) se creó el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con la función de formular "la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política" (Ley 790 de 2002, artículo 4º). También se creó el Fondo Nacional de la Vivienda (Fonvivienda) que como Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio se encarga de adelantar programas de crédito para vivienda y de ejecutar las políticas en materia de vivienda de interés social y administrar los recursos asignados para ello (Decreto 555 del 2003).

el fin de reducir el tiempo de resolución de los procesos ejecutivos, de autorizar el leasing habitacional" (Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 107).

En efecto, tales reformas se llevaron a cabo. La Ley 794 de 2003 modificó el derogado Código de Procedimiento Civil con el objetivo de encontrar una solución ante "el inusitado volumen de procesos ejecutivos que surgieron durante la crisis económica, y ante la incertidumbre generada por los tropiezos legales vinculados a la adopción del nuevo marco normativo" (Cuéllar, 2006, p. 55)[170]. Por su parte, la Ley 795 de 2003, entre otros asuntos, autorizó a los establecimientos bancarios a realizar operaciones de leasing habitacional de manera concurrente con las compañías de financiamiento y ordenó "dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble" (Artículo 1º). Adicionalmente, con el objetivo de incentivar la celebración de los contratos de leasing habitacional, el Estatuto Tributario extendió los beneficios tributarios existentes para los deudores de crédito hipotecario a los usuarios de esta modalidad financiera. Adicionalmente, se expidió una nueva regulación para el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, "en desarrollo de los derechos de los colombianos a una vivienda digna y a la propiedad con función social" (Ley 820 de 2003, artículo 1º).

Este periodo también se caracteriza por una intensa producción de tutelas sobre la forma en la que los bancos y los jueces ordinarios estaban aplicando la Ley 546 de 1999 a los contratos individuales. Se trató en esta oportunidad de un activismo diferente al realizado al inicio de la crisis en la que habían sido las demandas de inconstitucionalidad las que sirvieron como campo de batalla permitiendo a los deudores intervenir[171] en los procesos

[170] El documento Conpes "Bases de la política de vivienda 2002-2006: ajustes al programa de subsidio familiar de vivienda e incentivos de oferta y demanda para créditos de vivienda en UVRs" explicó que dados los elevados costos de manejo de la cartera hipotecaria improductiva debían crearse mecanismos para su resolución. Así, señaló que el proyecto de reforma al proceso ejecutivo "tiene como objetivo reducir el tiempo de resolución de los procesos ejecutivos con lo cual el costo económico asociado a esta cartera podría reducirse en aproximadamente en 40%. Esto, junto con la reforma al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que busca autorizar el leasing habitacional y la propuesta de exoneración tributaria a esta actividad, permitirá a las entidades financieras ofrecer a los deudores opciones atractivas para normalizar sus créditos, evitando que pierdan su vivienda".

[171] La población que se movilizó para pedir los cambios al sistema de financiación era aquella población de clase media que había logrado a acceder a los créditos. Uprimny (2006) explica al respecto: "Estos deudores eran en gran parte de la clase media, las personas que por lo general no participan en la protesta social en Colombia. Sin embargo, la situación fue de tal proporción que los deudores comenzaron a unirse para

de constitucionalidad en cuyos expedientes "abunda la evidencia de las solicitudes que en defensa de sus intereses elevaron infructuosamente ante las CAV y autoridades" (Barreto, 2012, p. 121).

Los planes de desarrollo de la primera década del siglo XXI continuaron considerando a la vivienda como un sector líder al estimar que las actividades vinculadas con su producción y financiación "tienen la capacidad de jalonar otros sectores de la economía" (Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 104)[172]. Así mismo, la política habitacional continuó con la tarea de "dejar atrás el papel proveedor del Estado para impulsar un papel facilitador, limitado, por supuesto, a facilitar la producción mercantil privada del hábitat" (Ortiz, 2008, p. 10).

3.3. Incentivos para el acceso a la propiedad financiada

La política habitacional postcrisis continuó con el esquema de cierre financiero en el que se combinan diversas clases de subsidio, crédito hipotecario o leasing habitacional y los recursos propios del comprador. Estos tres elementos varían según el nivel de ingresos de los hogares[173]. Así, para la población de menores recursos la política se centró en los subsidios familiares para la adquisición de vivienda (i); para los hogares de estrato medio se creó el mecanismo de protección contra la inflación (ii); para los hogares con mayores ingresos se mantuvieron los beneficios tributarios para incentivar el ahorro para compra de

defenderse de las instituciones financieras, y enviaron peticiones al gobierno y el Congreso, pidiendo que el sistema de financiación cambiara" [Traducción libre] (p. 136).

[172] El plan de desarrollo "Hacia un Estado Comunitario" (2002-2006) explicó que "dado que la vivienda constituye el principal activo de las familias colombianas (…) su valorización tendría un efecto positivo en el balance de los hogares, lo que aumentaría las garantías para acceder a créditos, e incentivaría el consumo y el crecimiento de la economía" (Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 104).

[173] El Plan Nacional de Desarrollo explica esa diversificación de incentivos así: "Se desarrollarán políticas de financiación alternativa de vivienda de interés social, orientadas a la diversificación de instrumentos y mecanismos que consulten las dinámicas de la economía informal. Para los hogares de estrato medio, se desarrollará el mecanismo de protección contra la inflación en créditos en UVR (…) que elimina la incertidumbre durante el plazo de amortización de las deudas hipotecarias hasta por 130 salarios mínimos, siempre y cuando el valor de la vivienda no supere los 323 salarios mínimos. Para los hogares de estrato alto, se dará continuidad al beneficio tributario de las cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (AFC)" (Ley 812 de 2003, artículo 8º).

vivienda mediante las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (iii) y, para diferentes segmentos se han creado periódicamente subsidios a la tasa de interés (iv).

i) El Subsidio Familiar de Vivienda (SFV) es un aporte estatal que busca facilitar una solución de vivienda de interés social[174] a hogares que cuenten con ingresos máximos de cuatro salarios mínimos[175]. El SFV se entrega por una sola vez y por regla general no es de carácter restituible[176]. Los beneficiarios aportan el faltante con recursos propios y mediante créditos. Así, se requiere que el hogar postulante tenga una cuenta de ahorro programada con mínimo el 10% del valor de la vivienda, por regla general[177]. Si los recursos conformados por ahorro sumado al subsidio no son suficientes para cubrir el 100% del costo de la vivienda es necesario que el hogar obtenga un crédito para cubrir la parte restante[178].

Al analizar la naturaleza y finalidad del SFV, la Corte Constitucional ha encontrado que éste tiene unas "características especiales, pues no está dirigido al desarrollo de una

[174] Este subsidio fue creado en la Ley 3 de 1991 y los procedimientos y requisitos para obtenerlos han sido desarrollado por numerosos decretos. Aunque la definición ha sido objeto de múltiples cambios "un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones" (artículo 28 de la Ley 1469 de 2011). En 1999, se limitó el subsidio a la compra de vivienda nueva, pero en 2004 se permitió la posibilidad de utilizar el subsidio, tanto para la adquisición de vivienda usada como nueva.
[175] La población objetivo de la política de vivienda es aquella que no tiene vivienda propia, no ha recibido subsidio de vivienda y tiene un ingreso familiar menor o igual a 4 salarios mínimos (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2002).
[176] El Subsidio Familiar de Vivienda es restituible al Estado cuando el beneficiario transfiera el dominio de la vivienda o deje de residir en ella antes de haber transcurrido cinco años desde la fecha de su asignación. También será restituible el subsidio si se comprueba que existió falsedad o imprecisión en los documentos presentados para acreditar los requisitos establecidos para la asignación del subsidio (artículo 21 de la Ley 1537 de 2012).
[177] La política de vivienda fue estructurada en los documentos Conpes 3200 y 3269 (2004), en los cuales se hacen algunas precisiones relacionadas con el procedimiento para el trámite y entrega del SFV y sobre la forma de escogencia de los beneficiaros. En el primer documento se mostró un diagnóstico del funcionamiento de los Subsidios: "los hogares urbanos no propietarios de vivienda ascienden a 3'228.751, de los cuales 80% posee ingresos familiares inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales. Estos hogares constituyen la demanda potencial del programa de Subsidio Familiar de Vivienda -SFV. El Primer componente de la política de vivienda propuesta se centra en este grupo de hogares (…) Los hogares demandantes de VIS gastan una proporción mayor de su ingreso en vivienda (27.9%) que los hogares de estrato alto (8,8%)".
[178] La Corte Constitucional ha emitido vasta jurisprudencia en tutela sobre acceso a subsidios y ha considerado que no vulnera el derecho a la vivienda digna la negativa a otorgar el subsidio si el postulante no reúne los requisitos preestablecidos reglamentariamente (T-958 de 2001 y T-588 de 2002). En otros casos ha considerado que ciertos sujetos de especial protección que se encuentran en situaciones de urgencia pueden ser beneficiarios aún si no cumplen los requisitos de ahorro previo y aprobación de crédito que se requieren para ser beneficiarios del subsidio (La sentencia T-894 de 2005 ordenó al municipio de Neiva reubicar a un hogar cuya vivienda se encontraba ubicada en zona de alto riesgo pues formaban parte del hogar 5 menores).

actividad económica determinada sino directamente a facilitar la satisfacción de una necesidad básica" (T-1318 de 2005), con lo cual se da "aplicación al derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 51" (T-791 de 2004).

Este subsidio es de la clase de Subsidios Habitacionales Directos y como ventajas de su incorporación en los modelos estatales de acceso a vivienda se señala que con ellos se aumenta el número potencial de deudores hipotecarios porque se reduce el valor del endeudamiento que se requiere para completar el precio de una vivienda. Sobre los subsidios habitacionales directos se ha explicado:

> "El menor endeudamiento que da lugar el SHD puede estimular no sólo un mayor volumen de créditos para vivienda para los sectores de menores ingresos por parte del sistema financiero formal, sino también una cartera de mejor calidad, pues además que el deudor asume una obligación más fácil de pagar dado su nivel de ingresos, la cobertura de la garantía hipotecaria arroja un excedente sobre la deuda (equivalente al monto del subsidio)" (Gonzales, 2002, p. 17 y 18).

ii) Adicionalmente, el gobierno creó el seguro de cobertura contra la inflación como un mecanismo temporal para reducir la incertidumbre en las cuotas de los créditos[179]. En el Plan Desarrollo "Hacia un Estado Comunitario" se indicó que este mecanismo de cobertura "protegerá a los deudores hipotecarios de la variación de la UVR por encima de una meta

[179] Sobre el mecanismo de cobertura contra la inflación, el Conpes 3200 (2002) explicó que las características son: "1. El crédito es tomado por el usuario en los sistemas de amortización en UVR aprobados por la Superintendencia Bancaria; 2. Paralelamente, el usuario del crédito podrá celebrar con Fogafín un contrato de cobertura contra la variación de la UVR por la vida del crédito (15 años máximo); 3. La cobertura es ofrecida por el Estado contra el riesgo de descalce con respecto a una tasa estimada de inflación, es decir, se garantiza al potencial deudor una tasa de interés nominal fija compuesta por la tasa remuneratoria más una inflación fija. En consecuencia, la figura operará como un SWAP de tasa de inflación, donde la tasa de inflación pactada ha sido determinada por el Gobierno; 4; Este mecanismo se ofrecerá por una sola vez a los usuarios cuyos créditos hayan sido aprobados desde el 1 de septiembre de 2002, 5. Para los créditos que se aprueben y desembolsen entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2002 el Gobierno Nacional ha definido como meta de inflación de largo plazo 6%. Para las vigencias de 2003 y 2004 el Gobierno Nacional definirá la meta de inflación en cada enero; 6. El valor de los créditos amparados por este mecanismo no podrá ser superior a 130 SMLM y el valor de las viviendas adquiridas con estos créditos no podrán superar los 323 SMLM; 7. Esta cobertura se ofrece para los primeros 40.000 créditos que se otorguen durante los próximos dos años; 8. La cobertura la realizará el Estado a través de Fogafin; 9. Los recursos que se requieran para ofrecer la cobertura provendrán del Presupuesto General de la Nación".

de inflación definida por el Gobierno Nacional" (Departamento Nacional de Planeación 2002, p. 107).

Este instrumento le permitiría al sector financiero acelerar el proceso de desembolsos de créditos para financiación de vivienda:

> "El esquema propuesto supone un contrato de cobertura entre Fogafin y el deudor contra el riesgo de tasa de inflación. Independientemente de la tasa de inflación observada, los usuarios del crédito pagarán cada mes y durante la vida del crédito una tasa de interés nominal fija. Si la inflación excede la tasa pactada, el Estado, a través de Fogafin, girará tal diferencia a los establecimientos prestamistas. (…) El mecanismo así construido resulta neutro para el establecimiento otorgante del crédito en la medida en que su contrato con el usuario permanece inalterado, es decir la tasa del crédito es la resultante de la sumatoria de la tasa remuneratoria y de la inflación realizada. El beneficiario directo del mecanismo es el deudor, quien con base en el contrato de cobertura conocerá el costo del crédito durante la vida del mismo (Conpes, 2002).

Así, el seguro de cobertura de inflación busca promover el acceso al crédito de la población de ingresos medios[180] al evitar que las cuotas de los créditos suban por la inflación, con lo cual tanto las entidades bancarias como los deudores tendrán certeza sobre los pagos (Cuéllar, 2006, p. 52)[181].

iii) La política también mantuvo los incentivos tributarios al ahorro de largo plazo para la adquisición de vivienda mediante las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la

[180] El Conpes 3269 (2004) señaló que: "Los hogares con ingresos entre 4 y 8 SMLM se clasifican como estrato medio. Estos hogares no pueden aplicar al SFV y tampoco gozan del beneficio tributario de las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción - AFCs. Para este grupo se propone un mecanismo de protección contra la inflación en créditos en UVRs, descrito en el cuarto capítulo de este documento. En cuanto a los hogares con ingresos superiores a ocho SMLM seguirán contando con el beneficio tributario de las cuentas AFCs"

[181] Con el seguro se garantiza a los deudores de vivienda que el valor de sus cuotas durante toda la vigencia del crédito no suba por encima del 6% por efecto de la inflación. En caso de que la inflación sea superior al 6%, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) pagará el excedente a los bancos a nombre de los deudores amparados por la cobertura (artículo 96 de la Ley 795 del 2003).

Construcción (AFC). El incentivo tributario consiste en que el 30% de los ingresos laborales depositado en tales cuentas no hace parte de la base para calcular el ingreso gravable para efectos de la retención en la fuente siempre que se cumplan con los requisitos de destinación y de permanencia de ahorro establecidos en el Estatuto Tributario[182].

iv) Adicionalmente, dada la relación entre menores porcentajes de tasas de interés y el aumento de financiación individual para la adquisición de vivienda y el éxito de la actividad edificadora, en el 2009 el Gobierno Nacional creó el subsidio a la tasa de interés de los créditos hipotecarios y los contratos de leasing habitacional para vivienda nueva[183]. Este subsidio directo reduce la tasa de interés efectivamente pagada por los deudores[184]. De esa forma, los deudores de créditos hipotecarios o los locatarios son los directamente beneficiados, pues disminuye el costo del crédito al reducirse la cuota mensual durante el término que disponga el gobierno[185].

La implementación del subsidio generó un aumento importante en el crecimiento de las ventas de vivienda nueva (Chirivi, Quiroz y Rodríguez, 2011a, p. 3) y en el número de

[182] Estos incentivos fueron incorporados al Estatuto Tributario mediante la Ley 488 de 1998 y aunque algunas de sus requisitos se han ajustado (artículo 23 de la Ley 633 de 2000, artículo 67 de Ley 1111 de 2006 y artículo 4º de la Ley 1607 de 2012), su estructura general se ha mantenido, pues ha sido un determinante incentivo para la dinámica que ha tenido el ahorro mediante este instrumento (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 134).

[183] El Fondo de Reservas para la Estabilización de la Cartera Hipotecarias -FRECH fue creado por el Decreto 2670 del 2000 como una cuenta de la Nación que tiene el propósito de ofrecer cobertura contra el riesgo que fue detonante de la crisis de 1999: el crecimiento diferencial entre la tasa de interés DTF efectiva anual y la tasa efectiva anual de crecimiento de la UVR. Dado que las presiones inflacionarias no se presentaron, los 500 mil millones de pesos destinados al Fondo no fueron usados hasta el 2009 (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2009, p. 64). El decreto 1143 del 2009, con base en el artículo 48 de la Ley 546 de 1999, creó el mecanismo de cobertura a la tasa de interés y su funcionamiento consiste en una permuta financiera entre la entidad que otorga el crédito y el FRECH, el cual es administrado por el Banco de la República.

[184] La cobertura era de cinco puntos porcentuales a la tasa de interés de los créditos dirigidos a la construcción de viviendas con un valor de hasta 135 SMLMV (Vivienda de interés social y prioritaria) y de cuatro puntos para el segmento comprendido entre 135 y 335 SMLMV.

[185] De conformidad con el decreto 1143 del 2009, el beneficio cubre los primeros siete años de plazo del crédito o leasing. Las causales de terminación de la cobertura son: mora del deudor durante tres meses consecutivos; prepago de la obligación; subrogación de la obligación; cesión del contrato de leasing habitacional; no ejercer la opción de compra o aceleración del plazo. Con el Conpes 3848 del 2015 se hicieron algunos ajustes al programa FRECH no VIS, pues se identificó la existencia del riesgo de que la cobertura fuera absorbida por los bancos y no llegara a los beneficiarios debido a "la dificultad de comprometer a las entidades de crédito a mantener una tasa de interés para los créditos hipotecarios. Dificultad que surge, a su vez, de la incertidumbre en el mercado financiero por posibles aumentos en la tasa de interés fijada por el Banco de la República. Puntualmente, preocupa que las entidades de crédito fijen tasas muy altas para los créditos hipotecarios, con las cuales los beneficiarios terminarán pagando los intereses del mercado, aun cuando están recibiendo la cobertura a la tasa".

desembolsos de recursos por el sistema financiero[186]. Y por ello, los gremios vinculados con la construcción y financiación alabaron los beneficios para esos sectores pidiendo que este "tipo de intervenciones" se extiendan por periodos más largos dado que la tasa de interés hipotecaria real es un determinante significativo en el crecimiento de esas actividades (Cárdenas, Castellanos y Montoya, 2009, p. 7)[187].

3.4. Demasiado pobres para ser consumidores

Las nuevas condiciones de la política de vivienda permitieron el aumento de los créditos en pesos frente a los desembolsos en UVR[188] en la población de ingresos medios y

[186] Sobre las fuentes de financiamiento de los hogares para adquirir vivienda, un estudio del BID (2011) mostró un aumento de los desembolsos de recursos para compra de vivienda: "el comportamiento presentado en 2003 por los hogares muestra que son preferidos el uso de recursos propios (47.1 % de los hogares) seguido por préstamo de parientes (12.2%), cesantías y otros (con el 11.2 y 11.7% de hogares respectivamente) y crédito hipotecario (8.3% hogares). Créditos de consumo o de fondos de empleados o cooperativas fueron usados por aproximadamente e, 7.4% de los hogares. En 2008 se da una reestructuración sobre la fuente de recursos usado para la compra de vivienda. Si bien casi el 50% de los hogares propietarios adquirieron su vivienda entre el 2003 y el 2007 con recursos propios se observa que el uso de créditos hipotecarios pasó a un segundo lugar (cerca del 15% de los hogares propietarios)" (BID, 2011, p.18).

[187] La relación entre las tasas de interés y la actividad edificadora fue defendida en estudios presentados por el gremio de los comerciantes que se dedican a actividades vinculadas con la construcción, Camacol: "Diversas estimaciones para el caso colombiano encuentran que aumentos en los desembolsos hipotecarios, que abarcan créditos a individuos y a constructores, dinamizan la rama edificadora. Así mismo, un aumento en las tasas hipotecarias tiende a reducir su ritmo de actividad" (Cárdenas y Muñoz, 2008, p. 1). En todo caso, el ritmo de las actividades de construcción depende de múltiples variables distintos al crédito y las tasas de interés: el ingreso laboral de los hogares, el nivel de desempleo, las remesas, los precios de los materiales, del suelo y de la vivienda en general. Los estudios de Camacol indicaron que "Si la tasa de interés disminuye en un punto porcentual (p.p.) -o cien puntos básicos (p.b.)-, el área licenciada para vivienda aumenta 1,3%" (Cárdenas, et. al. p. 7).

[188] Las siguientes cifras muestran la restauración de una confianza por el endeudamiento de créditos en pesos frente a créditos en UVR: "El pasado 2007 fue un año histórico para los desembolsos hipotecarios, con 75.000 créditos otorgados que representaron 5,3 billones de pesos. (…) El cambio en la composición de los desembolsos por tipo de moneda es un aspecto interesante del mercado actual de financiación de vivienda. Mientras en 2002, los préstamos efectivos en pesos solo representaban 3,2% del total, en 2007 este porcentaje se elevó hasta 63% (ver gráfico 7). El crecimiento de los desembolsos en pesos de 68% anual en 2007 confirma el dinamismo de este segmento, en contraste con la menor demanda relativa por créditos denominados en UVR por cuenta de la experiencia con el UPAC. Resulta fundamental, por tanto, recuperar la estabilidad y tendencia a la baja de la inflación. Por definición, una menor variación en los precios generaría tasas hipotecarias reales más atractivas para la toma de créditos" (Cárdenas y Muñoz, 2008, p. 4).

altos[189]. Sin embargo, la población con escasos recursos no estaba logrando acceder al crédito:

> "El grueso de la población no propietaria y con dificultades de acceso se encuentra en los bajos ingresos, donde aún no ha sido dinámico el proceso de subsidios ni el desembolso de auxilios. (…) Las trabas para acceder al subsidio llevan a una incongruencia entre pobreza y recursos. Tal como afirmó el constructor Pedro Gómez Barrero, 'se necesita primero demostrar pobreza para que le aprueben el subsidio y luego demostrar riqueza para que le aprueben el préstamo'" (Universidad del Rosario, 2007, págs. 10-11).

La población de menores ingresos encontraba obstáculos para el ingreso al mercado de financiación y adquisición de vivienda, pues en el esquema del Subsidio Familiar de Vivienda, el crédito hipotecario desempeña un papel fundamental para el desembolso del subsidio. En efecto, luego de que las familias han ahorrado al menos el 10% del valor de la vivienda en Cuentas de Ahorro para la Vivienda[190], el subsidio se aprueba condicionado a que el faltante se cubra con un crédito, por lo que en últimas la elección del beneficiario dependía de las entidades bancarias. La estructura del subsidio familiar ocasionaba que las familias con ingresos menores a dos salarios no pudieran acceder a la financiación, "lo que implica la exclusión de cerca del 48% de las familias colombianas" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 88).

Las restricciones para la generalización de la vivienda han sido vistas como una muestra de la falta de capacidad estatal para operar adecuadamente un sistema que concentra el acceso en el mercado y que limita "las opciones de tenencia a la propiedad privada individual y deja a los pobres fuera de toda consideración respecto a la función social de la

[189] Para el 2007, el porcentaje de la población que financiaba la compra de vivienda con crédito era del 32% (Universidad del Rosario, 2007, p. 10).
[190] El Decreto 2620 del 2000, establece el ciclo contractual para la compra y construcción de vivienda de interés social. Todo comienza con la apertura de cuenta de ahorro o la compra del lote. En segundo lugar, el hogar debe postularse al subsidio, luego de lo cual se califican los hogares y se asignan los SFV. Posteriormente, se pasa a la firma de promesa de compraventa o contrato de construcción.

propiedad y, como resultado, en condiciones vulnerables al quedar sujetos a las presiones del mercado inmobiliario" (Ortiz, 2008, p. 10). Al respecto se ha dicho:

> "La emisión de políticas de todo nivel devela los problemas relacionados con la incapacidad del Estado para la operación de un sistema que minimizaba su labor sobre el sector de la vivienda. Al mismo tiempo, deja ver las equivocaciones en la liberación de los esquemas de subsidio y del esquema financiero en el ámbito privado que han afectado a la sociedad en su conjunto y a la población menos favorecida en particular" (Ceballos y Saldarriaga, 2008, p. 268).

Un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo encontró que "los hogares que tienen la posibilidad de sostener los costos de una hipoteca, dadas unas condiciones del mercado son los hogares de estrato 5 no los pobres" (2011, p. 33)[191]. Así que, aplicada la estructura del subsidio a las condiciones reales de las familias, el sistema provocaba "pobreza inducida por vivienda" porque los hogares incurren en gastos para el mantenimiento de la vivienda y el crédito hipotecario por lo que dejan de adquirir una canasta básica de consumo[192]. Este estudio encontró que "253.056 hogares caen en pobreza luego de no serlo si incurren en un crédito" y que "aproximadamente 760.192 hogares empeoran su condición de pobreza al caer en indigencia o pobreza extrema" (2011, p. 31)[193].

[191] El estudio del Banco Interamericano de Desarrollo encontró que el acceso a crédito decae de 2003 a 2008, "pasando del 17% al 13% de los hogares que pueden cubrir los costos de una cuota mensual de hipoteca usando el 30% del ingreso mensual del hogar" (2011, p. 33).

[192] En el caso, el Banco analizaba las siguientes variables: "el valor de la vivienda es de 135 SMLMV (el máximo subsidiado por el programa de vivienda), que el valor del SFV es de 20 SMLMV (el máximo entregado por el programa), que el hogar posee el 10% del valor de la vivienda como ahorro previo y que el hogar tiene un ingreso familiar de menos de 4 SMLMV. Dado que el SFV y el 10% no alcanzan para cubrir el valor total de la vivienda, es necesario que el hogar adquiera un crédito hipotecario con el sector financiero formal por un valor aproximado de 46.842.250 si las condiciones del crédito son de una tasa de interés de 16.4% E.A. un periodo de gracias de hasta 15 años (180 meses)" (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, p. 44). Con esas variables, la cuota del crédito sería de $700.450.27, la cual "sumada a los costos de mantenimiento de la vivienda hace problemático que los hogares alcancen una canasta mínima de consumo" (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, p. 44).

[193] La falta de acceso a crédito generó un aumento de viviendas informales: "Entre 2003 y 2008, el número de hogares que alquilan y poseen viviendas informales aumentó un 4%. Como resultado, la participación de propietarios formales disminuyó un 8%" [Traducción libre] (Arbeláez, Becerra, Steiner y Wills, 2011, p. 19). La Corte Constitucional también se ha referido a los asentamientos informales como "ilegales" y "extralegales" así: "En la actualidad la construcción de soluciones de vivienda para todos los estamentos

Adicionalmente, otros estudios mostraron que los hogares con ingresos de un salario mínimo requerían 111 meses para lograr el ahorro requerido para acceder a un crédito (Gaviria y Tovar, 2011) y al analizar el comportamiento de los bancos encontraron que estos "califican habitualmente a los jefes de hogar y a personas de menores ingresos como sujetos riesgosos, sobre todo, si se desempeñan en sectores informales de la economía. Por otra parte, sus créditos para vivienda son de montos limitados, y por ello involucran un elevado costo de transacción" (Günter, 2000, p. 11). La falta de interés por atender los segmentos de población con ingresos bajos o informales se debe según los bancos a las tasas de interés tope[194], los mayores riesgos de solvencia, los altos costos administrativos de estos créditos, la inestabilidad de las regulaciones y la incertidumbre sobre los fallos futuros en las condiciones de tales créditos, etc. (Torres-Ramírez, 2009, p. 307)[195].

Así las cosas, aunque durante la primera década había aumentado la confianza en el mercado de vivienda todavía se excluía a buena parte de la población, pues el acceso a la propiedad habitacional depende de la capacidad de las personas para pagar la deuda. Este fenómeno es explicado así por Lazzarato (2013):

> "[L]os derechos son universales y automáticos porque están reconocidos social y políticamente, en tanto que la deuda, otorgada a partir de la evaluación 'moral', se refiere al individuo y al trabajo sobre sí que el mismo debe activar y administrar. El proceso de

sociales, generalmente se ha entregado a la iniciativa de los particulares. La construcción privada de vivienda, especialmente la dirigida al sector popular, infortunadamente se ha caracterizado por la falta de infraestructura adecuada de servicios, por condiciones precarias de construcción y por ilegalidad o extralegalidad" (T-325 de 2002).

[194] Al analizar los limitantes del sector financiero bajo la existencia de una tasa de interés tope de UVR+11% se indicó "Un informe de la Titularizadora Colombiana (2004) analizó los efectos de ese tope en el mercado de VIS y concluyó que, para el caso de este tipo de créditos, el sector financiero enfrenta barreras para operar de forma eficiente, bajo condiciones de mercado" (Cárdenas y Muñoz, 2008, p. 4).

[195] Los reclamos de los bancos se concentraban en el sistema de garantías para VIS y se enfocaban en los siguientes asuntos: "los términos y los costos asociados a la recuperación, la falta de garantías para riesgos macroeconómicos y los asociados a coberturas en salud, pensiones, riesgos profesionales de los deudores, el mantenimiento de la incertidumbre jurídica respecto de sentencias que pueden afectar el estado de la cartera actual y la imposibilidad de descartar fallos futuros en áreas como las tasas de interés y los costos y comisiones adicionales que se han autorizado para la VIS, etc." (Torres-Ramírez, 2009, p. 307).

> individualización que es una constante de las políticas sociales, está ahora estructurado e informado por la lógica de la deuda" (p. 152).

El modelo de cierre financiero no cobijaba a las personas que eran demasiado pobres para ser deudoras[196], por ello, los planes de desarrollo "Prosperidad para Todos" (2010-2014) y "Todos por un Nuevo País" (2014-2018) incluyeron como uno de los sectores prioritarios de la agenda pública la denominada "locomotora de la vivienda"[197], la cual mantiene la idea de subsidios directos a la demanda en el mercado privado.

De esa forma, en primer lugar y a pesar de los efectos negativos que pueden traer las coberturas de las tasas de interés en el incremento del valor de los inmuebles (Baena, 2014 y Gonzáles, 2002)[198] y en el mercado habitacional en general[199], en el 2011 se crearon nuevas generaciones de subsidios a la tasa de interés para la celebración de crédito para la adquisición de Viviendas de Interés Prioritario[200] y de Interés Social. Este mecanismo había

---

[196] Sobre los factores que influyen en la demanda de propiedades formales de vivienda se ha indicado: "la demanda responde en gran medida a las perturbaciones positivas de los ingresos, mucho más que en otros países en desarrollo. Este hallazgo está probablemente asociado con el hecho de que el acceso al crédito es muy restringido y las restricciones de crédito son vinculantes" [Traducción libre] (Arbeláez, Becerra, Steiner y Wills, 2011, p. 37).

[197] Las demás "locomotoras" son: minería, infraestructura, agricultura e innovación.

[198] Sobre los efectos de las tasas de interés se ha explicado que "el aumento de las ventas derivado del abaratamiento del crédito mediante subsidios provoca la desacumulación del inventario existente. Éste se repone lentamente, dada la inelasticidad de la oferta de vivienda, y ejerce presión sobre los precios y sobre el valor de los créditos para la compra de vivienda (…). El aumento de valor de los créditos tiene efectos importantes en el costo del subsidio para el Estado. El monto a subsidiar crece a la par del monto desembolsado, provoca presiones fiscales más fuertes y una pérdida relativa en el control del mecanismo, pues su dinámica termina siendo determinada por factores de mercado (la tasa de interés y los montos desembolsados)" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 198).

[199] Los subsidios directos sobre las tasas de interés, a diferencia de los subsidios habitacionales directos "distorsionan la operación del mercado financiero de vivienda" pues "la experiencia demuestra que el otorgamiento de un crédito con tasa de interés subsidiada es numéricamente equivalente a 20 veces el ahorro financiero promedio de las familias; en otras palabras, subsidiar a una familia significa tributar a 20 ahorradores quienes recibirán rendimientos bajos o incluso negativos por sus depósitos" (Gonzáles, 2002, págs. 16- 18). En el mismo sentido: "En los últimos años hemos pasado por las tasas de interés de los créditos hipotecarios para vivienda quizá más bajas de los últimos tiempos, y sin embargo, las viviendas son hoy por hoy las más costosas de que se tenga noticia" (Baena, 2014, p. 14).

[200] El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 introdujo como una nueva clase de Vivienda de Interés Social (VIS) a la Vivienda de Interés Prioritario (VIP), que es aquella que tiene un precio de mercado menor o igual a 70 salarios mínimos mensuales (Esta determinación fue luego incluida en la Ley 1753 de 2015, modificada por el artículo 33 de la Ley 1796 de 2016) . Entre ese valor y 135 salarios mínimos mensuales se considera tipo VIS (Ley 1151 de 2007 y el Decreto 4466 de 2007). La distinción entre VIP y VIS no aparece en todos los indicadores sobre vivienda. Así, en las Estadísticas de Licenciamiento (ELIC) y las de Financiación de vivienda (FIVI), las dos clasificaciones se incluyen en la categoría "Viviendas de Interés Social".

demostrado su capacidad para promover la bancarización de los hogares beneficiarios y un impacto positivo en el índice de déficit habitacional (Chirivi, et. al. p.2)[201].

La población que para el año 2010 se encuentra por debajo de la línea de pobreza (3.7 millones de hogares) y la que se encuentra por debajo de la línea de pobreza extrema (1.2. millones de hogares) es considerada "población no bancarizable" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2012, p. 20), por lo que los subsidios habitacionales directos, los subsidios a las tasas de interés y las medidas de "regulación financiera" (Congreso de la República, 26 de abril de 2012, p. 6) resultan insuficientes en un país con una deficiente distribución de ingresos[202].

Para esos segmentos de la población, siguiendo los modelos chileno y brasilero (Programa Mi Casa, Mi Vida), se introdujo la política de gratuidad[203]. La Ley 1537 de 2012 creó el Subsidio Familiar de Vivienda en Especie dando inicio al proyecto bandera del gobierno: el Programa de Viviendas Gratis (PVG) para hogares en situación de pobreza, pobreza extrema y vulnerabilidad priorizada. En la exposición de motivos presentada por los ministros del Interior y de Vivienda al proyecto de ley se explicó que solo el 36% de los hogares en Colombia podría tener acceso a crédito para vivienda (porcentaje que corresponde a los hogares que tienen ingresos mensuales superiores a 1,5 SM) y que solo

[201] De conformidad con la información oficial, el déficit habitacional cuantitativo se redujo del 27% en el 2005 al 14.9% en el 2013 (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 89).

[202] Para ese año (2010), "según la metodología utilizada en Colombia desde hace 30 años para medir la tasa de pobreza, una de cada dos personas –el 50% de la población- no tiene ingresos suficientes para comprar la canasta básica de bienes y servicios, por lo cual se considera pobre (…), dos de cada 11 colombianos –el 18% de la población- no tienen ingresos suficientes para comprar una canasta de alimentos que cubra sus requerimientos calóricos, por lo cual se consideran en indigencia. En materia de desigualdad, los datos presentados nos indican que el 10% más rico de la población obtiene el 50% del ingreso total que perciben los hogares anualmente (…) Esto coloca a Colombia como la sociedad con la peor distribución de ingresos de Latinoamérica. Peor aún, el gasto social, que debería funcionar como paliativo a estos niveles de pobreza y desigualdad, infortunadamente está mal focalizado: el 30% del gasto público social se dirige hacia el 20% más rico de la población" (Núñez, 2010, p. 157).

[203] Chile ha sido el precursor del modelo de subsidio del 100%, el cual es, según Gilbert (2004) extraño en el mundo: "Hoy en día, pocos gobiernos están dispuestos a ofrecer subsidios a la vivienda para los pobres a menos que se entreguen como subsidios directos de capital. Este modelo comenzó en Chile en 1977 y un modelo similar ha aparecido desde entonces en varios otros países" [Traducción libre] (Gilbert, 2004, p. 13).

tienen capacidad de ahorro, los hogares con ingresos superiores a 4 salarios mínimos, es decir, la población de ingresos más altos[204]:

> "Para que el modelo de cierre financiero opere adecuadamente debe existir acceso a crédito. En ausencia de crédito y ahorro, los subsidios de adquisición son insuficientes para adquirir una vivienda prioritaria, en contraste con otros países de América Latina (Brasil y Chile), donde el valor individual de los subsidios llega incluso al 100% del valor de las soluciones habitacionales. A pesar del relativamente bajo monto per cápita de los subsidios de vivienda, en Colombia no toda la población tiene acceso a un crédito de vivienda. La regulación financiera limita el acceso a crédito para hogares de muy bajos ingresos o en situación de informalidad." (Congreso de la República, 26 de abril de 2012, p. 6).

En la estructura negocial del PVG los actores protagónicos son las fiduciarias, los bancos y los constructores privados, cuyas relaciones contractuales se regulan por el derecho privado[205]. Tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos se rigen "exclusivamente por las normas del derecho privado" (Ley 1537 de 2012, artículo 6º), pues se consideró que esta forma de

[204] La exposición de motivos presenta el siguiente diagnóstico: "en Colombia hay un total de 12,3 millones de hogares. De este total, solo el 36% tendría acceso a crédito y corresponde a los hogares que tienen ingresos mensuales superiores a 1,5 SM. Un total de 7,9 millones de hogares tendrían ingresos por debajo de ese nivel. Dentro de este grupo debe destacarse la población que se encuentra por debajo de la línea de pobreza (3.7 millones de hogares) y la que se encuentra por debajo de la línea de pobreza extrema (1,2 millones de hogares). Por otra parte, según la Encuesta de Ingresos y Gastos del DANE 2009, habría capacidad de ahorro en los hogares con ingresos mensuales mayores a 4 sml, grupo conformado por los dos deciles de población de ingresos más altos. La población objetivo de la política de vivienda (todos los hogares con ingresos mensuales menores a 4 sml) no tendrían capacidad de ahorro" (Congreso de la República, 26 de abril de 2012, p. 6)

[205] Las razones para aplicar las reglas de derecho privado se explican en la Exposición de Motivos al proyecto de Ley: "Teniendo en cuenta que los patrimonios autónomos se constituirán a través de la celebración de contratos se plantea que tanto su constitución como su desarrollo se realicen de acuerdo con las normas del derecho privado, lo cual permitirá agilizar considerablemente la ejecución de los recursos (…)" (Congreso de la República, 26 de abril de 2012, p. 6). El artículo 6º de la Ley 1537 de 2012 señala: "Tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los referidos patrimonios, se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado".

contratación "permitirá agilizar considerablemente la ejecución de los recursos" (Congreso de la República, 26 de abril de 2012)".

Los patrimonios autónomos pueden adelantar procesos de convocatoria y selección de los constructores y esos procesos, lo mismo que los contratos que suscriben los patrimonios autónomos con los constructores son "totalmente regulados por el derecho privado y sus derechos económicos podrán ser pignorados en garantía a favor de los establecimientos de crédito que financien los mencionados proyectos" (Ley 1537 de 2012, artículo 20). De esa forma, se establece la posibilidad de que los patrimonios autónomos puedan servir de garantía y fuente de pago para los créditos que los constructores obtengan. Las viviendas construidas son transferidas[206] a los beneficiarios bajo la figura de subsidio en especie (Decreto 1077 de 2015, artículo 2.1.1.2.1.1.2). Sobre este modelo se ha explicado:

> "En la ejecución del PVG no se cambió el modelo de mercado adoptado desde finales del siglo pasado para la construcción de vivienda social. En el modelo actual el Estado fija el marco general de la política pública, y la construcción y financiación están fundamentalmente a cargo de empresas privadas" (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2014, p. 63).

[206] Los negocios jurídicos de transferencia de derechos reales de entidades públicas a los particulares se efectúan mediante resolución administrativa, "la cual constituirá título de dominio o de los derechos reales que corresponda y será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos" (Ley 1537 de 2012, artículo 43).

Además del PVG, cuestionado por descuidar el déficit cualitativo[207] y por la incertidumbre como programa presupuestalmente sostenible[208], el Gobierno 2014-2018 creó incentivos para segmentos específicos de la población con menores recursos. Los programas combinan subsidios para la cuota inicial con subsidios a la tasa de interés en diversos porcentajes dependiendo de los ingresos de las familias[209].

Adicionalmente, se han creado nuevas coberturas de tasas de interés para operaciones de leasing habitacional de vivienda familiar de interés social[210] y desde el 2014 cuando se percibían señales de desaceleración económica[211] se incluyeron esquemas de cobertura a tasas de interés para la población de ingresos medios[212] que accede a vivienda

[207] Se cuestiona la ausencia de espacio público, el costo del mantenimiento, la ubicación lejana a colegios y puestos de salud y la reproducción de "un modelo de desarrollo urbano que se extinguió hace mucho" (Baena, Correa, Cuevas y Silva, 2014, 4 de octubre). Algunos proyectos tienen "pésimas condiciones de habitabilidad" (Cadena, 2013, marzo 5), pues siguieron el modelo estándar implementado en las viviendas de interés prioritario (VIP), cuya construcción se convirtió "en un limitante físico que choca con los patrones culturales de la población y que genera conflictos asociados a la convivencia" (Mena, 2011, p. 296). "No se trata ya de vivienda para atender la pobreza sino del empobrecimiento de la vivienda, lo cual se inició con la reducción de las áreas de los proyectos de vivienda. Si en 1972 se planteaba un área mínima de 60 a 82 metros cuadrados, en un poco más de cuarenta años (…) pasaron a ser 35 metros cuadrados, de los cuales solo 26 eran efectivos (…) Aun con ese mínimo infame, se llegó a casos aberrantes como los 18 metros cuadrados en las viviendas de una urbanización en la localidad de Bosa (Bogotá), o los 25 metros cuadrados en otra urbanización en el barrio Robledo de Medellín" (González, 2015, p. 103).

[208] Chile, Sudáfrica y Colombia han adoptado modelos similares de subsidios. Al analizar tales modelos, Alan Gilbert (2004) ha concluido que sus dificultades provienen "del dilema central de que los recursos son siempre demasiado limitados, sobre todo porque el equilibrio fiscal es la consigna que emana de los tres ministerios de finanzas. La falta de recursos ha obligado a cada gobierno a tomar decisiones difíciles sobre el tamaño y el número de subsidios que se ofrecen. Dependiendo de esas decisiones, han surgido una serie de problemas de implementación relacionados con la calidad de la construcción, la ubicación de las nuevas soluciones de vivienda, el uso del crédito y cómo asignar subsidios entre tantos peticionarios" [Traducción libre] (p. 13)

[209] Los programas centrales implementados son: Vivienda de Interés Prioritario para Ahorradores – VIPA y "Mi Casa Ya" para familias con ingresos medios.

[210] Dado que los hogares con menores ingresos no estaban accediendo a leasing, se expidió la Ley 1469 de 2011, la cual facultó al FNA para realizar operaciones de leasing de vivienda familiar de interés social. Además, el Plan de Desarrollo 2010-2014 autorizó al Gobierno a utilizar recursos del FRECH para ofrecer nuevas coberturas de tasas de interés no solo a los deudores para compra de vivienda nueva sino también a los locatarios de leasing habitacional que otorguen los establecimientos de créditos (Decreto 729 de 2017).

[211] La Ley 1450 de 2011 indicó: "[C]on el propósito de generar condiciones que faciliten la financiación de vivienda nueva, el Gobierno Nacional, a través del Fondo de Reserva para la Estabilización de Cartera Hipotecaria (FRECH), administrado por el Banco de la República, podrá ofrecer nuevas coberturas de tasas de interés a los deudores de crédito de vivienda nueva y leasing habitacional" (artículo 123).

[212] El Decreto 1432 de 2013 creó nuevos subsidios para la tasa de interés de vivienda: reducción de 2,5 puntos porcentuales para la compra de vivienda nueva No VIS, con precio entre 135 y 235 salarios mínimos, y de 2,0 puntos porcentuales para la compra de vivienda nueva No VIS con precio entre 235 y 335 salarios mínimos. La cobertura condicionada de tasa de interés para la financiación de vivienda urbana nueva no VIS, se encuentra regulada en el Decreto 2500 de 2015 y la resolución 201 de 2016 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

no social[213]. El balance actual de los resultados de la política habitacional puede ser explicado así:

> "Vista la vivienda desde la racionalidad económica y entregada a la sociedad de mercado, no ha podido quebrarle el espinazo al déficit cuantitativo, mientras que el déficit cualitativo, relacionado con esa habitabilidad, crece de manera dramática. Sí, es un drama social aunque no lo creamos, ni lo intuyamos, ni lo veamos, tapados como estamos por el balcón del apartamento de la torre de enfrente" (González, 2015, p. 107).

Ahora bien, a la estructuración de política habitacional también ha contribuido la Corte Constitucional, la cual ha sido "un actor más en el campo de las políticas públicas" (Cano, 2014, p. 438). En efecto, la jurisprudencia ha definido criterios de justicia distributiva y líneas de actuación de la administración[214] e incluso ha tomado decisiones directas que implican gasto público[215]. Así, por ejemplo, las decisiones de la Corte han sido determinantes para la definición de los criterios para la atención a damnificados por desastres naturales, desplazados por violencia, a la población que padece pobreza estructural, a los ancianos, a los niños, a los enfermos terminales, a los portadores de VIH[216].

---

[213] Esta recomendación aparece en el Conpes No. 3725 "Importancia estratégica del Programa de Cobertura Condicionada para Créditos de Vivienda segunda Generación" (2012): "Entre 2008 y comienzos de 2009 el sector de vivienda se vio afectado, entre otros factores, por el impacto de la crisis financiera internacional sobre la economía colombiana. Para hacer frente a esta situación, el Gobierno Nacional en abril del 2009 implementó una política anticíclica con instrumentos que ayudaran a dinamizar el sector de la construcción (…). Fue así como se expidieron los Decretos 1142 y 1143 de 2009, mediante los cuales se crearon una garantía para créditos de mejoramiento de vivienda y la cobertura condicionada de tasa de interés para créditos hipotecarios de vivienda nueva respectivamente".

[214] La intervención en la definición de las políticas públicas se da, según la Corte, particularmente cuando se "requiere la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva" (T-530 de 2011).

[215] Al respecto explicó: "La intervención, excepcional, del juez constitucional en las decisiones de asignación del gasto público, sólo estará legitimada en aquellos eventos en los cuales la distribución de los recursos se ha efectuado con clara violación de los derechos fundamentales (…) de potenciales beneficiarios" (T-499 de 1995).

[216] La Corte ha explicado que unos grupos requerirían medidas de carácter urgente y otros, medidas de carácter permanente: "Las víctimas de situaciones sociales extremas o de los embates de la naturaleza, constituyen, entre el espectro de personas en situación de debilidad manifiesta, aquellas que los sufren en mayor medida, por razón del desarraigo, destrucción de la base material que sustenta su proyecto de vida, así como por la grave afectación del tejido social al cual pertenecen (…). Ello no quiere decir que sus intereses se impongan sobre los intereses de grupos humanos que igualmente están en condiciones de debilidad, como ocurre con

Así la cosas, la política habitacional actual identifica a la vivienda con la propiedad y por ello, sin importar el costo que el acceso a la propiedad demande de parte de los hogares y la calidad del bien que se adquiera, se han creado diversos instrumentos para atraer a entidades financieras y a los ciudadanos a la celebración de contratos de financiación. Dadas las limitaciones del crédito, el Estado ha destinado recursos presupuestales para subsidiar el 100% de las viviendas de una parte de la población sin acceso a crédito.

quienes padecen la pobreza estructural, los ancianos desatendidos, los niños, los enfermos. Sin embargo, estos deben ser los destinatarios de programas y proyectos permanentes (…), en tanto que los primeros, han de ser los beneficiarios de mecanismos de atención de situaciones excepcionales (…), por hallarse comprometido su mínimo vital" (T-958 de 2001).

SEGUNDO CAPÍTULO

EL CONSUMIDOR DE VIVIENDA COMO TITULAR DE DERECHOS: LA REACCIÓN AL MODELO

SUMARIO

Consideraciones preliminares. El deudor en la agenda pública: el legado de la crisis. ***1.*** *LAS BATALLAS DE LOS CONSUMIDORES POR LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ESCENARIOS CONTRACTUALES.* ***1.1****. La vivienda como una aspiración costosa, indeterminada y aplazable.* ***1.2.*** *Primeros pasos hacia la justiciabilidad del derecho a la vivienda en ámbitos contractuales.* ***1.3.*** *Un derecho generador de obligaciones inmediatas y horizontales: la justiciablidad de las facetas de protección y respeto.* ***1.4.*** *La vivienda como derecho fundamental para algunos sujetos.* ***2.*** *SUPUESTOS METODOLÓGICOS DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR DE VIVIENDA.* ***2.1.*** *La titularidad del derecho a la vivienda: un criterio delimitante* ***2.2.*** *El consumidor como el extremo contractual de un profesional: el criterio objetivo.* ***2.3.*** *La destinación propia: el criterio subjetivo.* ***2.4.*** *Desigualdad y fragilidad: el criterio abstracto.* ***3.*** *EL PAPEL DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS FACETAS DE CONSUMO HABITACIONAL. 3****.1****. La protección a la propiedad bajo la sombra del derecho a la vivienda.* ***3.2.*** *Leasing habitacional: la diferenciación entre locatarios titulares de derechos habitacionales y locatarios mercantiles.* ***3.3.*** *Vivir en arriendo: la destinación como criterio de protección.* ***3.4.*** *La irrelevancia del derecho a la vivienda en la protección del comprador de vivienda nueva.*

Consideraciones preliminares.

El deudor en la agenda pública: el legado de la crisis.

La magnitud de la crisis de 1999 dejó ver la existencia de los consumidores como actores que merecen protección contractual. Los consumidores de crédito de vivienda aparecieron en el panorama reivindicando su calidad de sujetos titulares de derechos habitacionales, con lo cual sus relaciones contractuales privadas alcanzaron relevancia constitucional.

El sistema de financiación de vivienda cuya estructuración comenzó en 1972 y el cual sufrió modificaciones importantes en la primera década de los noventa, había comenzado a derrumbarse debido al crecimiento de las deudas por encima de la capacidad de pago de entre 400.000 (Barreto, 2012, p. 102) y 840.000 familias (ANUPAC)[217], la disminución del precio de los inmuebles y "la vulnerabilidad de los establecimientos de crédito a captaciones inestables y una ausencia de marco jurídico" (Proyecto de Ley No. 371 Cámara, 1999, p. 3). Adicionalmente, en 1999, año en el que estalló la crisis, las cifras de pobreza y desigualdad se dispararon, el desempleo urbano superó el 20%[218]; se registró

[217] Según el análisis de la Corte Constitucional, el sistema de financiación de vivienda había provocado consecuencias negativas en la economía generando la recesión económica que atravesaba el país en el año 2000 pues "las deudas en UPAC se hicieron impagables en la generalidad de los casos, en términos tales que se extendió la mora y que la cartera hipotecaria de difícil o imposible cobro creció desmesuradamente, conduciendo a la instauración de incontables procesos ejecutivos, de remates y de daciones en pago" (Corte Constitucional, sentencia C-955 del 2000).

[218] La situación económica y social era dramática pues "los ingresos de los hogares cayeron, especialmente los de los más pobres, y la pobreza y la desigualdad se dispararon. Cerca del 58% de la población colombiana era pobre en 2000 y el coeficiente de Gini saltó a 0,6. Entre 1995 y 1999, más de dos millones de colombianos ingresaron a la pobreza" (Gaceta del Congreso 32, 2007, exposición de motivos al Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, p. 39).

la peor caída del PIB desde la crisis de los treinta (-5,96%); la cartera vencida de créditos para vivienda alcanzó el 11.9% (Llano y Urrutia, 2012, págs. 1 y 53).

En este panorama, las multitudinarias exigencias de los ciudadanos para que se otorgara relevancia constitucional a los asuntos económicos y contractuales de los créditos hicieron que las herramientas sustanciales y procesales ofrecidas por el incipiente derecho del consumo fueran desarrolladas a partir de la consideración de los consumidores como titulares del derecho a la vivienda.

En tiempos de crisis y como respuesta a los reclamos de los deudores, la jurisprudencia constitucional propuso la construcción de un modelo de protección de los consumidores que tuviera como fundamento central al derecho a la vivienda[219]. Este modelo determinó la expedición de la Ley 546 de 1999, la cual señaló como objetivo de la regulación del crédito hipotecario la defensa del derecho de la vivienda de los deudores y luego, al desarrollar esa protección, empleó herramientas propias del derecho del consumo como las referidas a los contratos de adhesión, la enunciación de comportamientos contractuales prohibidos, las cláusulas abusivas, el derecho a la información y participación de los deudores.

Las demandas sociales ocurridas con ocasión de la crisis también le dieron un impulso al desarrollo conceptual y a la exigibilidad del derecho a la vivienda, el cual había estado dormido en la Constitución y por ello era considerado como "la oveja negra de los derechos sociales" (Arango, 2009, p. 314). De esa forma, la historia de la exigibilidad del derecho a la vivienda y de su impacto para repensar los contratos está conformada por numerosos relatos que lograron el reconocimiento de la identidad de los ciudadanos como

[219] El de Colombia parece ser en el panorama global uno de los pocos casos en los que las discusiones sobre el acceso y seguridad jurídica de la tenencia habitacional han sido analizadas como problemas desde la eficacia del derecho a la vivienda y no desde la perspectiva de la vivienda como bien. Ello como se ha explicado, en el contexto de la crisis. Miloon Kothari, primer relator especial sobre una vivienda adecuada de las Naciones Unidas, explicó en un informe presentado en 2008 que uno de los principales obstáculos para la realización del derecho a una vivienda adecuada es que en muchos Estados prevalece la tendencia a considerar a las viviendas como "productos comercializables más que como derechos humanos que exigen la protección, ante todo y sobre todo, de las comunidades vulnerables, y que el derecho a la vivienda sea tratado como un bien social" (Kothari, 2008).

consumidores[220], con lo cual se abrió paso a la configuración de un sujeto atravesado por diversas esferas de protección[221] derivadas de la concreción de derechos habitacionales relacionados con los contratos para lograr una vivienda.

Con el objetivo de presentar los elementos que han contribuido al reconocimiento de los consumidores de vivienda como sujetos de protección contractual por el ordenamiento jurídico, este capítulo se detiene en las discusiones que sobre la naturaleza del derecho a la vivienda y sobre su exigibilidad se han realizado en el marco de los reclamos judiciales realizados por los consumidores y en el nivel de relevancia que conlleva ser titular del derecho a la vivienda para la estructuración del régimen de protección de los consumidores.

Para lograr ese objetivo, este capítulo se divide en tres secciones. La primera desarrolla las transformaciones sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda mediante la acción de tutela en ámbitos que involucran relaciones contractuales **(1)**. Posteriormente, se abordan los criterios que permiten identificar quién es el consumidor de vivienda y cuáles son las razones para su protección mediante reglas especiales **(2)**. Por último, el capítulo explora el papel del derecho a la vivienda en la estructuración de regímenes que protegen las diferentes facetas que puede adoptar un titular de derechos habitacionales como comprador, deudor, arrendatario, locatario **(3)**.

[220] Sobre los tipos de demandas de los ciudadanos se ha explicado: "Los sistemas democráticos parecen enfrentar diariamente dos tipos de demandas. Por un lado, demandas por más y mejor distribución de bienes, recursos u oportunidades ("demandas de redistribución"). De otro lado, la cuestión de la identidad y del estatus social de diversos grupos tradicionalmente marginados o devaluados cultural e institucionalmente ha pasado a ser una preocupación fundamental, que se presenta normalmente por conducto de las denominadas 'luchas por el reconocimiento'" (Courtis y Espejo, 2009, p. 21).

[221] Con el derecho del consumo desde la perspectiva de los derechos humanos se configura un sujeto atravesado por diversos sistemas de protección: "El surgimiento de la noción y rol de consumidor como sujeto de derecho implica la superación de la noción abstracta de persona del Código Civil (ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones) y en particular de persona física (aquellas que presentan signos característicos de humanidad) para dar paso a la visión humanista que impregna el estudio del fenómeno del consumo dentro de la ciencia del derecho, propia de los derechos humanos (Tambussi, 2014, p. 101).

1. Las batallas de los consumidores por la justiciabilidad del derecho a la vivienda en escenarios contractuales

La expresión justiciabilidad se refiere a aquellas "cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales" (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales CDESC, 1998)[222]. Las posibilidades de exigir el derecho a la vivienda mediante la acción de tutela ante la ausencia de recursos judiciales específicos[223] y los interrogantes sobre qué podría ser exigido han sido objeto de múltiples posiciones jurisprudenciales. Tales posiciones pueden dividirse en tres grupos.

En una primera etapa jurisprudencial, la Corte Constitucional consideró que el derecho a la vivienda no otorgaba un derecho subjetivo y que al tener naturaleza asistencial de desarrollo progresivo no podía ser exigible al Estado, el cual solo estaba obligado a hacer esfuerzos para crear políticas públicas. Posteriormente, algunas decisiones comenzaron a considerar que la ubicación del derecho a la vivienda en el capítulo de derechos sociales[224] de la Constitución resultaba insuficiente para una completa caracterización de su naturaleza.

[222] La Observación General no. 9 sobre la aplicación interna del PIDESC (CDESC, 1998) distingue entre "justiciabilidad" y "aplicación inmediata". La justiciabilidad se refiere a aquellas "cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales", mientras que la aplicación inmediata se refiere a aquellas normas que "permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones". Al realizar esa distinción, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que todas las obligaciones de los Estados frente a los derechos sociales son justiciables, mientras que no todos son de aplicación inmediata: "no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad".

[223] El uso las diversas estrategias para acudir a la tutela como herramienta de protección a los derechos sociales, se debe a que en Colombia no existen recursos jurídicos específicos para la exigibilidad de los derechos sociales. Así mismo, por lo menos hasta finales del 2017, el país no ha ratificado el Protocolo Facultativo del PIDESC, "el cual habilita al Comité a conocer de comunicaciones individuales por la alegada vulneración de los derechos consagrados en el Pacto. Este instrumento se constituye en una forma de garantía de la exigibilidad de los DESC y con su ratificación los Estados proporcionan a las personas en su jurisdicción una herramienta para exigir el goce de sus derechos" (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2016, p. 7). Y aunque Colombia ha ratificación el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, este instrumento habilita "el acceso a la exigibilidad internacional (a través de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) únicamente respecto del derecho a la educación (artículo 13) y el derecho de asociación sindical (artículo 8.1.a)" (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2016, p. 7).

[224] 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.

Tales decisiones comienzan a explorar las posibilidades de justiciabilidad de la vivienda con instrumentos externos al derecho a la vivienda. Valiéndose de herramientas interpretativas como la conexidad con derechos fundamentales, la inclusión de la vivienda en el concepto de mínimo vital y la solidaridad, las sentencias comienzan a ordenar la protección de la vivienda en relaciones contractuales.

Por último, un tercer grupo de decisiones entienden a la vivienda como un derecho con un contenido heterogéneo y por ello presentan nutridos análisis sobre los derechos habitacionales, las múltiples obligaciones del Estado derivadas de la naturaleza compleja del derecho a la vivienda. Tal complejidad es analizada por primera vez en la sentencia T-958 de 2001, en la cual la Corte reconoció que el derecho a la vivienda también implica obligaciones de respeto y protección y que por lo menos, la primera parte del artículo 51 que establece el derecho a la vivienda para todos, "no se diferencia en absoluto de derechos de innegable carácter fundamental, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad".

Las decisiones que consideran exigible el derecho a la vivienda en el marco de relaciones contractuales consideran que los contrastes tradicionales entre los derechos civiles y derechos sociales están basados en confusiones que generalizan el contenido prestacional de los derechos[225]. Esta nueva perspectiva de la vivienda tiene una innegable importancia no solo como objeción teórica a los supuestos tradicionales sobre derechos sociales sino como una posibilidad práctica de justiciabilidad del derecho a la vivienda mediante la acción de tutela[226] en el marco de relaciones contractuales. Este cambio de perspectiva jurisprudencial parece obedecer a la ineficacia estatal para materializar los derechos sociales:

> "El sistemático incumplimiento del Estado, de las prestaciones contenidas en esos derechos, hizo que la jurisprudencia de la Corte

[225] Así, en el 2001, la Corte encontró que el carácter prestacional "no es una característica exclusiva de los derechos de segunda generación, puesto que también los de primera generación o de libertad son susceptibles de desarrollo normativo y regulación posterior a la constitucional" (T-958 de 2001).
[226] Con ello se refuerza la idea según la cual no tendría sentido calificar un interés como derecho si no existen mecanismos jurídicos para hacerlo efectivo porque solo se concibe un derecho si "su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo" (Arango, 2012, p. 10).

> encausara su protección por la vía de la acción de tutela, con lo cual y ante los problemas de implementación y cobertura de las políticas públicas sobre la materia, el tema de la justiciabilidad pasó a ser primordial" (Quinche, 2009, p. 295).

De esa forma, luego de considerar que el derecho a la vivienda era inexigible mediante la acción de tutela **(1.1)**, la jurisprudencia constitucional comenzó a desarrollar la justiciabilidad valiéndose de elementos extrínsecos al derecho a la vivienda como la conexidad con otros derechos o la inclusión de la vivienda en el concepto de mínimo vital **(1.2.)**. Otras decisiones han analizado la exigibilidad de la vivienda en escenarios contractuales al considerar que las facetas de protección y respeto del derecho a la vivienda, las cuales son precisamente las que se encuentran en juego en las relaciones contractuales, resultan justiciables mediante la acción de tutela **(1.3)**, siempre que quien exija la intervención del juez constitucional se encuentre en una situación de indefensión **(1.4)**.

1.1. La vivienda como una aspiración costosa, indeterminada y aplazable

La Constitución, al situar a la vivienda en el capítulo de "derechos sociales, económicos y culturales", siguió una clasificación desarrollada a partir de una limitada comprensión del reconocimiento de los derechos humanos por su ubicación en los instrumentos internacionales que surgieron en diferentes momentos históricos y que consagraron de una parte, a los derechos civiles y políticos y de otra, a los derechos sociales[227]. Así, la vivienda ha sido incluida como un derecho social que hace parte del

[227] El proceso de surgimiento de los derechos sociales es explicado así: "los primeros derechos sociales –que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales–surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana. Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de derechos que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad jurídica, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona necesitada deje de ser objeto de la relación asistencial y se convierta en un sujeto portador de derechos" (Carbonell, 2009, p. 63).

derecho a una vida adecuada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[228], en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[229] y en otras importantes declaraciones universales[230] y regionales[231].

La línea argumentativa que la Corte Constitucional adoptó durante los primeros años de vigencia de la Constitución negaba la exigibilidad del derecho a la vivienda mediante la acción de tutela al identificar dos categorías: la naturaleza del derecho (fundamental o social) con la posibilidad de lograr su justiciabilidad. Las decisiones señalaban que dado que los derechos fundamentales son de aplicación inmediata pueden ser exigidos judicialmente, lo que no ocurre con los derechos sociales que requieren desarrollo legislativo y recursos económicos para su efectividad[232]. Por ello, durante este periodo no resulta fácil encontrar fallos sobre negocios jurídicos relacionados con vivienda.

[228] La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda (…)" (artículo 25, numeral 1).

[229] El PIDESC (1966) reconoce "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" (artículo 11). Este instrumento, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entró en vigor el 3 de enero de 1976 y fue ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

[230] Además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales otros importantes instrumentos universales y regionales que contienen el derecho a la vivienda han ingresado al ordenamiento jurídico colombiano mediante el bloque de constitucionalidad. Así, el derecho a la vivienda es mencionado además en estos instrumentos: la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 34, literal k); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26); la Convención de los Derechos del niño (artículo 27); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (artículo 21); el Convenio 117 de 1962 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (artículo 5.2); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°, literal e, iii); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28.1 y 2); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14.2) y el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (artículos 14, 16 y 17).

[231] En forma similar a lo establecido en instrumentos universales, los instrumentos regionales consagran a la vivienda como un derecho social derivado del derecho a la vida adecuada. Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, establece que los Estados miembros convienen en lograr como una meta básica la "vivienda adecuada para todos los sectores de la población" (artículo 34). Por otra parte, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988) sucede algo similar a lo que ocurre en el PIDESC puesto que el derecho a la vivienda no fue incluido de manera autónoma, sino que debe extraerse del artículo 11 que indica: "Toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos".

[232] Las decisiones que hacen parte de esta línea son: T-423 de 1992, T-308 de 1993, T-382 de 1993, T-021 de 1995, T-251 de 1995, T-495 de 1995, T-499 de 1995, T-258 de 1997, T-203 de 1999.

Las sentencias señalaron que el derecho a la vivienda exigía el despliegue de políticas públicas, las cuales dependen del progreso estatal (T-251 de 1995, T-258 de 1997 y T-308 de 1993) y de la existencia de "condiciones jurídicas, económicas y materiales" que lo hagan posible[233]. Así mismo, las sentencias identificaron a la vivienda como una "carga" que envuelve un "compromiso programático" de poner en marcha las condiciones necesarias para la realización del derecho a la vivienda, por lo cual, el Estado "sólo ésta obligado a fijar condiciones y promover planes (…) en la medida de las capacidades que su estructura protectora le permita" (T-203 de 1999).

La defensa de esta idea se apoya en una interpretación que generaliza el principio de progresividad como ha sido enunciado en el PIDESC (1966) a todas las obligaciones que se derivan del derecho a la vivienda[234]. Este instrumento, señala que los Estados se comprometen a adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados", la efectividad de los derechos sociales[235].

La forma de cumplimiento de las obligaciones de los Estados frente a los derechos sociales ha sido desarrollada en la Observación General no. 3 sobre "la índole de las obligaciones de los Estados Partes"[236], la cual señala que la progresiva efectividad es reflejo

[233] La Corte estableció así una carga a los accionantes, quienes deben demostrar previamente la existencia de condiciones materiales para exigir derechos. Derechos sociales como el de la vivienda, "condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que los hacen posibles" (T-308 de 1993). Bajo esa premisa, la Corte indicó que el derecho a la vivienda "sólo produce efectos una vez se cumplan ciertas condiciones jurídico-materiales que lo hacen posible" (T-251 de 1995, T-258 de 1997).

[234] Sumado a la interpretación de la progresividad, el PIDESC no prevé la existencia de tribunales que garanticen la protección Estas cuestiones hacen que la justiciabilidad resulte cuestionada pues el texto del PIDESC "relativiza el alcance de sus afirmaciones" y que denota que los derechos sociales "no tienen protección legal internacional que merezca tal nombre. Y la razón fundamental para mantener estos derechos fuera es la falta de recursos" (Beltrán, 2009, p. 247).

[235] El desarrollo progresivo también está incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José cuyo en el capítulo III sobre "Derechos Económicos, Sociales y Culturales" el cual cuenta con un solo artículo en el que señala: "Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

[236] Esta Observación, al igual que la Observación General no. 4, tiene un carácter vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano pues interpreta el PIDESC. Al respecto la Corte ha indicado que el Pacto

del "reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo" (CDESC, 1990). Así, según este instrumento se requiere flexibilidad para entender que cada país afronta dificultades para asegurar la plena efectividad de estos derechos.

Esta idea está asociada a la tradicional división entre derechos negativos o de libertad y derechos positivos o asistenciales. Usualmente, los derechos positivos se asocian con el concepto de Estado Social de Derecho:

> "[M]ientras el estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder (…); las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador (Ferrajoli, 2000, p. 862).

En esta clasificación, la vivienda se ubica como un derecho social del cual surgen obligaciones positivas por parte del Estado como las de proveer subsidios, viviendas, alojamientos temporales, etc. De esa forma, la vivienda se diferenciaría de los derechos que se satisfacen con la abstención como el derecho a exigir que no se perturbe la propiedad

---

es "un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, 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" (C-936 del 2003). La sentencia T-1319 de 2001 realiza un análisis sobre las razones por las cuales los documentos oficiales que interpretan los instrumentos de derechos internacionales son vinculantes para la interpretación de los derechos en el ordenamiento jurídico interno.

privada[237]. Así, desde esta perspectiva, el derecho a la vivienda exige acciones presupuestales, caritativas o asistenciales:

> "[L]o característico de los derechos negativos es que protegen la libertad, mientras que los positivos impulsan la igualdad. Los primeros protegen un reino privado, en tanto que los segundos asignan dólares recaudados. Los primeros son privativos u obstruccionistas; los segundos son caritativos y contributivos. Si los derechos negativos nos ofrecen refugio contra el gobierno los positivos nos conceden servicios de éste. Ente los primeros se cuentan los derechos de la propiedad y de contratación (…); los segundos incluyen (…) las viviendas subsidiadas" (Holmes y Sunstein, 2012, p. 60).

Según esta primera etapa de sentencias, la Constitución reconoce que el único vínculo entre los ciudadanos y el aparato estatal es un compromiso programático "más no una obligación incondicional, inmediata y permanente de garantizarlo" (T-203 de 1999). Las sentencias señalan además que no resultaría posible determinar, a partir de la formulación normativa "todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna", qué es puntualmente lo que podrían reclamar de manera concreta los individuos. Siguiendo este planteamiento, no puede exigirse a partir de la invocación del artículo 51 de la Constitución que el Estado provea una vivienda o un subsidio, pues lo que se deriva del texto es un compromiso abstracto para que el Estado establezca sistemas adecuados de financiación o planes de vivienda de interés social[238].

---

[237] Los argumentos usados para distinguir los derechos positivos de los negativos son explicados así: "los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado –por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada– mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo –por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda–. En el primer caso, se dice, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer" (Arango, 2012, p. 4).

[238] Esta idea corresponde a las críticas realizadas al constitucionalismo latinoamericano, según las cuales, las Constituciones no eran más que un reflejo de aspiraciones "poéticas": "Constituciones que no hablan de la

Dado que las obligaciones del Estado son programáticas y que se trata de un derecho costoso que requeriría para su cumplimiento de obligaciones positivas que dependen de la disponibilidad de recursos, no es posible identificar a partir del texto en la Constitución derechos subjetivos a favor de las personas[239]. En palabras de la Corte Constitucional: "el derecho a una vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo a exigir del Estado, de manera directa, una prestación determinada" (T-308 de 1993), pues éste "es más bien un derecho-objetivo para que lo desarrolle el legislador" (T-382 de 1993)[240]. Así, este grupo de decisiones asumió que no es posible identificar en la Constitución un supuesto que asigne la facultad de reclamar algo concreto de un sujeto obligado a favor de un acreedor determinado en materia de vivienda[241].

Adicionalmente, un argumento procesal sobre la competencia de los jueces y el alcance de la acción de tutela descartaba la justiciabilidad del derecho a la vivienda. La Corte acudió a una interpretación apegada al texto de los artículos 85 y 86 de la Constitución

realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican. La crítica se apoya en una base obviamente cierta pero resulta –correspondería decir, contra lo que muchos afirman– exagerada y en buena medida errada. En efecto, y por un lado, dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente Argentina, estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en "pura poesía". Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso (…) Y ello, en buena medida, gracias a lo escrito en estas nuevas Constituciones. Conviene repetirlo: nadie duda de que presenciamos una "inflación" de derechos, y que muchos de los derechos incorporados en las nuevas Constituciones serán de difícil o imposible satisfacción" (Gargarella y Courtis, 2009, p. 32).

[239] Al explicar las razones dadas para la inexigibilidad del derecho a la vivienda Pisarello indicó: "Entre los argumentos más usuales contra la exigibilidad del derecho a una vivienda adecuada destaca el de su indeterminación. Como la mayoría de los derechos sociales, se afirma, el derecho a una vivienda adecuada es un derecho vago, evanescente, que promete poco. De esa indeterminación, se agrega, puede deducirse acaso un principio programático, una guía genérica de actuación para los poderes públicos, pero no un auténtico derecho" (2004, p. 262).

[240] El Relator Especial ha defendido constantemente la aprobación del propuesto protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que aclararía la naturaleza del derecho a una vivienda adecuada como un derecho exigible ante los tribunales. El protocolo facultativo si dice que es exigible, el país no lo ha ratificado.

[241] La necesidad de concretar el derecho a la vivienda mediante supuestos que den vida a un derecho subjetivo se repite en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional: T-423 de 1992, T-382 de 1993, T-308 de 1993, T-251 de 1995, T-495 de 1999, T-499 de 1995, T-258 de 1997, T-203 de 1999, C-383 de 1999, C-955 de 2000. Esa falta de titularidad y la vaguedad del derecho es explicada así: "En efecto, la circunstancia de que éste se ubique entre los llamados derechos económicos, sociales o culturales no le otorga al pretendido titular la facultad de exigir del Estado la satisfacción directa e inmediata de su necesidad de vivienda" (T-203 de 1999).

que enumeran los derechos de aplicación inmediata sin incluir a la vivienda y que establecen como ámbito de protección de la tutela los "derechos constitucionales fundamentales"[242]. La exclusión de la exigibilidad del derecho a la vivienda mediante tutela se explicaría también porque, al considerarla como un derecho asistencial, los jueces no podrían ordenar la erogación de los recursos[243] porque estarían invadiendo la competencia de las autoridades que diseñan las políticas públicas[244] o la de los jueces asignados para declarar la responsabilidad civil o del Estado[245]. También asaltarían la competencia del legislador[246], quien es al que le corresponde materializar las políticas públicas para ejecutar el mandato social de la Constitución teniendo en cuenta "las posibilidades financieras del Estado" (SU-111 de 1997).

[242] Esta postura quedó consagrada en las sentencias de esta manera señalando que el derecho a la vivienda "no es un "derecho fundamental" sobre el cual pueda caber la acción de tutela aquí considerada (art. 86 C.N.)" (T-423 de 1992).

[243] Esta idea sobre la competencia limitada de los jueces frente a los derechos sociales también se basa en la mencionada división entre derechos positivos y negativos. Así, dado que los derechos negativos no requieren recursos para su cumplimiento, los jueces pueden ordenar que alguien se abstenga de violar el derecho, y su competencia en este caso implica la anulación de los actos de violación. Por el contrario, no podrían disponer de los recursos estatales para hacer efectivos derechos de prestación.

[244] En la tutela, la accionante señaló que la Alcaldía de Bogotá ponía en peligro su vida y la de los moradores de un inquilinato, por un alud de tierra que cayó sobre su casa. Por ello aspira a que se retire la tierra que perturba su vivienda y que se levante un muro de contención. La Corte consideró que, en este caso, existían medidas diferentes a la tutela para debatir la responsabilidad de la Alcaldía, la cual se derivaría de ser tal Entidad Territorial la presunta propietaria del terreno colindante que según la accionante amenaza derrumbarse sobre la casa de inquilinato. La Corte consideró que eran otras autoridades las que debían verificar la situación de la accionantes (T-021 de 1995).

[245] La Corte Constitucional encontró que la pretensión realizada por una víctima de Armero, quien resultó adjudicataria de una vivienda por parte del liquidado Instituto de Crédito Territorial, en la que solicitaba obtener la titularización del derecho de propiedad y la indemnización de los daños materiales causados a las viviendas y a las zonas comunes, no puede hacerse efectivas mediante la tutela: "por ser los accionantes adjudicatarios directos de las viviendas, la reparación de las fallas estructurales de las mismas, la culminación de las obras, tanto las de refacción como las que atañen al salón comunal y la devolución de los dineros pagados por concepto de los arreglos hechos a las construcciones, son pretensiones cuya vía de reclamación está prevista en la normatividad de la jurisdicción contencioso administrativa" (T- 203 de 1999).

[246] El vínculo entre el desarrollo legislativo y la exigibilidad del derecho también estuvo vigente en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud, cuyo desarrollo es relevante para el análisis de los derechos sociales pues es quizá el más analizado por la Corte Constitucional siendo también un referente para el derecho a la vivienda. Este aparte explica la posición inicial de la Corte en relación con el desarrollo legislativo: "Dado que la actora no se ajusta a los requisitos exigidos para poder obtener los servicios médico-asistenciales a que aspira, mal puede la Corte disponer que le sean prestados, pasando por encima de lo dispuesto por la ley y los reglamentos, puesto que es a la ley y a la administración a las que corresponde decidir sobre la asignación de recursos para la prestación de servicios asistenciales y sobre los mecanismos para poder acceder a ellos" (SU-111 de 1997).

Así las cosas, la línea argumentativa que la Corte adoptó con anterioridad a la crisis hipotecaria, imposibilitaba la justiciabilidad individual del derecho a la vivienda al diferenciar entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos sociales de aplicación progresiva por la necesidad de contar con desarrollo legislativo y recursos económicos para su efectividad. Haciendo una lectura devota al texto del artículo 51 de la Constitución, las sentencias asumen que el derecho a la vivienda se identifica íntegramente con obligaciones positivas.

1.2. Primeros pasos para la justiciabilidad del derecho a la vivienda en ámbitos contractuales

Las decisiones que comenzaron a considerar que el derecho a la vivienda podía ser exigible mediante tutela, incluso cuando median relaciones contractuales, se valieron de recursos exógenos al derecho a la vivienda como la conexidad (i) y el mínimo vital (ii).

i) Según el criterio de conexidad, para que el derecho a la vivienda sea exigible mediante la acción de tutela es necesario que su afectación vulnere o ponga en peligro un derecho cuyo carácter fundamental no ofrezca dudas. Así, se requiere que exista una "relación estrecha" entre el derecho a la vivienda y otro derecho de tal manera que, "la integridad del derecho fundamental esté comprometida de manera inescindible" (T-203 de 1999, T-079 de 2008).

Este criterio fue utilizado en las numerosas sentencias de tutela que examinaron el comportamiento de las entidades financieras en relación con las modificaciones contractuales que debían ser realizadas a los contratos de créditos según lo ordenado por la Ley 546 de 1999. En estas sentencias, que serán estudiadas en el cuarto capítulo, la Corte Constitucional evitó proteger directamente el derecho a la vivienda y prefirió conectar su protección con el derecho al debido proceso contractual.

De otra parte, en aquellos casos en los que los accionantes reclamaban la protección del derecho a la vivienda en asuntos no vinculados con la crisis hipotecaria, la Corte ha conectado el derecho a la vivienda con otros derechos como el derecho a la vida, la igualdad,

la dignidad. Así por ejemplo, al analizar la conducta de una aseguradora que se negó a contratar con una pareja de portadores de VIH el seguro de vida para acceder a un crédito hipotecario para la adquisición de vivienda, pero sí les había otorgado la póliza de incendio y terremoto exigida también como condición para el crédito, la Corte consideró que la tutela era procedente porque analizadas las circunstancias de los accionantes, el derecho a acceder a una vivienda digna tenía conexidad con derechos fundamentales. De conformidad con la sentencia, la negativa de la aseguradora "impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, la igualdad y la dignidad" (T-1165 de 2001) [247].

La Corte ha advertido que la conexidad siempre se analizará a partir del examen cuidadoso de las condiciones particulares del caso porque existen mayores probabilidades de que la vivienda se conecte con otros derechos si las personas se encuentran en una situación de indefensión o subordinación. Por ejemplo, en la sentencia T-756 de 2003 la Corte no encontró la conexidad que alegaba una pareja porque una aseguradora y un banco vulneraban su derecho a la vivienda digna en conexión con la vida al no hacer efectiva la póliza de vida de grupo deudores hipotecarios, por lo cual, el inmueble se encontraba embargado. En este caso, la Corte no concedió la protección solicitada porque los accionantes no demostraban encontrarse en una situación de indefensión que mereciera protección constitucional[248]. En otro asunto, la accionante señalaba que un fondo de cesantías vulneraba su derecho a una vivienda digna en conexidad con el derecho a la vida y el derecho de petición, pues respondió negativamente una solicitud para el retiro parcial de cesantías. De la misma forma que en el caso anterior, la Corte encontró que "no se dan

[247] Con anterioridad a esa sentencia, la Corte en 1995, ya había encontrado en un caso que el derecho a la vivienda se encontraba conectado con la buena fe y la igualdad: "Este derecho a la vivienda digna en abstracto no hace parte de los derechos fundamentales, pero en algunas circunstancias lo sería si está en conexidad con otros derechos fundamentales y si, como en el caso en estudio, entra en conexidad con la buena fe y con el principio de igualdad" (T-617 de 1995).

[248] En la sentencia, la Corte indicó: "el derecho a una vivienda digna no tiene per se la connotación de un derecho fundamental y sólo es susceptible de amparo tutelar cuando se encuentra en conexidad con derechos que sí tienen tal carácter. En el presente asunto, la demandada no relaciona ni demuestra qué derechos fundamentales se verían afectados en el evento de que se remate su vivienda propia y como quedó dicho este derecho no exige que se tenga una vivienda propia de determinadas características" (T-756 de 2003).

los presupuestos constitucionales para amparar el derecho a una vivienda digna, pues no aparece que la accionante esté en una condición de debilidad manifiesta" (T-363 de 2004).

Así, el criterio de conexidad exige al juez determinar si la necesidad de vivienda de personas en situación de debilidad conlleva la violación de derechos fundamentales[249] en el marco de relaciones contractuales. La exigencia de conectar la vivienda con otros derechos evita la defensa autónoma del derecho a la vivienda y prefiere apostarle a protegerlo como una dimensión socioeconómica de los derechos a la vida, a la igualdad y a la dignidad que se ven comprometidos en el marco de relaciones contractuales vinculadas con la vivienda.

ii) Otras sentencias han considerado a la vivienda como una de las necesidades más elementales de los seres humanos y como un requerimiento básico indispensable para "asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia" (T-011 de 1998). Así, la Corte Constitucional se ha referido al derecho a la vivienda como un componente del mínimo vital[250].

El siguiente caso da cuenta de la aplicación del concepto de "mínimo vital en materia de vivienda" en el marco de dos relaciones contractuales conexas: un crédito hipotecario y el seguro de vida grupo deudores en el que el banco es tomador y el deudor es el asegurado. Estas relaciones contractuales han sido examinadas por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones. Una de las sentencias de esta línea jurisprudencial, la cual se analizará más adelante[251], es la T-1091 de 2005 en la que la accionante era una persona de la tercera edad que había celebrado con un banco un mutuo hipotecario para la compra de la vivienda. El Banco pagó a la aseguradora el valor correspondiente a las primas del seguro de vida grupo

[249] La relación de la vivienda con la dignidad ha sido mencionada desde las primeras sentencias en las que la Corte indicó que la dignidad tiene dimensiones espirituales y materiales y que dentro de "las condiciones materiales de existencia digna se encuentra sin duda la vivienda" (C-575 de 1992). Este aparte es luego citado en la sentencia T-308 de 1993, T-617 de 1995, T-1165 de 2001, T-1091 de 2005.

[250] El mínimo vital es un derecho fundamental innominado que está constituido por "los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano" (T-011 de 1998).

[251] En el capítulo cuarto se analizarán los criterios utilizados para constitucionalizar seguros conexos con créditos hipotecarios.

deudores hasta la fecha en la que la deudora dejó de pagar el crédito.

Comoquiera que el banco dejó de pagar la prima por cuenta de la deudora, la reclamación que ella presentó para que el seguro cancelara el crédito fue objetada. Ello implicó que el inmueble hipotecado fuera rematado y adjudicado en favor del banco acreedor. En cuanto a las condiciones particulares de la accionante, la Corte encontró que el apartamento en el que vivía era su único patrimonio, y que además de ser de la tercera edad, reunía varias condiciones de indefensión[252]. Adicionalmente, consideró que la deudora tenía razones para encontrarse en mora, pues padecía cáncer de seno y tuvo lesiones que le impidieron continuar trabajando. Por ello indicó que "las circunstancias particulares ante las cuales se encuentra expuesta la accionante afectan su derecho al mínimo vital" (T-1091 de 2005)[253].

La relación de la vivienda como un elemento del mínimo vital también había sido tratada en el caso mencionado atrás en el que a una pareja de portadores de VIH les fue negado el seguro de vida para deudores hipotecarios. En ese fallo, en el que la razón de la decisión era la conexidad de la vivienda con la vida, la Corte se refirió de manera escueta al mínimo vital al indicar que para la pareja accionante acceder al crédito hipotecario "es como obtener la protección a un mínimo vital en materia de vivienda" (T-1165 de 2001). Así, aunque en ese caso la decisión tuteló otros derechos por conexidad al derecho a la vivienda, la sentencia mencionó la idea de un mínimo vital en materia de vivienda, que luego fue desarrollado por otras sentencias.

En todo caso, con este criterio, el derecho a la vivienda resultaba exigible en el marco de relaciones contractuales cuando pudiera evidenciarse una afectación al mínimo vital de

[252] En varios apartes de la sentencia se explica que la demandante es una persona de la tercera edad (66 años), con invalidez laboral del 50.93%, que sufre un disminuido estado de salud y precaria situación económica pues debido a la invalidez laboral no puede seguir desempeñándose como modista con lo cual sus ingresos son el salario mínimo que recibe como pensión de sustitución de su esposo.

[253] La Corte ordenó la suspensión del proceso ejecutivo hipotecario promovido por Conavi Banco Comercial y de Ahorros S.A. "hasta tanto, por los jueces competentes se decida en forma definitiva lo atinente a las controversias contractuales a que se alude en la presente sentencia, observando para entonces lo previsto en las consideraciones". También ordenó al banco y a la aseguradora "abstenerse de ejecutar cualquier acción tendiente al cobro del crédito hipotecario", o "efectuar en contra de la accionante reporte alguno a causa de la mora en que se encuentra el mismo o retirarlo de manera inmediata en el evento de que ya se haya efectuado" (T-1091 de 2005).

personas en situación de debilidad manifiesta. Por esa razón, las sentencias suelen incluir fórmulas para advertir que la intervención del juez constitucional debe ser excepcional[254].

1.3. Un derecho generador de obligaciones inmediatas y horizontales: la justiciabilidad de las facetas de protección y respeto

Otro grupo de decisiones emitidas por la Corte Constitucional han acudido a algunos instrumentos internacionales[255] y a corrientes teóricas que abogan por desligar la categoría de derechos sociales de la idea según la cual a estos corresponden básicamente obligaciones positivas o de prestación difícilmente justiciables[256].

Esta posición sugiere que la distinción entre derechos de libertad y derechos prestacionales no es concluyente[257] porque todos los derechos tienen perspectivas negativas

[254] Por esa razón las sentencias que aplican el criterio de conexidad se refieren al derecho a la vivienda como derecho de carácter prestacional indicando que la tutela es en todo caso excepcional. Así, por ejemplo, en la sentencia T-1091 de 2005, antes de aplicar el criterio de conexidad, indicó que el derecho a la vivienda como los derechos sociales "requieren para su materialización de regulaciones adicionales al reconocimiento constitucional; es decir, necesitan de disposiciones legislativas o reglamentarias que definan las políticas públicas para su realización, junto con los aspectos presupuestales, organizacionales y demás necesarios para su efectiva aplicación".

[255] La Observación General no. 3 (1990) sobre "La índole de las obligaciones de los Estados Partes", la Observación General no. 4 (1991) sobre "El derecho a la vivienda adecuada", los principios de Maastricht sobre "Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (1997) han acogido la distinción entre obligaciones de respeto, protección y satisfacción o garantía de los Estados frente a los derechos sociales. Tal distinción, como se verá, permite diferenciar niveles de exigibilidad frente a los derechos sociales.

[256] La Corte Constitucional se ha apoyado en diversas teorías que han abogado por desligar la categoría de derechos sociales como derechos de prestación frente a derechos civiles tradicionalmente identificados como derechos de los que surgen obligaciones negativas y en ese sentido, en mayor medida justiciables, ha identificado que frente al derecho a la vivienda el Estado tiene obligaciones de protección, satisfacción y respeto., por ejemplo, en los estudios de Abramovich y Courtis (2002) y en especial, en su tesis según la cual el Estado tiene obligaciones positivas y negativas frente a los derechos sin importar la categoría que le asignen las Constituciones como derechos civiles y políticos o derechos sociales. Algunas de las numerosas sentencias que citan la perspectiva de estos autores para respaldar las razones de la decisión al analizar derechos sociales en general son: T-164 del 2013, T-774 del 2015, T-256 del 2015, T-128 del 2015, SU-023 del 2015, T-826-14, SU-023 del 2015, T-826 del 2014, T-645/13, T-175-13. Específicamente en materia de vivienda, la Corte ha citado a estos autores para acoger su perspectiva en las sentencias: T-331 del 2011, T-152 del 2008, T-585 del 2006, T-403 del 2006.

[257] La preocupación por la distinción entre categorías de derechos es notable en el discurso internacional de derechos humanos. Así, por ejemplo, es usual encontrar menciones como esta: "A pesar de las objeciones de algunos críticos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pasó a reconocer que estos derechos no eran fundamentalmente diferentes de los derechos civiles y políticos, y que los Estados Partes

y positivas que requieren recursos para su eficacia[258]. Así, derechos que usualmente son categorizados como libertades requieren para su eficacia no solo de obligaciones negativas de no interferencia en la esfera de esa libertad sino también importantes recursos estatales para su garantía. Así, "el derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente" (Holmes y Sunstein, 2011, p. 33). Y, de otra parte, derechos sociales como la vivienda, comportan no solo obligaciones positivas o de prestación sino también deberes negativos:

> "El derecho a una vivienda digna consiste no sólo en el derecho a acceder a una unidad habitacional de protección pública, sino también en el derecho a no ser desalojado de manera arbitraria o a no ser objeto de cláusulas abusivas en los contratos de alquiler" (Pisarello, 2007, p. 61).

Numerosos estudios han evidenciado preocupaciones por la identificación artificiosa entre derechos sociales y obligaciones de carácter progresivo, la cual serviría como una excusa para vaciar de contenido a los derechos asemejándolos a aspiraciones no exigibles (Abramovich y Courtis, 2002; Arango, 2012; Ávila y Courtis, 2009; García, Rodríguez y Uprimny, 2006; Pisarello, 2003, 2004 y 2007).

Así, los derechos conllevan al menos tres tipos de obligaciones: i) obligaciones de protección o defensa que le exigen al Estado amparar a los individuos frente a intervenciones de terceros que perturben el disfrute del derecho; ii) obligaciones de cumplimiento, garantía o satisfacción, las cuales envuelven compromisos para incidir en la satisfacción del derecho facilitando el acceso o proporcionándolo y iii) obligaciones

deben adoptar medidas para facilitar el acceso a los recursos legales internos (...)" [Traducción libre] (Simma, 2003, p. 7).

[258] Sobre la clasificación de derechos con base en el tipo de obligaciones que los caracterizarían se ha indicado también: "Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y cultuales tiene una valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen (…). [I]dentificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria" (Abramovich y Courtis, 2002, p. 27).

negativas o de respeto que implican la prohibición para que el Estado ejecute o auspicie prácticas que violen el derecho o tome medidas regresivas[259]. Estas tres obligaciones frente al derecho a la vivienda han sido explicadas así:

> "La obligación de respetar exige al Estado no adoptar medidas que impidan o dificulten el disfrute del derecho a la vivienda digna. La obligación de proteger exige que el Estado adopte medidas que impidan que terceros menoscaben y obstaculicen el disfrute del derecho a la vivienda. Finalmente, la obligación de cumplimiento comprende el deber de facilitar, proporcionar y promover el derecho en aras de dar plena efectividad al mismo (Corte Constitucional, T-328 de 2014)

Las facetas de protección y de respeto han sido consideradas como justiciables inmediatamente[260], mientras que, las obligaciones de cumplimiento requerirían, en principio, desarrollo legal previo, recursos económicos y la estructuración de políticas públicas[261]. Por ello, algunas de las tutelas que fueron interpuestas en contra de particulares que son parte en contratos relacionados con inmuebles para vivienda han justificado la intervención del juez constitucional señalando la necesidad de defender el derecho a la

[259] Galvis (2014) ha incluido un cuarto tipo de obligaciones que ha denominado obligaciones de reparación las cuales son aplicables a las personas internamente desplazadas (págs. 125-144). Comoquiera que este tipo de obligaciones no se vincula con las reglas contractuales, esta investigación seguirá la clasificación tradicional tripartita dejando de lado las obligaciones de reparación que han surgido de la jurisprudencia constitucional, en especial de la sentencia T-025 de 2004, la cual declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de atención a la población que ha sufrido desplazamiento interno.

[260] Pueden identificarse como obligaciones de cumplimento inmediato exigibles mediante la acción de tutela: "garantizar unos contenidos mínimos o esenciales del respectivo derecho a todos sus titulares"; "iniciar cuanto antes el proceso encaminado a la completa realización del derecho –como mínimo, disponer un plan"; "garantizar la participación de los involucrados en las decisiones"; "no discriminar injustificadamente"; "proteger especialmente a las personas desaventajadas", "en circunstancias de vulnerabilidad relevantes, o que se encuentran en peor situación"; "no interferir arbitrariamente en el contenido ya garantizado del derecho" y "no retroceder de forma injustificada en el nivel de protección alcanzado" (T-328 de 2014 y C-165 de 2015).

[261] En todo caso, no puede descartarse por completo la justiciabilidad de este último tipo de obligaciones pues son de exigibilidad inmediata cuando la afectación a la vivienda sea "consecuencia de la acción (por ejemplo, por obras de interés general) o inacción (por ejemplo, construcciones sin licencia de construcción en zonas de alto riesgo) de las entidades territoriales o por hechos imprevisibles (por ejemplo, desastres naturales)" (T-167 de 2016). En estos casos, según se indica en dicha sentencia, el Estado está en la obligación inmediata "de promover planes de vivienda, que incluyen subsidios para la compra o arrendamiento de bienes inmuebles".

vivienda de intromisiones realizadas por particulares[262]. Aunque estos casos serán analizados en la II parte de este trabajo, la anticipación de los siguientes ejemplos puede dar cuenta de la importancia de este criterio, el cual fracciona la naturaleza del derecho a la vivienda según la faceta vulnerada, para efectos del análisis constitucional de los contratos de (i) arrendamiento, (ii) compraventa y (iii) financiación de vivienda.

i) En la sentencia T-494 de 2005 la Corte resolvió una acción de tutela en contra de la decisión de un Juzgado Civil en la cual, se había ordenado la entrega del bien inmueble en el que habitaban tres menores con fundamento en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento suscrito entre sus padres. En el caso, luego de que los padres de los menores dejaron de vivir juntos, suscribieron un contrato de arrendamiento sobre la vivienda que hasta ese momento compartían, en el que el arrendador era el padre y la arrendataria era la madre de los menores, quien tenía la custodia de los menores y quien se obligó a pagar un canon de 400.000 pesos mensuales[263]. Luego de un par de años, el arrendador demandó pidiendo la restitución del inmueble alegando mora en el pago de los cánones de arrendamiento.

La arrendataria interpuso una acción de tutela porque consideró vulnerado el derecho a la vivienda de los menores frente la interferencia del arrendador, quien, amparado en el contrato de arrendamiento, había logrado que se ordenara la entrega del inmueble. La Corte reconoció que la tutela era un mecanismo para ordenar el respeto y protección del derecho a la vivienda de los accionantes y por ello ordenó restituir la tenencia a la madre y a los

[262] Otras sentencias han catalogado a las facetas del derecho a la vivienda que son de inmediato cumplimiento como derechos fundamentales con lo cual se ha fraccionado la naturaleza del derecho a la vivienda pues "de un lado, se trata de un derecho de carácter prestacional y por otro, tiene características de un derecho fundamental, lo cual puede ser determinado en casos concretos para definir cuál es su contenido y exigibilidad" (T-035 de 2017). Con esa distinción se ha argumentado que la vivienda alcanza la categoría de derecho fundamental autónomo, en aquellos eventos en que se configura "un derecho de defensa frente a las injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de los particulares" (C-1318 de 2000 y C-444 de 2009).

[263] El padre de los menores promovió un proceso de restitución de inmueble afirmando el incumplimiento del pago del canon de arrendamiento. Por ello, un defensor de familia interpuso la acción de tutela pues consideró que, con la orden de restitución de la vivienda, se vulneraba el derecho a la vivienda de los menores pues mediante la celebración del contrato de arrendamiento, el padre se estaba sustrayendo de las obligaciones alimentarias. El defensor también señaló que el contrato de arrendamiento se suscribió a través de "fuerza" como vicio del consentimiento y que resultaba aplicable la excepción de contrato no cumplido por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias.

menores al considerar que el derecho a la vivienda estaba "siendo amenazado por la ejecución de un contrato de arrendamiento" (T-494 de 2005).

ii) En materia de compraventa, la sentencia T-1318 de 2005 consideró que la actuación del juez constitucional era necesaria para defender el derecho a la vivienda de una accionante que luego de celebrar una promesa de compraventa de una vivienda de interés social se vio sorprendida por la modificación unilateral realizada por el promitente vendedor al precio del inmueble haciendo que este tuviera un mayor valor al acordado[264]. Al estudiar la procedencia de la tutela frente a la relación contractual, la Corte consideró que estaba en juego el derecho a la vivienda de la accionante y que ello obligaba al juez constitucional a intervenir en la faceta "iusfundamental" del derecho:

> "No puede, por lo tanto, el juez de tutela desechar el estudio de una controversia contractual con el mero pretexto que en este tipo de disputas no están envueltos derechos de rango fundamental, por el contrario, debe analizar si en ellas existe una discusión de naturaleza iusfundamental, para lo cual es relevante no sólo elementos de carácter objetivo, tales como la naturaleza de los derechos en juego, sino también circunstancias subjetivas de las partes que solicitan el amparo constitucional" (T-1318 de 2005).

iii) El criterio de exigibilidad el derecho a la vivienda en su faceta de protección ha sido utilizado también en materia de contratos de financiación. Así, por ejemplo, en la sentencia T-185 de 2012, la Corte Constitucional analizó la negativa de un Banco a realizar el desembolso de un crédito hipotecario para la compra de una vivienda de interés social argumentando que la solicitante se encontraba reportada en una central de riesgo. La accionante alegaba que la negativa del banco violaba "sus derechos fundamentales a la

[264] En esta sentencia se analizó el caso de una accionante que pretendía adquirir una vivienda de interés social en Palmira, y a quien la unión temporal que adelantaba el proyecto –conformada por el municipio y una firma de construcción– pretendía obligarla a firmar un otrosí al contrato de compraventa que ya había suscrito, que significaba un aumento del valor del inmueble y una disminución del subsidio que otorgaba el gobierno local. La Corte concedió la tutela al derecho a la vivienda de la tutelante y ordenó mantener las condiciones inicialmente pactadas.

vivienda digna y a la vida". Al respecto, la Corte consideró que los jueces no pueden negar la procedibilidad de la tutela argumentando "el supuesto carácter no fundamental del derecho" o la inexistencia de conexidad[265]. Lo anterior porque la accionante buscaba la protección de sus derechos frente a la negativa del banco de desembolsar un crédito aprobado, es decir, buscaba que "el Banco deje de interferir, sin justificación suficiente, en su derecho a adquirir una vivienda digna o, lo que es equivalente, que respete su derecho a la vivienda digna" (T-185 de 2012).

1.4. La vivienda como derecho fundamental para algunos sujetos

Otras decisiones de la Corte Constitucional han considerado que el derecho a la vivienda debe ser reconocido como fundamental (T-408 de 2015), entre otras razones[266], porque desarrolla uno de los aspectos protegidos por el concepto de dignidad humana: el "derecho a vivir bien", lo que implica contar con unos mínimos aceptables entre los que se encuentra, contar con "un techo para resguardarse"[267]. Incluso, la Corte ha indicado que

[265] Así, comenzó a superarse el criterio de conexidad para la procedibilidad de la tutela frente a derechos sociales: "No obstante, la tendencia actual del sistema interno de protección es la de superar el mecanismo auxiliar de la conexidad, para dar paso a la protección directa de los derechos prestacionales como derechos fundamentales" (Quinche, 2009, p. 300).

[266] Quizás una de las sentencias que mejor explica las razones por las cuales la vivienda es un derecho fundamental autónomo es la T-986A de 2012 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt): "En primer lugar, la Corte ha reconocido que, a la luz de las normas internacionales que consagran las obligaciones del Estado colombiano en relación con la protección de los Derechos Humanos, todas las prerrogativas agrupadas bajo esta categoría deben ser garantizadas, sin que sea posible distinguir entre los denominados derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales (…). En segundo lugar, la adopción del modelo de Estado Social de Derecho, su nueva concepción del individuo y su preocupación por la desigualdad material, conlleva el reconocimiento de los DESC como derechos fundamentales (…). En tercer lugar, todos los derechos, sin importar la generación a la cual se adscriba su reconocimiento, comprenden tanto mandatos de abstención, como de prestación, y ello no es óbice para negar su naturaleza fundamental. En cuarto lugar, si bien es cierto que el derecho a la vivienda digna (…) se caracteriza por cierto grado de indeterminación en relación con las prestaciones que su satisfacción requiere, las cuales deben ser precisadas por las instancias del poder definidas con fundamento en el principio democrático, tal connotación no puede conducir a negar el carácter iusfundamental del mismo y tampoco a descartar de plano la procedencia del amparo constitucional cuando se advierta su vulneración".

[267] Así, la Corte ha indicado que el derecho a la vivienda es fundamental, entre otras razones, porque "está dirigido a la realización de uno de los aspectos protegidos dentro de la conceptualización que la Corte ha hecho del concepto de la dignidad humana. Entre las dimensiones del concepto está el derecho a vivir bien, es decir a contar con los mínimos aceptables para llevar una vida en dignidad y entre estos está el derecho a tener una vivienda digna, contar con un techo para resguardarse del clima, tener un lugar seguro donde pasar las noches, vivir en un espacio donde puede refugiarse la familia, entre otros" (T-328 de 2014).

"todos los derechos son fundamentales, unos más que otros" porque "cada uno cuenta con cierto contenido prestacional, incluso el derecho fundamental a la vida" (T-024 de 2015)[268]. Con ello, se identifica el carácter de exigibilidad inmediata de algunas de las obligaciones que se derivan de los derechos con su naturaleza como derecho fundamental.

Ahora bien, para la Corte la identificación entre la vivienda y la dignidad se da con mayor fuerza cuando los accionantes son sujetos de especial protección. Es decir, que solo para determinados sujetos el derecho a la vivienda tiene carácter fundamental, incluso cuando se trata de la faceta prestacional. De esa forma, son las circunstancias subjetivas de los accionantes las que determinan la fundamentalidad del derecho a la vivienda[269]. Así, cuando se trata de un sujeto de especial protección, la tutela es procedente incluso para analizar asuntos contractuales[270]. Lo anterior significa que el concepto de derechos habitacionales fundamentales se ha aplicado en la jurisprudencia de tutela no como una categoría general para toda la población sino para aquellos que tienen un estado de indefensión que la Corte considera debe ser protegido de manera inmediata. Tal restricción se explica por las limitaciones de la acción de tutela al resolver cuestiones relacionadas con derechos sociales envueltos en relaciones patrimoniales en tanto "la jurisdicción social de la tutela no es una de máximos, donde se garantice la justicia plena, sino una de mínimos, que impide que la persona caiga por debajo del nivel de vida que le permite reconocerse y

[268] Otras sentencias no se preocupan por escudriñar la naturaleza del derecho a la vivienda pues consideran que todas las obligaciones pueden ser exigibles: "el derecho fundamental a la vivienda implica la obligación por parte del Estado de protegerlo y procurar su materialización y la obligación positiva de contribuir a su realización efectiva" (T-328 de 2014).

[269] Para la Corte es además artificioso distinguir entre los derechos que puedan resultar afectados en el marco de una relación contractual. Así, por ejemplo, en el marco de la actuación de una aseguradora en el marco de un seguro de vida grupo deudores hipotecarios, la Corte indicó: "los hechos examinados muestran una afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital, vivienda y vida digna. Estos derechos (…) tienen como propósito, principalmente, garantizarle a los ciudadanos las condiciones materiales más elementales sin las cuales la persona puede correr el riesgo de quedar en imposibilidad fáctica de asegurar autónomamente su subsistencia. Si bien cada uno de estos es independiente, entre ellos existe una profunda correlación. (…) En todo caso, los dos buscan que las personas puedan desarrollar sus vidas de manera digna" (T-662 de 2013).

[270] Es importante advertir que las sentencias siguen indicando que el juez no puede desconocer las facetas positivas y negativas del derecho para efectos de su decisión: "Esta Corporación en algunos casos ha reconocido que la vivienda digna es un derecho fundamental, en virtud de su relación inescindible con la dignidad humana, sin embargo, su carácter fundamental no puede desconocer que lo preside una faceta positiva y una negativa" (T-035 de 2017).

ser reconocida como una persona digna de igual consideración y respeto por los demás (Arango, 2009, p. 303).

Así, por ejemplo, en uno de los numerosos casos analizados por la Corte, al examinar la procedibilidad de una acción de tutela contra una aseguradora a la que la accionante le solicitaba pagar el crédito hipotecario porque se había cumplido el siniestro materializado en la pérdida de capacidad laboral de la deudora, la Corte consideró que la conducta de las partes en los contratos puede poner en riesgo derechos fundamentales entre los que se encuentra la vivienda. En la sentencia, la Corte sostuvo que frente a una accionante sin recursos económicos y sin posibilidad de trabajar debido al grado de invalidez que le había declarado la Junta de Calificación de Invalidez, el derecho a la vivienda era un derecho fundamental porque tiene como propósito "garantizarle a los ciudadanos las condiciones materiales más elementales sin las cuales la persona puede correr el riesgo de quedar en imposibilidad fáctica de asegurar autónomamente su subsistencia" (T-662 de 2013).

Esta postura ha sido reiterada al resolver acciones de tutela sobre controversias contractuales habitacionales en los que los accionantes han sido declarados con una condición de invalidez permanente mayor las 50% que les impide trabajar (T-222 de 2014, T-662 de 2013), madres cabeza de familia (T-398 de 2014), víctimas de secuestro (T-246 de 2014), portadores de VIH (T-408 de 2015), adultos mayores en condiciones de extrema pobreza (T-035 de 2017), desplazados[271] y otras víctimas del conflicto armado (T-445 de

[271] Quizás el caso en el que ha sido más enfática la Corte Constitucional es el relacionado con la vivienda como derecho fundamental de las personas desplazadas por la violencia. Así, la Corte ha explicado que: "su fundamentalidad se explica en tanto han tenido que abandonar forzosamente sus viviendas y propiedades en el lugar de origen, enfrentándose a la imposibilidad de acceder a un sitio adecuado para vivir dignamente, por carecer -entre otros factores- de recursos económicos o empleos estables. De suerte que la definición sobre sus condiciones de vida, en términos de habitabilidad, tiene un vínculo directo con la salvaguarda de la dignidad humana, las condiciones preexistentes de vida y con la realización de otros derechos como la salud, la integridad física, el mínimo vital, etc" (T-628 de 2015). También en la sentencia T-585 de 2006 indicó que: "En lo que respecta a la población desplazada, no cabe duda del carácter fundamental de este derecho, no sólo respecto de los contenidos desarrollados normativamente, sino también por la estrecha relación que la satisfacción de éste guarda con la de otros respecto de los cuales existe consenso sobre su carácter fundamental". De esa forma, la Corte ha aceptado como medida general ya no con carácter excepcional que "El derecho a una vivienda digna es un derecho fundamental de las personas desplazadas por la violencia susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela" (T-585 de 2008).

2012, T-781 de 2014, T-628 de 2015, T-763 de 2015, T-239 de 2016, T-420 de 2016)[272] o en general, la población que hace parte de los sectores más vulnerables[273] (T-035 de 2017).

Así, las cosas, la jurisprudencia constitucional transita entre el reconocimiento de los consumidores como sujetos de protección por su indefensión en abstracto a la identificación de categorías más específicas que denotan una preocupación por el análisis de indefensión en concreto del consumidor. Como pasará a analizarse, la identificación de los consumidores con la indefensión ocurre con mayor fuerza en las sentencias dictadas en el marco de la crisis hipotecaria en las que se consideró a todos los deudores como víctimas, sin importar el tipo de vivienda que adquirieron, sus condiciones particulares o incluso, si compraban la vivienda con fines de especulación.

2. Supuestos metodológicos del concepto de consumidor

Con la expedición de estatutos especiales[274] que disciplinan relaciones de intercambio en las que participan los consumidores en diversos sectores, las últimas décadas

[272] En otra sentencias sobre el derecho a la vivienda, la Corte ya había considerado como requisito de procedencia la indefensión de personas víctimas de situaciones sociales extremas (T-227 de 1997, SU-1150 de 2000), personas de la tercera edad, los niños, personas con discapacidad, desplazados por la violencia (T-946 de 2011, T-025 de 2004); "los enfermos terminales, los portadores de VIH, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas de alto riesgo" (T-585 de 2006).

[273] Sobre el carácter fundamental de la faceta de prestación en el derecho a la vivienda ha explicado la Corte: "los compromisos adquiridos por el Estado deben materializarse a través de la implementación de una política pública que atienda las necesidades de vivienda de la población en general, pero principalmente, de los sectores más vulnerables, pues es en estos casos en los que el derecho a la vivienda digna traspasa su contenido prestacional y alcanza la categoría de derecho fundamental" (T-035 de 2017).

[274] Aunque en Colombia se han expedido leyes sectoriales sobre derecho del consumo, el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), pretende abarcar de manera general todas las relaciones de consumo. Algunos proyectos de ley anteriores al que resultó convertido en el Estatuto del Consumidor muestran la intención de contar con un modelo de protección al consumidor único. Así, el proyecto de ley 082 de 2008 Senado/ 351 de 2009 Cámara, "Por medio de la cual se expide la ley de protección a los derechos de los consumidores", se establecía se buscaba "la creación de un solo sistema que cobije todos los ámbitos del quehacer económico". El proyecto de ley que terminó siendo la Ley 1480 del 2011 (039 de 2010 Cámara / 251 de 2011 Senado), indicó que el régimen propuesto "es aplicable, por igual, a todos los sectores de la economía". El artículo 2º del Estatuto dejó sentada esa pretensión de generalidad indicando que: "Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales

del siglo XX y los años que avanzan de este siglo han presenciado "un cambio radical en los principios que inspiran la regulación contractual" (Cárdenas, 2016, p. 9)[275]. Las preguntas por la forma en la que debe ser expresado y protegido el consentimiento dejan de ocupar un lugar central en los debates por la justicia contractual y aparecen preocupaciones sobre cómo tratar eventos de desequilibrio contractual, qué herramientas permiten prever y corregir situaciones de abuso, cómo construir sistemas de tutela para sujetos que merecen ser protegidos con figuras diferentes a las que consagra el derecho civil (rescisión por lesión enorme, saneamiento por evicción o por vicios ocultos, nulidad por vicios del consentimiento, responsabilidad civil contractual, etc.)[276]. Esa necesidad de percibir desde una óptica diferente a las relaciones contractuales cuando en éstas participa un consumidor responde a una noción "humanista":

> "[L]a noción humanista de consumidor engloba al sujeto de los mismos, no en abstracto, sino en un medio y en una situación determinada (…) presupuesta por el legislador y orientada hacia el ejercicio efectivo de los derechos. Esto implica ver por una óptica diferente, distinta también al del tradicional Derecho Comercial, el fenómeno de la contratación mercantil cuya función social e importancia es fundamental para la satisfacción de las necesidades materiales, espirituales, científicas y de esparcimiento del hombre" (Tambussi, 2014, p. 101).

Ahora bien, dado que el derecho del consumo aparece en el panorama regulatorio como un derecho de protección que gira en torno a un sujeto y bajo el presupuesto

no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley".

[275] Con la expedición de estatutos que protegen al consumidor ocurre "un cambio radical en los principios que inspiran la regulación, pues el Código de Comercio se caracteriza por el reconocimiento a la autonomía privada y a la consecuente libertad de las partes para estipular lo que a bien tengan, sin que se establezcan reglas particulares de protección, en tanto que el estatuto de protección al consumidor se caracteriza por establecer reglas imperativas que buscan asegurar un equilibrio en la relación contractual" (Cárdenas, 2016, p. 9).

[276] Tapia (2008) explica que el surgimiento de las discusiones sobre la protección a los consumidores puede remontarse a principios del siglo XX, con la difusión del concepto de contrato por adhesión: "A mediados de ese siglo, la economía comenzó a masificarse aceleradamente y los intercambios, en consecuencia, a despersonalizarse" (p. 494).

axiomático de su debilidad cuando actúa en el mercado, una de las preguntas fundantes de esta disciplina es precisamente quién puede ser considerado como consumidor[277]. Esta definición[278], de la cual depende la concreción del ámbito de protección que se deriva de las reglas de consumo, es una cuestión altamente disputada[279].

En Colombia, según lo establece el Estatuto del Consumidor, un consumidor es aquel que "como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica" (artículo 5º de la Ley 1480 de 2011). Esta definición se aplica a todos los sectores de la economía no sometidos a una regulación especial[280] y refleja los desarrollos jurisprudenciales[281] que, utilizando criterios vinculados al destino de los bienes, a la

[277] Al respecto se explica: "El objeto de estudio del derecho del consumidor no es el mercado, sino las personas que actúan en el mercado; personas influenciadas y condicionadas por el mercado; personas disminuidas -y hasta sometidas en muchos casos- en sus libertades; personas que no negocian no discuten con los proveedores, sino que se 'adhieren', 'asienten' o 'prestan conformidad'; personas que forman parte de la 'masa' o 'clase' de los consumidores, faltas de identidad y representación; personas tentadas por la publicidad e insatisfechas por la publicidad, etcétera" (Rusconi, 2013, p. 78).

[278] Sobre la importancia de las definiciones en el derecho se ha indicado que: "Buena parte de los conflictos jurídicos terminan convirtiéndose en una disputa sobre el significado o la interpretación del lenguaje y los conceptos empleados. Disputas que permanecerán hasta tanto no se precise el significado y contenido de los mismos. Esto hasta cierto punto imposible, pero ello no quita que el ideal pueda perseguirse y que se logre desmitificar el lenguaje, proporcionar mayor claridad conceptual eliminando nociones confusas, metafísicas, vagas, ambiguas, estableciendo condiciones o criterios de uso más claros, etcétera" (Cruz, 2006, p. 29).

[279] Alpa señala que la palabra consumidor puede ser utilizada de diversas maneras e identifica al menos cinco acepciones de este término: "i) el titular del interés protegido, cuya violación es deducida en el procedimiento; (ii) el titular de un interés protegido en tanto es tutelado por la asociación a la que el consumidor pertenece; (iii) el titular de un interés que es relevante en tanto pertenece a una categoría y, por ello, es calificado como interés colectivo o interés difuso; (iv) el titular de un interés que confluye en un interés más general o público, que concurre a determinar la valoración de conformidad o no de un acto o un comportamiento, con las prescripciones legislativas; y (v) el parámetro en base al cual medir los efectos de un acto comportamiento, es decir, el modelo al que se hace referencia para asumir las valoraciones relativas a la conformidad de un acto o comportamiento con las prescripciones legislativas" (Alpa, 2017, p. 211).

[280] Al respecto ha indicado la Corte: "esta noción aplicable a todos los sectores o actividades económicas, sin que los elementos sustanciales de su contenido lleguen a tener afectación o se desvirtúen por alguna destinación u orientación específica que se dé al consumidor" (Corte Constitucional, C-909 de 2012).

[281] Una de las sentencias que más influyó en la redacción de la definición de Consumidor en el estatuto vigente es la sentencia del 3 de mayo del 2005 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la que se examinó sí una empresa de transporte aéreo era considerada consumidora en relación con el contrato de compraventa de uno de los aviones al fabricante. En el caso, la Corte consideró que la empresa compradora no era consumidora pues, siguiendo algunos conceptos que había emitido la Superintendencia de Industria y Comercio, se requería cualificar el destino de la adquisición de tal manera que la "satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, en cuanto no se encuentre ligada intrínsecamente a la actividad económica propiamente dicha" (Corte Suprema de Justicia, 2005). En el mismo sentido, señaló

profesionalidad de quien los ofrece y a la desigualdad de quien los adquiere, colmaban los vacíos que existían sobre el particular en el Estatuto del Consumidor anterior (Decreto 3466 de 1982)[282], el cual, con un alto nivel de amplitud incluía como consumidores a todas las personas que contrataran un bien o servicio "para la satisfacción de una o más necesidades" (Literal c, artículo 1º). Tal definición, que no calificaba el tipo de necesidad que se satisfacía con el contrato, implicaba que cualquier relación contractual podría llevar a la aplicación del concepto de consumidor en tanto los contratos buscan precisamente satisfacer necesidades[283].

Ahora bien, la identificación de las personas que pueden ser consideradas como consumidores de vivienda puede llevarse a cabo a partir de criterios metodológicos que explican por qué deben ser protegidos en sus relaciones contractuales. Así, tales criterios explican que los consumidores como seres humanos **(2.1)** merecen protección porque se enfrentan a experimentados profesionales que ofertan los inmuebles o los servicios financieros para acceder a estos **(2.2)**. Adicionalmente, su especial categoría se justificaría porque destinan un inmueble para su albergue y ello implica que son titulares del derecho a la vivienda **(2.3)** y que se encuentran en una situación de debilidad frente su extremo contractual **(2.4)**.

---

la SIC al respecto: "para la Superintendencia de Industria y Comercio, la satisfacción de necesidades a que se refiere el literal c), del artículo primero del Decreto 3466 de 1982 está determinada en razón de la finalidad perseguida y la destinación del bien adquirido o del servicio contratado, en tanto que no estén intrínsecamente ligadas a la actividad profesional o empresarial" (Superintendencia de Industria y Comercio, 13 de marzo de 2006).

[282] El derogado Estatuto del Consumidor definía al consumidor como "toda persona que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado para la satisfacción de una o más necesidades" (Decreto 3466 de 1982).

[283] Esta definición es casi tan amplia como la expresión "todos somos consumidores" del presidente John F. Kennedy en su famoso discurso pronunciado el día 15 de marzo del año 1962, cuya importancia es tal que la ONU declaró al 15 de marzo como el día mundial del consumidor. Para algunos, la categoría de consumidor se aplica a todos los ciudadanos y explica la faceta económica de los individuos. Sobre la identificación del consumidor con el de ciudadano y la idea de que el derecho del consumo no es un derecho para un sector especial de la población sino para toda la población se explica que: "la tutela que este derecho propone no va dirigida a cierta clase de personas o a determinado sector social: no existe la clase o el grupo de los consumidores dado que todos los seres humanos, sin excepción, somos consumidores que de un modo u otro debemos adquirir bienes en el mercado, en las condiciones en que se ofrecen" (Farina, 2011, p. 5).

2.1. La titularidad del derecho a la vivienda: un criterio delimitante

Una primera delimitación del concepto de consumidor en el sector específico abordado en esta tesis surge al considerar que únicamente son consumidores de derechos habitacionales las personas naturales, pues la vivienda como derecho surge de "la entidad del ser humano, en su condición de ser viviente con materialidad y espiritualidad, que siente frío, hambre, dolor y todas aquellas dimensiones de lo que tiene vida" (Corte Constitucional, T-382 de 1993).

Así, aunque en el régimen general de protección al consumidor las personas jurídicas pueden ostentar la calidad de consumidores[284], estos entes se han excluido de manera expresa de la titularidad del derecho a la vivienda porque este derecho parte "del principio de la vida, la salud y la comodidad del ser, y es evidente que la persona jurídica, no goza de tal calidad" (T-382 de 1993).

Incluso la regulación de algunos contratos como el de crédito de vivienda incorporan como característica definitoria un elemento subjetivo: ser otorgados a personas naturales (Superintendencia Financiera, 2008[285]). Así, aunque la Ley 546 de 1999 no menciona expresamente a las personas naturales, los antecedentes judiciales que precedieron a la ley, las razones para su expedición[286] y el hecho de que el objetivo del sistema de financiación de vivienda sea el de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna y "proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda" muestran una clara intención de calificar al consumidor de crédito de vivienda como persona natural.

[284] Las personas jurídicas pueden ser consumidores siempre que sean destinatarios finales y que la destinación empresarial esté ligada intrínsecamente a sus actividades económicas (artículo 5º de la Ley 1480 de 2011).
[285] La Ley 546 de 1999, marco del sistema de financiación de vivienda, no define el crédito de vivienda, sin embargo, la Superintendencia Financiera en la circular 10 del 2008, al modificar la Circular Básica Contable y Financiera de 1995, consideró que los créditos de vivienda son "otorgados a personas naturales (…)"
[286] La exposición de motivos del proyecto de ley que terminó en la expedición de la Ley 546 de 1999 se refiere a la familia como la destinataria de la política de financiación. Así, se indicó "Para proteger los patrimonios de familia que se constituyen, los créditos no podrán ser cedidos, sometidos a gravamen ni utilizados como garantía por parte del acreedor hipotecario. Las hipotecas que se constituyan deberán ser de primer grado y no podrán garantizar otros créditos. El proyecto de ley amplía el patrimonio de familia inembargable a todos los deudores y por el valor total de la mismo" (Congreso de la República, Gaceta No. 371 del 12 de octubre de 1999).

Algo similar ocurre con el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, el cual tiene como función permitir que una o varias personas naturales reciban el goce de un inmueble para su albergue. Si bien la Ley establece que el contrato de arrendamiento puede ser celebrado por personas jurídicas como arrendatarias entiende que en ese caso el inmueble se destinará para vivienda de terceros personas naturales (Ley 820 de 2003, artículo 4º)[287].

En materia de leasing, la regulación distingue entre leasing habitacional familiar y leasing habitacional no familiar. La distinción se refiere precisamente a que en el familiar el locatario destina el inmueble exclusivamente al uso habitacional y goce de su familia, mientras que, en el segundo, el locatario no reside en el inmueble. Por ello, en el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, los locatarios deben tener la calidad de personas naturales.

2.2. El consumidor como el extremo contractual de un profesional: el criterio objetivo

Es consumidor quien entra en contacto con un sujeto que ofrece un bien o servicio ostentando la calidad de profesional[288]. Siguiendo esta afirmación, lo determinante para definir quién es consumidor es que éste sea el extremo del vínculo con un profesional en el mercado[289].

[287] Así, al clasificar los contratos de arrendamiento señala que éstos pueden ser contratos individuales "siempre que una o varias personas naturales reciban para su albergue o el de su familia, o el de terceros, cuando se trate de personas jurídicas, un inmueble con o sin servicios, cosas o usos adicionales" o contratos mancomunados "cuando dos o más personas naturales reciben el goce de un inmueble o parte de él y se comprometen solidariamente al pago de su precio" (Ley 820 de 2003, artículo 4).

[288] Ese vínculo puede no ser contractual. Así, la jurisprudencia constitucional (C-1041 de 2000) y la civil (30 de abril de 2009 y 7 de febrero de 2007) anterior a la expedición de los estatutos de consumo ya había avanzado en extender la responsabilidad por productos defectuoso a los productores y fabricantes pues en relación con los consumidores "con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado" (Corte Suprema de Justicia, 7 de febrero de 2007).

[289] Una de las razones para utilizar este criterio es que la asunción de los riesgos y obligaciones derivados de poner un servicio o producto en el mercado a cargo de los empresarios. Según lo indicado por la Sala Civil,

De esa forma, el derecho del consumo se presenta como una "innovación radical" porque "comprende todos los contratos por medio de los cuales se prestan bienes o servicios al público" (Bianca, 2007, p. 415). En este sentido, opera la protección solamente porque los ciudadanos entran en contacto con empresarios, proveedores, distribuidores, etc, que se dedican profesionalmente a fabricar o comercializar bienes o servicios[290].

Este criterio explica el carácter de consumidores de los deudores en los contratos de crédito hipotecario para vivienda o de los locatarios en un leasing habitacional, pues la profesionalidad es una característica definitoria de las entidades financieras[291]. Así mismo, el criterio de profesionalidad es utilizado en el régimen de protección en materia de adquisición de vivienda nueva (Ley 1796 del 2016, capítulo II) porque esta regulación protege al comprador si éste adquiere la vivienda a un constructor, es decir, al "profesional, persona natural o jurídica, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de vivienda nueva". Así, en este régimen no interesa la finalidad para la cual se adquiere la vivienda, pues la circunstancia de que la compra se haga a un constructor profesional hace que opere la protección especial.

Una manifestación de este criterio se encuentra en el Estatuto del Consumidor, el cual establece que sus normas: "regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente" (artículo 2º). Así, aunque en la definición de consumidor que aparece en el Estatuto no se enuncia que la relación deba entablarse con un productor o proveedor, los cuales son considerados por el Estatuto como

dado que los productores y comercializadores obtienen del encuentro con los consumidores en el mercado las utilidades "del mismo modo deben asumir los riesgos que se desprenden del desarrollo de la respectiva actividad" (Corte Suprema de Justicia, 24 de septiembre de 2009).

[290] Este es uno de los criterios empleados por la ONU en la última versión de las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (2016) en las cuales se señala que estas "se aplican a las transacciones entre empresas y consumidores, incluida la provisión de bienes y servicios a consumidores por empresas estatales".

[291] La profesionalidad como criterio definitorio de las entidades financieras se explica porque: "Por tratarse de empresas organizadas para prestar servicios financieros con autorización del Estado y por manejar conceptos tan delicados y sensibles para la economía, como el ahorro del público, se requiere de comerciantes especializados, con un grado de profesionalismo superior al comúnmente requerido para realizar actividades comerciales" (Sánchez, 2016, p. 256).

profesionales, tal mención sí aparece en el objeto de la Ley. Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha explicado que una relación de consumo "supone que quien adquiere un producto o servicio, lo haga en calidad de consumidor, y quien lo comercializa tenga la calidad del proveedor o productor, para así aplicar las normas de protección al consumidor y las acciones propias de dicho régimen" (6 de abril del 2015).

El extremo contractual de un profesional merece protección, pues los productores, distribuidores y demás profesionales en el mercado tienen acceso a los medios de publicidad y a estrategias de mercadeo, un conocimiento pleno de los bienes y servicios que ofrecen y control en los procedimientos de fabricación y distribución.

2.3. La destinación propia: el criterio subjetivo

Otras aproximaciones al concepto de consumidor consideran como elemento definitorio de su identidad el destino de los bienes que se adquieren o contratan. Así, para que alguien pueda ser calificado como consumidor debe, según este criterio, ser el adquirente final o destinatario último que utiliza los bienes para su uso personal o familiar[292]. Con este criterio se descarta la presencia del consumidor cuando quien adquiere un bien o contrata un servicio lo hace como intermediario, pues lo que determina quién es consumidor es que actúe "principalmente con fines personales, familiares o domésticos" (ONU, 2016)[293]. Este criterio, que se encuentra presente en la definición de consumidor del Estatuto del Consumidor, exige el análisis particular de la relación para indagar sobre la necesidad que el comprador o receptor del servicio pretende satisfacer debido a que "la calidad de consumidor - y la consecuente aplicación del estatuto - sólo puede determinarse a partir del examen detallado de las circunstancias subjetivas y objetivas que rodean una

[292] Sobre la amplitud de este criterio, se explica: "Los contratos con consumidores constituyen una noción extraordinariamente amplia, pues comprenden todos los acuerdos en que una de las partes (el consumidor) adquiere el bien no para insertarlo en una actividad productiva sino para utilizarlo con fines personales" (Tapia, 2008, p. 494).

[293] Las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (2016) consideran que "el término "consumidor" hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas".

relación específica" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de mayo de 2005).

Una aproximación a la definición de consumidor a partir del criterio de destino o finalidad llevaría a afirmar que será consumidor de derechos habitacionales aquella persona natural que adquiere o disfruta un inmueble para satisfacer su necesidad de contar con una vivienda. Dada la inherente vinculación entre la financiación y la posibilidad de adquirir un bien o lograr la tenencia, esta categoría también se vincula con la del consumidor que adquiere productos financieros relacionados con el acceso a un inmueble que tiene como destino ser su vivienda.

El destino personal o familiar es mencionado en algunas de las leyes especiales que regulan relaciones contractuales sobre la vivienda. Así, en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana una o varias personas naturales reciben un inmueble para destinarlo "a su albergue o el de su familia" (Ley 820 de 2003, artículo 4). En materia de crédito hipotecario, la legislación ha señalado que uno de los objetivos del sistema de financiación de vivienda a largo plazo es el de "proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda" (Ley 546 de 1999, artículo 2º)[294] y por ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que "en el caso de los créditos hipotecarios, se presume que el interés que se persigue es el de obtener una vivienda que en muchos casos no solo beneficia al actor sino también a su núcleo familiar" (T-662 de 2013). Ahora bien, como se analizará más adelante, a pesar de estas menciones, el régimen de protección a los deudores de crédito para compra de vivienda opera incluso cuando el comprador adquiere una vivienda para arrendarla o para llevar a cabo otras operaciones, pues en este caso el criterio relevante para considerar al deudor como sujeto que merece protección es el de ser extremo contractual de una entidad financiera.

Quizás el criterio del destino personal o familiar se muestra con mayor relevancia en la regulación sobre leasing habitacional que establece una distinción entre leasing

[294] La relación entre la familia y el crédito también aparece cuando se desarrollan las condiciones contractuales pues la Ley 546 señala que los ingresos para establecer la primera cuota del préstamo serán los ingresos familiares (artículo 17).

familiar y no familiar. Los decretos que regulan el leasing habitacional han diferenciado entre el leasing para la adquisición de vivienda familiar en el que se entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar[295] y el leasing no familiar en el que el locatario no vive en el inmueble entregado[296]. Con ello, se distingue al tenedor familiar del mercantil y al realizar la distinción se somete al consumidor a reglas de protección diferenciadas dependiendo del destino dado al inmueble[297].

La aplicación del criterio de destino no es sencilla. El juez debe valorar cada negocio para identificar si la necesidad que se pretende satisfacer con el contrato está atada al destino personal o familiar de quien adquiere el bien o servicio. Piénsese en este ejemplo, cuando una familia compra un inmueble para darlo en arriendo y obtener ingresos para pagar gastos de educación, salud, etc. de su núcleo familiar, ¿es esa compra un acto de consumo? La respuesta no puede ser dada en abstracto porque el juez tendría que examinar tanto la relación contractual en concreto como a los sujetos para determinar si la compra de inmuebles es una actividad habitual o aislada, puesto que, aunque estas operaciones están excluidas como actos de comercio[298], por la habitualidad, podrían llegar a ser considerados mercantiles[299]. En todo caso, aunque se consideraran consumidores, no podrían ser

[295] El Decreto 3760 de 2008 establece en el artículo 4º: "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".

[296] El Decreto 1787 de 2004 señala en el artículo 3º: "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".

[297] Tales reglas serán examinadas en la II parte de este trabajo.

[298] El numeral segundo del artículo 20 del Código de Comercio señala que son mercantiles: "La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos". Así, la compra de bienes inmuebles con destino a arrendarlos quedó excluida como acto mercantil, pues el Código sólo se refirió a bienes muebles.

[299] Dado que la Ley 820 de 2003, establece que deben matricularse todas las personas que celebren más de 5 contratos de arrendamiento (artículo 28), la Secretaria de Hacienda Distrital considera a los arrendadores habituales comerciantes y sujetos al impuesto de industria y comercio: "la actividad de arrendamientos de

protegidos como titulares del derecho a la vivienda, en tanto no utilizan ese bien para su albergue personal o familiar.

Aunque la mencionada pregunta por la calidad de quien adquiere segundas viviendas no ha sido estudiada aún por los jueces, un asunto similar, que sí ha sido resuelto judicialmente, puede dar cuenta de la dificultad del criterio de destino: ¿las personas naturales que se dedican a trabajar como taxistas pueden considerarse consumidores cuando adquieren los taxis de un profesional? Al responder esa pregunta, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Corte Suprema de Justicia han llegado a soluciones diferentes. La Superintendencia consideró que, frente a la compra de taxis, los taxistas no pueden considerarse consumidores, pues los vehículos que adquieren hacen parte de su actividad comercial y no satisfacen un "interés inmediato y personal": "las reglas de la experiencia indican, que los actos que realizan con el bien adquirido las personas que compran taxis, se encaminan a explotar el servicio público de transporte, por lo cual, al desarrollar una actividad económica propia del concepto de empresa y del comerciante, los actos mercantiles que este realice en el desarrollo normal de su gestión se rigen por la ley mercantil" (Resolución 38144, 26 de junio de 2012). Por el contrario, la Corte Suprema, al resolver una tutela encontró que los "taxistas" eran consumidores valorando en mayor medida su estado de indefensión y la vinculación del producto que adquieren con su trabajo como forma de subsistencia[300]. Así, en ese caso, para la Corte, más allá de la naturaleza comercial o no del acto y los fines perseguidos por las partes, lo determinante para definir a un sujeto como consumidor es su debilidad. Este criterio será examinado a continuación.

bienes inmuebles por parte de una persona natural, para que la misma sea considerada efectuada con parámetros de mercantilidad o profesionalismo, se constituye por tener cinco (5) o más contratos de arrendamiento vigentes, es decir, que toda persona natural que tenga cinco (5) o más contratos de arrendamientos vigentes será considerado sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, por el ejercicio mercantil de la actividad de arrendar bienes inmuebles" (Secretaria de Hacienda Distrital. Concepto 1034. 21 de mayo de 2004).

[300] Señaló la Corte en la sentencia de tutela: "Cada situación debe ser estudiada de forma específica, y adicionalmente, sin perder de vista que la defensa de aquellas personas que adquieren un bien o servicio debe ser prioritaria dado su estado de inferioridad frente a quién provee tales insumos, luego, no tienen los sujetos reclamantes condición alguna que a la luz de tales preceptos, los pueda apartar de la protección que prodiga el Estatuto del Consumidor para los de su especie" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de noviembre de 2009).

2.4. Desigualdad y fragilidad: el criterio abstracto

Otras definiciones identifican al consumidor como la parte débil de la relación contractual. Esta perspectiva se funda en la explicación histórica de la necesidad de expedir un derecho especial y traslada ese fundamento para asumir que la debilidad es una característica intrínseca del consumidor. Así, suele explicarse que el derecho del consumo apareció como una respuesta a la ruptura de un pilar del sistema capitalista clásico o liberal: la igualdad formal[301]. Al respecto, Wiesner explica cómo las luchas laborales del siglo XIX dan muestra de la inoperancia del principio del libre mercado, pero no son las únicas. La certeza sobre las consecuencias de la desigualdad en el mercado hace que se sacudan otras estructuras jurídicas como el contrato:

> "Al mercado no concurren iguales y no todos los que concurren tienen propiedad que negociar. Entonces, en ese marco distorsionado las personas contratan en situaciones de desigualdad, en reconocimiento de la inoperancia del principio de la autonomía de la voluntad, pues quien concurre al mercado en condiciones inferiores suele contratar, si no contra su voluntad, al menos sin ella, llevado por las circunstancias del mercado" (Wiesner, 1986, p. 20)[302].

[301] Si bien el Código Civil también incluye algunas figuras que protegen a ciertas personas. El fundamento de la protección es distinto: "En efecto, históricamente el derecho del consumo se ha construido como un derecho de protección del débil contra el fuerte20. Sin embargo, esta óptica de protección no es en nada extraña al derecho de contratos del Código Civil. Inspirado por el cristianismo de Domat y de Pothier, este código protege al incapaz, al errans, al que se equivoca, a la víctima de la violencia; se exalta la buena fe, se admiten los plazos de gracia, etc. Si el espíritu del derecho del consumo toma partido por la debilidad, este presentaría una diferencia de grado más que de naturaleza con respecto al Código Civil" (Philippe, 2013, p. 65).

[302] Wiesner en un maravilloso texto sobre sobre la sociedad de masas y el derecho privado cita a Ripert quien veía los fenómenos que ocurrían con la masificación contractual del siglo XIX así: " 'El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice igualdad de fuerzas y libertad de discusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte. Si los empresarios capitalistas imponen sus condiciones a su clientela y a su personal, falsean la noción de contrato, tal como el Código Civil nos lo plantea' (Ripert, Georges, Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 54)" (Wiesner, 1986, p. 23).

Por ello, el derecho del consumo aparece como la "especificación del nuevo principio de tutela de la parte débil" (Bianca, 2007, p. 415). Este criterio coincide con la justificación fundamental para considerar que se requiere la existencia de unas reglas diferentes a las del derecho privado común para gobernar las relaciones de consumo[303]. Así, según este criterio, dado que la razón para la existencia del derecho del consumo es la protección de una parte débil, para que alguien sea considerado consumidor se requiere que tenga esa característica, la cual opera con mayores probabilidades en relaciones en las que se adquieren servicios o productos de un profesional. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se trata de la contratación de productos financieros, pues se presume que las instituciones bancarias actúan con posición dominante y ello hace inferir la debilidad de quien contrata con estas[304].

La fragilidad del consumidor parece ser la razón por la cual se expidió el primer antecedente legislativo en materia de consumo en Colombia[305]. En efecto, según lo recordó la Corte Suprema de Justicia, en el trámite del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 73 de 1981 se indicó que el Estado debe defender al consumidor considerando que:

> "[L]a sociedad actual básicamente se divide entre expendedores y proveedores, por un lado y, por el otro, los consumidores que constituyen la inmensa mayoría de la Nación. El control de los primeros y la defensa de los segundos, debe ser uno de los objetivos

[303] La identificación del consumidor con la parte débil obedece a una regla de la experiencia. Así, se considera que usualmente son débiles y merecen protección por: "la posición de inferioridad o de debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas" (Corte Suprema de Justicia, 24 de septiembre de 2009).

[304] La Corte Constitucional ha indicado que "son las entidades bancarias las que fijan los requisitos y condiciones de acceso y operación de créditos, las tasas de interés, los sistemas de amortización y, en últimas, depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, por todo lo cual gozan de una posición dominante frente a sus usuarios" (T-136 de 2013). En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias: T-813 de 2012, T-738 de 2011, T-129 del 2005, T-057 de 1995.

[305] Sobre las razones de los primeros esfuerzos legislativos en materia de consumo, señaló la Corte Constitucional: "La noción legal inicial incluía como consumidor a toda "persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades", enfoque amplio que, de acuerdo con los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio y los pronunciamientos de la justicia ordinaria, conllevaba "desequilibrio" en la relación de consumo, sin mirar en sí la naturaleza y los fines perseguidos por las partes" (C-909 de 2012).

> fundamentales del Estado actual, si se quiere sinceramente conseguir una sociedad menos injusta, menos subyugante, en donde los abismos de desigualdad que la invaden comiencen a hallar frenos y remedios con una legislación efectiva y vigorosa" (Corte Suprema de Justicia, 3 de mayo de 2005).

La inclusión de los derechos de los consumidores dentro del catálogo de derechos humanos en la Constitución también se explica por la categorización de los consumidores como sujetos que merecen protección por razón a su debilidad en el mercado:

> "Los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación (…), el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De esa forma, la caracterización del consumidor como la parte débil se revela como un elemento definitorio que se ajusta a las razones por las cuales existe un régimen de protección que tiene como propósito "restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pro de la satisfacción de sus necesidades humanas" (C-1141 de 2000).

La Corte Constitucional, ha señalado que el reconocimiento de la desigualdad de las partes en una relación contractual materializa el tránsito de una concepción liberal a un Estado Social, pues reconoce que la idea de la "absoluta libertad de negociación entre consumidor y productor o distribuidor de bienes, o prestador de servicios, es una situación ficta en la gran mayoría de los casos en que dicha relación se presenta" (C-133 de 2014). La introducción de normas de protección a los consumidores implicaría un "cambio cualitativo"

en las formas de comprensión de las relaciones privadas al reconocer "las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo" (C-749 de 2009).

La fragilidad del consumidor puede ser explicada porque tanto el empresario como el consumidor persiguen finalidades diferentes cuando actúan en el mercado, pues mientras el primero busca una utilidad económica, el segundo busca satisfacer necesidades con bienes de calidad y a precios justos (Arango, 2005). Usualmente se señala que esa desigualdad se acentúa ante la aplicación de reglas pensadas para relaciones civiles y comerciales en las que no resulta evidente la desigualdad y en las que las partes tienen capacidades económicas, información y poderes simétricos.

Así, la justificación usual al régimen de protección de los consumidores está atada a la desigualdad abstracta de las partes. "aun cuando la realidad nos muestra toda clase de personas, incluidas las más eminentes" (Stoffel, 2013, p. 76). Frente a las críticas por la indeterminación de los factores que determinan la asimetría de los consumidores frente a los productores y expendedores[306], las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (2016) muestran importantes avances al identificar el tipo de asimetrías que explican que la situación de desventaja del consumidor sea estructural y se manifieste en: i) la capacidad económica del consumidor[307]; ii) la ausencia de conocimiento sobre el

[306] Al referirse a la asimetría como criterio para identificar al consumidor, Stoffel (2013) señala: "este ángulo de análisis del consumo es equívoco ya que nunca se ha precisado a qué tipo de relación de fuerza reenvía. ¿Asimetría en la información? ¿Asimetría en la necesidad al contratar? ¿Asimetría en el poder de negociación? ¿Diferencia de riqueza? (p. 65).

[307] Al explicar las características estructurales de los sujetos que ofrecen, fabrican, comercializan productos frente a quienes acceden a estos, la Corte Constitucional ha indicado: "los consumidores suelen carecer del conocimiento y experticia suficientes para discernir acerca de los aspectos técnicos que definen la calidad de los productos, incluso aquellos de consumo ordinario. De igual modo, los fabricantes y comercializadores son, en la mayoría de ocasiones, conglomerados empresariales que tienen a su disposición infraestructuras que, a manera de economías de escala, participan en el mercado económico e, inclusive, concurren ante las autoridades administrativas y judiciales con evidentes ventajas, habida cuenta la disponibilidad de recursos, asesorías profesionales permanentes de primer nivel y conocimiento acerca del funcionamiento de las instancias de resolución de conflictos jurídicos, derivada de la condición de litigantes recurrentes" (C-749 del 2009).

producto o servicio que ofrece el mercado[308] y iii) el escaso poder de negociación de los consumidores frente a los productores de bienes y servicios.

3. El papel del derecho a la vivienda en la configuración de las facetas de consumo habitacional

Al panorama normativo conformado por las reglas de las codificaciones de derecho civil y comercial que atrapaban a las relaciones de consumo se sumaron una serie de leyes especiales que ofrecen diversas soluciones para circunstancias en las que se presentan elementos de desigualdad, inexistencia de negociación o posición de dominio de una de las partes en una relación contractual.

Los criterios utilizados por cada tipo contractual que tiene relación con el derecho a la vivienda no son uniformes. El concepto de consumidor de vivienda varía según las relaciones contractuales habitacionales y dentro de éstas, en función de los objetivos específicos de cada norma de protección. Por ello, se abordarán cada una de las facetas de consumo para delimitar en cada modalidad contractual el criterio acogido y la importancia o irrelevancia del derecho a la vivienda en la definición del ámbito de protección de los consumidores.

Aunque sobre las reglas particulares creadas para proteger, respetar o garantizar el derecho a la vivienda en las relaciones contractuales se hablará en la segunda parte de este trabajo, los siguientes apartes anticipan cómo el derecho contractual de la vivienda está conformado esencialmente por las modalidades contractuales tradicionales para permitir la propiedad y tenencia o la financiación de cualquiera de estas.

[308] Para la Corte Constitucional, los consumidores son personas de "escasos conocimientos y potencialidades" que "enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales" (C-1141 de 2000).

Para identificar las clases de tenencia habitacional de la población colombiana, el último Censo General (DANE, 2005)[309] y la Encuesta Nacional de Vida (DANE, 2016) distinguen entre hogares con: vivienda propia "totalmente pagada", vivienda propia que las familias "están pagando", vivienda arrendada o subarrendada, usufructuarios y ocupantes sin título[310]. Así, quienes acceden a un lugar para vivir, además de ser titulares de derechos habitacionales, al adquirir un inmueble con recursos propios o mediante financiación, o al usar uno ajeno, actúan en el rol de consumidores ocupando las posiciones de deudores **(3.1)**, locatarios **(3.2)**, arrendatarios **(3.3)**, compradores **(3.4)**.

3.1. La protección a la propiedad bajo la sombra del derecho a la vivienda

En el modelo de acceso a la vivienda mediante la intermediación financiera, la deuda aparece como un componente indisociable de la vivienda[311]. La realización subjetiva de la promesa "todos propietarios" crea la condición de los ciudadanos como consumidores con lo cual, la deuda se convierte en un requisito para el acceso a los derechos (Bauman, 2007; Lazzarato, 2013; Touraine, 2013).

De esa forma, la posibilidad de acceder a la propiedad habitacional se encuentra "claramente vinculada a los planes de financiación a largo plazo" (T-958 de 2001), cuyo marco contractual está compuesto por la regulación especial para los contratos de crédito

[309] Para el 2018 se esperan cifras actualizadas sobre déficit habitacional calculadas en el Censo Nacional de Población y Vivienda 2018. Tales cifras no han sido publicadas para el momento en el que se termina este texto (junio de 2018).

[310] La Encuesta Nacional de Vida se encarga de actualizar la información sobre las condiciones socioeconómicas de la población (DANE, 2008). La Encuesta publicada en el 2016 arrojó las siguientes cifras sobre la tenencia habitacional para el 2015: 41.6% de los hogares en Colombia contaba con vivienda propia "totalmente pagada"; 37.3% de los hogares vive en arriendo o subarriendo; con permiso del propietario, sin pago alguno (usufructuario) 14.5%; 4.3% cuentan con vivienda propia que están pagando y 2.2% vive en "posesión sin título" (ocupante de hecho) (DANE, 2016).

[311] Podría decirse que el modelo de acceso mediante créditos a largo plazo construye una subjetividad del individuo caracterizada por la afectación de su futuro. Ello es explicado así: "La tarea de una comunidad o una sociedad ha sido, ante todo, la de generar un hombre capaz de prometer, un hombre en condiciones de hacerse garante de sí mismo en la relación acreedor-deudor; esto es, en condiciones de cancelar su deuda. Fabricar un hombre capaz de mantener una promesa significa construirle una memoria, dotarlo de interioridad, de una conciencia que pueda oponerse al olvido. La memoria, la subjetividad y la conciencia comienzan a fabricarse en la esfera de las obligaciones de la deuda" (Lazzarato, 2013, p. 46).

hipotecario, el cual es un contrato de mutuo mercantil que representa una operación activa para la entidad financiera[312] y que conlleva la constitución de una garantía hipotecaria en primer grado sobre la vivienda que se está financiando.

Con fundamento en la necesidad de proteger el derecho a la vivienda, se creó un régimen especial para los contratos de crédito, el cual reflejó las principales preocupaciones de los deudores que resultaron afectados con la crisis hipotecaria de 1999. Sin embargo, las sentencias que se refieren al derecho a la vivienda como parámetro para la regulación de estos contratos omitieron distinguir entre los consumidores que adquieren un inmueble para utilizarlo como vivienda y quienes compran segundas viviendas[313]. En efecto, las sentencias que estructuran el sistema de financiación de vivienda (C-252 de 1998, C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999 y C-955 de 2000), incluyen bajo la categoría de consumidores que merecen protección fundados en el derecho a la vivienda, a todos los deudores de los créditos de vivienda.

Así, al argumento de la necesidad de un régimen especial de financiación para proteger el derecho a la vivienda se acudió en la sentencia C-252 de 1998 que analizó la regla según la cual, el acreedor no puede ser obligado a recibir antes del vencimiento del plazo. En tal sentencia, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 2229 del Código Civil y 694 del Código de Comercio, al considerar que esa regla general sobre el pago, que se encuentra en el contrato de mutuo (en el caso del artículo 2229 del Código Civil) y en el régimen de los títulos valores (artículo 694 del Código de Comercio), no puede ser aplicada a los deudores de crédito hipotecario porque estos contratos deben

[312] El crédito hipotecario para vivienda corresponde a una operación bancaria: "La operación bancaria por antonomasia es la operación de crédito, clasificándose las operaciones desde el punto de vista del sujeto de la concesión del crédito en operaciones activas (es el Banco el que concede el crédito al cliente), operaciones pasivas (es el cliente el que concede el crédito al Banco) y operaciones neutras (no implican concesión de crédito por ninguna de las partes contratantes)" (Garrigues, 1975, p. 29).

[313] Las decisiones inmediatas para contrarrestar la crisis hipotecaria fueron: la sentencia C-383 de 1999, la cual ordenó atar los créditos a la inflación y no a las tasas de interés; la sentencia C-700 de 1999 que declaró inexequibles las normas que reglamentaban el sistema UPAC; la sentencia C-747 de 1999, la cual declaró la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los créditos para vivienda y la sentencia C-955 de 2000 que tomó decisiones de variados efectos en relación con la Ley 546 de 1999 marco de vivienda. Luego de esas decisiones de constitucionalidad la Corte se pronunció en numerosas ocasiones en sentencias de tutela creando importantes líneas jurisprudenciales sobre el derecho a la vivienda de los deudores hipotecarios.

someterse a "una normatividad propia para los créditos de vivienda a largo plazo que otorgan las entidades, que impide, en principio, la aplicación automática de las normas civiles y comerciales que regulan la misma actividad, en forma general" (C-252 de 1998)[314].

De otra parte, la sentencia C-700 de 1999 que declaró la inconstitucionalidad de las normas que estructuraban el sistema de financiación de vivienda[315] por no haber sido expedidas por el congreso[316], estableció que la ley marco que se expida para sustituir el régimen inconstitucional, debe entender que la regulación del crédito para vivienda difiere de otras clases de actividades financieras, pues se ubica en el ámbito del derecho a la vivienda consagrado en el artículo 51 de la Constitución y, por lo tanto, "debe tener por objeto especial y directo el que dicha norma constitucional prevé, es decir, la fijación de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho que todos los colombianos tienen a una vivienda digna" (C-700 de 1999).

En esta sentencia, la Corte Constitucional no solo se refirió a la competencia del legislador para dictar las normas sobre las actividades financieras, sino que insistió en que la financiación de vivienda merecía una regulación especial acorde con el derecho que tienen todas las personas a un lugar decente para vivir. Así las cosas, como no se trata de una actividad financiera cualquiera, las condiciones de los contratos de financiación no pueden simplemente someterse al régimen general. Por esa razón, la sentencia moduló los efectos de su decisión para que las normas declaradas inconstitucionales se aplicaran ultraactivamente a la espera de unas nuevas expedidas por el congreso[317], pues resultaba

[314] Esta regla creada por la Corte Constitucional y luego incluida en la legislación, será analizada en la II parte de este trabajo.
[315] La sentencia derogó los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).
[316] Para la Corte "el Constituyente quiso sustraer a la influencia y decisión exclusivas del Ejecutivo la regulación de los importantes temas que venían siendo de su privativo resorte, y, por el contrario, entregar al Congreso, por la vía de las leyes "marco", la autoridad suficiente para sujetar, mediante pautas y criterios legislativos -formales y orgánicos-, la futura actividad administrativa del Presidente de la República" (C-700 de 1999).
[317] La sentencia explicó las razones para que los efectos de la sentencia fuera ultraactivos así: "Con miras a un adecuado tránsito entre los dos sistemas, sin traumatismos para la economía, es el caso de que las normas retiradas del ordenamiento jurídico puedan proyectar sus efectos ultraactivos mientras el Congreso, en uso de sus atribuciones, dicte las normas marco que justamente se han echado de menos, y el Ejecutivo, por decretos ordinarios, las desarrolle en concreto. Se estima razonable, entonces, que dicha ultraactividad de las normas

claro que los créditos no podrían someterse a la regulación general en materia de contratos de mutuo.

Un mes después de este pronunciamiento, nuevamente la Corte consideró que, aunque la capitalización de intereses en créditos a mediano o largo plazo es, en general, constitucional, no lo es cuando se trata de créditos para la adquisición de vivienda porque en esta clase de contratos "es evidente" que la capitalización viola el artículo 51 de la Constitución. Lo anterior porque la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias implica la existencia de medidas que faciliten el "pago a largo plazo en condiciones adecuadas" (C-747 de 1999).

En esta oportunidad, la demanda se había dirigido contra las reglas de capitalización de intereses del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[318], las cuales, según el demandante, vulneraban los derechos a la vivienda y a la propiedad al permitir a los establecimientos de crédito capitalizar intereses y computar la corrección monetaria como interés según lo dispuesto en la Ley 45 de 1990 y el Código de Comercio. Para el demandante la capitalización de intereses hacía que los créditos de vivienda no pudieran ser cumplidos por los deudores y por ello, terminaban entregando sus viviendas.

En la misma dirección que las sentencias emitidas los meses anteriores, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las mencionadas reglas que se refieren a la capitalización de intereses "únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo" (C-747 de 1999)[319].

---

excluidas del orden jurídico se prolongue hasta el fin de la presente legislatura, es decir, hasta el 20 de junio del año 2000" (C-700 de 1999).

[318] Las reglas que examinó la Corte fueron los numerales 1 y 3 del Artículo 121 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que señalan: "1. Capitalización de intereses en operaciones de largo plazo. En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional (…) 3. Límites a los intereses. De conformidad con el artículo 64 de la ley 45 de 1990 y para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés".

[319] La inconstitucionalidad quedó expresada en estos términos: declárase "la inexequibilidad del numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, así como la de la expresión "que contemplen la capitalización de intereses" contenida en el numeral primero de la norma en mención, únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo, inexequibilidad cuyos efectos se difieren hasta el

Ahora el turno era para el gobierno y el congreso. Era necesario pensar una nueva regulación para los créditos de vivienda que atendiera los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional que buscaban en general, que el crédito de vivienda fuera sometido a unas condiciones especiales acordes con el derecho a adquirir y conservar un lugar habitable. Así, la ley 546 de 1999 mencionó por primera vez a "los usuarios de crédito de vivienda" y adoptó una nueva perspectiva sobre los objetivos del sistema especializado de financiación de vivienda que afecta aspectos relacionados con la protección contractual. Señaló, entre otros asuntos, que el gobierno fijará "las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna" para "proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda", "proteger a los usuarios de los créditos de vivienda", "propender por el desarrollo de mecanismos eficientes de financiación de vivienda a largo plazo", "velar para que el otorgamiento de los créditos y su atención consulten la capacidad de pago de los deudores" y "facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia" (Ley 546 de 1999, artículo 2º).

Ahora bien, es importante resaltar que la sentencia C-700 de 1999, con el argumento de la protección a los consumidores de vivienda, declaró inconstitucional el sistema de financiación UPAC, el cual no solamente se aplicaba a créditos hipotecarios para compra de vivienda sino también a créditos para la compra de cualquier inmueble como oficinas, locales, bodegas y demás inmuebles comerciales y también a los créditos a los constructores. En efecto, las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero declaradas inconstitucionales no establecían un tratamiento normativo diferente a los créditos distinguiendo entre la clase de inmueble. Sin embargo, la Ley 546, expedida para estructurar el sistema declarado inconstitucional, reguló únicamente el "sistema especializado para financiación de vivienda".

A pesar de mencionar dentro de las finalidades de la regulación, la protección al derecho a la vivienda digna, la Ley 546 de 1999 no distingue, para efectos de las condiciones

20 de junio del año 2000, como fecha límite para que el Congreso expida la ley marco correspondiente" (Corte Constitucional, C-747 de 1999).

contractuales especiales[320], entre los deudores que acceden al crédito para comprar vivienda con el objetivo de vivir en ella de aquellos que compran con otras finalidades. En este último caso la vivienda adquirida mediante el crédito hipotecario se utiliza como un bien de inversión lo que implica que no está ligada intrínsecamente al derecho a la vivienda de los deudores.

En todo caso, en los dos eventos, los deudores serán considerados consumidores de crédito de vivienda, por lo que el criterio utilizado para la definición de consumidor es ser el extremo contractual con independencia de si la vivienda se utilizará para el uso personal o familiar o para desarrollar operaciones en el mercado habitacional. Así los consumidores protegidos por este régimen son las personas naturales[321] que reciben crédito destinado a la adquisición de vivienda nueva o usada, o a la construcción de vivienda individual (Sánchez, 2016, p. 263)[322].

El enfoque de estas sentencias explica por qué, aunque se identifica a la vivienda con el derecho de propiedad, este derecho no es usualmente invocado por los accionantes en las tutelas, ni tampoco analizado de manera relevante en las líneas jurisprudenciales objeto de este trabajo[323].

[320] La Ley 546 de 1999 reconoció que una sola persona podría tener un crédito individual a largo plazo para más de una vivienda. Así que, una distinción que sí realiza la ley está relacionada con algunas instituciones especiales aplicadas a quienes para la fecha de expedición tenían vigente un contrato de crédito. los alivios establecidos para los deudores que tenían créditos para más de una vivienda caso en el cual, el deudor "deberá elegir aquel sobre el cual se hará el abono e informarlo al o los respectivos establecimientos de crédito de los cuales sea deudor" (Artículo 40 de la Ley 546 de 1999). Sobre la finalidad de la reliquidación, señaló la Superintendencia Financiera: "Dicha reliquidación por consiguiente, debía beneficiar a los deudores que sean personas naturales cuyo fin principal era la adquisición de vivienda, y no a aquellos motivados por propósitos de lucro o inversión" (Superintendencia Financiera, Concepto 2004060067-4, 15 de abril de 2005).

[321] La Ley 546 de 1999 no define qué se entiende por crédito de vivienda, sin embargo, la Circular externa 010 de 2008 de la Superintendencia Financiera, ha señalado que, con base en los elementos que se encuentran en tal ley, son aquellos que: "independientemente del monto, aquéllos otorgados a personas naturales destinados a la adquisición de vivienda nueva o usada, o a la construcción de vivienda individual" (Superintendencia Financiera, 2008).

[322] Algunas de las reglas creadas por el legislador fueron nuevamente reformuladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 del 2000, en la cual se insiste en varios lugares en la relación entre las condiciones contractuales de los créditos y el derecho a la vivienda de los deudores. Tales reglas serán analizadas en la II parte de este trabajo.

[323] Así, aunque los accionantes son propietarios, el derecho a la propiedad es usualmente poco invocado, y cuando se invoca la Corte suele indicar que no tiene relevancia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia T-756 de 2003, al analizar la solicitud de una pareja contra una compañía de seguros que objetó el pago de una póliza de vida de grupo deudores hipotecarios que fue tomada con ocasión de un crédito para vivienda, la

Ahora bien, el Estatuto del Consumidor Financiero expedido una década después de la crisis, define de manera amplia al consumidor extendiendo el concepto incluso a las personas que realizan una consulta a una institución financiera sin importar si acceden o no a un producto o servicio de la entidad. De esa forma, el criterio para considerar que un sujeto es consumidor financiero es ser extremo contractual o potencial de una entidad financiera[324].

Esta definición fue demandada por inconstitucional argumentado que vulneraba la libertad económica porque resultaba irrazonable y desproporcionado que se incluyeran como sujetos de protección legal a quienes no se encuentran en situación de desigualdad, condición indispensable para la activación de la protección a los consumidores como sujetos débiles.

Para resolver el asunto, la Corte consideró que del artículo 78 de la Constitución no pueden entenderse excluidos actores con el fundamento de eventuales supuestos de igualdad, puesto que, lo determinante para definir quién es consumidor es el reconocimiento constitucional de las desigualdades inherentes al mercado. Así, para la Corte, la orientación del legislador es comprensible porque la entidad financiera tiene una posición dominante frente al contratante al contar con mayores conocimientos profesionales, específicos y técnicos acerca de los productos o servicios financieros con lo cual, aunque el consumidor pueda "tener un saber específico, no por ello deja de ser consumidor financiero" (C-909 de 2012).

Corte indicó: "Como lo ha considerado de manera reiterada esta Corporación, el derecho a la propiedad es un derecho constitucional de contenido económico y social, por lo tanto no puede ser protegido a través de la acción de tutela, salvo que exista una relación de conexidad entre éste y un derecho fundamental" (T-756 de 2003). Véanse también las sentencias T-506 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón) y T-1000 de 2001 (M.P: Rodrigo Escobar Gil).

[324] La Ley 1328 de 2009 define al consumidor financiero como "todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas". Esta Ley define al cliente como "la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social", al usuario como: "la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada" y al cliente potencial como "la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta" (artículo 2º).

Así, la regulación sobre consumidor financiero asume que quien contrata o desea contratar con una institución financiera es débil[325]. Esta perspectiva coincide con la idea según la cual la relación de crédito es una relación de poder[326] del empresario que como profesional domina la actividad que ofrece al mercado frente a "la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado" (C-973 de 2002).

Ahora bien, dado que un buen número de sentencias relacionadas con la protección contractual del derecho a la vivienda analizan casos de pólizas de seguro de vida grupo deudores es importante señalar que la categoría general de consumidor financiero también le es aplicable a quien accede a la vivienda y celebra contratos de seguro[327]. En efecto, lo usual es que junto con el crédito hipotecario se adquieran seguros de vida que amparan el riesgo de muerte o invalidez del deudor. Adicionalmente, existe la obligación de contratar seguros para la protección de la vivienda frente a los riesgos de incendio y terremoto en los créditos hipotecarios (Ley 546 de 1999, artículo 17 y Decreto 145 de 2000) y en el leasing habitacional (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 101) y la posibilidad de asegurar esos mismos riesgos en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal (Ley 675 de 2001, artículo 15).

[325] La necesidad de expedir una regulación para la protección del consumidor financiero es explicada así: "tratándose de las relaciones de consumo, en la actividad financiera no se está frente a un esquema tradicional de suministro de información, publicidad, defectos o garantías, razón que fortalece la necesidad de adoptar un régimen particular de protección. Por lo tanto, la especialidad de las operaciones y los riesgos implícitos en ellas ha promovido la adopción de un régimen particular dirigido a la protección del consumidor de tales servicios que procure el equilibrio contractual entre las partes intervinientes y que propenda, entre otras cosas, por: evitar la asimetría en la información; radicar obligaciones especiales en las entidades; diseñar figuras especiales de protección y establecer procedimientos de atención de solicitudes (artículo 7º). Con la finalidad de alcanzar los objetivos propuestos se creó el régimen haciendo énfasis en el suministro de información, la debida diligencia en la prestación de servicios y la consolidación de la Defensoría del Cliente como institución orientada a la protección del consumidor financiero" (Exposición de motivos, Proyecto de Ley 282 de 2008. Gaceta del Congreso 138 del 2008).

[326] Para Lazzarato (2013), la relación entre acreedor y deudor es una "expresión de una relación de poder específica (…) una de las más importantes y universales del capitalismo moderno" (p. 35).

[327] El consumidor de seguros fue uno de los primeros consumidores protegidos por la legislación colombiana pues desde la Ley 45 de 1990, se estableció como uno de los principios orientadores "tutelar los derechos de los tomadores de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador".

3.2. Leasing habitacional: la diferenciación entre locatarios titulares de derechos habitacionales y locatarios mercantiles

Al examinar la constitucionalidad de la facultad entregada a los bancos para realizar operaciones de leasing habitacional establecida en el artículo 1º de la Ley 795 de 2003[328], la Corte Constitucional distinguió entre el locatario familiar y el locatario de tipo mercantil[329].

La norma demandada permite a los establecimientos bancarios realizar operaciones de leasing habitacional y establece entre las condiciones para la prestación de esta operación, que los bancos den prioridad a los deudores de crédito de vivienda que hayan entregado sus inmuebles en dación en pago y que el gobierno adopte "medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios". El demandante consideraba que la ausencia de disposiciones con reglas claras sobre las condiciones del leasing habitacional violaba el derecho a la vivienda digna, puesto que la operación terminaba sometida a la "lógica del mercado"[330]. La violación del artículo 51 se debe a que, según el demandante, la figura jurídica del leasing no es, en sí misma, un mecanismo idóneo para financiar vivienda.

La sentencia C-936 de 2003 declaró la norma constitucional, pero hizo importantes precisiones sobre el régimen que gobierna el leasing habitacional. Así, consideró que al

[328] El artículo 1 del Decreto 1787 de 2004 desarrolla esa autorización al señalar: "De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 795 de 2003, por el cual se adiciona el literal n) al numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los establecimientos bancarios se encuentran facultados para realizar operaciones de leasing habitacional destinadas a la adquisición de vivienda, en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. De igual forma, de conformidad con el régimen general, estas operaciones de leasing también podrán ser realizadas por las compañías de financiamiento".

[329] Este primer antecedente sirvió para que el Estatuto del Consumidor financiero les otorgara capacidad legal a los bancos para realizar todo tipo de operaciones de leasing y arrendamiento (Ley 1328, artículo 25).

[330] El demandante explicaba que "en la práctica": a) el leasing habitacional "es el mismo leasing inmobiliario y, por lo mismo, se sujeta a las condiciones económicas propias de esa clase de contratos mercantiles"; b) En el leasing, "la cuota periódica se fija de acuerdo al interés pactado por las partes, lo cual no necesariamente refleja el interés más bajo del mercado"; c) En el leasing la cuota periódica siempre se establece "con base en el interés compuesto, porque la técnica económica, contable, administrativa y financiera así lo requiere". Esas características violan el "derecho a la vivienda digna" pues "la utilización del sistema de interés compuesto no promueve la vivienda digna a que tienen derecho los colombianos porque los costos y las cuotas periódicas se vuelven inalcanzables".

contrato celebrado con un locatario que destina el inmueble para su vivienda debe someterse al marco regulatorio establecido para los créditos hipotecarios para vivienda, es decir, que a este contrato le son aplicables las reglas de protección establecidas en las sentencias C-383; C-700, C-747 de 1999 y C-955 de 2000 y en la Ley 546 de 1999. Por el contrario, el contrato de leasing con un tenedor mercantil puede sujetarse a las condiciones de libre mercado, pues, según lo indica la Corte, "no está prohibido sujetar a condiciones comerciales el acceso a la vivienda no familiar, así como, y en ciertas condiciones, a la vivienda familiar de personas con capacidad suficiente para financiar tranquilamente distintas formas de tenencia".

De esa forma, esta sentencia cambió la perspectiva desde la cual se había analizado la protección a los consumidores. Ese cambio podría deberse a que la sentencia se expide sin el peso que implicaba la cercanía a la crisis financiera. Ello puede evidenciarse en las palabras de la Corte:

> "[N]o necesariamente deben adoptarse sistemas de financiación del acceso a la vivienda únicos, pudiendo existir mecanismos diferenciales que tenga en cuenta factores tales como los recursos familiares, los recursos estatales, etc. (…) De lo expuesto se desprende que no resulta incompatible y violatorio del derecho a la vivienda digna que se sujeten a condiciones mercantiles ordinarias el acceso a determinadas viviendas, particularmente aquellas no destinadas a la vivienda familiar. 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" (C-936 de 2003).

Esa diferenciación, implicó en la práctica que la Junta Directiva del Banco de la República ratificara "el límite a las tasas hipotecarias para el leasing habitacional ocupado por el tenedor primario, pero dejara en libertad las tasas hipotecarias referentes a otro tipo de negocios" (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 131).

Con base en esta distinción, el gobierno ha regulado los derechos a favor del locatario primario y del locatario mercantil como parte de las medidas para impulsar la adquisición de viviendas mediante financiación. En el primer caso, el locatario es considerado un sujeto de especial protección por ser titular de derechos habitacionales[331], mientras que el locatario mercantil, es protegido por el régimen general del consumidor financiero[332]. Aunque tales reglas serán analizadas en la segunda parte de este trabajo, es importante anticipar que en la regulación sobre leasing sí hay una clara distinción entre el consumidor que es titular de derechos habitacionales y aquel que no lo es.

3.3. Vivir en arriendo: la destinación como criterio de protección

El alto número de familias que luego de la crisis hipotecaria no tenía posibilidad de acceder a la propiedad de una vivienda[333] generó la necesidad de revisar las reglas relacionadas con el arrendamiento urbano, el cual venía siendo regulado por la Ley 56 de 1985 y múltiples decretos reglamentarios. Las condiciones habitacionales de la población habían cambiado, pues precisamente a partir de 1985 comenzó una "reducción progresiva

[331] La diferenciación parece al menos formalmente, como una forma de protección a los locatarios titulares del derecho a la vivienda. Sin embargo, se ha criticado que la regulación no cumple con el objetivo de proteger el derecho a la vivienda: "La legislación impulsada por el Gobierno Nacional a partir de la sentencia C-936 de 2003, actualmente contenida en el Decreto 2555 de 2010, apostó por un modelo que no cumple con el objetivo de proteger el derecho a la vivienda digna, sino por el método de contratación que en la práctica vienen utilizando los bancos y las compañías de financiamiento" (Baena, 2014, p. 15).

[332] Esta sentencia parece corresponder a la idea que sobre el leasing habitacional tenía el gobierno para el cual el leasing no solo era un instrumento para que los ciudadanos alcanzaran la vivienda, sino que se estructuraba como una atractiva modalidad de negocio para los bancos. Así, el Conpes (2002) en el documento "Bases de la política de vivienda 2002-2006: ajustes al programa de subsidio familiar de vivienda e incentivos de oferta y demanda para créditos de vivienda en UVRs" señaló: La opción de leasing habitacional de todas formas tendrá un alcance mayor, con el fin de crear una nueva alternativa de financiación de vivienda para los usuarios y una nueva modalidad de negocio para los establecimientos de crédito.

[333] Al analizar el mercado del arrendamiento urbano luego de la crisis hipotecaria se ha explicado que "el gobierno estaba preocupado por los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares de 2001, según la cual unos 3 millones de familias no tenían vivienda ni recursos suficientes para comprar una, a pesar de los préstamos y subsidios otorgados por el gobierno. Esto implicaba un incumplimiento del art. 51 de la Constitución, según el cual todos los ciudadanos deben tener acceso a una vivienda decente. Una solución que surgió fue eliminar las distorsiones en el mercado de alquileres urbanos" [Traducción libre] (Arbeláez, Becerra, Steiner y Wills, 2011, p. 10).

de la proporción de propietarios" y el consecuente ascenso de la tenencia mediante contrato de arrendamiento (Torres-Ramírez, 2012, p. 1)[334].

Las reglas que gobernaban el contrato de arrendamiento "daban poco incentivo a la construcción de viviendas para fines de alquiler, no eran equitativas entre las partes y no otorgaban garantías con respecto a la restitución del inmueble a sus dueños originales al final del contrato" (Arbeláez, Becerra, Steiner y Wills, 2011, p. 10). El mercado de arrendamientos era predominantemente informal debido "a las limitaciones en la capacidad económica de la demanda y [a] un marco legislativo que en el pasado contenía una fuerte regulación del mercado inclinada hacia el arrendatario" (Torres-Ramírez, 2012, p. 1). De esa forma, la legislación generaba una falta de incentivos para el desarrollo empresarial de producción de vivienda para arrendar.

El mercado de arrendamientos era muy limitado debido a que las políticas se habían concentrado en alentar la propiedad y al mismo tiempo, tanto los arrendadores como los arrendatarios reclamaban que no contaban con "un marco jurídico que diera certeza" a sus relaciones (OCDE, 2015, p. 13).

Por lo anterior, en el año 2001 el gobierno presentó el proyecto de ley en cuya exposición de motivos se indicaba que era necesario "rediseñar" la regulación para hacerla "acorde con la realidad del país, teniendo en cuenta que las condiciones sociales, económicas y culturales son diferentes a las encontradas por el legislador en 1985" (Congreso de la República, Proyecto de Ley 140 del 2001).

El proyecto de ley señalaba que era necesario que la política de vivienda en materia de arrendamiento se orientara "por el mandato constitucional al reconocimiento del derecho de todos los colombianos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada". Así, se resaltó que, frente al paradigma de asociar la vivienda con un inmueble propio, el arrendamiento puede ofrecer un "mejor nivel de vida" frente al pago de cuotas de créditos que encarecen

[334] Torres-Ramírez (2012) explica que desde finales del siglo XX consecuentemente con la disminución del número de hogares propietarios aumentaron dos tipos de tenencia: "el arrendamiento, y otra forma asociada a este, que es la de los hogares que ocupan la vivienda en calidad de usufructo. Este último grupo presenta las condiciones de precariedad habitacional y pobreza más críticas" (p. 1).

"dramáticamente" la economía familiar (Congreso de la República, 2001). Al igual que se ha expresado en otros estudios, el proyecto de ley consideró que la propiedad no es una opción para todas las familias y que en algunos casos no es la mejor alternativa económica[335].

Ese proyecto de ley se convertiría en la Ley 820 de 2003, la cual desde el primero de sus artículos señala a la vivienda digna y la propiedad con función social como criterios para establecer el sentido de las reglas sobre el contrato de arrendamiento[336].

De esa forma, la relación contractual de arrendamiento para vivienda urbana está gobernada por reglas particulares, que fueron creadas tratando de que los intereses de las partes fueran protegidos de manera equilibrada y teniendo como fundamento la protección a al arrendatario quien, mediante el contrato, satisface su necesidad personal o familiar de contar con una vivienda.

Aunque la ley no cataloga al arrendamiento como un contrato de consumo o al arrendatario como consumidor, las características de la regulación sí tienen elementos que permiten clasificar a esta relación que satisface necesidades privadas o domésticas del arrendatario como de consumo. Así, las reglas de arrendamiento para vivienda urbana, que conforman una regulación especial diferenciada de las reglas generales del Código Civil sobre el arrendamiento de cosas, parecen explicarse por la necesidad de establecer un régimen de protección a quien como arrendatario goza de un inmueble para la vivienda, finalidad que coincide con la tarea que usualmente se adscribe al legislador en la expedición de estatutos de protección al consumidor.

El que la ley no ponga de manifiesto que el contrato de arrendamiento configura una relación de consumo se explica por razones históricas. El arrendamiento es una de las

[335] Uno de esos estudios ha indicado: "tampoco es cierto que la adquisición de vivienda siempre sea la mejor alternativa económica, pues entran en juego muchos factores financieros, demográficos, tributarios, que pueden alterar dicho resultado significativamente en uno u otro sentido. No obstante, lo que sí parece indudable es que la gente tiende a atesorar buena parte de su riqueza bajo la forma de vivienda o propiedades hipotecarias" (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 115).

[336] El artículo 1 de la Ley 820 del 2003 señala que es objeto de esa ley "fijar los criterios que deben servir de base para regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda, en desarrollo de los derechos de los colombianos a una vivienda digna y a la propiedad con función social".

primeras regulaciones en las que el Estado intervino mediante estatutos de protección que no se identificaban como de consumo, por ser anteriores a la estructuración de esta como una disciplina autónoma.

Este contrato, de utilización masiva[337], tiene la característica de que el criterio determinante para identificar al consumidor es la destinación del inmueble que se entrega. Ni la profesionalidad o la debilidad del arrendatario parecen ser relevantes para la estructuración del régimen de protección. Lo anterior porque en Colombia, los arrendadores son heterogéneos: algunos son ocasionales mientras que otros son profesionales[338]. Un estudio publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo encontró que hay arrendadores que "no operan con racionalidad de inversionistas, pues intervienen en este mercado como un pequeño agente mercantil, con el objetivo de generar ingresos complementarios para el hogar propietario". Otros arrendadores realizan "una intermediación inmobiliaria especializada muy baja y concentrada en segmentos de precios medio altos y altos" (Torres-Ramírez, 2012, p. 13)[339].

Ahora bien, la presencia de arrendadores empresarios no es irrelevante para efectos del cumplimiento de ciertas obligaciones derivadas de la importancia de las operaciones de arrendamiento en el mercado. Así, la Ley 820 establece ciertas obligaciones de quienes se desempeñan como profesionales. Las personas que tengan dentro de sus actividades principales arrendar inmuebles destinados a vivienda, sean de su propiedad o de terceros o hagan labores de intermediación entre arrendadores y arrendatarios[340] deben matricularse y

[337] Según el estudio de Torres-Ramírez (2012), "en Colombia se suscriben o renuevan aproximadamente 1.100.000 contratos de arrendamiento cada año" (p. 13). También se ha indicado que ha aumentado el número de arrendatarios debido a que han disminuido los hogares propietarios "pasando del 63,5% en 1993 al 48,1% en 2012" (Centro de Estudios de la Construcción y el Desarrollo Urbano y Regional, 2012, p. 6).

[338] Por ello, por ejemplo, en un borrador del proyecto de la Comisión revisora del Código de Comercio de 1887, se incluyó como un acto no mercantil: "El arrendamiento de inmuebles de propiedad del arrendador" (artículo 27, numeral 6º del Proyecto de la Comisión Revisora del Código de Comercio discutido en el congreso en 1958. (Pinzón, 1957, p. 582).

[339] El estudio señala que: "de acuerdo con la entidad que agremia a las inmobiliarias que usan en sus contratos la garantía o póliza de contrato de arrendamiento, Unifianza S.A., en septiembre de 2011 existían alrededor de 2.500 empresas inmobiliarias de diferente tamaño" (Torres-Ramírez, 2012, p. 13).

[340] La ley establece unos criterios cuantitativos para conocer quiénes son profesionales. Así, se establece una presunción de ejercicio de la actividad de arrendamiento de manera profesional para quienes arrienden más de 5 inmuebles (artículo 28 de la Ley 820 de 2003). Ello ha implicado la consideración de la actividades de estos profesionales como una actividad comercial: "la actividad de arrendamientos de bienes inmuebles por

se encuentran sometidos a la inspección, vigilancia y control de las autoridades[341].

En el arrendamiento, el concepto de consumidor no se identifica necesariamente con el de contratante débil. El arrendatario merece protección en tanto utiliza el bien para satisfacer sus necesidades habitacionales, por ello, desde el primer artículo de la ley se señala que la regulación se expide en desarrollo del derecho a la vivienda digna. Ello implica que ciertos eventos contractuales, por ejemplo, una terminación intempestiva, pueden afectar en mayor medida al arrendatario dado que su posición contractual está vinculada con el ejercicio del derecho a la vivienda. Así, con independencia de cuál de las partes pueda identificarse como la parte débil, lo determinante es que la regulación busca proteger el derecho a la seguridad jurídica de la tenencia que podría resultar afectada con ocasión del contrato.

3.4. La irrelevancia del derecho a la vivienda en la protección del comprador de vivienda nueva

Las razones para que las políticas habitacionales incentiven la propiedad habitacional están relacionadas con la idea de que la vivienda es el activo más importante para las familias, el cual genera un nivel de certidumbre, de estabilidad económica e

parte de una persona natural, para que la misma sea considerada efectuada con parámetros de mercantilidad o profesionalismo, se constituye por tener cinco (5) o más contratos de arrendamiento vigentes, es decir, que toda persona natural que tenga cinco (5) o más contratos de arrendamientos vigentes será considerado sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, por el ejercicio mercantil de la actividad de arrendar bienes inmuebles" (Secretaria de Hacienda Distrital. Concepto 1034, 21 de mayo de 2004).

[341] La Ley 820 de 2003 señala que para ejercer las actividades de arrendamiento o de intermediación se requiere la matrícula de los arrendadores, quienes quedarán sometidos a "la inspección, vigilancia y control de la autoridad competente" (artículo 28 de la Ley 820 de 2003).

incentiva el acceso a los mercados formales de crédito[342] y debido a su durabilidad puede ser transferido a varias generaciones[343].

La crisis hipotecaria de 1999 no solo marcó un punto de quiebre en la financiación de vivienda sino también en la producción de vivienda nueva en tanto las constructoras también resultaron afectadas por la crisis. Con el auge de la construcción a finales de los años ochenta comenzó el incremento de los adquirentes de viviendas "en planos" (Castaño, 1994, 16 de abril). El modelo de compra "en planos" resultó novedoso frente al esquema de construcción en el que el constructor vendía luego de haber construido y era él quien debía financiar la construcción y soportar el riesgo de no enajenar los inmuebles rápidamente para pagar los créditos que había asumido para construir.

La adquisición sobre planos implicaba que luego de la promesa de compraventa, los compradores pagaban una cuota inicial al momento de la celebración y "se comprometían a continuar desembolsando parte del precio en forma de instalamentos para que, junto con aquella, conformara una parte importante del mismo, que en esa forma resultaba prepagado con relación a la terminación y entrega del inmueble" (Rodríguez, 2005, p. 448). Posteriormente, con la celebración de la compraventa, el comprador se subrogaba en la parte del crédito hipotecario obtenido por el constructor para el desarrollo de la obra y pagaba con la cuota final el saldo restante del precio.

Este esquema representaba un alivio para el constructor, pero resultó altamente riesgoso para los compradores porque el constructor recibía los recursos con el riesgo de que no se pudiera llevar a cabo el proyecto inmobiliario. Esa preocupación por el riesgo en la utilización de los recursos que recibían las constructoras quedó evidenciada en la Ley 546 de 1999. Esta ley, dedica al sistema de financiación de vivienda, incluyó un artículo

[342] Como consecuencias de un modelo centrado en la propiedad habitacional se ha indicado que: "El sesgo de la política en favor de la vivienda en propiedad ha tenido dos consecuencias importantes: en primer lugar, ha facilitado el desarrollo de un modelo de vivienda de bajos ingresos en zonas distantes desconectadas de las oportunidades de empleo y servicios. En segundo lugar, puede limitar involuntariamente las oportunidades económicas de los residentes: las personas que habitan en casa propia son típicamente menos móviles que aquellas que rentan, incluso después de considerar las características del hogar, tales como la edad, los ingresos, y el estado civil, migratorio y laboral" (OCDE, 2015, p. 13).

[343] La vivienda "constituye un bien duradero, quizá el más importante activo físico de la mayoría de unidades familiares" (Gonzáles, 2002, p, 13).

denominado "protección especial para los adquirientes de vivienda individual", en el que señala que corresponde al gobierno reglamentar mecanismos que aseguren que los dineros por concepto de ventas de contado y pago de cuotas iniciales entregados a las constructoras, "se canalicen a través de instrumentos que tiendan a asegurar la adecuada inversión y destinación de los recursos del proyecto de construcción al inmueble vendido o prometido en venta"[344].

Aunque la reglamentación del artículo no ha sido expedida, en la práctica los negocios fiduciarios se mostraron como la mejor alternativa para proteger a los compradores. Con esta figura, quienes desean adquirir una vivienda celebran en primer lugar, un contrato de fideicomiso "de inversión"[345], en el que se comprometen a pagar una cuota inicial y aportes mensuales mientras se obtienen los recursos que determinan que el proyecto de construcción puede ser terminado sin problemas financieros[346]. En ese momento, los recursos se transferirán al patrimonio autónomo y los inversionistas se convertirán en promitentes compradores. Si, por el contrario, no se logra la sostenibilidad financiera del proyecto, el consumidor recibirá sus recursos con los rendimientos obtenidos[347].

[344] La Ley señala además que: Para los fines aquí previstos, el Gobierno establecerá para los constructores la obligación de informar a los prometientes compradores sobre la existencia de gravámenes en mayor extensión y exigirá que en las escrituras públicas que perfeccionen dichas promesas de compraventa se protocolice una carta del establecimiento de crédito titular de la garantía en mayor extensión mediante la cual autorice el otorgamiento de la escritura de compraventa por haber recibido el pago de la prorrata correspondiente" (Artículo 55, Ley 546 de 1999).

[345] Usualmente cuando aparecen los compradores ya se ha celebrado un encargo fiduciario para el desarrollo de la etapa preliminar. En esta etapa se entregan a la fiduciaria estudios y permisos previos; estudios de suelo; planos; títulos jurídicos, incluidos certificados de libertad; licencias de construcción; proyecto de reglamento de propiedad horizontal y el presupuesto de la obra.

[346] Una parte importante de los proyectos urbanísticos inician con la celebración de contratos de compraventa, fiducia, colaboración empresarial, entre otros, en virtud de los cuales los propietarios del suelo entregan los inmuebles a un constructor, quien puede desarrollar su labor a través de un contrato de administración delegada, un contrato de obra de precio único global o alzado, un contrato de prestación de servicios profesionales, etc.

[347] El fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción se definió como "aquel negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato" (Superintendencia Financiera, 1996, Circular Básica Jurídica, artículo 2.9).

Al celebrar un negocio fiduciario, quien espera convertirse en propietario es protegido en su faceta de inversionista como consumidor financiero, con independencia de si compra un inmueble para vivienda u otro tipo de inmueble o si es comprador para destinar el inmueble a su uso personal o familiar o para especular[348]. Así, estos negocios no han sido analizados por el legislador por su relación con el derecho a la vivienda, lo que implica que las reglas de protección financiera actúan para proteger los intereses económicos de los consumidores de la misma manera que operarían en cualquier negocio fiduciario vinculado con cualquier tipo de inmuebles. Así mismo, la jurisprudencia sobre derecho a la vivienda tampoco parece dar cuenta de litigios vinculados con el derecho a la vivienda en el marco de negocios fiduciarios.

A los compradores de vivienda les es aplicable el Estatuto del Consumidor establecido en la Ley 1480 de 2011. Esta regulación, la cual se aplica en general a las relaciones de consumo[349] en todos los sectores en los que no exista una regulación especial, menciona a los inmuebles para incluirlos en la definición de "productos"[350].

Bajo este Estatuto se consideran como consumidores[351] de inmuebles quienes sean i) destinatarios finales, ii) que, mediante un acto de consumo, iii) buscan la satisfacción de

[348] Así, las normas de protección al comprador no tienen en cuenta si el comprador utilizará el inmueble para vivir, para arrendar, para especular, o si se trata por ejemplo de segundas viviendas las cuales son "aquellas adquirida con el objeto de residir en ella temporalmente con fines de descanso" (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2007). En el 2007 se pensó que las segundas viviendas podrían incentivar la inversión "para el establecimiento como residentes de pensionados y rentistas extranjeros". Algunos países como Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Honduras y República Dominicana, México, Uruguay y España han establecido exenciones tributarias para este tipo de compras. El Conpes 3486 de 2007 estudió la posibilidad de que Colombia pudiera ser un potencial para el desarrollo de este mercado de inmuebles destinados a vivienda urbano-turística internacional de pensionados y rentistas en el exterior (Conpes, 2007).

[349] El Estatuto del Consumidor ha circunscrito su objeto a las "relaciones de consumo" las cuales cobijan no solamente relaciones contractuales con lo cual se "superan las limitaciones del concepto 'contrato', abarcando otras situaciones que exceden el marco del consumo pero que quedan atrapadas en la definición de 'relación de consumo' (…) El hecho social del consumo es el bien jurídico tutelado, sin necesidad de que dicho acto sea enmarcado dentro de un contrato. Existen infinidad de situaciones no contractuales que, sin embargo, quedan comprendidas dentro de la ley de defensa del consumidor" (Shina, 2017, p. 23).

[350] A diferencia del anterior estatuto contenido en el Decreto 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011 define al producto como "todo bien o servicio" y menciona expresamente a los inmuebles al definir producto defectuoso como "aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho" (artículo 5º).

[351] El Estatuto del Consumidor define al consumidor como "Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada

una necesidad propia, privada, familiar o doméstica, iv) mediante la adquisición de un inmueble, v) a un profesional[352]. El Estatuto se concentra en la responsabilidad por daños por producto defectuoso[353] y en esa medida señala que la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por 10 años y 1 año para los acabados[354]. Estas reglas no establecen una protección específica a los consumidores de inmuebles para vivienda. La aplicación del Estatuto se realiza para toda clase de inmuebles por lo cual, para efectos de la protección, ser dueño de un inmueble habitacional no es diferente a la adquisición de bienes destinados a otros usos.

Los recurrentes problemas con los que se enfrentaban los compradores luego de la entrega de los inmuebles nuevos debido a la mala calidad de las edificaciones[355] motivaron la expedición de la Ley 1796 de 2016, la cual se aplica exclusivamente a los compradores de viviendas nuevas[356]. Esta ley tiene como antecedente la ocurrencia de un caso trágico: el

intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario" (artículo 5).

[352] En la relación de consumo participan en el extremo del vínculo, los proveedores o productores quienes se caracterizan por realizar su actividad de manera habitual. Este requisito ha recibido críticas en tanto podría implicar la desprotección de los consumidores cuando contratan con un no profesional: "la ley quiso incluir a los proveedores profesionales y excluir a aquellas personas que solo ocasionalmente actúan como productores o expendedores de bienes o servicios. Sin embargo, esa limitación legal es incomprensible y perjudicial para los usuarios. La finalidad del estatuto de los consumidores es amparar a los usuarios: si ellos fueron perjudicados por un vendedor ocasional, deben tener los mismos amparos que un consumidor afectado por un proveedor profesional" (Shina, 2017, p. 54).

[353] Los Códigos de derecho privado consagran la garantía de vicios y el Código de Comercio consagró la garantía de buen funcionamiento. En estas dos figuras el comprador tiene que demostrar que el vicio existía al tiempo del contrato y que lo hacía impropio para el uso. Además de la carga de demostrar tales asuntos, el comprador solo puede solicitar por la acción de vicios ocultos la rescisión o resolución del contrato o la rebaja del precio (artículo 1914 de Código Civil y artículo 934 del Código de Comercio) y en el caso de la garantía de buen funcionamiento del Código de Comercio la indemnización de perjuicios (artículo 932 del Código de Comercio).

[354] El Decreto 735 de 2013 establece un procedimiento especial para hacer efectiva la garantía sobre bienes inmuebles. Al constructor además de las normas generales de responsabilidad, le resultan aplicables una serie de normas especiales que para la construcción de una edificación establece el Código Civil. Así mismo, los códigos de derecho privado han establecido la acción redhibitoria en cabeza del comprador.

[355] Las reglas para la protección de los compradores cambian cuando se trata de viviendas usadas. En general, la política de vivienda se ha enfocado en programas para la adquisición de vivienda nueva.

[356] Ni esta regulación ni el Estatuto del Consumidor se preocupa de manera específica por las adquisiciones de inmuebles usados en las cuales podría configurarse una relación de consumo. La Ley 1480 del 2011 incluyó algunas disposiciones que regulan las relaciones de consumo sobre productos usados, pero no incluyó reglas particulares sobre inmuebles. Así, señala por ejemplo en el artículo 8º: "Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses".

desplome de una torre de apartamentos en el conjunto residencial Space en Medellín. El 12 de octubre de 2013 una etapa de 23 pisos y 4 sótanos del conjunto residencial se desplomó luego de que fuera evacuada el día anterior debido a importantes problemas estructurales. Murieron 12 personas que trabajaban en la revisión de la estructura (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 66, 3 de enero de 2017).

Esta tragedia mostró la indefensión de los compradores de vivienda y la necesidad de intervenir en la actividad de las constructoras y los promotores inmobiliarios y de robustecer las funciones de entidades como las curadurías y las alcaldías. De esa forma, la ley modificó normas relacionadas con requisitos para construcción de viviendas y funciones de las autoridades municipales en relación con estas actividades y, al referirse a la protección al comprador de vivienda, simplemente estableció que, sin perjuicio de la garantía legal del Estatuto del Consumidor, "el constructor o el enajenador de vivienda nueva deberán amparar los perjuicios patrimoniales a los que hace referencia la presente ley a través de su patrimonio, garantías bancarias, productos financieros o seguros, entre otros" (artículo 8º). Esta determinación no implica una gran transformación en la protección a los consumidores de vivienda nueva. La obligación de cubrir perjuicios patrimoniales por defectos en la construcción existe desde la expedición del Código Civil, que establece la garantía decenal del artículo 2060 en el contrato de obra, la cual fue ratificada por el Estatuto del Consumidor. El avance de la Ley 1796 de 2016 está relacionado con la consagración de algunos mecanismos que garantizarían el pago de los perjuicios patrimoniales derivados de defectos en la construcción. Así, se establece que el gobierno debe regular las garantías para el pago, las cuales podrán ser patrimonio, garantías bancarias, productos financieros o seguros.

En todo caso, estas reglas sobre protección a los compradores de vivienda no están preocupadas por la titularidad del derecho a la vivienda. En efecto, la Ley 1796 también se aplica incluso a las personas naturales o jurídicas que compran viviendas para darlas en tenencia, pues no hace distinción entre categorías de compradores[357]. Así que, bajo esta

[357] Las adquisiciones de inmuebles para arrendar se consideran no mercantiles lo mismo ocurre con el arrendamiento subsiguiente en virtud de lo dispuesto en artículo 20 numeral 3 del Código de Comercio que

regulación, los derechos de los compradores no se relacionan inmediatamente con el derecho a la vivienda, lo que no significa que indirectamente protejan a los compradores que adquieran con el objetivo de vivir en el inmueble comprado. Ahora bien, las reglas que protegen al comprador de inmuebles destinados a vivienda no han tenido como eje de protección al derecho a la vivienda sino más bien la consideración de que quien adquiere un inmueble, hace una inversión considerable. Esta ley se concentró en establecer las consecuencias por la venta de inmuebles nuevos defectuosos, por lo que han analizado en mayor medida aspectos relacionados con la calidad de la construcción.

incluye como mercantiles la adquisición de bienes muebles para arrendar, pero no la de inmuebles. Así que por ello se han considerado operaciones no mercantiles de manera objetiva. "Así mismo, por el criterio de accesoriedad dicho negocio puede ser de índole mercantil, cuando lo celebra un comerciante para satisfacer las necesidades de su actividad empresarial" (Castro, 2016, p. 28).

CONCLUSIONES

I PARTE

En Colombia, al menos desde la segunda mitad del siglo XX se ha mantenido la idea de vincular a la vivienda con la propiedad que se adquiere mediante financiación bancaria. Por ello, los éxitos y fracasos en materia habitacional están vinculados con la historia del crédito hipotecario y con el papel del Estado en las relaciones negociales que permiten el acceso a un lugar para vivir.

Entre la década de los treinta y comienzos de los setenta, el Estado fue el actor más importante en la construcción y financiación de vivienda y para cumplir sus funciones, se crearon varias instituciones estatales que construían, vendían a plazo y concedían crédito para la compra de vivienda como el Banco Central Hipotecario, el Instituto de Crédito Territorial, la Caja de Vivienda Popular, la Caja de Vivienda Militar, el Fondo Nacional del Ahorro, las Cajas de Vivienda y la Caja Agraria para el sector rural.

Además del diseño institucional, el rol activo del Estado se manifestó en el intervencionismo regulatorio en los contratos de arrendamiento y de crédito para vivienda. Tal intervención es defendida en el marco de la función social del contrato defendida por movimientos que pretendían humanizar el derecho privado liberal. Así, el Estado, además de tener el papel de proveedor de subsidios, ocupaba roles centrales en los contratos que permitían el acceso a la vivienda.

Entre 1972 y el final de la década de los años noventa la política sobre vivienda tenía como propósito que las actividades de producción, financiación y adquisición de vivienda lideraran la economía por lo que el Estado incentivó la creación de instituciones bancarias particulares como las Corporaciones de Ahorro y Vivienda encargadas de atraer el ahorro privado y dirigirlo a la construcción de vivienda no subsidiada producida por constructoras

privadas. Esas entidades coexistieron con entidades estatales que se habían creado desde la primera mitad del siglo XX por lo que, en este periodo, los roles relacionados con la construcción y financiación de vivienda estuvieron a cargo tanto de particulares como de entidades estatales.

En la última década del siglo XX se configuró la anatomía del modelo que concentra el acceso a la vivienda en el mercado. Este modelo fue el resultado de múltiples hechos locales y globales que coincidieron como ingredientes para la consagración de una estructura de acceso a la vivienda en la que los protagonistas de las transacciones contractuales para el acceso a la vivienda son los particulares y en la que los ciudadanos propietarios de vivienda son a su vez consumidores de crédito hipotecario. Incluso la Constitución coincidió con la política habitacional de inicios de los años noventa de concentrar el acceso a la vivienda en el mercado y por ello, al reconocer el derecho a la vivienda menciona a la financiación a largo plazo como el medio para alcanzar este derecho.

Esa política quedó reflejada en la Ley 3ª de 1991, la cual reorientó el modelo de acceso a la vivienda hacia un esquema de subsidios para el mercado. Esta ley creó el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social y, entre otros asuntos, descansó en la idea según la cual el acceso a la vivienda se logra mediante la compraventa como típico contrato de adquisición por lo que concibió al subsidio familiar como un aporte estatal en dinero o en especie para quienes carecen de recursos suficientes para comprar una vivienda. En este modelo se conjugan ahorro, subsidio y crédito para la adquisición de la propiedad de la vivienda bajo la idea de que los recursos conformados por el ahorro y el subsidio incentivarían al sector financiero privado a otorgar crédito a largo plazo para la adquisición de vivienda. Así, a diferencia del anterior esquema en el que el gobierno con recursos públicos construía y financiaba la compra de vivienda con bajas tasas de interés, este modelo pretende subsidiar directamente la demanda de la población con menores ingresos para que tenga la capacidad económica de celebrar contratos de adquisición de viviendas provistas por el sector privado.

Con la crisis hipotecaria de 1999, el propietario endeudado comenzó a tener un lugar en la agenda política al ser reconocido como víctima del modelo de financiación de

vivienda. Aunque las decisiones sobre la emergencia económica y social tomadas por el gobierno consideraron que tanto los consumidores de crédito como las entidades financieras habían resultado afectados con la crisis, la Corte Constitucional se concentró en los deudores, quienes, al ser atraídos hacía el sistema de financiación para la adquisición de vivienda, se enfrentaban a créditos impagables que afectaban la conservación de su vivienda. Como ello ocurrió por los cambios en las fórmulas para medir el valor de los créditos, los deudores, según lo consideraba la Corte, eran los actores que en mayor medida habían resultado perjudicados con la crisis.

La protección a los consumidores con las herramientas utilizadas por la jurisdicción constitucional ha sido posible debido a los desarrollos relacionados con la naturaleza, contenido y exigibilidad del derecho a la vivienda. En una primera etapa jurisprudencial, la Corte Constitucional consideró que el derecho a la vivienda no otorgaba un derecho subjetivo y que, al tener naturaleza asistencial de desarrollo progresivo, no podía ser exigible al Estado, pues este solo estaba obligado a hacer esfuerzos para crear políticas públicas. Posteriormente, algunas decisiones consideraron que la ubicación del derecho a la vivienda en el capítulo de derechos sociales de la Constitución resultaba insuficiente para una completa caracterización de su alcance. Tales decisiones exploraron las posibilidades de justiciabilidad de la vivienda con instrumentos externos al derecho a la vivienda. Valiéndose de herramientas interpretativas como la conexidad con derechos fundamentales y la inclusión de la vivienda en el concepto de mínimo vital, las sentencias comenzaron a ordenar la protección de la vivienda en relaciones contractuales al desligar la categoría de derecho social de la imposibilidad de exigibilidad inmediata, lo cual ha incidido en la activación del litigio constitucional por parte de los consumidores.

Ahora bien, desde la perspectiva legal, además de la entrada en vigencia de la ley marco de vivienda, lo corrido del siglo XXI se caracteriza por una importante producción normativa que cobija 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, el leasing, 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 vivienda.

La política habitacional postcrisis fundada en la idea de "todos propietarios" siguió profundizando el modelo de mercado mediante la financiación de vivienda. Los planes de gobierno 2002-2010 reacomodaron el modelo sobre los paradigmas tradicionales de crédito y propiedad y realizaron importantes cambios institucionales y normativos que profundizaron la eliminación de la participación del Estado en las actividades de financiación y construcción de viviendas. Dadas las dificultades que demostró el esquema para quienes no pueden ingresar al mercado debido a que no tienen capacidad de ahorro, ni de endeudamiento, los últimos planes de desarrollo han diversificado los incentivos para el acceso al crédito y han creado diversas herramientas diferenciales dependiendo de la vulnerabilidad de los sujetos.

II PARTE

UN MARCO CONTRACTUAL PARA LOS DERECHOS HABITACIONALES

LA CONSTRUCCIÓN DE LAS REGLAS

INTRODUCCIÓN

La primera parte de este trabajo identificó cómo la figura del consumidor de vivienda se ha construido a través de las políticas habitacionales, la regulación y las decisiones judiciales que lo consideran titular del derecho a la vivienda. Ahora, como se verá en esta parte, ese sujeto ha sido el centro de un marco regulatorio atravesado por el derecho del consumo y el derecho constitucional, cuyos desarrollos en lo corrido de este siglo consideran que el Estado, en su rol de regulador, es determinante en la protección de quien accede a una vivienda.

Las reglas de protección contractual que se examinarán en los siguientes capítulos han sido creadas a partir de una perspectiva que considera que el significado de los derechos, su y exigibilidad no se limita a la interpretación literal de su texto en la Constitución. Así, luego de considerar que el derecho a la vivienda no otorgaba un derecho subjetivo (T-251 de 1995, T-203 de 1999); que era un derecho asistencial de desarrollo progresivo (T-423 de 1992, T-382 de 1993, T-495 de 1995, T-258 de 1997) que "solo produce efectos una vez se cumplan ciertas condiciones jurídico-materiales que lo hacen posible" (T-251 de 1995), la Corte Constitucional comenzó a considerar que el texto del artículo 51 y su ubicación como derecho social resultaban insuficientes para una completa caracterización de la vivienda.

Para identificar las funciones del Estado frente a la vivienda y concretar el contenido del derecho, la Corte ha acudido a algunos instrumentos internacionales y a corrientes teóricas[358] que abogan por desligar la categoría de derechos sociales de la idea según la cual

[358] La Corte Constitucional se ha apoyado en diversas teorías que han abogado por desligar la categoría de derechos sociales como derechos de prestación frente a derechos civiles tradicionalmente identificados como derechos de los que surgen obligaciones negativas y en ese sentido, en mayor medida justiciables. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha seguido los estudios de Abramovich y Courtis (2002), en especial, su tesis según la cual el Estado tiene obligaciones positivas y negativas frente a los derechos sin importar la categoría que le asignen las Constituciones como derechos civiles y políticos o derechos sociales. Algunas de las numerosas

a estos corresponden básicamente obligaciones de medio o de prestación que serían difícilmente justiciables. Así, siguiendo lo indicado en instrumentos como la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC, 1991) y la Estrategia Mundial de Vivienda (ONU, 1988), la Corte Constitucional ha señalado que el contenido del derecho a la vivienda se manifiesta en diversos derechos habitacionales, algunos de los cuales, tocan asuntos contractuales relacionados con el acceso y con la conservación de la tenencia de vivienda, los cuales conllevan diversas obligaciones estatales de respeto, protección y satisfacción que pueden ser cumplidas mediante la regulación del mercado habitacional.

Bajo el supuesto según el cual, los contratos constituyen un instrumento central para permitir o negar el derecho a la vivienda de los individuos, algunas herramientas que ofrece el derecho del consumo han tenido aplicaciones concretas en casos en los cuales la finalidad de la celebración de un contrato es que las personas puedan disfrutar de una vivienda. Ello ha ocurrido con figuras como la libertad de contratar, el derecho a la información, la interpretación más favorable de la regulación legal y de las condiciones contractuales, las condiciones uniformes en los contratos de adhesión, la ineficacia de las cláusulas abusivas, la prohibición de prácticas abusivas, las obligaciones de renegociar las condiciones económicas de los contratos, el respecto al acto propio.

De esa forma, los siguientes capítulos estudian cómo el modelo de acceso a la vivienda, el cual fue analizado en el primer capítulo, ha generado la expedición de reglas contractuales relacionadas con la protección de los titulares del derecho a la vivienda en las facetas de consumo que fueron examinadas en el segundo capítulo. Para alcanzar ese objetivo, el trabajo toma dos aspectos fundamentales en la concepción del derecho a la vivienda: las obligaciones exigibles que de este se derivan y su contenido y, aborda cada uno de estos aspectos abstrayendo la forma en la que se materializan en reglas contractuales

sentencias que citan la perspectiva de estos autores para respaldar las razones de la decisión al analizar derechos sociales son: T-164 del 2013, T-774 del 2015, T-256 del 2015, T-128 del 2015, SU-023 del 2015, T-826-14, SU-023 del 2015, T-826 del 2014, T-645/13, T-175-13. Específicamente en materia de vivienda, la Corte ha citado a estos autores en las sentencias: T-331 del 2011, T-152 del 2008, T-585 del 2006, T-403 del 2006.

específicas[359]. Siguiendo esa línea metodológica, esta parte se divide en dos capítulos que corresponden al tercero y cuarto de este trabajo.

Así, el tercer capítulo, denominado "el esquema regulatorio para la protección contractual de los consumidores titulares del derecho a la vivienda", identifica a los actores y los procedimientos para la creación del derecho contractual en el marco de las obligaciones estatales de respeto, protección y satisfacción del derecho a la vivienda y delimita los estándares que este derecho les impone en relación con la construcción de un derecho contractual acorde con una vivienda digna y adecuada.

El último capítulo de este trabajo, a modo de conclusión, identifica las reglas contractuales que desarrollan los estándares creados por el derecho a la vivienda. Así, el cuarto capítulo, que lleva por nombre "el contrato como escenario de reivindicación del derecho a la vivienda", evidencia la relevancia que los derechos habitacionales han tenido en la construcción de la perspectiva que sobre el derecho contractual es defendida en la jurisprudencia constitucional y la cual, ha tenido impacto en las decisiones legislativas. De esa forma, este texto termina con la presentación de las historias que explican los mecanismos contractuales concretos que han sido impactados por el derecho a la vivienda.

[359] Los campos de batalla de los consumidores de vivienda son muchos: la posibilidad de encontrar procedimientos efectivos y gratuitos para la solución de sus problemas individuales o colectivos, la protección frente a la publicidad, el respeto a la privacidad, las formas de atribución de responsabilidad de los proveedores, la existencia de permisos de operación, las estadísticas públicas sobre quejas, las formas de supervisión de los empresarios, licencias, etc. Por ello, es conveniente reiterar que este trabajo se concentra únicamente en los negocios sobre los que se han creado reglas particulares de protección contractual a partir de la interpretación del derecho a la vivienda.

TERCER CAPÍTULO

EL ESQUEMA REGULATORIO PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES TITULARES DEL DERECHO A LA VIVIENDA

SUMARIO

Consideraciones preliminares. Un sujeto y diversos sistemas de protección. ***1.*** *LA FE EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS.* ***1.1.*** *Instrumentos normativos para la protección de los consumidores: las propuestas globales y su impacto local.* ***1.2.*** *Obligaciones estatales de regulación: la perspectiva de los derechos sociales.* ***1.3.*** *La regulación como mediación entre el mercado y los derechos sociales.* ***1.4.*** *Las formas de creación del derecho contractual de la vivienda: los problemas de competencia.* ***2.*** *ESTÁNDARES REGULATORIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE VIVIENDA.* ***2.1.*** *El encuentro entre los instrumentos internacionales en materia de derecho a la vivienda y el derecho contractual local.* ***2.2.*** *Un menú de posibilidades contractuales.* ***2.3.*** *La efectividad de los derechos como parámetro de la regulación.* ***2.4.*** *La prohibición de reducir los niveles de protección legal de los consumidores de vivienda.* ***3.*** *EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO JUEZ Y REGULADOR EN ASUNTOS CONTRACTUALES SOBRE VIVIENDA.* ***3.1.*** *Los reclamos para la protección del derecho a la vivienda en escenarios contractuales.* ***3.2.*** *La indefensión como categoría en disputa: de la generalización a la identificación de consumidores especialmente débiles.* ***3.3.*** *La desconfianza en la jurisdicción ordinaria de consumo.* ***3.4.*** *Los dilemas del regulador y las críticas a la intervención de la Corte Constitucional.*

Consideraciones preliminares.

Un sujeto y diversos escenarios de regulación

La identificación de un sujeto que además de ser consumidor, es destinatario de las decisiones públicas sobre el mercado habitacional y titular del derecho a la vivienda explica por qué las reglas sobre sus relaciones contractuales tocan aspectos vinculados tanto con derechos sociales como con el derecho del consumo. En relación con los primeros, las Observaciones Generales 4 y 7 (CDESC, 1991, 1997) y la Estrategia Mundial de Vivienda (ONU, 1988) han servido como parámetros para que los adjetivos 'digna' y 'adecuada' que acompañan a la consagración constitucional del derecho a la vivienda importen en la determinación de reglas específicas en materia contractual. Tales instrumentos internacionales han sido utilizados como parámetro de constitucionalidad de normas sobre asuntos contractuales[360] y como herramienta interpretativa en relaciones negociales concretas[361]. Por otra parte, desde la perspectiva del derecho del consumo, se ha considerado que el Estado, al desarrollar los derechos de los consumidores reconocidos en la Constitución, debe considerar que éstos son sujetos que merecen una protección especial[362].

De esa forma, tanto los adelantos en materia de derechos sociales como los relacionados con los derechos de los consumidores han permitido la configuración de un

[360] Las Observaciones Generales han servido como parámetro de constitucionalidad en las sentencias C-370 de 2014, C-444 de 2009, C-936 de 2003.
[361] Estos instrumentos han sido citados para construir la *ratio decidendi* de por lo menos las siguientes sentencias: p. ej.: T-035 de 2017, T-492 de 2014, T-314 de 2012, T-530 de 2011, T-544 de 2009, T-1017 de 2007, T-585 de 2006, T-403 de 2006, T-1318 de 2005.
[362] Esta consideración es reiterada en las sentencias C-1141 de 2000, C-909 de 2012, C-313 de 2013, C-133 de 2014, en las cuales la Corte Constitucional ha examinado normas relacionadas con la protección de los consumidores.

régimen particular en materia contractual y por ello, el estudio del consumidor y de las consecuencias regulatorias de su reconocimiento como titular de derechos humanos obliga a examinar la intersección de estos dos ámbitos en el marco de la política estatal sobre el acceso a bienes básicos. Al respecto, se ha indicado que:

> "En el vasto espectro de la protección de los derechos del consumidor como derecho humano, las acciones estatales en salvaguarda de este derecho deben ser analizadas en el marco de la interdependencia que existe entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico" (Tambussi, 2014, p. 100).

Así las cosas, los contratos de vivienda se sitúan en diversos escenarios regulatorios que pasan por el derecho a la propiedad, las libertades económicas, la democratización del crédito, la intervención del Estado en actividades de interés público, la función social de la propiedad y del contrato y el derecho a la vivienda. Como se ha mencionado, esa confluencia de escenarios es el resultado del modelo en el que el Estado pasó a ser un regulador, con lo cual, las herramientas para proteger los derechos de quienes satisfacen sus necesidades básicas en el mercado toman gran relevancia. La relación entre el papel regulador del Estado y la protección a los derechos es explicada así:

> "En la transformación contemporánea del papel del Estado de intervencionista a regulador, los mecanismos de protección de los derechos aparecen como uno de los principales medios para mantener la vigencia de los contenidos del Estado social, teniendo en cuenta que la exigibilidad de los derechos ya no se predica directamente de entidades públicas prestadoras, sino de particulares habilitados para ese propósito, respecto de cuya actividad el Estado se limita a ser el árbitro de la relación entre el mercado y la sociedad a través de la regulación" (Restrepo y López, 2012, p. 180).

Así las cosas, se ha considerado que quien diseña las reglas sobre la formación, contenido obligacional, garantías, causales de terminación de los contratos de vivienda, etc.

no puede desvirtuar los parámetros que los desarrollos del derecho del consumo y del derecho a la vivienda imponen. En ese sentido, este capítulo identifica las razones para considerar que el Estado puede diseñar mejores contratos que los que ofrece el mercado y analiza los estándares que les son impuestos al regulador desde el enfoque de los derechos de los consumidores como titulares del derecho a la vivienda. Este capítulo analiza a la regulación desde una perspectiva amplia entendida como la intervención del Estado mediante reglas creadas por el legislador, el ejecutivo o los jueces para regular la conducta de quienes intervienen en las relaciones privadas negociales que se realizan en el mercado inmobiliario y financiero[363]. Así, la expresión "regulación" no se emplea en este trabajo como es usualmente empleada en el derecho administrativo para hacer referencia al poder reglamentario del ejecutivo, sino que se entiende acá como la intervención proveniente de diferentes autoridades estatales que limita la autonomía contractual en los negocios de vivienda[364].

Para alcanzar ese objetivo, este capítulo se divide en tres partes. La primera, presenta las razones por las cuales la regulación de las relaciones contractuales es presentada es defendida como el instrumento adecuado para proteger los derechos que se disputan en el mercado **(1).** En segundo lugar, se identifican los parámetros que el contenido del derecho a la vivienda impone a quienes actúan como reguladores **(2).** Por último, se analizan las razones por la cuales el juez constitucional ha ocupado un papel preponderante en la creación de reglas en materia de contratos de vivienda **(3)**.

[363] La obligación de regular hace que el Estado tenga el papel de garante de los derechos de los individuos frente a los particulares que actúan en el mercado ofreciendo bienes y recursos necesarios para el acceso a derechos.

[364] En relación con los múltiples significados y alcances de la expresión "regulación" puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N. 11001-03-06-000-2016-00066-00. 14 de septiembre de 2016. C.P. Édgar González López.

1. La fe en la regulación de los contratos

Algunos instrumentos internacionales tanto de derecho del consumo **(1.1)** como de derechos sociales **(1.2)** han considerado que quienes prestan servicios financieros e inmobiliarios no tienen incentivos importantes para proteger autónomamente al consumidor en los contratos que predisponen y que, por ello, es necesaria la intervención regulatoria del Estado **(1.3)**, quien está obligado a establecer una estructura regulatoria, que en Colombia y por lo menos en materia financiera, está radicada en varias autoridades **(1.4.)**.

1.1. Instrumentos normativos para la protección de los consumidores: las propuestas globales y su impacto local

Una década después de la crisis y debido a compromisos asumidos para la liberalización de servicios financieros en el marco de tratados de libre comercio[365], se expidió la Ley 1328 del 2009, la cual contiene un régimen particular de protección al consumidor financiero[366]. Esta ley, permeada por las preocupaciones globales que aparecen con la crisis hipotecaria del 2008 que tuvo como epicentro a los Estados Unidos, incluyó importantes herramientas para la protección especial de los consumidores financieros.

[365] La exposición de motivos del proyecto de ley que terminó con la promulgación de la Ley 1328 del 2009 en la cual se incluyen el régimen de protección al consumidor financiero indicó: "Bajo la estrategia de liberalización de mercados, el país ha adquirido, y eventualmente seguirá haciéndolo, compromisos en materia de liberalización de servicios financieros, para cuya implementación se han acordado periodos de tiempo razonables con el ánimo de efectuar los ajustes regulatorios necesarios y otorgar un compás de espera a la industria nacional, con el fin de que pueda prepararse adecuadamente para afrontar con éxito los retos venideros. Así las cosas, el Gobierno Nacional considera pertinente aprovechar la reforma propuesta para efectuar las modificaciones a la normativa financiera que expresamente desarrolla tales compromisos presentes y venideros. Colombia, en virtud del TLC con Estados Unidos, y de acuerdo con la estrategia negociadora adoptada para las demás negociaciones en curso, tanto en materia de seguros y servicios relacionados, como en materia de servicios bancarios y demás servicios financieros, asumirá obligaciones de apertura relativas" (Congreso de la República, Gaceta 138 de 2008).

[366] Algunos avances en materia de protección contractual al consumidor financiero se encontraban en la Ley 795 de 2003, en la cual se estableció que las entidades financieras tienen el deber de suministrar información a los consumidores, deben actuar con debida diligencia y no utilizar cláusulas abusivas.

De esa forma, estas normas sobre el consumidor financiero renuevan el enfoque de regulación y lo orientan hacia la generación de confianza de parte de los consumidores que acceden a productos complejos como los financieros. Al respecto se explica en el documento "G20 high-level principles on financial consumer protection" que:

> "Este renovado enfoque normativo y regulatorio sobre la protección financiera de los consumidores se debe, entre otras cosas, a la mayor transferencia de oportunidades y riesgos a particulares y hogares en diversos segmentos de servicios financieros, así como a la creciente complejidad de los productos financieros y al rápido cambio tecnológico" [Traducción libre] (OCDE, 2011).

Luego de la crisis económica del 2008 varios instrumentos internacionales[367] han resaltado la necesidad de que los países implementen medidas que van desde la prevención mediante la educación financiera[368] y la imposición de obligaciones a los consumidores de informarse[369] hasta la determinación de una infraestructura institucional con capacidad para formular políticas, sancionar a las entidades bancarias y atender las reclamaciones de los usuarios que celebran estos especiales y complejos contratos que metafóricamente toman el nombre de "productos financieros":

[367] En ese sentido pueden consultarse diversas directrices publicadas por organismos internacionales: "Capacidades financieras en Colombia" (Banco Mundial, 2013); "The case for financial literacy in developing countries" (Banco Mundial, 2009); "The ABCs of Financial Education: experimental evidence on attitudes, behavior, and cognitive biases" (Carpena; Cole; Shapiro y Zia, 2015); "Guidelines on financial education at school" (OCDE, 2012); "Recommendation on Good Practices for Financial Education and Awareness relating to credit" (OCDE, 2009); "Recommendation on Principles and Good Practices for Financial Education and Awareness" (OCDE, 2005) y "Educación financiera: un camino hacia la inclusión" (BID, 2012).

[368] Todas estas medidas han tenido impacto normativo en Colombia. En el 2014 se dictó el Decreto 457 "por el cual se organiza el Sistema Administrativo Nacional para la Educación Económica y Financiera y crea la Comisión Intersectorial para la Educación Económica y Financiera". Sobre la política en materia de educación financiera puede consultarse el documento del Ministerio de Educación Nacional (2014) "Mi plan, mi futuro, mi vida: orientaciones pedagógicas para la educación económica y financiera".

[369] De esa forma, entidades de supervisión como la Superintendencia Financiera empiezan a tomar la protección del consumidor como una de sus principales funciones. Ello puede explicarse a partir de uno de los principios globales de protección: "Los marcos tradicionales de regulación y supervisión adoptados por los órganos de supervisión contribuyen a la protección de los consumidores, lo que se reconoce con frecuencia y cada vez más como un objetivo principal de estos organismos, junto con la estabilidad financiera" (OCDE, 2011).

> "La palabra 'producto', originalmente utilizada para designar bienes materiales, se ha convertido en una metáfora utilizada para indicar 'productos financieros'. En esta era de financiación, las técnicas contractuales sustituyen a la tecnología industrial. Los productos financieros se crean y existen solo como resultado del uso experto de conceptos jurídicos. En otro tiempo, los contratos se usaron para la circulación de bienes, pero hoy se usan para la creación de productos financieros. Una disposición astuta de palabras puede crear riqueza (porque los contratos se hacen con palabras). La alquimia de antaño fracasó en su objetivo de hacer oro de la nada; la nueva alquimia jurídica ha alcanzado este objetivo" [Traducción libre] (Galgano, 1995, p. 99).

Ahora bien, de conformidad con la orientación global poscrisis, ofrecer a quienes acceden a los productos financieros la seguridad de que cuentan con herramientas para salvaguardar sus intereses contribuiría al mejor funcionamiento del mercado en tanto con ello se "promueve la estabilidad financiera, el crecimiento, la eficiencia y la innovación a largo plazo" (OCDE, 2011). Así, las reglas de protección al consumidor se ubicarían como una categoría del derecho de los mercados (Stoffel, 2013, p. 76), pues tendrían como objetivo incentivar al consumidor, como sujeto económico[370], a realizar transacciones y ello significaría que las relaciones contractuales son importantes no por su individualidad

[370] El ejemplo paradigmático de la regulación que va dirigida al mercado es la legislación de defensa de la competencia, la cual está concebida con un propósito diferente al del derecho del consumo, pues regula la forma en que las empresas compiten entre sí. En todo caso, esa regulación podría tener como efecto el bienestar de los consumidores pues "promueve un comportamiento competitivo (rivalidad, comportamiento independiente e incentivos para hacer mejores ofertas de bienes y servicios) que da lugar a diversas alternativas y opciones de bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores" (ONU, 2016). Así, protege el interés general del consumo pues "cumple su labor promoviendo el interés de los consumidores no en el nivel de las transacciones individuales, sino en el del proceso de la competencia en el mercado de que se trate" (ONU, 2016). En el mismo sentido, se explica: "pasamos de un modelo empresarial o profesional de la competencia desleal que solo operaba entre empresarios competidores entre sí, a un modelo social, donde además de los empresarios o profesionales del comercio, resultan también protegidos los consumidores" (Tobar, 2016, p. 352).

sino por servir como eslabones para la realización de transacciones uniformes y multitudinarias[371].

En el año 2016 se actualizaron las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor que habían sido expedidas por primera vez en 1985 con el objetivo de ofrecer parámetros para que los Estados los adapten "a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales"[372]. Entre las necesidades de protección a los consumidores que las directrices buscan atender se encuentran: el acceso a bienes y servicios esenciales; la protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; la promoción y protección de sus intereses económicos; el acceso a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones (ONU, 2016).

Mientras tanto en el panorama local, un par de años después de la expedición de las normas sobre consumo en asuntos financieros y luego de varios intentos fallidos[373], se expidió el régimen general de protección de los consumidores en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista una regulación especial (Ley 1480 de 2011). Este estatuto recogió algunos adelantos incorporados en instrumentos adoptados en otros

[371] Stoffel explica al derecho del consumo como una categoría del derecho del mercado más que como una categoría del derecho que regula las relaciones particulares que celebran los consumidores: "El espíritu de ese derecho del consumo tendría como objetivo, no tanto la protección del individuo que lo requiere, sino reforzar la creencia de la colectividad de consumidores en una protección fuerte e indiscutible (automática) que los incite al consumo sin exceso de escrúpulos (Stoffel, 2013, p. 67).

[372] Las directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en 1985 (resolución 39/248 del 16 de abril), ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7 de 1999 (26 de julio de 1999) y revisadas nuevamente mediante la resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015.

[373] Con anterioridad al proyecto de ley que terminó convertido en el Estatuto del Consumidor (252 de 2011 Senado, 89 de 2010 Cámara), se habían realizado varios intentos con los Proyectos de Ley: 039/2010 Cámara y 251/2011 Senado, "por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo"; 144/2009, "por la cual se expide el Estatuto del Usuario y el Consumidor"; 351/2009 Cámara y 82/2008 Senado, "por medio de la cual se actualiza el Decreto 3466 de 1982"; proyecto de ley estatutaria 81/2003 Cámara, "por el cual se expide el Estatuto del Consumidor y del Usuario"; 115/2000 Cámara, 262/2002 Senado "Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y del Usuario".

sistemas[374] y también los desarrollos jurisprudenciales civiles[375] y constitucionales[376] sobre la materia.

Con la expedición de la mencionada ley se fortalecieron las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad dedicada a cumplir diversos roles para el buen funcionamiento del mercado, y a la cual le fue asignado como objetivo principal la defensa de los consumidores. Adicionalmente, la ley definió la calidad de consumidor, enlistó sus derechos y deberes, estableció un régimen de garantías, de responsabilidad objetiva por daños por productos defectuosos, obligaciones sobre la información y publicidad de proveedores y productores y un régimen de protección contractual que incluye reglas sobre interpretación, los efectos de las cláusulas abusivas y un listado de posibilidades procesales para la defensa efectiva de los consumidores[377].

El legislador en Colombia ha optado por expedir regulaciones autónomas de los códigos de derecho privado para la defensa de los consumidores. Y ello, que podría creerse

[374] En especial, han sido referentes para el desarrollo de la disciplina de derecho del consumo en Colombia los instrumentos expedidos en el ámbito europeo, los cuales regularon aspectos específicos de las relaciones de consumo como: publicidad engañosa (Directiva 2006/114/CE del 12 de diciembre de 2006), consumidores financieros (Directivas 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986, 2002/65/CE del 23 de septiembre de 2002 y 2009/111/CE del 16 de septiembre de 2009), cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CE del 5 de abril de 1993), contratos a distancia (Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997).

[375] La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió a varios asuntos relacionados con cláusulas abusivas, la responsabilidad de los productores y la definición del consumidor. Tales conceptos fueron incorporados en el Estatuto del Consumidor. Las sentencias más importantes sobre el particular son: 13 de diciembre de 2001, Exp. No. 6775, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 1º de junio de 2007, Ref: Exp. No.66001-3103-004-2004-00179-01. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda; 7 de febrero de 2007, Ref: Exp. No. 23162-31-03-001-1999-00097-01, M.P.: César Julio Valencia Copete; 4 de noviembre de 2009, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena; 24 de septiembre de 2009, Ref: Exp. 05360-3103-001-2005-00060-01. M.P.: César Julio Valencia Copete; 30 de abril de 2009, Ref. Exp. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena; 1 de septiembre de 2010, Ref.: Exp. No. 05001-3103-001-2003-00400-01. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

[376] La Corte Constitucional también tuvo un papel fundamental en la construcción de varios conceptos estructurales relacionados con la disciplina de los consumidores. Así, antes de la expedición del Estatuto del Consumidor, la Corte se había referido al tipo de la responsabilidad de los productores por los productos defectuosos y al carácter constitucional de los derechos de los consumidores (C-1141 de 2000), al derecho del consumo como derecho colectivo (T-466 de 2003), a las competencias administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio al desarrollar investigaciones de manera oficiosa relacionadas con la protección a los consumidores por la publicidad (T-145 de 2004).

[377] Giraldo (2002) señala sobre el particular: "la protección al consumidor abarca una extensa gama de derechos que conciernen a la mayoría (por no decir casi todas) las actividades mercantiles que realiza un ciudadano común. Es por ello que su finalidad es mantener la confianza del ciudadano en el mercado, y garantizar así un flujo de bienes y servicios en el mercado interno" (p. 14).

algo meramente técnico, le ha dado una independencia teórica a los presupuestos de las reglas que tienen como centro de protección a los consumidores[378]. Así, el derecho del consumo se presenta como un derecho que vela por un "orden económico colectivo" que refleja realidades específicas para relaciones "anónimas" en el mercado (Stoffel, 2013, p. 79) diferentes en asuntos fundamentales a las relaciones para las que están pensadas las regulaciones civiles y comerciales.

Así las cosas, la segunda década del siglo XXI ha sido una etapa caracterizada por la afirmación de que los consumidores merecen especial protección y por la abultada producción normativa en diversos niveles con enfoque de protección a sus derechos.

1.2. Obligaciones estatales de regulación: la perspectiva de los derechos sociales

El reconocimiento del derecho a la vivienda conlleva la existencia de múltiples obligaciones a cargo del Estado, algunas de las cuales involucran diversas medidas de intervención regulatoria en las relaciones negociales. Así, el derecho contractual se encuentra vinculado con obligaciones estatales de (i) protección**,** (ii) satisfacción (iii)[379] y respeto que revelan facetas vinculadas con la adopción de regulación.

[378] Sobre la fortaleza e independencia teórica del derecho del consumo se ha explicado: "Las reglas que el derecho del consumo consagra para el contrato ya no se inscriben en la filosofía del derecho común. Ellas pueden emplear procedimientos técnicos que se han inspirado en él pero su régimen tiende a diferenciarse de aquel en puntos que, aunque parecen de simple detalle, manifiestan en realidad la autonomía de la materia (…). Esta autonomía del derecho del consumo y de su código aparece legítima, ya que refleja la realidad específica de la materia: la distribución en masa no es una realidad enteramente idéntica a la de una operación hecha *sur mesure*, lo que hace que aparezca justificado que el derecho de contratos masivos no sea exactamente idéntico al derecho de ese contrato, si no negociado, al menos negociable, que contempla el Código Civil" (Stoffel, 2013, p. 79).

[379] Galvis (2014) ha incluido un cuarto tipo de obligaciones que ha denominado obligaciones de reparación las cuales son aplicables a las personas internamente desplazadas (págs. 125-144). Comoquiera que este tipo de obligaciones no se vincula con las reglas contractuales, esta investigación seguirá la tradicional clasificación tripartita dejando de lado las obligaciones de reparación que han surgido de la jurisprudencia constitucional, en especial de la sentencia T-025 de 2004, la cual declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de atención a la población que ha sufrido desplazamiento interno.

i) Las obligaciones de protección exigen al Estado impedir vulneraciones al derecho a la vivienda provenientes de las autoridades y de los particulares. Estas obligaciones conllevan la adopción de medidas inmediatas (artículo 2.1 del PIDESC), entre las cuales se encuentran, "en particular la adopción de medidas legislativas" (Observación General no. 3), "dirigidas a impedir interferencias arbitrarias en el disfrute del derecho a la vivienda por parte de terceros" (Observatorio DESC, 2008, p. 9) y "para cerciorarse de que los actores privados —verbigracia, los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios, los propietarios de tierras y las empresas— cumplan las normas de derechos humanos relativas al derecho a una vivienda adecuada" (ONU- Hábitat, 2010, págs. 35, 36). Así, se ha explicado que:

> "Los Estados deben, por ejemplo, reglamentar los mercados de la vivienda y los arrendamientos (…); garantizar que los bancos y las instituciones financieras concedan financiación para la vivienda sin discriminación; (…) velar por que los actores privados no lleven a cabo desalojos forzosos" (ONU-Hábitat, 2010, págs. 35 y 36).

ii) Las obligaciones de satisfacción, también llamadas de prestación, garantía, realización o cumplimiento implican actuaciones positivas para facilitar el acceso o proporcionar directamente cualquier clase de tenencia habitacional. Este tipo de obligaciones exigen que "el Estado facilite, propicie y haga cuanto esté a su alcance, para que las personas puedan gozar y realizar sus derechos" (Quinche, 2015, p. 96).

Algunas de las medidas para el cumplimiento de estas obligaciones son las que, en abstracto, se han considerado con mayor fuerza de desarrollo progresivo porque implicarían, en muchos de los casos, la destinación de dineros públicos mediante subsidios, construcción directa de inmuebles o cualquier otra medida que implique la utilización de recursos económicos.

De conformidad con la obligación de satisfacción, los Estados también deben, progresivamente y en la medida que se lo permitan sus recursos, proporcionar la infraestructura física necesaria para que la vivienda sea considerada adecuada y asegurar,

especialmente por medio de subsidios y otras medidas, una vivienda adecuada a las personas o grupos que, por motivos fuera de su control, no pueden disfrutar del derecho a una vivienda adecuada (ONU- Hábitat, 2010, p 36). Como ejemplos de estas medidas, la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos[380] incluye: la construcción pública de viviendas, el arrendamiento público, la creación de albergues, incentivos tributarios y subsidios que promuevan la celebración de negocios jurídicos en el mercado inmobiliario (ONU-Hábitat II, 1996).

Al analizar este tipo de obligación, la jurisprudencia ha reiterado que a las autoridades les corresponde, al menos, tener un plan para atender las necesidades habitacionales de las personas. Así, es indispensable que los Estados formulen políticas públicas y medidas legislativas administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción tendientes a la satisfacción de viviendas adecuadas, habitables, asequibles y provistas de seguridad jurídica en la tenencia, en los términos del PIDESC (Corte Constitucional, T-167 de 2016, T-035 de 2017). Así, los Estados deben, como mínimo, adoptar una política nacional que: defina los objetivos de desarrollo del sector de la vivienda, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles para lograr esos objetivos; exponga las responsabilidades y plazos para la aplicación de las medidas necesarias; dé seguimiento a los resultados; y asegure recursos adecuados para los casos de violaciones (ONU- Hábitat, 2010, p 36).

iii) Por último, la obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de una injerencia directa o indirecta en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada[381]. Así, está prohibido que las autoridades efectúen desalojos forzosos; nieguen la seguridad de la

[380] La Segunda Conferencia de la ONU para los Asentamientos Humanos se celebró en Estambul en junio de 1996. En esta conferencia se aprobó el Programa de Hábitat y la Declaración de Estambul mediante la cual los Estados se comprometen a tomar medidas para una lograr una vivienda adecuada para todos y asentamientos humanos sostenibles.

[381] Por ejemplo, los "Estados deben abstenerse de efectuar desalojos forzosos y demoler viviendas; de denegar la seguridad de tenencia a determinados grupos; de imponer prácticas discriminatorias que limiten el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio; de transgredir el derecho a la privacidad y la protección del hogar; de denegar la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio a determinados grupos; y de contaminar los recursos hídricos" (ONU- Hábitat, 2010, p. 35).

tenencia a determinados grupos; desarrollen medidas discriminatorias o regresivas afectando el nivel de protección de los derechos que se haya alcanzado.

Miloon Kothari, primer relator especial sobre una vivienda adecuada de la ONU, explicó en un informe presentado en 2008[382] que uno de los principales obstáculos para la realización del derecho a una vivienda adecuada es la falta de legislación que materialice el derecho a la vivienda como un derecho exigible:

> "[L]os gobiernos no han hecho los esfuerzos necesarios para reflejar estas obligaciones internacionales en su legislación nacional. Pese a la evidencia creciente de los órganos internacionales y regionales de derechos humanos, que confirman el derecho a la vivienda adecuada como un derecho exigible ante los tribunales, el marco legislativo y de política nacional y las decisiones de los tribunales en la mayoría de las jurisdicciones nacionales no abarcan las consideraciones de derechos humanos del derecho a una vivienda adecuada" (Kothari, 2008).

Como se analizará seguidamente, el desarrollo de cada una de esas obligaciones implica llevar a cabo medidas legislativas vinculadas con los contratos para el acceso a una vivienda[383].

[382] El informe presentado a la Asamblea General de la ONU se tituló: "Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto".

[383] También implica el compromiso de todos los órganos del Estado para lograr la eficacia de los derechos sociales. Al respecto, algunos han considerado que parece que la única comprometida con la protección a los derechos sociales es la Corte Constitucional: "el problema en Colombia es que la lucha por la protección de los derechos sociales en la que participa la CCC [Corte Constitucional Colombiana] ha sido casi todo el tiempo una lucha solitaria y aislada. Más allá de las voces procedentes de la sociedad civil y del mundo académico, que han recibido el trabajo de la CCC sobre estos asuntos con entusiasmo, los poderes ejecutivo y legislativo defienden con fuerza y promueven con determinación las políticas neoliberales" (Saffón, 2010, p. 84).

1.3. La regulación como mediación entre el mercado y los derechos sociales

La premisa de la cual parte el proteccionismo regulador y en la que coinciden los desarrollos del derecho del consumo y de los derechos sociales es la siguiente: dado que el mercado no puede satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, al Estado le corresponde inmiscuirse en el ámbito de libertad que entrega el derecho contractual a los particulares con el objetivo de corregir los desequilibrios que afectan o tienen la potencialidad de afectar a los consumidores[384]. Así, la regulación que establece mecanismos de tutela a los derechos sociales es una reacción a los postulados liberales según los cuales, "el libre juego de la oferta y la demanda, que implica la competencia entre sus participantes, garantiza que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades e intereses" (Bonilla, González y Crawford, 2008, p. 7).

De esa forma, el vínculo entre el mercado y los derechos sociales "se adentra en el discurso ideológico de la autonomía privada, el solidarismo económico y la conveniencia o no de la intervención del Estado y el derecho en las relaciones socioeconómicas" (Arango, 2012, p. 22). Ello explica por qué hablar del derecho a la vivienda implica pensar en normas que se dirigen a los particulares que intervienen en negocios inmobiliarios. Al respecto se ha indicado que:

> "Las modalidades contractuales de arrendamiento y de compra y venta de inmuebles con destino a la vivienda –sea urbana o rural–, así como los instrumentos jurídicos para financiar su adquisición o goce, están sujetas a disposiciones dirigidas, principalmente (y hoy por hoy) al sector privado. Son agentes privados quienes ofrecen bienes para arrendar o a la venta. Agentes que pueden ser comerciantes o sujetos a la ley

[384] La protección del consumidor como un asunto que ocupa un lugar en la esfera pública ha sido explicado por la Corte Constitucional así: "Los poderes públicos, en las instancias de producción y aplicación del derecho, en la permanente búsqueda del consenso que es característica del Estado social y misión de sus órganos, deben materializar como elemento del interés público que ha de prevalecer, el de la adecuada defensa del consumidor" (C-1141 de 2000).

> comercial o, bien, particulares sujetos a la ley civil" (Corte Constitucional, C-936 de 2003).

Al respecto, las declaraciones globales sobre derecho a la vivienda han considerado que para satisfacer las necesidades habitacionales de los "grupos desfavorecidos y vulnerables, a los que los mercados no sirven de forma adecuada, es necesaria la intervención del gobierno" (ONU-Hábitat, 1996). Ello explica por qué se habla de un Estado regulador en un contexto de economía de mercado:

> "En el Estado regulador moderno, el gobierno frecuentemente actúa de maneras diseñadas para transferir recursos de los sectores más ricos a los más pobres de sus sociedades. (…) El capitalismo moderno se ha convertido en sinónimo de intervenciones estatales redistributivas que coexisten con una economía de mercado" (Gregory y Peñalver, 2012, p. 105).

La obligación de adoptar medidas legislativas es mencionada también en los "Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (1997), en los que se señala que un Estado vulnera los derechos sociales cuando no regula "las actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales" (artículo 15).

De esa forma, se ha indicado que las autoridades deben actuar mediante la "reglamentación de los mercados de vivienda" para "revisar y ajustar periódicamente los marcos legislativos, financieros y normativos, incluidos los relativos a contratos" (ONU–Hábitat, 1996)[385]. Al referirse a los contratos de vivienda, la Corte Constitucional ha señalado que: "este tipo de relaciones contractuales, enderezadas a realizar el mandato del artículo 51 de la Carta (…) son objeto en grado superlativo de la intervención del Estado"

[385] El derecho a la vivienda se desarrolla mediante diversas leyes que tocan asuntos relacionados con los derechos de las personas sin hogar, las leyes de reforma urbana, los códigos civiles y penales, la regulación del uso del suelo, las normas de planificación, desarrollo y ambientales, de vivienda y de los códigos de construcción y las normas, las leyes relativas a los derechos de herencia de las mujeres, adquisición de terrenos y actos de expropiación, no discriminación, la igualdad de derechos, y las leyes de desalojo.

(T-423 de 2003)[386]. Y, al interpretar los derechos constitucionales de los consumidores, se ha indicado que, dado que la Constitución no determina supuestos específicos, "el programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato" (C-1141 de 2000).

Adicionalmente, al explicar por qué las condiciones de ejecución o de celebración de los negocios jurídicos sobre vivienda se encuentran "altamente intervenidas por el Estado", la Corte ha sido enfática en asegurar que la forma en la que se desarrollan las relaciones económicas en la práctica genera desequilibrios que requieren corrección. Así, ha indicado que la dinámica de las sociedades contemporáneas hace que los sujetos participantes en las actividades inmobiliarias estén "en capacidad de afectar, de manera igualmente favorable o desfavorable, los derechos constitucionales de los asociados" (C-936 de 2003). Frente a este panorama, la regulación se presenta como necesaria para corregir o restablecer el equilibrio entre los consumidores de derechos y el mercado, con lo cual, se "exige una acción positiva por parte del Estado en garantía de los consumidores, bajo el supuesto de que el mercado no puede garantizar en determinadas situaciones un consumo digno, lo que a la postre requiere la implementación de políticas de defensa efectiva del consumidor" (Arango, 2012, p. 22)[387].

La potencialidad de que en la celebración o ejecución de los contratos resulten afectados los derechos humanos de los consumidores ha servido como justificación para que en la actualidad los contratos de vivienda se caractericen por ser "dirigidos", en tanto obedecen en mayor medida a la intervención del Estado que a la autonomía contractual[388].

[386] Los postulados del liberalismo neoclásico abogaron por políticas de "disminución del gasto público, especialmente el destinado a financiar la seguridad social, y la neutralización de cualquier obstáculo que pueda afectar negativamente la libertad de empresa, por ejemplo, los monopolios, los derechos sindicales fuertes o los derechos de propiedad débiles" (Bonilla, González y Crawford, 2008, p. 7).

[387] En materia de vivienda refiriéndose a la situación estadounidense antes de la crisis habitacional del 2008, Holmes y Sunstein señalaron: "La tasa relativamente alta de viviendas ocupadas por sus propietarios en Estados Unidos es una creación no sólo de derechos conferidos por el gobierno sino también del sistema estadounidense de hipotecas, seguros y leyes fiscales. Ciertamente no es producto de la abstención gubernamental o el laissez-faire" (2011, p. 88).

[388] Así, la Corte ha explicado: "el otorgamiento y la aceptación de créditos por las entidades financieras para la adquisición y conservación de vivienda, mediante contratos de mutuo con garantía hipotecaria, no se rigen de manera absoluta por el principio de la autonomía de la voluntad sin limitación alguna, sino que ellos son contratos que han de obedecer a la intervención del Estado, esto es, que son contratos de los que la doctrina

En efecto, suele decirse que la regulación de las relaciones negociales "cobra especial relevancia en un contexto en el que muchas violaciones de los derechos habitacionales provienen no sólo del estado sino del mercado, es decir, no sólo de poderes públicos, sino sobre todo de agentes privados" (Pisarello, 2003, p. 126).

La imposibilidad del mercado para distribuir los derechos es indudablemente una de las explicaciones más reiteradas frente a las medidas tomadas después de la crisis hipotecaria. Así, la crisis fue vista como una falla del mercado que debía ser corregida con la intervención estatal. Estas intervenciones poscrisis no son extrañas; un estudio de derecho comparado en materia de regulación para la protección de los consumidores financieros encontró que "los Estados han tenido como criterio de intervención en los mercados financieros la protección al consumidor en aras de corregir las fallas del mercado que lo pueden afectar, en especial lo correspondiente a la asimetría de la información, falta de competencia y externalidades negativas reflejadas en crisis financieras" (Corredor, 2015, p. 940).

Así las cosas, la regulación[389] se presenta como una respuesta a la insuficiencia del mercado para prevenir o sancionar los abusos que puedan presentarse debido a la aparición de los procesos de producción en masa que terminaron por favorecer la utilización de instituciones de derecho privado como los contratos de adhesión para acceder a los bienes básicos.

denomina "dirigidos", en los que, en aras del interés público y las finalidades sociales, se restringe la autonomía de la voluntad" (SU-846 de 2000).

[389] La Ley se manifiesta como la principal herramienta para mediar entre los intereses que se manifiestan en las relaciones en una sociedad: "La ley es el lugar privilegiado en el que se manifiestan las relaciones entre poder y Derecho, de manera que a través de la ley el poder se hace previsible en cuanto dotado de la racionalidad y objetividad de lo universal, de no arbitrio, por lo que realmente a través de la ley no se limita sino que se hace posible el fundamento (ahora racional y moral) del poder del Estado; y es que, en último término, la ley representa la superación de lo particular, de las tendencias a la fragmentación social y al individualismo radical, para mediante la superación del conflicto entre ellos, acceder a expresar el interés general y reconstruir lo global y colectivo a través del Estado" (De cabo, 2001, p. 22).

1.4. Las formas de creación del derecho contractual de la vivienda: los problemas de competencia

Sumado a las cuestiones intrínsecas relacionadas con la justificación y características de la regulación, el derecho contractual de la vivienda plantea problemas sobre la competencia para crear las reglas que intervienen en la autonomía contractual. Además de las disputas relacionadas con la creación jurisprudencial de las reglas en materia contractual, las cuales serán analizadas en la tercera sección de este capítulo, en la historia legislativa reciente las discusiones más álgidas se han desarrollado a partir del tipo de norma adecuada para definir asuntos relacionados con la financiación de vivienda.

Las discusiones sobre la competencia regulatoria ocurren porque la regulación de los negocios jurídicos de financiación de vivienda se desarrolla en diferentes niveles. Así, dado que estos contratos constituyen actos de comercio llevados a cabo por comerciantes, las relaciones contractuales se someten a las normas comerciales contenidas en leyes ordinarias. Adicionalmente, algunas materias relacionadas con los contratos de vivienda se regulan por leyes marco y por decretos expedidos por el ejecutivo. La diversidad de fuentes en materia de contratos de financiación de vivienda es explicada así:

> "[L]os actos o negocios jurídicos que realizan son actos mercantiles y, salvo las prescripciones que el Estado –sea el Legislador, el Gobierno o la Junta Directiva del Banco de la República- fije expresamente en relación con los actos de quienes se dedican a las actividades financieras, se someten a las regulaciones de su estatuto propio: el código de comercio" (C-936 de 2003).

De las actividades económicas involucradas en el acceso a la vivienda, aquellas que desarrollan las entidades financieras se caracterizan por estar especialmente intervenidas[390]

[390] Dado que las actividades que desarrollan las entidades financieras y los agentes que intervienen en el mercado de inmuebles se desarrollan en el marco de las libertades económicas consagradas en la Constitución, pueden ser objeto de regulación (artículo 334 de la Constitución Política).

mediante diversos tipos de regulaciones dado el carácter de interés público de la actividad[391]. Ello es explicado así:

> "Constituye entonces una parte del orden público económico del ordenamiento jurídico colombiano la regulación, tanto legal como reglamentaria, en la que se define la disciplina negocial de los contratos que se celebran en el marco de los sistemas de financiación de vivienda, ya que es precisamente esta regulación la que permite realizar los mandatos del artículo 51 de la Carta (principio de adecuación)" (T-423 de 2003).

Por tratarse de una actividad financiera vinculada con la captación y colocación masiva de recursos del público, la competencia para la regulación de los contratos de financiación de vivienda está distribuida entre el legislador y el ejecutivo[392]. Ello porque la Constitución estableció un sistema de fuentes en materia financiera que distingue entre decisiones que **(i)** corresponden al legislador ordinario por ser cuestiones relacionadas con los contratos de financiación entendidos como actos o negocios jurídicos mercantiles[393]; **(ii)** otras que requieren una técnica de regulación con vocación de estabilidad[394] mediante leyes marco que fijen, de manera general, las políticas, orientaciones y criterios de intervención

[391] El alcance y las consecuencias de considerar que la actividad financiera es de interés público han sido objeto de interesantes estudios vinculados con el alcance de esa calificación en la Constitución y con la caracterización que luego la Corte Constitucional ha hecho indicando que las actividades financiera, bursátil y aseguradora son de servicio público. Tales controversias pueden verse en: Calderón (2017), Ibáñez (2006), López (2012).

[392] Sobre la constitucionalidad de las limitaciones a las libertades económicas puede consultarse la línea jurisprudencial construida para establecer los criterios en el análisis de la constitucionalidad de las medidas legislativas acudiendo a un juicio débil de proporcionalidad: C-909 de 2012, C-592 de 2012, C-228 de 2010, C-830 de 2010, C-031 de 2003, C-332 de 2000, C-624 de 1998.

[393] Los actos o negocios jurídicos son regulados por el Congreso mediante leyes ordinarias en ejercicio de la reserva de ley con la que cuenta para dictar los distintos códigos (art. 150 numeral 2 de la C.P.), salvo que se trate de asuntos que le correspondan a leyes marco o la Junta Directiva del Banco de la República.

[394] Una preocupación latente relacionada con la forma de intervención estatal en las actividades financieras es la necesidad de estabilidad normativa. Ello puede evidenciarse en la Ley marco del sistema financiero, la cual señala como un criterio fundamental de intervención del gobierno, la preservación de la "estabilidad en la regulación" (artículo 1º de la Ley 35 de 1993). La Corte Constitucional ha explicado que, precisamente la necesidad de estabilidad determina la importancia de las leyes "marco o cuadro", puesto que: "la fijación de límites al ejercicio de la libertad debe estar rodeada de garantías de estabilidad normativa, ya que de lo contrario resultaría imposible proyectar un plan de vida, ante los permanentes cambios normativos o la amenaza de estos" (C-1161 de 2000).

en la actividad de financiación de vivienda[395] y, **(iii)** aquellas decisiones que concretan esas políticas generales y que requieren contar con herramientas flexibles a cargo del gobierno para atender asuntos particulares coyunturales[396].

Tres casos en los que se ha discutido la competencia de intervención entre las autoridades legales y reglamentarias en las actividades de financiación de vivienda han sido particularmente importantes para la definición de reglas que tocan específicamente a los consumidores de financiación de vivienda[397].

i) El primero de los casos fue el que llevó a que se declarara la inconstitucionalidad del sistema financiero de vivienda UPAC. Así, en 1999, al examinar las normas que regulaban el sistema de financiación de vivienda en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), la Corte Constitucional consideró que la materia a la que se refería tal decreto correspondía a la función regulatoria del legislador quien, mediante la técnica de las leyes marco, debía establecer "la operación y gestión de las instituciones financieras en lo relativo a los créditos de largo plazo para adquisición y construcción de inmuebles destinados a vivienda, y lo referente a la intervención del Estado en esas

[395] Al legislador le corresponde fijar las políticas, orientaciones y criterios, en términos generales y abstractos en leyes marco. El artículo 150 de la Constitución Política establece entre las funciones del Congreso "dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (…) d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público".

[396] Al Gobierno le corresponde "la concreción, en normas o medidas específicas, fundadas en la ley pero limitadas por el marco de la misma" (Corte Constitucional, C-955 del 2000). El artículo 189 de la Constitución Política señala que corresponde al Presidente de la República: "ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley" (numeral 25).

[397] Dado que los consumidores de financiación para vivienda son consumidores financieros, a ellos les conciernen también las discusiones relacionadas con la competencia del legislador en aspectos generales relacionados con el derecho del consumo en materia financiera. Quizás una de las sentencias que mayor relevancia tiene para los consumidores de vivienda como consumidores financieros, aunque se refiere a todos los consumidores financieros, es la sentencia C-909 de 2012, la cual examina la facultad que el Estatuto del Consumidor Financiero le dio a la Superintendencia Financiera para señalar de manera "previa y general" otras prácticas abusivas diferentes a las señaladas en el Estatuto. En esa sentencia, la Corte encontró que "las facultades concedidas a la Superintendencia Financiera de Colombia para determinar las cláusulas y prácticas que, por abusivas, es prohibido incorporar en contratos de adhesión, adicionales a las dispuestas por el legislador, reflejan en debida forma el ejercicio compartido de competencias que el Constituyente de 1991 quiso disponer en esta materia" (C-909 de 2012). Ahora bien, este aparte, en línea con el objeto de investigación, no se detendrá en las discusiones generales sobre la distribución de competencias en materia financiera, pues solo analizará aquellos casos en los que las discusiones se han dado específicamente en el ámbito de la financiación de vivienda.

actividades" (C-700 de 1999). De esa forma, la distribución de competencias para la intervención estatal en materia de financiación de vivienda fue determinante para declarar la inconstitucionalidad de los artículos que soportaban el sistema de financiación de vivienda que para 1999 había entrado en crisis[398].

ii) Con la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que soportaban el sistema de financiación UPAC, correspondía al Congreso expedir una ley marco que regulara la política en materia de financiación de vivienda[399]. De esa forma se expidió la Ley 546 de 1999, la cual fue examinada por la Corte Constitucional, pues, entre otros cargos, fue acusada de no tener el carácter de ley marco. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-955 del 2000 examinó cada uno de los artículos de la Ley 546 de 1999 para evidenciar el adecuado reparto de competencias entre el Legislador, el Gobierno y la Junta Directiva del Banco de la República. En la sentencia, la Corte encontró que las normas de la Ley 546 que se referían a políticas generales habían cumplido la técnica de ley marco. Sin embargo, al analizar las normas que entregaban una facultad reglamentaria al Gobierno, consideró que, algunas desplazaban las funciones que, como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia tiene la Junta Directiva del Banco de la República. Teniendo en cuenta lo anterior, la sentencia declaró inexequible la competencia que se había entregado al Gobierno para determinar la equivalencia de las obligaciones expresadas en UPAC a UVR[400] y la facultad para determinar la equivalencia entre la DTF y la UPAC[401] a efectos de reliquidar los créditos.

---

[398] La sentencia C-700 de 1999 declaró inconstitucionales los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140 del Decreto 663 de 1993 conocido como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
[399] La sentencia C-700 de 1999 tuvo efectos ultraactivos pues según la Corte la aplicación inmediata generaría un caos normativo y como de lo que se trataba era de que el legislador mediante una ley marco expidiera la política de financiación, la Corte ordenó que los efectos de la sentencia se difirieran hasta el 20 de junio del año 2000 así el legislador tendría la oportunidad de cumplir sus funciones regulatorias respecto a la materia.
[400] En concreto, la sentencia C-955 de 2000 declaró la inconstitucionalidad de la frase "según la equivalencia que determine el Gobierno Nacional", la cual se incluía de la siguiente manera en el artículo 38: "Dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de vigencia de la presente ley, todas las obligaciones expresadas en UPAC se expresarán en UVR, según la equivalencia que determine el Gobierno Nacional".
[401] En lo que se refiere a la reliquidación de créditos, la Corte Constitucional declaró inconstitucionales las expresiones "o en la forma que lo determine el Gobierno Nacional", del numeral 3 del artículo 41 y "en los términos que determine el Gobierno Nacional", del parágrafo 1 del mismo artículo. Estas expresiones aparecían así antes de la sentencia C-955 de 2000: "3. El Gobierno Nacional abonará a las obligaciones que estuvieren al día el 31 de diciembre de 1999 el monto total de la diferencia que arroje la reliquidación indicada

iii) Un par de años después de la ocurrencia de la crisis hipotecaria, la Corte Constitucional analizó la ley ordinaria que asignó a los bancos la facultad de realizar operaciones de leasing habitacional. De conformidad con la norma, los bancos deben "dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble" siempre que tales "personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio". Adicionalmente, la norma establece que el Gobierno, al reglamentar la operación de leasing habitacional autorizada, debe adoptar medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios (Ley 795 de 2003).

Según el demandante, la norma no cumplía los requisitos de una ley marco porque no señalaba de manera clara los criterios, políticas, orientaciones para que el gobierno reglamentara las operaciones de leasing habitacional. Por el contrario, para la Corte Constitucional cuando una norma establece qué entidades financieras pueden prestar determinados servicios no requiere reproducir los criterios a los que debe sujetarse esa específica actividad[402]. Siguiendo lo dicho, el leasing habitacional se sujeta a los criterios generales establecidos en la Ley 35 de 1993, ley marco del sistema financiero, y a los específicos establecidos en la Ley 546 de 1999.

Así, al reglamentar la operación de leasing habitacional, el gobierno debe[403], según los criterios establecidos en la ley marco de las actividades financieras, asegurar la

---

en el numeral anterior, mediante la entrega de los títulos a que se refiere el parágrafo 4o. del presente artículo, o en la forma que lo determine el Gobierno Nacional" (artículo 41, numeral 3) y "Para la reliquidación de los saldos de los créditos destinados a la financiación de vivienda individual de largo plazo, otorgados por los establecimientos de crédito en moneda legal, se establecerá una equivalencia entre la DTF y la UPAC, en los términos que determine el Gobierno Nacional" (parágrafo 1º).

[402] En palabras de la Corte Constitucional: "La autorización de las distintas modalidades de financiación de vivienda está sujeta a reserva de ley, conforme al artículo 335 de la Constitución, en tanto que las condiciones de operación y gestión de tales actividades está sujeta a los desarrollos normativos dictados por el Gobierno Nacional, con base en las leyes generales en la materia (arts. 150 numeral 19 literal d) y 189 numeral 25 de la C.P.)" (C-955 de 2000).

[403] El artículo 1º de la Ley 35 de 1993 señala como criterios de intervención en las actividades financiera, aseguradora, de valores y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público: "a. Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público; b. Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas; c. Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia; d. Que las

concordancia de tales actividades con el interés público y garantizar la tutela efectiva de los derechos de los usuarios de los servicios ofrecidos, el mantenimiento del margen de solvencia, la transparencia y seguridad en las operaciones, la promoción de la libre competencia y la democratización del crédito, entre otros.

Como fue explicado en el segundo capítulo, en lo que respecta a la sujeción de la regulación del leasing habitacional a los criterios establecidos en la Ley 546, especialmente en lo relacionado con la necesidad de que la amortización esté sujeta a la inflación y que se proteja el patrimonio los consumidores, la Corte consideró que el leasing destinado a vivienda familiar debe someterse a los criterios establecidos por la jurisprudencia y el legislador para proteger a los deudores de crédito hipotecario para vivienda. Tales criterios no son aplicables al leasing mercantil sobre vivienda.

Así, para la Corte, el nivel de intervención debe ser mayor en el leasing habitacional familiar que en el leasing que sirve como herramienta para el acceso a un bien de inversión. Ello es explicado así: "Al distinguirse entre la vivienda familiar (aquella destinada a la habitación del tenedor) y aquella que entra en el mercado inmobiliario, se hace evidente que en el primer ámbito opera una limitación a la autonomía contractual" (C-936 de 2003).

En todo caso, la Corte dejó claro que la norma expedida por el legislador para permitir a los bancos ofrecer leasing habitacional sí estableció ciertas "pautas" de regulación, pues determinó la clase de consumidores y ordenó la adopción de medidas para garantizar la protección de los usuarios o locatarios, con lo cual se limitó el margen de actuación del gobierno.

Así las cosas, una ley ordinaria puede autorizar a las entidades financieras el desarrollo de determinadas actividades para la financiación de vivienda. Lo que ocurrirá en

operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia; e. Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades; f. Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso ilimitado al crédito de cada institución (…)".

este caso es que la forma de intervención del gobierno en esa actividad autorizada se sujetará a los criterios establecidos en la ley o leyes marco sobre la materia[404].

2. Estándares regulatorios para la protección de los consumidores de vivienda

Como se vio en la sección anterior, las perspectivas proteccionistas construidas a partir del derecho a la vivienda y del consumo han considerado que es necesaria la expedición de marcos legales que asignen adecuadamente los derechos y obligaciones derivados de los contratos que hacen posible disfrutar de una vivienda. En ese sentido, esta sección analizará los estándares que se imponen a quienes diseñan las reglas sobre los contratos de vivienda, pues la regulación debe desarrollar los derechos habitacionales **(2.1)**; ofrecer un menú de posibilidades contractuales que se acomoden a las circunstancias y necesidades de los individuos **(2.1)** y procurar la efectividad de sus derechos **(2.2)**, sin reducir los niveles de protección legal que se alcancen **(2.4).**

2.1. El encuentro entre los instrumentos internacionales en materia de derecho a la vivienda y el derecho contractual local

En la década de los 80 se acentuaron las preocupaciones globales por el reconocimiento, monitoreo y cumplimiento de las obligaciones de los Estados frente al derecho a la vivienda[405], el cual comenzó a ocupar un lugar importante en la agenda de los

[404] Al analizar este tipo de normas que autorizan actividades a entidades autorizadas se ha explicado que en todo caso "las entidades deben estar debidamente autorizadas por el Legislador, de forma que las actividades mencionadas quepan dentro del objeto, misión o funciones de esas otras entidades, a la vez que comportan una autorización a las entidades estatales para que permitan su cumplimiento, pero de conformidad con las regulaciones que dicte el gobierno nacional con sujeción a las reglas generales que expida el Legislador" (Ibáñez, 2006, p. 97).

[405] Tales cambios y la conformación de movimientos locales que reclaman la defensa del derecho a la vivienda son explicados así: "La transformación del Consejo Internacional de Hábitat en la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC) en 1987, y los cambios posteriores que HIC ha realizado en el ámbito de su trabajo desde ese momento, han proporcionado un impulso importante en el movimiento mundial por los derechos

organismos internacionales de derechos humanos[406] y en la estructuración de movimientos regionales que reclamaban soluciones a los problemas habitacionales. Así, fueron expedidos diversos instrumentos[407], entre los que se destaca la Observación General no. 4 sobre "el derecho a una vivienda adecuada" (CDESC, 1991), la cual sigue considerándose en la actualidad como la fuente más relevante a nivel global para la definición del contenido del derecho a la vivienda y la identificación de las principales obligaciones que de ese contenido se derivan (Eide, 2010, p. 203). Las preocupaciones por los graves problemas de vivienda en el mundo se evidencian en el texto de la Observación:

> "A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el

habitacionales. HIC promovió una Campaña Global por los derechos habitacionales y contra los desalojos en 1989, que desde entonces ha crecido en contenido y resultados. El surgimiento de campañas regionales de derechos a la vivienda en India, Bélgica, el Reino Unido, Canadá, Colombia y otras naciones, han ayudado enormemente a ubicar firmemente los derechos de vivienda en la agenda internacional. También es perceptible un cambio de objetivos dentro de las organizaciones intergubernamentales, como las Naciones Unidas, para dar mayor prioridad a las preocupaciones por el derecho a la vivienda. Por ejemplo, el derecho a la vivienda constituye una base central de la Estrategia Mundial para la Vivienda de las Naciones Unidas hasta el año 2000. Los gobiernos, aunque todavía temen las implicaciones de ver la vivienda como un derecho humano, han comenzado a abordar este tema de manera más seria, al menos dentro de los órganos de derechos humanos de la ONU, y algunos casos dentro de sus propias naciones" [Traducción libre] (Leckie, 1992, p. ii).

[406] Las preocupaciones del derecho internacional por los derechos humanos son explicadas así: "El ascenso de los derechos humanos en el derecho internacional ocurrió no por razones internas al derecho internacional como profesión, sino gracias a cambios ideológicos que armaron la escena para un triunfo moral de los derechos humanos (…) Hoy en día, el derecho juega enteramente un papel sin precedentes e inusual en la forma como el foro internacional es imaginado y cómo las aspiraciones de transformación de sus arreglos son buscadas. En virtud de la nueva plausibilidad que dio a las normas abstractas, el movimiento de derechos humanos hizo del derecho internacional un instrumento privilegiado de perfeccionamiento moral y, de hecho, le dio un gran atractivo como un marco para proyectos pluralistas" (Moyn, 2015, p. 242).

[407] Ese movimiento global por la protección al derecho a la vivienda y los instrumentos expedidos en este contexto son explicados por Leckie (1992) así: "En 1982, la Asamblea General de las Naciones Unidas designó al año 1987 como el Año Internacional de los Personas Sin Hogar y desde entonces ha seguido adoptando resoluciones sobre las problemáticas de la vivienda, así como revisando y considerando anualmente el trabajo del Comisión de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha dedicado dos resoluciones importantes, aunque algo vagas, al derecho a la vivienda. El 4 de diciembre de 1986, la Asamblea General adoptó la Resolución 41/146 que incluía, entre otras cosas, una solicitud a la Comisión de Derechos Humanos. Durante 1987 se dedicó especial atención a la cuestión de la realización del derecho humano a una vivienda adecuada (...) durante su 42 período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas siguió tal interés y posteriormente adoptó una resolución más detallada: 'la realización del derecho a la vivienda'. Esta resolución, adoptada el 7 de diciembre de 1987, es notablemente la más detallada y trascendente de las iniciativas de este tipo sobre el tema del derecho a la vivienda" [Traducción libre] (Leckie, 1992, p.12).

> párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente (…). Parece evidente que ningún Estado Parte está libre de problemas importantes de una clase u otra en relación con el derecho a la vivienda" (CDESC, 1991).

La Observación, que coincidió cronológicamente con la expedición de la Constitución de 1991, desarrolla la pobre alusión general que sobre la vivienda realiza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-PIDESC, el cual apenas menciona a la vivienda como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11). Así mismo, dado que la Observación desarrolla las principales cuestiones sobre la vivienda, ésta ha sido utilizada por la jurisprudencia constitucional para superar las dificultades de determinación del derecho a la vivienda en Colombia[408].

El carácter vinculante asignado a la Observación surge de la aplicación del mandato constitucional que ordena interpretar los derechos previstos en la Constitución de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93, inciso 2º). Así, la Observación es vinculante porque interpreta al PIDESC y la interpretación de un tratado sobre derechos humanos "no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto" (T-1319 de 2001)[409].

[408] Sobre la dificultad de establecer el contenido de los derechos sociales se ha explicado: "Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y sin duda que son un obstáculo que hay que superar para poder hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa el concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales" (Carbonell, 2009, p. 68).

[409] Sobre la obligatoriedad de las interpretaciones oficiales de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha indicado: "(…) el inciso segundo del artículo 93

La decisión que desarrolló por primera vez el carácter obligatorio de la Observación General no. 4 en el ordenamiento jurídico interno fue la sentencia C-936 de 2003, la cual revisó la facultad de los bancos comerciales para celebrar contratos de leasing como modalidad de acceso a la vivienda[410]. Desde entonces esta Observación ha sido recurrentemente utilizada para descifrar el contenido del derecho a la vivienda[411] y concretarlo en derechos habitacionales, algunos de los cuales se encuentran relacionados con la protección contractual de los consumidores.

La Observación parte de un supuesto relevante para comprender la relación del derecho a la vivienda con la protección contractual a los ciudadanos: el derecho a la vivienda es una garantía para vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte y no debe interpretarse de manera restrictiva como si comprendiera la simple posibilidad de "tener un tejado por encima de la cabeza", puesto que su contenido está conformado por diversos derechos habitacionales.

La expresión "derechos habitacionales" se emplea para hacer referencia a "la multiplicidad de derechos que integran el contenido del derecho a la vivienda" (Pisarello, 2003, p. 83). Así, mediante el derecho[412] a la vivienda "se satisface la necesidad humana de

superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (…). Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte" (T-1319 de 2001).

[410] En esta sentencia, la Corte cita a la Observación para concluir que el leasing es un contrato que permite desarrollar el derecho a la vivienda, el cual "no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte" (C-936 de 2003).

[411] La Observación es citada para construir la ratio decidendi de al menos las siguientes sentencias: C-444 de 2009, C-370 de 2014, C-936 de 2003, T-035 de 2017, T-024 de 2015, T-761 de 2011, T-675 de 2011, T-585 de 2008, T-791 de 2004, T-958 de 2001.

[412] Dentro de los numerosísimos intentos por definir los derechos humanos, una de los conceptos generalmente aceptadas en el contexto local es aquel que señala que estos son "demandas de libertades, facultades o prestaciones, directamente vinculadas con la dignidad o valor intrínseco de todo ser humano, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional –por ser congruentes con principios ético-jurídicos ampliamente compartidos– y por esto mismo, consideradas merecedoras de protección jurídica en la esfera interna y en el plano internacional" (Defensoría del Pueblo, 2001, págs. 21-22).

poder contar con un sitio, propio o ajeno, que disponga de las condiciones adecuadas y suficientes para que quien lo habite pueda desarrollar, con dignidad, su proyecto de vida" (Corte Constitucional, sentencias T-035 de 2017, T-024 de 2015, T-761 de 2011, T-675 de 2011, T-585 de 2008, T-791 de 2004, T-958 de 2001).

La jurisprudencia y los instrumentos internacionales suelen emplear la expresión "derechos habitacionales" para referirse a derechos individuales que conforman el contenido del derecho a la vivienda. Sin embargo, los derechos habitacionales no son los únicos que conforman el contenido del derecho a la vivienda, pues podrían incluirse también derechos colectivos, como el derecho a la ciudad. Aunque este trabajo no tiene por objeto analizar la faceta colectiva de los derechos habitacionales de los consumidores, la siguiente aclaración realizada por la Corte Constitucional permite evidenciar el carácter heterogéneo del contenido del derecho a la vivienda:

> "Algunos autores destacan que el contenido normativo del derecho a la vivienda adecuada comprende no sólo los denominados derechos habitacionales, los cuales a su vez varían de conformidad del sujeto titular de los derechos y abarcarían por lo tanto los derechos de los inquilinos, el derecho a la seguridad en la tenencia, el derecho a la regularización de la propiedad de la tierra, el derecho a la protección contra casos de discriminación arbitraria en el acceso a programas públicos, el derecho a ser consultado e informado en materia de programas de vivienda o planes de renovación urbanística; sino también derechos colectivos como el denominado derecho a la ciudad, mediante el cual el derecho a la vivienda se vincularía con el entorno y con el desarrollo urbanístico en general" (T-1318 de 2005).

Ahora bien, tanto la Constitución como la Observación General No. 4 se refieren a la vivienda acompañándola de los adjetivos "digna" y "adecuada"[413]. Ello ha implicado que

[413] Usualmente al hacer referencia a la vivienda se incluyen los adjetivos en la enunciación del derecho y por ello se denomina el derecho a una "vivienda digna y adecuada". La Constitución incluye los dos adjetivos. El primero para señalar que "todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna" y la adecuación al señalar

el contenido del derecho esté mediado por el significado de estos adjetivos que incluso aparecen en la nominación del derecho. Así, es posible indicar que la vivienda no se satisface de cualquier manera, puesto que la (i) dignidad y (ii) adecuación determinan el significado del derecho en términos de las obligaciones que de este se derivan.

i) La dignidad como fundamento del derecho a la vivienda ha permitido el desarrollo de instrumentos sustanciales y procesales que hacen que se trate de un derecho exigible. Así, se ha llegado a considerar que, en ciertos supuestos, algunos derechos habitacionales son derechos fundamentales, pues la dignidad "exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente, que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos" (CDESC, 1991)[414].

Adicionalmente, los avances sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda[415] han abierto el camino para que los jueces constitucionales conozcan de asuntos contractuales y definan el sentido de las reglas relacionadas con el derecho contractual de la vivienda[416]. Así, la jurisprudencia ha insistido en que la dignidad que acompaña a la vivienda no debe ser vista como un incidente gramatical sino como un principio para la interpretación y aplicación de reglas incluidas en estatutos particulares que tocan asuntos vinculados con el derecho a la vivienda. De esa forma, cualquier sistema contractual que se pretenda proponer,

---

que el Estado debe promover "sistemas adecuados de financiación a largo plazo" (artículo 51 de la Constitución Política).

[414] La dignidad como fundamento del contenido de los derechos humanos ha sido explicada así: "En un Estado constitucional democrático, todos los derechos humanos o fundamentales indivisibles y complementarios e inalienables deben ser asegurados y garantizados como derivaciones inmediatas y directas de la dignidad de la persona humana. Todos ellos deben tener un contenido constitucionalmente precisado indisponible para los órganos y autoridades del Estado, un contenido esencial indisponible para el legislador, sin el respeto y garantía del mismo, los derechos dejan de ser tales para convertirse en meras proclamaciones líricas sin efecto jurídico efectivo, siendo irreconocibles e impracticables" (Nogueira, 2009, p. 201).

[415] Una de las razones para la exigibilidad del derecho a la vivienda como derecho fundamental fue analizada en el capítulo segundo de este trabajo en el que se estudió cómo es ciertamente, la dignidad la que hace posible la interdependencia entre el conjunto de derechos humanos, por lo que la vulneración de uno de los derechos, sin importar si son catalogados como sociales, podría conllevar una violación de otras garantías y derechos cuya fundamentalidad no se encuentra en duda.

[416] Así, el carácter indivisible de los derechos humanos y la universalidad de la vivienda, vinculan la idea básica de contar con un alojamiento a la necesidad de proteger la proyección que las personas tienen de su vida individual, familiar, social en un espacio en el que los individuos desarrollan su integridad.

debería, según lo reclama el enfoque de derechos, partir del respeto de quienes habitan un lugar, por lo que, desde esta perspectiva, la dignidad será la guía para la elaboración de un derecho contractual para la vivienda[417].

ii) En lo que respecta al significado de "vivienda adecuada", la Observación General No. 4 y la Corte Constitucional han acudido a la definición incluida en la Estrategia Mundial de Vivienda expedida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1987, según la cual, adecuación "significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

A partir de esa definición, la Observación identifica una serie de derechos que determinan, con independencia de los factores sociales, económicos, culturales, climáticos, ecológicos lo que se espera de una vivienda adecuada en cualquier contexto. Esos aspectos que desarrollan el contenido del derecho a la vivienda se manifiestan en los derechos habitacionales a contar con a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) lugar adecuado y g) adecuación cultural.

Estos derechos habitacionales concretan el contenido del derecho a la vivienda y como se analizará, pretenden servir como estándares para la configuración de las reglas contractuales que determinan la protección contractual en el acceso y conservación de la tenencia de un inmueble[418].

Aunque referido al contexto europeo, es importante mencionar uno de los casos más importantes en relación con la vigencia del derecho a la vivienda desarrollado en

[417] La dignidad aparece como uno de los principios orientadores de la reglamentación de los créditos para vivienda (art. 2º de la Ley 546 de 1999), arrendamiento de vivienda urbana (art. 1º de la Ley 820 de 2003) y del estatuto del consumidor (art. 1º de la Ley 1480 de 2011).

[418] La identificación de estos derechos es un ejemplo que demuestra cómo "el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos comenzaron a hablar la cotidianidad de los asociados en un Estado" (Céspedes-Báez, 2013, p. 60). Parte de esa cotidianidad está conformada por las preocupaciones por contar con un lugar para vivir, las cuales están inescindiblemente vinculadas con las relaciones contractuales que hacen posible alcanzar la tenencia o propiedad de un inmueble.

instrumentos internacionales en el marco de los contratos celebrados entre particulares. Se trata del caso Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili contra España (20 de junio de 2017), en el que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas consideró que si bien, el contrato de arrendamiento es una relación entre particulares, la conducta del arrendador durante el desahucio puede violar los derechos reconocidos en el PIDESC. El Comité explicó:

> "Un desahucio por conclusión de un contrato de alquiler es un conflicto entre particulares (arrendador y arrendatario), en el que el desalojo no es impulsado directamente por las autoridades. Sin embargo, tal disputa entre particulares es regulada por el ordenamiento jurídico del Estado parte, el cual, en todos los casos, es el último responsable de asegurar que los derechos del Pacto sean respetados, entre ellos el derecho a la vivienda de los arrendatarios. Por tanto, aunque la disputa por la extinción del contrato de arrendamiento sea entre dos particulares, el Estado parte tiene la obligación inter alia de garantizar que la medida de desalojo del arrendatario(s) no sea contraria al artículo 11(1) del Pacto (…). Si un Estado parte no toma las medidas adecuadas de protección de un derecho del Pacto, compromete su responsabilidad incluso si la acción que dio origen a la afectación del derecho fue impulsada por un individuo o una entidad privada. Por ello, aunque el Pacto establece esencialmente derechos y obligaciones entre el Estado parte y los particulares, las disposiciones del Pacto tienen una proyección en las propias relaciones entre los particulares. Un desahucio relacionado con un contrato de arrendamiento entre particulares puede entonces afectar los derechos del Pacto. No es pues válido el argumento del Estado Parte de que la presente comunicación plantea un conflicto exclusivamente entre particulares, sin relevancia frente al Pacto" (CDESC, 20 de junio de 2017).

Así las cosas, este caso confirma que, de conformidad con lo indicado en los instrumentos internacionales, el derecho a la vivienda es aplicable en los contratos entre

particulares y que su respeto y protección depende de diversas medidas estatales, entre las que se encuentran la regulación de la conducta de los particulares y la obligación de los jueces, desarrollada más adelante, de "considerar las consecuencias del desalojo y la compatibilidad de esta medida con el Pacto" (CDESC, 20 de junio de 2017).

2.2. Un menú de posibilidades contractuales

La Observación General no. 4 señala que el derecho a la vivienda comporta la utilización de un inmueble bajo cualquier figura jurídica de tenencia y da como ejemplos al "alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario (…)" (CDESC, 1991).

Ahora bien, la posibilidad de escoger entre las diversas modalidades de acceso a la vivienda no es una opción que dependa de una simple preferencia entre tipos contractuales que ofrece el mercado. Un estudio identificó que los factores que en Colombia inciden en las decisiones de tenencia de vivienda (arrendamiento, compra o propiedad informal) dependen del estado civil, la educación, la edad del jefe del hogar, el número de miembros en el hogar y si el hogar reside en una ciudad o en zona rural[419]. En Colombia, tienen más posibilidades de ser propietarios quienes se encuentran casados o viudos, son mayores de 35 años, muy educados, con altos ingresos y pertenecen a hogares con varios miembros[420]. En materia de arrendamiento y de propiedad informal el estudio encontró que:

[419] Un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo encontró que para el 2012, En este sentido, al hecho de que la proporción de hogares residente en el área rural del país es de apenas el 22,3% (DANE, 2005a), hay que agregar que tan sólo el 11,7% de estos vive en arriendo (equivalente al 2,6% del total de hogares a nivel nacional). Si se observa de manera específica la tenencia en arriendo, mientras el 91,7% del total nacional de hogares arrendatarios se localiza en el área urbana, el 8,3% lo hace en el área rural.

[420] Al caracterizar a la población propietaria se ha explicado: "Los propietarios formales tienden a ser casados o viudos, mayores de 35 años, muy educados, con altos ingresos y pertenecen a hogares con varios miembros (…). Los arrendatarios son en su mayoría solteros, divorciados o que viven en cohabitación, jóvenes (entre 25 y 49 años), muy educados, pertenecen a todos los niveles de ingresos, tienen menos miembros del hogar y viven más comúnmente en las zonas urbanas. Los propietarios informales se caracterizan principalmente por tener bajos niveles de educación y por pertenecer a quintiles y estratos de ingresos más bajos" [Traducción libre] (Arbeláez, Becerra, Steiner y Wills, 2011, p. 19).

> "Los arrendatarios son en su mayoría solteros, divorciados o que viven en unión libre, jóvenes (entre 25 y 49 años), pertenecen a todos los niveles de ingresos, tienen menos miembros del hogar y viven más comúnmente en las zonas urbanas. Los propietarios informales se caracterizan principalmente por tener bajos niveles de educación y por pertenecer a quintiles y estratos de ingresos más bajos" [Traducción libre] (Arbeláez, Becerra, Steiner y Wills, 2011, p. 19).

Miloon Kothari, como relator especial sobre una vivienda adecuada de la ONU, mostró su preocupación por los problemas que generan las políticas habitacionales enfocadas preponderante en la propiedad:

> "El Relator Especial pone de relieve que esta preferencia por la vivienda en propiedad sujeta a las leyes del mercado es injustificada y pone en peligro el derecho a la vivienda de los pobres y de los grupos de ingresos medios en todo el mundo. En cambio, un planteamiento basado en los derechos humanos parecería exigir una combinación de enfoques, prestando la misma atención a las diferentes posibilidades de alojamiento, desde residencias, pensiones, viviendas en alquiler, cooperativas, uso compartido, etc." (Kothari, 2008).

En Colombia, como quedó evidenciado en el primer capítulo, la política habitacional, creada de manera inestable y coyuntural por los gobiernos de turno, combina diversas clases de subsidios con ahorro previo y crédito acompañado de la obligación de constituir garantía hipotecaria con el inmueble que se adquiere[421]. Tanto el ahorro como el crédito se desarrollan en ámbitos privados cuyas condiciones contractuales están altamente reguladas. Así, dadas las dificultades que implica el modelo de acceso de mercado para quienes no tienen capacidad de ahorro, ni de endeudamiento se han desarrollado diversas

[421] Comoquiera que la vivienda es un bien de consumo durable cuyo costo es considerablemente elevado en relación con el ingreso corriente de los hogares (Ministerio de Desarrollo Económico, 1996, p. 84), su adquisición se incentiva mediante financiación privada a largo plazo. La certidumbre de la propiedad quita el miedo de la incertidumbre sobre el poder pagar la deuda.

herramientas diferenciales en materia de subsidios dependiendo de la vulnerabilidad de los sujetos con el objetivo de que puedan acceder al esquema diseñado para el acceso.

Así, aunque el derecho a la vivienda no se reduce a la posibilidad de ser propietario del lugar en el cual se habita, la propiedad como forma de vivienda es la preocupación central de las políticas habitacionales en el país[422]. Esa obsesión por la propiedad[423] a la que se accede mediante la financiación ha generado al menos dos consecuencias: "en primer lugar, ha facilitado el desarrollo de un modelo de vivienda de bajos ingresos en zonas distantes desconectadas de las oportunidades de empleo y servicios. En segundo lugar, puede limitar involuntariamente las oportunidades económicas de los residentes" (OCDE, 2015, p. 13). Esto último debido a los costos que puede generar el acceso a la propiedad en términos que impliquen el sacrifico de otros bienes básicos para los individuos.

En efecto, la propiedad se incentiva porque genera, en principio, bienestar a las familias desde el punto de vista financiero[424]. Sin embargo, esa tranquilidad económica puede verse afectada si existe una baja diversificación financiera de los hogares propietarios, puesto que estos se encuentran expuestos a eventuales pérdidas debido a la dependencia del valor que los mercados volátiles, como el inmobiliario, asignan a los

[422] La relación entre los contratos y el acceso a la vivienda puede constarse al revisar las grandes leyes sobre política de vivienda se refieren a asuntos contractuales (Ley 3 de 1991, Ley 547 de 1999, Ley 1469 de 2011, Ley 1537 de 2002, Ley 1769 de 2016) manteniendo la idea del acceso a la propiedad como forma de vivienda.

[423] Ese interés en la propiedad no solo ocurre en Colombia: "La tasa de propiedad de vivienda en América Latina y el Caribe está cerca del 64%. Esta cifra puede parecer alta cuando se compara con otras regiones más desarrolladas como Europa, con 71%; América del Norte (salvo México), con 67%; y Oceanía, con 63%. Pero no se trata de un caso aislado. El mundo entero es de propietarios. En promedio, en 81 países de distintas regiones cerca de siete de cada diez hogares son propietarios de sus viviendas. Incluso aquellas con un nivel de desarrollo similar o menor al de ALC presentan tasas de propiedad más altas: en África el porcentaje asciende al 65%, en Asia al 73%, y en Europa del Este al 83% (gráfico 1). Existe una marcada variabilidad entre países. En el mundo la tasa de propiedad oscila entre un 3% en Botsuana y un 96% en Rumania, con diferencias considerables dentro de cada región. En África se encuentra entre el 3% ya mencionado en Botsuana y un máximo del 87% en Mauricio; en Asia entre un 55% en Corea del Sur y un 92% en Camboya; en Europa del Este entre un 58% en Montenegro y un 96% en Rumania; en Europa Occidental entre un 44% en Suiza y un 86% en Islandia (…). Más aún, al comparar la tasa de propiedad de ALC y Europa se observa que en ambas regiones hay países en todos los rangos de la distribución: Suiza, Bolivia, Colombia y Alemania muestran tasas bajas de tenencia en propiedad (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, p. 13).

[424] Adicionalmente, se ha encontrado que la propiedad lleva ventajas no pecuniarias: "Diversos estudios han encontrado una correlación positiva entre la tenencia en propiedad y variables como los niveles de salud del hogar y el desarrollo cognitivo de los niños. DiPasquale y Glaeser (1999) hallaron que los propietarios tienen mayores niveles de involucramiento en la comunidad e invierten más en capital social" (CAF, 2017, p. 195).

inmuebles. De otra parte, dado que, en general, la vivienda representa un alto porcentaje del patrimonio de las familias, si estas requieren financiación para la adquisición, el bienestar financiero dependerá de los costos del crédito y de "la ecuación de múltiples variables (incluyendo las expectativas de capitalización de la vivienda, la rentabilidad de inversiones alternativas, el sistema tributario, los cánones de alquiler, entre otros), de modo que la idoneidad financiera de la compra no está garantizada y depende del contexto" (Corporación Andina de Fomento - CAF, 2017, p. 195)[425].

Del análisis de las sentencias que han abordado el derecho a la vivienda en el marco de los contratos que sirven para lograr un inmueble puede evidenciarse una primera etapa en la que la jurisprudencia identifica el derecho a la vivienda con la propiedad. Ello ocurre en el marco de la crisis hipotecaria, por lo que quizás influenciada por la gravedad y urgencia, las decisiones de constitucionalidad y de tutela consideraron que la forma de proteger el derecho a la vivienda era mediante la protección de la propiedad habitacional de los deudores frente a los efectos "confiscatorios"[426] de las decisiones sobre la fórmula UPAC. A pesar de esa identificación y de que un gran número de sentencias son provocadas por accionantes propietarios de la vivienda, la Corte ha descartado la justiciabilidad del derecho de propiedad mediante la acción de tutela por considerar que se trata de un derecho económico y no un derecho fundamental[427]. Así, lo usual es que los accionantes prefieran

[425] Las crisis hipotecarias reflejan "ciertamente, la mayoría de los mercados muestra un incremento secular en los precios de la vivienda y la percepción generalizada es que una casa es siempre una apuesta segura. Episodios como la crisis inmobiliaria de la década de 2000, sin embargo, revelan la fragilidad de esta creencia. Más aún, algunos economistas han postulado que las expectativas generalizadas de subas en el precio de las viviendas pueden, por sí mismas, producir incrementos de precios y provocar burbujas inmobiliarias" (Corporación Andina de Fomento-CAF, 2017, p. 195).

[426] La Corte Constitucional afirmó que "la total falta de restricción en la fijación de las tasas de interés en materia de vivienda vulnera el principio de orden justo que contempla como valor primordial el Preámbulo de la Constitución, y lesiona el patrimonio de los deudores, pues en niveles excesivos, como los que se vienen cobrando, tales intereses se convierten en confiscatorios, en total contradicción con los artículos 34 y 58 de la Constitución Política" (C-955 de 2000). y por ello, las medidas tomadas por el Banco de la República en relación con la forma de calcular el valor de los créditos resultaban confiscatorias

[427] Así por ejemplo en uno de los casos en los que la demandante solicitaba la protección de su derecho a la propiedad presuntamente vulnerado por una compañía de seguros y un banco con ocasión del pago del seguro de vida en el marco de un crédito hipotecario para vivienda, la Corte señala que: "Como lo ha considerado de manera reiterada esta Corporación, el derecho a la propiedad es un derecho constitucional de contenido económico y social, por lo tanto, no puede ser protegido a través de la acción de tutela" (Corte Constitucional, sentencia T-756 de 2003).

alegar la violación del derecho a la vivienda y que la Corte no examine que el ejercicio del derecho a la vivienda implica el de propiedad.

El esquema que promueve la adquisición de la propiedad de una vivienda a crédito corre el riesgo de dejar relegadas otras formas de acceso contractual y, por tanto, olvidar espacios de protección al acceso a una vivienda como el arrendamiento, el cual en Colombia es utilizado en mayor proporción en los hogares de estratos medios[428]. Al respecto se ha explicado que en los estratos altos y bajos la proporción de arrendamiento es menor pues, "en el primero de estos dos grupos sociales, porque sus ingresos determinan un acceso viable a la propiedad, y en el segundo, porque sus condiciones socioeconómicas no permiten materializar esta alternativa, ni pagar arriendo" (Torres-Ramírez, 2012, p. 22).

En el mismo sentido, otros estudios han indicado que en América Latina uno de cada cinco hogares vive en arriendo y que la mayoría de las personas han sido o serán arrendatarios en alguna etapa de sus vidas[429]. El estudio explicó que la población arrendataria:

> "[H]a ido aumentado en los últimos 10 años en la mayoría de países y es incluso mayor en las áreas urbanas, sobre todo en las ciudades más grandes, donde representa más del 40%. Este hecho es crucial en una

[428] Sobre las afirmaciones relacionadas con la propiedad como la mejor forma para hacer posible el derecho a la vivienda se ha indicado: "Además de que la evidencia en favor de la propiedad como forma superior de tenencia es insuficiente y poco convincente, hay varias razones por las cuales las políticas públicas deberían apuntar a dinamizar el mercado de alquiler. En primer lugar, como se mencionó antes, la compra de vivienda supone una inversión elevada de la que quedan excluidos grandes sectores de la población debido a la ausencia de subsidios con montos considerables. En consecuencia, el alquiler es una opción natural para los hogares de ingresos medios y bajos. Para eso, es necesario activar un mercado más amplio y fomentar la inversión en la construcción de unidades destinadas a este fin, así como en su mantenimiento" (CAF, 2017, p. 195).

[429] El estudio señala que la mayoría de las personas han sido o serán inquilinos en algún momento de sus vidas, bien por necesidad o por conveniencia. Según el estudio, "entre estas últimas figuran aquellas que no están preparadas para comprometerse con alternativas de largo plazo, entre otros: hogares jóvenes que recién entran al mercado de vivienda; estudiantes y otros residentes temporales; divorciados, y parejas que quieren disminuir su gasto en vivienda después de que los hijos han dejado el hogar (Peppercorn y Taffin, 2013). En Estados Unidos, donde aproximadamente un tercio de los hogares pagaba renta en 2005, cerca de la mitad de los solteros vivía en alquiler, al igual que más del 60% de los hogares menores a 35 años y el 70% de las personas relocalizadas por razones financieras o de empleo (Belsky y Drew, 2008). (…) El alquiler puede ser una mejor alternativa cuando la tenencia va a ser corta, dado que las posibles ganancias de capital no compensan los costos de transacción —cierre de hipoteca, seguros y comisiones pagadas a las inmobiliarias— asociados a la adquisición y venta de la propiedad (Belsky y Drew, 2008)" (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, p. v).

> región donde la población urbanizada supera hoy el 80%, proporción que seguirá creciendo en los próximos años" (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, págs. v-vi).

En esa dirección, otras sentencias de la Corte Constitucional, quizás menos influenciadas por la necesidad de enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis para los deudores, han indicado que el derecho a la vivienda no se identifica con el derecho a la propiedad, sino que a través de otras formas contractuales se pueden proteger otras clases de tenencia habitacional con las cuales se hace efectivo el derecho a la vivienda. De esa forma, "la Corte muestra una apertura conceptual que constituye un drástico giro respecto de su posición original (…), reconoce que la propiedad no es la única forma de satisfacer ese derecho y concluye, por el contrario, que se puede acceder a la vivienda a través de otras formas de tenencia" (Valenzuela, 2006, p. 286).

Este giro conceptual se da con fuerza en la sentencia C-936 de 2003, en la que la Corte afirmó con contundencia que el Estado cumple las obligaciones del PIDESC y de la Observación General no. 4 cuando protege a los ciudadanos como arrendatarios y no solo como propietarios. En tal sentencia se indicó que el derecho a la vivienda no implica solamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda propia:

> "[E]l acceso a la vivienda digna no se refiere exclusivamente a la financiación de la propiedad sobre la vivienda, pues expresamente se protegen todas las formas de tenencia de la vivienda. De lo anterior surge que corresponde al Estado diseñar varias estrategias financieras y de situación de recursos para atender distintas modalidades de tenencia de la vivienda y no limitarse a asegurar la propiedad sobre los inmuebles. Así, si el Estado garantiza a sus habitantes el arriendo de inmuebles destinados a vivienda –con todas las condiciones antes anotadas-, habrá cumplido con las obligaciones derivadas del Pacto" (C-936 de 2003).

En otra sentencia, al referirse a los contratos para tenencia habitacional reiteró que "el derecho a la vivienda digna no se realiza solamente en la adquisición del dominio sobre

el inmueble, sino, también, en la tenencia de un bien que posibilite su goce efectivo, esto es, que permita el acceso real y estable a un lugar adecuado en donde una persona y su familia puedan desarrollarse en condiciones de dignidad" (C-057 de 2010).

Así las cosas, dadas las diferentes preferencias y necesidades de los individuos para acceder a la vivienda, el derecho al reconocimiento jurídico de las diferentes formas que puede adoptar la tenencia de una vivienda se traduce en la existencia de múltiples regímenes sobre modalidades contractuales para permitir el acceso a la tenencia o a la propiedad de un inmueble para vivienda.

2.3. La efectividad de los derechos como parámetro de la regulación

El derecho a la vivienda comporta la utilización de un inmueble bajo cualquier figura jurídica de tenencia. Así, una vez las personas logran acceder a una vivienda, el derecho a contar con opciones contractuales de acceso asequibles y no discriminatorias se transforma en una demanda para la conservación de la tenencia. Así, los derechos habitacionales no se detienen en el acceso, pues luego de éste, aparece la necesidad de contar con mecanismos que permitan la preservación de la tenencia. En ese sentido, la Corte ha reiterado que el artículo 51 de la Constitución "consagra el derecho a la adquisición y conservación de una vivienda digna" (SU-846 de 2000). Esos mecanismos de conservación se vinculan con derechos habitacionales a contar con diversas herramientas para que los gastos que implica la tenencia o propiedad de una vivienda sean soportables y que los demás factores que inciden en la conservación garanticen "seguridad jurídica de la tenencia" de una vivienda "habitable"[430].

La efectividad de tales derechos exige "que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de algún tipo" (Abramovich y Courtis, 2002, p. 35). Así, la labor regulatoria debe tener por

[430] Así, la Corte Constitucional, se ha referido a que el derecho a la vivienda implica: "(i) garantizar la seguridad en la tenencia de vivienda y (ii) establecer sistemas de acceso a la vivienda" (T-905 del 2007).

objetivo la protección de los derechos habitacionales de los consumidores, lo que significa que "debe estar orientada a hacer efectivo el derecho por medio de normas y no a impedir su realización, con regulaciones que hagan inane su contenido" (Quinche, 2015, p. 97)[431]. Por ello, para Pisarello (2003) la regulación de los contratos de vivienda no debe provenir únicamente del derecho privado, sino que debe responder a los mandatos del derecho internacional y constitucional. Esa idea es expresada así:

> "Conforme a la obligación de protección, los contratos dejan de ser un negocio que pueda regirse exclusivamente por la legislación civil y comercial. Más allá de los clásicos principios de buena fe, justo equilibrio en las contraprestaciones o interdicción del abuso del derecho que caracterizan el derecho civil moderno, existe para los poderes públicos un mandato de derecho internacional e incluso constitucional de protección de los usuarios o titulares de recursos habitacionales frente a violaciones provenientes de propietarios y arrendadores de tierra o vivienda, o frente a otros terceros capaces de menoscabar el disfrute de esos recursos" (Pisarello, 2003, p. 127).

Algunas medidas protectoras incluyen herramientas regulatorias sobre asuntos que se analizarán en el siguiente capítulo relacionadas con cláusulas de precio, intereses, causales de terminación y desahucio, medidas para controlar actos discriminatorios en la contratación y cualquier tipo de acto o cláusula que configure un abuso contractual. Abramovich y Courtis al desarrollar la obligación de protección mediante la regulación incluyen como ejemplos "la regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino a vivienda familiar" (2002, p. 35). Otras posibles medidas que un Estado puede adoptar para proteger los derechos habitacionales consisten en la "sanción o prohibición de abusos provenientes de particulares como arrendadores, agencias inmobiliarias, constructores, bancos" (Observatorio DESC, 2008, p.

[431] Como ejemplo de una regulación que no protege a los ciudadanos, Quinche (2015) menciona a las normas financieras: "Un buen ejemplo de regulación legislativa defectuosa es la del Estatuto Financiero, en el que los derechos de los ciudadanos nada valen frente al poder de los bancos" (p. 97).

9); la protección de los consumidores en las etapas precontractuales, contractuales y post contractuales; suministro de información y transparencia en ésta, sistemas de atención de quejas y educación financiera (Corredor, 2015, p. 940).

Así las cosas, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la doctrina sobre derechos sociales defienden la idea según la cual, la regulación de las relaciones contractuales desarrolla la obligación de protección del derecho a la vivienda. Ello significa que el regulador no puede actuar de cualquier manera, pues debe orientar sus decisiones a la protección de los derechos habitacionales frente a eventuales violaciones que puedan desarrollarse por los particulares[432].

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho del consumo, parece claro que entre mayores sean los desequilibrios generados por el mercado[433], más poderosa será la intervención del legislador, pues no tendría sentido la incorporación de los derechos de los consumidores en la Constitución si el legislador pudiera adoptar cualquier regla. Así, el legislador debe orientar sus decisiones teniendo en cuenta que la Constitución "consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Aunque no se trata de medidas que puedan calificarse como de protección contractual en relaciones de consumo, un ejemplo de figuras que protegen la seguridad

[432] Al hacer un balance de la regulación en Colombia hasta el año 2009, Jorge Torres-Ramírez concluyó que: "actualmente en Colombia no existe un desarrollo normativo y unas metas acordes con la trascendencia que representa la seguridad de la tenencia dentro del contexto de los atributos que definen una vivienda adecuada" (2009, p. 313).

[433] Sobre la intervención del Estado en el mercado, la Corte ha explicado: "[L]a crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado" (Corte Constitucional, C-535 de 1997).

jurídica de la tenencia, son aquellas que desarrollan la protección a la vivienda familiar mencionada en la Constitución en el artículo 42 que señala: "la ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable". Al desarrollar esa disposición, el legislador ha establecido la posibilidad de limitar el embargo y la transferencia de un inmueble mediante la constitución voluntaria[434] u obligatoria[435] del patrimonio de familia inembargable o mediante la afectación a vivienda familiar[436]. Con estas figuras se pretende resguardar el patrimonio de familia[437] de "los avatares y riesgos económicos como los malos negocios, crisis económicas y quiebras que pueden llegar a poner en grave riesgo la vivienda familiar de los hijos y de las familias" (C-317 de 2010)[438].

[434] Algunas normas dispersas se refieren a la constitución de patrimonio de familia. La Ley 70 de 1931, modificada en parte por la Ley 495 de 1999, establece las reglas generales y permite que voluntariamente pueda constituirse un patrimonio de familia inembargable con inmuebles entre los que puede estar la vivienda, cuyo valor no sea mayor de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El artículo 22 de la Ley 546 de 1999 establece que de manera voluntaria los deudores de créditos de vivienda pueden constituirlo sobre la vivienda adquirida. Esa constitución es temporal pues pierde su vigencia cuando el saldo de la deuda represente menos del 20% del valor del bien. Igualmente se dispone en dicho artículo que: "(…) una vez constituido el patrimonio de familia inembargable y mientras que la deuda se encuentre vigente, éste no podrá ser levantado sin la autorización del acreedor hipotecario". Adicionalmente, la Ley 861 de 2003, creó el patrimonio de familia inembargable sobre "el único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia". En la sentencia C-722 de 2004 se extendió esta posibilidad al hombre que, "de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia".

[435] La constitución de patrimonio de familia inembargable sobre la vivienda es obligatoria cuando se trata de vivienda de interés social. El artículo 60 de la Ley 9ª de 1989 señala: "En las ventas de viviendas de interés social que hagan entidades públicas de cualquier nivel administrativo y entidades de carácter privado, los compradores deberán constituir (…), sobre lo que compran, patrimonios de familia no embargables, en el acto de compra (…)". El artículo 38 de la Ley 3° de 1991 agregó que "El patrimonio de familia es embargable únicamente por la entidad que financie la construcción, mejora o subdivisión de la vivienda".

[436] La Ley 258 de 1996 establece la posibilidad de que la vivienda adquirida por uno o ambos cónyuges o compañeros permanentes pueda afectarse a la habitación de la familia siendo, por regla general, inembargable.

[437] La Ley 495 de 1999 estableció que puede constituirse un patrimonio de familia inembargable con inmuebles entre los que puede estar la vivienda, cuyo valor no sea mayor de 250 salarios mínimos mensuales. El artículo 22 de la Ley 546 de 1999 establece que de manera voluntaria los deudores de créditos de vivienda pueden constituir patrimonio de familia sobre la vivienda adquirida sin importar el valor del inmueble, por el total de éste. Adicionalmente, la Ley 861 de 2003 creó el patrimonio de familia inembargable sobre "el único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia" sin establecer un tope.

[438] Al resolver una demanda de inconstitucionalidad, la Corte analizó si el límite de 250 salarios mínimos establecidos para el patrimonio de familia voluntario vulneraba los artículos 42 y 51 de la Constitución y encontró que estaba dentro del poder de configuración del legislador definir ese tope. Sin embargo, la discusión no fue tranquila pues cuatro magistrados salvaron el voto considerando que la limitación en la cuantía no tiene en cuenta la finalidad de la existencia de la figura pues "los avatares y riesgos económicos como los malos negocios, crisis económicas y quiebras pueden llegar a poner en grave riesgo la vivienda familiar de los hijos y de las familias, sin importar su condición económica o social y por esta razón la salvaguarda del patrimonio de familia sería una forma de tutelar el derecho a la vivienda digna en situaciones imprevistas" (C-317 de 2010).

Finalmente es importante indicar que la obligación de regular los contratos desde la perspectiva del derecho a la vivienda también supone "eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización" (Carbonell, 2009, p. 78). Así, la estructuración de un marco legislativo implica la depuración de las normas mediante la derogación de aquellas que resulten manifiestamente contrarias a las obligaciones del Estado (Abramovich y Courtis, 2002, p. 81).

2.4. La prohibición de reducir los niveles de protección legal de los consumidores de vivienda

Una de las manifestaciones de la obligación de respeto a cargo del Estado es el principio de no regresividad que implica la prohibición de que los Estados adopten acciones que menoscaben el margen de protección que en materia de vivienda se haya alcanzado[439]. En efecto, cuando el Estado se obliga a mejorar la situación de los derechos sociales[440] "simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes" (Abramovich y Courtis, 2002, p. 94). El principio de no regresividad está vinculado con la obligación de progresividad pues, la posibilidad de que los Estados desarrollen gradualmente el contenido de los

[439] Las obligaciones de respetar requieren "que los Estados se abstengan de una injerencia directa o indirecta en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, los Estados deben abstenerse de efectuar desalojos forzosos y demoler viviendas; de denegar la seguridad de tenencia a determinados grupos; de imponer prácticas discriminatorias que limiten el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio; de transgredir el derecho a la privacidad y la protección del hogar; de denegar la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio a determinados grupos; y de contaminar los recursos hídricos" (ONU-HÁBITAT, 2010, págs. 35, 36). También se señalan como ejemplos de este tipo de obligación "no promover construcciones inseguras o en lugares protegidos" (Observatorio DESC, 2008, p. 9).

[440] La obligación de progresividad surge del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC, en virtud del cual, los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la efectividad de los derechos sociales. Por otra parte, los principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) señalan en el artículo 14, como ejemplos de violaciones: "(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento; (…) (d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables; (e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos".

derechos sociales no autoriza a que se postergue o estanque ese proceso para hacer efectivos los derechos.

El principio de no regresividad puede aplicarse tanto a los resultados de una política pública como a la normativa expedida por un Estado. Este último caso es el que interesa a este trabajo e implica llevar a cabo un análisis comparativo para evaluar sí la norma posterior, confrontada con la norma que ésta ha modificado o sustituido, "suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior" (Courtis, 2006c, p. 4).

De conformidad con la Obligación General no. 3, las medidas deliberadamente retroactivas "requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (CDESC, 1990). Así que, una vez alcanzado un cierto nivel de protección normativo de los derechos de quienes acceden a una vivienda como consumidores, la libertad de configuración del legislador contractual se restringe porque cualquier retroceso resultará constitucionalmente problemático.

La obligación de no regresividad normativa[441] implicaría que la protección a los ciudadanos como consumidores de vivienda no pueda ser desmejorada "sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes" (CDESC, 1990). Ello implica que las medidas normativas que retrocedan en la protección de los consumidores se someterían a un control de constitucionalidad estricto en el que se deberá demostrar que son imperiosas las razones para desmejorar la protección de los derechos. En todo caso, la prohibición de regresividad no es absoluta y el legislador podría restringir válida y

[441] Courtis (2006c) ha desarrollado algunos criterios para aplicar el juicio de comparación partiendo de la premisa de que este tipo de test no es extraño en los ejercicios interpretativos que llevan a cabo los abogados: "el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. Este tipo de juicio es similar a varios tipos de juicios comunes a muchas ramas del derecho, en los que se compara el nivel de protección de dos normas jurídicas distintas que versan sobre la misma situación de hecho. En materia penal, por ejemplo, se refleja en la evaluación de la norma penal más benigna; en materia laboral, en la evaluación de la norma laboral más favorable; en materia de derecho de los negocios internacionales, en la evaluación de la cláusula del país más favorecido (…)" (p. 6).

razonablemente los derechos sociales porque los "Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección alcanzado (…). Un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo" (C-038 de 2004)[442].

La existencia de esta obligación estatal tiene fundamento en la seguridad jurídica. En la tradición liberal este postulado de previsibilidad del derecho es usualmente predicable de los derechos patrimoniales y no de los derechos sociales los cuales son considerados desde la perspectiva liberal como discrecionales. Sin embargo, en un Estado Social de Derecho el principio de seguridad jurídica también se extiende "a las conquistas sociales, de modo que, en lugar de beneficios revocables, las normas de orientación social también conceden derechos con vocación de estabilidad" (Courtis, 2006c, p. 18). En el mismo sentido, Pisarello (2007) señala que la adopción de medidas legislativas regresivas frustra "bien la confianza generada en sus titulares, bien una expectativa legítima que podría asimilarse tanto al derecho a la seguridad jurídica como al derecho de propiedad" (p. 63).

Un caso interesante en el que la Corte encontró regresiva una medida de protección a los compradores de vivienda se encuentra en la sentencia C-444 de 2009 que examinó la constitucionalidad del artículo 64 de la Ley 3ª de 1991, el cual derogaba una norma que obligaba a los vendedores de todo tipo de vivienda nueva a contar con una póliza de calidad y estabilidad de la obra que debía protocolizarse junto con la escritura de compraventa de la vivienda (artículo 64 de la Ley 9ª de 1989)[443]. El Congreso reemplazó tal disposición por

[442] Arango (2006) propone "un test de argumentación escalonada", el cual les permitiría a los jueces definir el ámbito de actuación del legislador al tomar decisiones sobre derechos sociales: "el legislador podrá ejercer su libertad de configuración, pero dentro del marco constitucional que exige la progresividad de los DESC y prohíbe, salvo argumentos de gran peso, el retroceso del nivel de realización alcanzado" (p. 168).

[443] La obligatoriedad de la póliza se encontraba contemplada en la Ley 9º de 1989 de la siguiente forma: "Todo vendedor de vivienda nueva estará obligado a constituir una póliza para garantizar la estabilidad y la buena calidad de la vivienda. El notario público ante quien se efectúe la venta exigirá la protocolización de una copia de la póliza en la escritura correspondiente" (artículo 64). El Decreto 3042 de 1989 reglamentaba tal obligación y señalaba que: "Todo vendedor de vivienda nueva estará obligado a contratar un seguro de naturaleza real que ampare la estabilidad y la buena calidad de la vivienda (…)" (artículo 1º). Adicionalmente, el mencionado decreto señalaba que el objeto del seguro era: "indemnizar la reparación de los daños que sufra el inmueble asegurado como consecuencia de la ausencia de calidad o estabilidad, determinados estos conceptos según su connotación técnica, circunstancias que se consignarán en la póliza respectiva. Los trabajos de reparación comprenderán todas las labores necesarias para restituir el inmueble asegurado a las condiciones de calidad y estabilidad técnicamente requeridas, incluyendo las demoliciones o desmontajes

otra (la demandada), que establece que el Gobierno "reglamentará las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, especialmente en cuanto a espacio, servicios públicos y estabilidad de la vivienda".

La norma nueva (artículo 64 de la Ley 3ª de 1991) entregaba la potestad de reglamentar las especificaciones sobre calidad y estabilidad de las viviendas de interés social y eliminaba el mandato directo que establecía la ley anterior en torno a la obligatoriedad de la póliza para todo tipo de vivienda[444]. Para los demandantes la derogatoria de tal herramienta de protección de los compradores afectaba el derecho a la vivienda, el derecho a la propiedad y los derechos de los consumidores.

En la sentencia, la Corte Constitucional comenzó por considerar que la exigencia de la póliza de calidad y estabilidad a las empresas constructoras de vivienda es una medida de protección de un derecho económico y social. Para la Corte, la forma en la que el legislador había modificado la obligación a los constructores generaba una omisión legislativa, pues no existiría una disposición legal que exigiera la garantía a favor de los compradores, la cual sí era exigida por la anterior disposición. Ello se traducía en una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda.

La sentencia apoyó sus argumentos en los instrumentos internacionales en materia de derechos sociales, especialmente en la Observación General no. 4º (CDESC, 1991), que incluye como uno de los derechos habitacionales a la garantía de seguridad física de los ocupantes, la cual resultaba afectada por el carácter regresivo de la norma examinada. Ello es explicado así:

necesarios" (Artículo 3º). Se estableció también que el valor asegurado se establecerá en función del precio de venta, el cual sería reajustable automáticamente según el IPC y que "las vigencias de los amparos de estabilidad y buena calidad de la vivienda nueva serán respectivamente, de tres (3) años y dos (2) años y se contarán a partir del momento de la primera venta o, si se trata de un conjunto multifamiliar, cuando se efectúe la venta del primer apartamento o casa. Las ventas sucesivas de la vivienda no efectuarán la existencia y validez del contrato de seguro, en cual será irrevocable y sólo terminará con la expiración de su vigencia" (Artículo 4º)".

[444] El artículo 40 de la Ley 3ª de 1991 estableció que el artículo 64 de la Ley 9a. de 1989 quedaría así: "El Gobierno Nacional reglamentará las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, especialmente en cuanto a espacio, servicios públicos y estabilidad de la vivienda."

> "La obligación de los vendedores de constituir la póliza de calidad y estabilidad de la vivienda nueva se erigía en una medida legal que sin duda ampliaba el espectro de protección del derecho a la vivienda digna, especialmente en lo que se refiere a las condiciones de habitabilidad de la misma (…) La norma contenida en el antiguo artículo 64 de la Ley 9ª de 1989 constituía una medida apropiada para proteger el derecho de los adquirentes de vivienda nueva a que ésta fuera apta para proteger su seguridad física y su salud frente a las amenazas estructurales del inmueble. Ciertamente, la posibilidad de demandar a la compañía de seguros emisora de la póliza, y no exclusivamente a los vendedores de la vivienda nueva, significaba una seguridad adicional en cuanto a la efectividad de este derecho en caso de afectación estructural o de deficiencias de calidad del inmueble" (Corte Constitucional, C-444 de 2009).

Para la Corte, la medida es regresiva en lo referente a la vivienda de interés social porque para "los estratos sociales económicamente débiles" resulta más importante contar con mecanismos de protección obligatorios, pues para ellos será más difícil asegurar con sus recursos los riesgos estructurales y de calidad o lograr la efectiva responsabilidad contractual de los vendedores. Por ello, según lo indicado en la sentencia, el principio de no regresividad cobra especial importancia únicamente en lo relacionado con la vivienda de interés social.

Al aplicar el test de regresividad[445], la Corte no encontró una justificación que demostrara que existen imperiosas razones que hicieran necesario ir un paso atrás en la protección del derecho a la vivienda[446] por ello consideró que debía mantenerse la obligación

[445] El test de regresividad exige analiza sí existen circunstancias que justifiquen el Estado deba tomar una medida regresiva. Así, dado que la verificación de una norma regresiva no implica necesariamente un incumplimiento del Estado a sus obligaciones frente a los derechos sociales, la Corte debió analizar sí existía una justificación que desvirtuara la presunción de inconstitucionalidad que recae sobre tal medida regresiva.
[446] Ello es explicado así: "Ahora bien, del examen de dichos antecedentes no se extrae que ni el Gobierno, que propuso el proyecto, ni posteriormente el Congreso de la República, que lo aprobó, hubieran vertido las explicaciones relativas a por qué la derogatoria de la obligación de constituir la póliza de garantía de estabilidad y calidad de la vivienda nueva, en especial la de interés social, constituía una medida que buscaba satisfacer una finalidad constitucionalmente imperiosa, resultaba adecuada y necesaria para ello sin

de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una póliza o garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles[447]. Así, esta sentencia vinculó el derecho a la vivienda con la protección al comprador en relación con las garantías de estabilidad y calidad de la vivienda nueva, materia que ahora está regulada en la Ley 1796 de 2016[448], la cual no distingue entre tipos de vivienda para efectos de las obligaciones a las que están sometidos constructores y enajenadores de vivienda.

En otra ocasión, la Corte al analizar una norma que modificó la Ley 546 de 1999 y que estableció obligaciones a los proyectos de construcción sobre el número de viviendas que debían disponer para la "población minusválida", aplicó el test de constitucionalidad de medidas regresivas y encontró que el juicio realizado por el demandante era erróneo, pues las normas comparadas contemplaban supuestos diferentes. Así, la Corte declaró la constitucionalidad de la norma demandada y dejó dicho que la regresividad ocurre cuando la norma nueva i) reduce el "radio de protección de un derecho social", ii) disminuye "los recursos públicos invertidos en [su] satisfacción" o iii) aumenta "el costo para acceder al derecho" (C-536 del 2012).

desconocer el núcleo esencial del derecho a la vivienda digna, y era estrictamente proporcional en términos de costo- beneficio, vista la restricción en materia de protección que aparejaba, frente al supuesto beneficio social que la medida produciría. De esta manera, ante la falta de dicha explicación, la Corte debe aplicar la presunción de inconstitucionalidad de la medida derogatoria, en cuanto significa una restricción del ámbito de protección sustancial y procesal de un derecho económico y social, cual es el derecho a la vivienda digna de interés social" (C-444 de 2009).

[447] Dado que la inconstitucionalidad se origina no por el contenido de la norma sino por lo que deroga la Corte ordena "preservar la norma en el ordenamiento jurídico pero condicionada a que se mantenga la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una póliza o garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan" (C-444 de 2009).

[448] El artículo 36 de la Ley 1796 de 2016 estableció la derogatoria expresa estableciendo que se derogaban "todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, modificado por el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991"

3. El papel de la Corte Constitucional como juez y regulador en asuntos contractuales sobre vivienda

Hasta aquí se ha señalado que, debido a las dificultades que pueden tener algunas personas para satisfacer su derecho a la vivienda en el mercado, el Estado tiene la obligación de expedir un marco jurídico que establezca diversas formas de acceso contractual a una vivienda y medidas para que los individuos puedan lograr y conservar la tenencia o propiedad habitacional. Ahora bien, además del legislador y del gobierno en lo que toca con sus competencias, la Corte Constitucional ha contribuido a la creación de reglas sobre los contratos de vivienda. Ello ha sido posible por la insistencia de los consumidores en disputar el derecho a la vivienda en escenarios contractuales utilizando como arma la acción de tutela **(3.1)**. Así, cuando los accionantes se encuentran en estado de indefensión **(3.2)**, la Corte le ha abierto la puerta a las acciones de tutela que reclaman la vigencia del derecho a la vivienda en las relaciones contractuales **(3.3)**. Tal intervención en los asuntos contractuales individuales y también en la definición de políticas generales como las que fueron creadas para conjurar los efectos de la crisis no han sido recibidas tranquilamente por quienes consideran que se trata de una interferencia que genera inestabilidad en el mercado y que afecta el estado general del derecho a la vivienda de los consumidores **(3.4)**.

3.1. Los reclamos para la protección de la vivienda en escenarios contractuales

El contenido social de las normas sobre los contratos de vivienda ha provocado que la intervención judicial en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos pueda calificarse como intenso. Así, el vínculo entre el derecho a la vivienda y los negocios jurídicos que sobre un inmueble se realizan, ha sido la justificación para que los jueces constitucionales asuman competencia para conocer asuntos relacionados con los contratos de vivienda.

La insistencia de los consumidores solicitado la intervención del juez constitucional en sus relaciones negociales ha generado que la tutela sea un escenario en el que se litigan asuntos contractuales y en el que se crean reglas que han dado lugar a un derecho constitucional de consumo. En efecto, las sentencias expedidas principalmente en lo corrido de la segunda década de este siglo comienzan a ocuparse en mayor medida de asuntos contractuales complejos y menos de desentrañar la naturaleza del derecho a la vivienda que se asume, según las circunstancias de indefensión del accionante como un derecho fundamental.

El reconocimiento del consumidor como un sujeto que merece protección y la consecuente reivindicación de sus derechos han sido logradas judicialmente a tal punto que la tutela se ha institucionalizado como una garantía para la protección de los consumidores. Esas formas de acción de los individuos y las consecuencias en la formalización de garantías de los derechos son explicadas así:

> "Las garantías sociales de mayor notoriedad son las formas de autotutela de los derechos, es decir, aquellas formas de acción en las que los propios titulares emplean vías directas para reclamar o defender un derecho. La historia de los derechos sociales es, en gran medida, la historia del empleo ostensivo de formas de autotutela de derechos, y de su posterior reconocimiento e institucionalización" (Courtis y Espejo, 2007, p. 31).

De esa forma, la identificación del juez constitucional como juez de consumo ha sido provocada por las redefiniciones del contenido y naturaleza del derecho a la vivienda y por los desarrollos sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares. Así, aunque el escenario natural de disputa de los asuntos vinculados a la celebración y ejecución de los contratos de vivienda es la jurisdicción ordinaria, el hecho de que los contratos influyan en el ejercicio del derecho a la vivienda implica que, si se cumplen ciertas condiciones de procedibililidad, la tutela resulte procedente para defender la vivienda dado que su ejercicio "está mediado por contratos privados" (T-239 de 2016).

El escenario contractual se muestra adecuado para que opere este criterio, pues el contrato es el lugar en el que se encuentran quienes requieren una solución habitacional y aquellos sujetos que la proporcionan. Sobre el contrato como lugar de disputa del derecho a la vivienda se ha explicado en una de las sentencias más importantes en la determinación de reglas del derecho contractual:

> "En los supuestos en los que se vulnere el derecho fundamental al debido proceso y se limite ilegítimamente el derecho a la vivienda digna, hay lugar a la protección de aquél indistintamente del momento de que se trate, esto es, desde la concesión del crédito, durante el pago de las cuotas periódicas, en la extinción de la obligación y en el levantamiento de las garantías constituidas por el deudor" (Corte Constitucional, T-083 de 2003).

Las relaciones contractuales propician las condiciones habitacionales de los ciudadanos y por ello, una de las razones para considerar que la tutela resulta procedente en el marco de relaciones contractuales está relacionada con la facilidad de identificar tanto los derechos subjetivos derivados del contrato como los titulares de las obligaciones y derechos que determinan la posibilidad de contar con una vivienda. Así, el derecho a la vivienda en abstracto se materializa en derechos en estricto sentido (derechos subjetivos)[449].

En estas sentencias, usualmente se diferencia entre situaciones en las cuales existe un contrato, un acto o una regla que determina los supuestos para la titularidad de un derecho (por ejemplo, las normas en las que se establecen los requisitos para ser beneficiario de un subsidio o las reglas constitucionales que otorgan una especial protección a ciertos grupos de personas[450]), de las obligaciones abstractas de cumplimiento, cuya exigibilidad se

[449] A inicios del siglo XX, el profesor Hohfeld explicó un problema que sigue siendo fundamental en las discusiones sobre derechos. El profesor ubicó a la expresión "derecho" como una palabra "camaleón" debido a los múltiples usos que adopta en el lenguaje. Así, el autor presentó varios ejemplos en los que la palabra es usada para significar privilegio, potestad, inmunidad. Señaló: "La palabra derechos (subjetivos) tiende a ser usada indiscriminadamente para cubrir lo que en un caso dado puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, más que un derecho (subjetivo) en sentido estricto" (2009, págs. 47 y 48).

[450] La Corte Constitucional ha indicado que la concreción del derecho a la vivienda ocurre cuando su contenido es precisado por vía normativa, y ello incluye las decisiones de los órganos judiciales. De tal manera que "el

muestra más compleja, como por ejemplo, la obligación de construir viviendas públicas o establecer arrendamientos sociales. Así, en aquellos casos en los cuales pueden derivarse derechos y obligaciones de un acto administrativo[451] o de un contrato privado[452], la vivienda se concreta en supuestos y por ello, este derecho deja de ser impreciso y se "traduce en una prerrogativa subjetiva" (T-163 de 2013). De esa forma, cuando media un acuerdo, el contenido del derecho pierde indeterminación, en tanto se crean "prestaciones que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos" (T-530 de 2011 y T-492 de 2014).

La acción de tutela es procedente cuando el accionante demanda la protección del derecho a la vivienda frente a injerencias arbitrarias de los contratantes. Esta posibilidad surge porque, como se indicó atrás, la obligación a cargo de las autoridades de intervenir para defender los derechos de las afectaciones provocadas por terceros tiene carácter inmediato. Este criterio es utilizado con frecuencia en las decisiones sobre relaciones contractuales que envuelven el acceso o la permanencia en una vivienda. Así, al analizar las condiciones de los contratos de crédito hipotecario, la Corte explicó que:

> "Cuando las personas han logrado acceder a una vivienda digna a través de un crédito, el mantenimiento de las condiciones que les haga posible cumplir con las obligaciones contraídas se erige en una garantía para el goce efectivo de este derecho, por cuanto de ellas depende la seguridad en la tenencia y el no verse expuestas a un desahucio por la imposibilidad de cumplir con los compromisos crediticios. En tales circunstancias, la obligación de garantizar la participación de los involucrados en las decisiones y no interferir

derecho a una vivienda digna será fundamental respecto de los contenidos que por vía interpretativa esta Corporación ha fijado, los cuales, en consecuencia, podrán ser reclamados mediante el ejercicio de la acción de tutela" (T-859 de 2003).

[451] El ejemplo emblemático de aplicación de este principio es el relacionado con la concesión y desembolso de subsidios de vivienda cuando los adquirentes de vivienda han cumplido con todos los requisitos establecidos para ser beneficiarios (T-585 de 2008 y T-467 de 2011).

[452] Arango (2012) ha considerado que los particulares no tienen obligaciones positivas generales frente a los derechos sociales, y que solamente podrían tener obligaciones positivas especiales derivadas de una ley o de un contrato (págs. 103-106).

> arbitrariamente en el contenido ya garantizado del derecho, también se extienden a las decisiones que se adopten en relación con los sistemas de créditos dispuestos para que las personas accedan a vivienda" (T-328 de 2014).

Así las cosas, las condiciones de los contratos son, según lo indica la Corte, garantías para el goce efectivo del derecho a la vivienda. Por ello, los contratantes están obligados a no interferir arbitrariamente en el disfrute del derecho a la vivienda, y en caso de ello ocurra, el Estado, mediante el juez de tutela, deberá defender el derecho de esa intromisión.

3.2. La indefensión como categoría en disputa: de la generalización a la identificación de consumidores especialmente débiles

Frente al derecho que apareció para defender a la masa de consumidores, las sentencias de la Corte Constitucional que resuelven asuntos contractuales en los que está involucrado el acceso a una vivienda, proponen la individualización para verificar sí ciertos consumidores deben estar especialmente protegidos. Ese interés por sacar del anonimato a ciertos consumidores que ostentan unas circunstancias de indefensión especial es también una preocupación global reflejada en las Directrices de Protección a los Consumidores en las que se señala la necesidad de proteger aquellos "consumidores en situación vulnerable y de desventaja" (ONU, 2016).

Así, aunque en las sentencias que están vinculadas con los efectos de la crisis hipotecaria el criterio de protección es el de ser deudor, en los casos no relacionados con la crisis, las sentencias han considerado que la condición de consumidor no es suficiente para lograr la protección del derecho a la vivienda. De esa forma, la Corte reconoce que los consumidores son también enfermos, ancianos, víctimas del conflicto, desempleados, mujeres cabeza de hogar, personas que se encuentran en situación de pobreza o de discapacidad. Por esta razón, las sentencias de tutela que otorgan protección a derechos habitacionales envueltos en relaciones contractuales tienen como particularidad que los

accionantes se encuentran en una condición que la Corte ha considerado de especial protección.

El análisis constitucional de asuntos contractuales relacionados con vivienda supone, además de superar la exigencia de subsidiariedad que se analizará en la siguiente sección, cumplir los requisitos de procedencia de la tutela contra particulares[453]. Así, se requiere que el contratante accionado esté encargado de la prestación de un servicio público o que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión[454].

El estudio de las sentencias en las que se discuten asuntos contractuales que involucran el acceso o la seguridad de la tenencia de vivienda frente a entidades bancarias y aseguradoras permite evidenciar el uso de estos dos criterios (prestación de servicio público e indefensión) para determinar la competencia de los jueces constitucionales. La argumentación utilizada en las numerosas sentencias[455] sobre el particular puede caracterizarse de la siguiente manera.

En primer lugar, la Corte usualmente resalta la línea jurisprudencial[456] que ha reiterado que las labores que desarrollan las entidades financieras al celebrar contratos de financiación para el acceso a una vivienda y los contratos de seguro de vida grupo deudores

[453] El artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela procede "contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".
[454] El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece como condiciones para que proceda la acción de tutela contra acciones u omisiones de los particulares: "4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización (…) 9. Cuando la solicitud sea para tutelar (la vida o la integridad de) quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción (…)".
[455] Algunas de las sentencias encontradas en la investigación, en las que los accionados son entidades financieras y en las que se alegan acciones u omisiones en relación con contratos que permiten el acceso a una vivienda son: SU-846 del 2000, T-1196 de 2000, T-1165 de 2001, T-352 de 2002, T-1085 de 2002, T-141 de 2003, T-323 de 2003, T-346 de 2003, T-423 de 2003, T-587 de 2003, T-756 de 2003, T-662 de 2013, T-902 de 2013 y T-140 de 2015, T-822 de 2003, T-222 de 2004, T-608 de 2004, T-793 del 2004, T-129 de 2005, T-170 de 2005, T-212 de 2005, T-494 de 2005, T-611 de 2005, T-626 de 2005, T-652 de 2005, T-1091 de 2005, T-1092 de 2005, T-1186 de 2005, T-391 de 2006, T-419 de 2006, T-450 de 2006, T-207 de 2006, T-597 de 2006, T-899 de 2006, T-905 de 2007, T-028 de 2008, T-1027 del 2008, T-672 de 2010, T-832 de 2019, T-055 de 2011, T-185 de 2012, T768 de 2012, T-136 del 2013, T-662 de 2013, T-902 de 2013, T-222 de 2014, T-328 de 2014, T-408 de 2015, T-763 de 2015, T-239 de 2016, T-420 de 2016.
[456] Hacen parte de esta línea las sentencias: T-847 de 2010, T-661 de 2001, SU-157 de 1999; T-083 de 2002; T-179 de 2004; T-321 de 2004 y T-263 de 2005; T-676 de 2005, T-346 de 2015.

hipotecarios se enmarcan en el concepto de servicio público[457]. Así, las sentencias explican que estos servicios financieros son fundamentales para el desarrollo económico y social del país y que las entidades que las ofrecen tienen prerrogativas superiores a las de los consumidores y por ello se erigen como "verdaderas autoridades ante ellos, condición que, a la vez les otorga prerrogativas superiores" (T-083 de 2003). Estas actividades son tan importantes para el mercado y para el conglomerado social que requieren autorización previa del Estado y están sujetas a inspección y vigilancia[458].

Luego de ello, las sentencias señalan que la relación contractual con los consumidores es asimétrica porque las entidades financieras ostentan una posición dominante que hace que los consumidores se encuentren en una "verdadera situación de indefensión o subordinación" (T-830 de 2014). Así, la jurisprudencia ha recurrido a las categorías posición dominante y relación asimétrica para señalar que los usuarios de servicios financieros se encuentran en el estado de indefensión al que se refiere el artículo 86 de la Constitución como requisito de procedencia de la tutela. Así, dado que los bancos y aseguradoras son quienes fijan las condiciones de sus servicios, existen buenas razones para creer que "sus acciones u omisiones puedan vulnerar o amenazar los derechos fundamentales de las personas" (T-661 de 2001, T-408 de 2015).

[457] Ello porque, siguiendo un criterio funcional, "toda actividad orientada a satisfacer necesidades generales, de manera continua y obligatoria y regulada por el derecho público constituye un servicio público" (T-170 de 2005).

[458] Esta caracterización de la actividad financiera como de "servicio público" ha sido criticada puesto que la calificación que la Constitución emplea es la de "interés público". Luis Fernando López (2012) explica la importancia de separar estos dos conceptos dadas las consecuencias prácticas que conlleva equiparar a las actividades financieras como de servicio público: "la actividad de interés público se diferenciaría de los servicios públicos en su finalidad natural. Mientras que estos últimos nacen y se orientan para y hacia la satisfacción de necesidades de interés general, las actividades de interés público son actividades que nacen con fines esencialmente lucrativos, como negocios particulares, pero que, como consecuencia de su amplio espectro de influencia, adquieren un papel de gran relevancia en la vida de la sociedad, y, por ello, tienen un régimen especial. Este es el caso, por ejemplo, de las centrales lecheras en España, las farmacias o incluso -para algunos- de la educación, y, desde nuestro punto de vista, como acertadamente lo consagró la Constitución Política de 1991, de la actividad llamada genéricamente financiera, bursátil y aseguradora. Las consecuencias prácticas de lo anterior son, en primer término, que en las actividades de interés público no existen, por regla general, obligaciones de servicio público; en ese sentido el régimen de obligatoriedad, universalidad, continuidad e igualdad no llega a tener la plenitud que sí tiene en las actividades de servicio público (López, 2012, p. 164).

De esa forma, estas sentencias identifican el concepto de indefensión que se encuentra en la Constitución con el de la parte que contrata con un sujeto que ostenta una posición dominante y parten del supuesto según el cual, este tipo de relaciones contractuales no pueden ser analizadas bajo parámetros de igualdad formal. Así, la tutela se convierte no solo en una herramienta para proteger el derecho a la vivienda en relaciones contractuales sino también en "una forma de control de las actividades financieras" (T-222 de 2014).

De otra parte, las reglas sobre arrendamiento también suponen que el arrendatario es objetivamente indefenso. En ese sentido, al examinar la constitucionalidad de uno de los artículos de la Ley 820 de 2003, la Corte estimó que uno de los condicionamientos fácticos de este negocio jurídico es la situación de desventaja en la que se encuentran los arrendatarios debido a la relación intrínseca entre el goce del inmueble y su derecho a la vivienda (C-731 de 2005).

Ahora bien, algunas sentencias que resuelven casos en los que los accionantes consideran vulnerados el derecho a la vivienda por una acción u omisión relacionada con un contrato, han señalado que no basta con examinar los extremos de la relación para encontrar que se trata de un usuario frente a una entidad financiera[459] o un arrendatario frente al arrendador, sino que el juez debe verificar la existencia de un "estado de debilidad manifiesta"[460] atendiendo las circunstancias propias del accionante[461]. Ello implica suponer que dentro de la categoría consumidores indefensos, hay una población que se encuentra manifiestamente indefensa y es esa población la que merece protección constitucional

[459] Por ejemplo, al conocer de una acción de tutela instaurada por el señor Jaime Gilinski Bacal en contra de HSBC Fiduciaria S. A. con ocasión de un contrato de promesa de compraventa de participaciones en el capital del Banco de Colombia S. A., en el que el accionante obraba como promitente vendedor, la Corte Constitucional consideró que en el caso "no se aprecia una situación de desequilibrio como la que es usual encontrar, por ejemplo, entre los bancos y sus deudores. Por el contrario, en este caso se trata de un sujeto plenamente hábil, tanto en sentido legal como material, en capacidad de desplegar una activa defensa que le permita afrontar con todos los instrumentos jurídicos disponibles el incumplimiento contractual de que podría ser objeto, mientras que la relación jurídica analizada es un negocio que involucra cuantiosos intereses económicos de varios sujetos en relativo equilibrio negocial entre sí y frente a la entidad fiduciaria, todo lo cual desvirtúa la posible existencia de una posición preeminente o la existencia de subordinación o indefensión en perjuicio del accionante" (T-910 de 2009).

[460] Esta expresión es repetida en las sentencias que se refieren a seguros de vida: T-662 de 2013, T-902 de 2013 y T-140 de 2015.

[461] Sobre el estado de debilidad manifiesta la Corte ha explicado que "no existe definición ni circunstancia única que permita delimitar el contenido de este concepto" (T-277 de 1999).

mediante la tutela. Así, la existencia de una relación de consumo en abstracto hace presumir la indefensión, pero ello no es suficiente para reclamar la protección constitucional porque debe existir un vínculo entre la relación contractual y el derecho a la vivienda.

Aunque los consumidores se encuentran por regla general, en una posición de indefensión, los jueces deben analizar sí se trata de "una situación relacional intersubjetiva, en la que el demandante no tiene posibilidades ni de hecho ni de derecho para defenderse efectivamente de una agresión injusta" (T-136 de 2013). Para la Corte, analizar la desigualdad en concreto permite determinar el grado de importancia que tiene una disputa contractual como asunto constitucional. Así, los contratos que ordinariamente funcionan sobre la base de la igualdad formal, como aquellos que se celebran entre comerciantes relacionados con asuntos de comercio, tienen menores posibilidades de tener relevancia constitucional. Al contrario, "cuando se trata de espacios en los cuales la desigualdad negocial se torna en elemento central para la definición de las modalidades contractuales y la definición de cargas, la posibilidad de que el asunto sea considerado en clave constitucional aumenta" (T-222 de 2004).

La Corte Constitucional ha insistido en que los jueces deben analizar sí los hechos vinculados con un contrato podrían tener relación con el goce del derecho a la vivienda del consumidor. Así, las sentencias suelen reprochar el argumento según el cual, dado que las controversias contractuales envuelven asuntos meramente patrimoniales, no es posible discutir la vigencia de derechos como el de vivienda en ámbitos negociales. En ese sentido, pueden encontrarse afirmaciones como esta:

> "Esta Corporación no comparte la apreciación de los juzgadores de instancia porque si bien es cierto la afectación de la póliza de seguro que respalda el crédito que adquirió la demandante hace parte de la discusión jurídica, también lo es que tal premisa no es autónoma, sino que deriva y tiene su génesis en una discusión que involucra un aspecto material ius fundamental, esto es, el derecho al acceso a una vivienda digna (…)" (T-408 de 2015).

Para que los derechos de carácter legal surgidos de un contrato tengan importancia constitucional se requiere la existencia de "una conexidad directa e inmediata entre el no reconocimiento del derecho legal y la consiguiente vulneración de derechos fundamentales" (T-160 de 2010). De esa forma, las cuestiones relacionadas con los contratos de vivienda no tienen en todos los eventos un alcance constitucional, pues solamente el contexto permite determinar que la cuestión debatida "no radica en una simple discusión monetaria crediticia y comercial, sino en un asunto de vital importancia como es la materialización del derecho fundamental de acceso a una vivienda digna (…) a través de mecanismos de créditos y de seguro otorgados por el ordenamiento jurídico" (T-408 de 2015).

Para conocer si existe esa relación directa e inmediata a la que se refiere la jurisprudencia, el juez de tutela debe examinar la naturaleza del contrato y las circunstancias subjetivas del consumidor. En relación con la naturaleza del contrato, la Corte ha indicado, por ejemplo, que la presencia de un crédito hipotecario "aumenta las posibilidades de ver afectado el derecho al mínimo vital, vivienda y vida digna" debido a que la ejecución de la hipoteca puede "dejar en una situación penosa al dueño de la vivienda" (T-662 de 2013).

En lo que toca con las circunstancias subjetivas del consumidor, como se indicó atrás, no basta con verificar la existencia de un consumidor en el extremo contractual, sino que se requiere evidenciar que ese consumidor enfrenta situaciones que hacen que requiera una protección inmediata transitoria o definitiva mediante una orden de un juez de tutela debido a la relación entre los comportamientos contractuales y la afectación derechos habitacionales, por ejemplo, porque "la acción o la omisión de quien abusando de su posición dominante (…) coloca a quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta en condiciones de perder la propiedad de la vivienda en la que habita" (T-1091 de 2005).

Así, en la sentencia T-1027 del 2008 la Corte rechazó una solicitud para que se ordenara el desembolso de los recursos provenientes de un crédito hipotecario. Como el crédito estaba aprobado, el accionante procedió a celebrar el contrato de compraventa de la vivienda y a constituir la hipoteca a favor del banco. En este caso, el accionante simplemente afirmaba que la actitud del banco de abstenerse a desembolsar el crédito le ocasionaría un

perjuicio. Al respecto, la decisión indicó que no era posible conocer las calidades del accionante ni el destino del inmueble, con lo cual la discusión contractual se ubicaba en un nivel legal sin relevancia constitucional.

Esta ubicación del debate contractual en el plano legal y no en un nivel constitucional implicó que la principal fuente para resolver el conflicto fuera el contrato y por esa razón, la decisión se detuvo en las cláusulas del contrato de compraventa y en el documento de aprobación del crédito y resaltó que "el demandante aceptó expresamente el condicionamiento para el desembolso del crédito". Adicionalmente, la Corte encontró que una cláusula en la que el banco se libra de la obligación de desembolsar el crédito si aparecen circunstancias sobrevinientes, no implica un abuso de la posición dominante.

En algunas ocasiones, el juez constitucional ha apelado a la solidaridad para ordenar la protección del derecho a la vivienda en ámbitos contractuales[462]. En estos casos, la Corte ha indicado que, en virtud del deber de solidaridad[463], surgen para los particulares y el Estado obligaciones concretas de protección de la vivienda[464].

[462] Sobre la importancia de la solidaridad para alcanzar la meta de una vivienda para todos, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos o Hábitat II indicó: "la solidaridad con las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables, inclusive las personas que viven en la pobreza, así como la tolerancia, la no discriminación y la cooperación entre todas las personas, familias y comunidades, constituyen los pilares de la cohesión social. La comunidad internacional, los Estados y todos los demás agentes pertinentes deben promover la solidaridad, la cooperación y la asistencia a fin de hacer frente a las dificultades que plantea el desarrollo de los asentamientos humanos (Organización de las Naciones Unidas – Hábitat, 1996).

[463] La solidaridad puede entenderse como "un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo" (T-037 de 2017). Esta definición aparece mencionada, entre otras, en las sentencias T-073 de 1998, C-1054 de 2004, T-170 de 2005, C-188 de 2006, C-314 de 2009, C-529 de 2010, T-342 de 2014, C-767 de 2014 y C-177 de 2016.

[464] La primera posición de la Corte frente al deber de solidaridad era diferente, pues consideraba que para imponer obligaciones concretas derivadas de la solidaridad se requería que una ley: "Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, mas no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende, de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica" (T-036 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz).

En la sentencia T-905 de 2007, la Corte analizó la conducta de un fondo de empleados que negó a un afiliado portador de VIH un préstamo para compra de vivienda luego de que una aseguradora le negara al afiliado la suscripción de una póliza de vida.

Luego de analizar las normas del Código de Comercio sobre el interés asegurable y los estatutos del fondo de empleados, la Corte consideró que la conducta de la aseguradora y del fondo de empleados:

> "Devela un claro desconocimiento del deber de solidaridad y, además, del principio rector de la buena fe que gobierna todas las relaciones propias del tráfico jurídico (…) [E]l mandato de especial protección de las personas que se encuentran en condición de abierta debilidad, vincula también a los particulares, condición ésta que se halla inescindiblemente ligada al deber de solidaridad que les asiste a todas las personas. Además, si ese deber se incumple y si en virtud de ello se vulneran derechos fundamentales, hay lugar al amparo constitucional de esos derechos".

En la sentencia T-309 de 1995 la Corte ordenó la reconstrucción de una humilde vivienda que había resultado afectada gravemente por movimientos telúricos. Se trataba, según lo indicado en la decisión, de un caso de negligencia por parte del contratista y de la administración, quienes vulneraban el principio de solidaridad "al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado". La naturaleza del derecho a la vivienda no es analizada ni mencionada en la sentencia a pesar de que fue el derecho tutelado[465].

[465] Sobre el deber de solidaridad señala la Corte en la sentencia: "Cualquiera diría que el accionante (…) estaría obligado a procurarse los medios de recuperación de las circunstancias adversas propiciadas por el temblor de tierra y a vincular sus propios recursos para levantar de nuevo su casa de habitación (…). La Corte Constitucional estima que tales aseveraciones, quizá acordes con una concepción individualista del Estado y de los derechos, no son de recibo -al menos en términos absolutos- dentro de la idea y las proyecciones del Estado Social de Derecho (…). En virtud del principio de solidaridad, al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado (…) no puede [el Estado] 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" (T-309 de 1995).

Al analizar la conducta de un banco al que el deudor le informó sobre las dificultades para pagar debido a que le fue declarada su incapacidad laboral, la Corte consideró que el banco vulneraba el deber de solidaridad con un deudor que:

> "Es cierto que no todo cambio en la situación económica o personal de una persona puede derivar en la posibilidad de exigir, a través de la acción de tutela, un ajuste de las condiciones establecidas en acuerdos previos. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación permite concluir que existen algunos supuestos constitucionales en los cuales el deber de solidaridad, la cláusula general de igualdad en su modalidad de protección especial de las personas en situación de debilidad manifiesta y el derecho al libre desarrollo de la personalidad a partir de una garantía básica del mínimo vital de persona discapacitada, ofrecen razones que justifican exigir a las entidades bancarias la asunción de una actitud que tome en serio las circunstancias del deudor sin desconocer, desde luego, que la protección del ahorro del público ampara las pretensiones de las entidades bancarias de obtener la satisfacción de las obligaciones" (T-328 de 2012).

Así las cosas, los sujetos que participan en el mercado como consumidores son el centro de gravedad en el análisis de las relaciones contractuales tanto desde la perspectiva constitucional como desde la dogmática reciente del derecho del consumo. Sin embargo, la perspectiva constitucional, al menos en lo que relacionado con contratos de vivienda, les ha dado mayor relevancia a las circunstancias externas de los consumidores, esto es, a sus condiciones como seres humanos más allá de la indefensión que presume el derecho del consumo de todos los consumidores.

3.3. La desconfianza en la jurisdicción ordinaria de consumo

La forma en la que la Corte Constitucional ha entendido el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela en relaciones contractuales sobre vivienda tiene una enorme importancia en la comprensión del consumidor en el campo constitucional[466]. Los desarrollos de este requisito explican por qué algunos asuntos contractuales en los que está envuelto el acceso a una vivienda son resueltos por los jueces constitucionales a pesar de que el juez natural del contrato sea el ordinario[467].

Usualmente el requisito de subsidiariedad, según el cual, la tutela procede cuando no exista un medio de defensa eficaz que garantice los derechos del accionante, es el más disputado por los accionados y el que, en mayor medida retoman los jueces de instancia. En efecto, en las contestaciones, los particulares accionados señalan frecuentemente que la jurisdicción ordinaria ofrece procesos y medios de defensa para debatir el tipo de controversias contractuales que los accionantes llevan ante los jueces constitucionales[468].

---

[466] La inexistencia de vías procesales específicas para la protección de los derechos sociales es una característica en varios ordenamientos jurídicos. Así se ha indicado que una "cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales es en la denuncia de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales. Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente, lo cual no es poco desde luego, que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia" (Carbonell, 2009, p. 70).

[467] Al respecto ha explicado la Corte: "La naturaleza de las partes (comerciantes y personas naturales) el tipo de relación (contractual) y el régimen aplicable (derecho privado) prefiguran de cierta manera el juez natural del contrato (juez civil ordinario). Estas notas definitorias indican que la disciplina de estos actos está determinada por los principios de la teoría general de los contratos propios del derecho privado, así como que las controversias suscitadas en virtud de su ejecución sean, prima facie, de conocimiento exclusivo de la jurisdicción ordinaria especializada en asuntos civiles y comerciales" (T-423 de 2003).

[468] Con el objetivo de desvirtuar la competencia del juez constitucional para resolver de fondo asuntos contractuales vinculados con vivienda se señala que Usualmente los accionados hacen afirmaciones como estas que sustancia la Corte: "no puede utilizarse la acción de tutela como herramienta para infringir la normativa prevista en el Código de Comercio" (T-408 de 2015). "El Representante Legal para Asuntos Judiciales de Liberty Seguros S.A., mediante comunicación del cinco (5) de marzo de dos mil trece (2013) remitida al juez de primera instancia, se opuso a las pretensiones de la actora. Manifestó que con preocupación veía cómo algunos asegurados estaban utilizando la acción de tutela para dirimir o ventilar asuntos relacionados con aspectos propios del contrato de seguro, tal y como sucedía en el presente caso. Sostuvo que

Esta posición tiene con frecuencia asidero en los jueces de instancia[469], quienes, que con base en ello le indican a los accionantes que, por tratarse de un asunto contractual, tienen a su alcance mecanismos judiciales y administrativos que fueron previstos para ventilar el conflicto[470]. Frente a este argumento, la Corte ha indicado que no se trata solamente de que el ordenamiento prevea un medio de defensa, sino que se requiere que este sea idóneo y eficaz para proteger el derecho a la vivienda.

Un caso emblemático que puede dar cuenta de la posición jurisprudencial sobre la competencia del juez constitucional para resolver asuntos contractuales relacionados con el derecho a la vivienda es el resuelto en la sentencia T-170 de 2005. En el caso, un banco inició un proceso ejecutivo para el cobro de un crédito de vivienda a una pareja de deudores que eran portadores de VIH[471]. Los deudores no desarrollaron ninguna actuación en el proceso ejecutivo que se adelantaba en su contra y solo cuando el inmueble en el que vivían con sus 4 hijos menores de edad se había adjudicado a la entidad bancaria interpusieron una acción de tutela.

En primera y segunda instancia la tutela fue declarada improcedente porque según los jueces, los deudores actuaron negligentemente al no hacer uso de los medios que el proceso ejecutivo dispone para su defensa. Por el contrario, la Corte Constitucional

esta controversia es de carácter patrimonial y como tal no debe ser objeto de la acción de tutela sino de otros mecanismos" (T-662 de 2013).

[469] En las sustanciaciones de las acciones de tutela por la Corte Constitucional se pueden encontrar numerosos ejemplos de las decisiones de los jueces de instancia en ese sentido. Así solo por ilustrar el sentido de los argumentos, puede verse estas decisiones: "el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia – Risaralda – profirió sentencia declarando la improcedencia de la acción de tutela porque la señora Milla Erla Caicedo puede acudir a la Superintendencia Financiera para que dicha entidad verifique si la entidad accionada incurrió en alguna irregularidad. Finalmente, señaló que "[e]l Banco Agrario, siempre manifestó, que para desembolsar el dinero se hac[í]a primero el estudio y aprobación del crédito, segundo, constitución de hipoteca y tercero, autorización de desembolso".

[470] Esta afirmación puede evidenciarse en las sentencias seleccionadas por la Corte para revisión. Al analizar las contestaciones de los accionados y la sustanciación que hacen las sentencias de la Corte Constitucional sobre las decisiones de los jueces de instancia se encuentran casi de manera invariable aseveraciones como esta: "la acción de tutela no puede ser utilizada para verificar o examinar la legalidad de los contratos, ni como un mecanismo para crear instancias adicionales a las que ya existen" (T-662 de 2013).

[471] Para la Corte, se trata de sujetos de especial protección constitucional pues "se trata de una enfermedad grave, ruinosa y catastrófica que genera el deterioro progresivo del estado de salud de quien lo padece" (T-170 de 2005), lo cual exige del Estado y de la sociedad un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentran quienes afrontan esa situación.

consideró que los deudores no hubieran podido oponerse a la ejecución esgrimiendo como excepción de fondo su situación de debilidad manifiesta, pues ello no se encuentra contemplado en las excepciones a la acción cambiaria contempladas en el artículo 784 del Código de Comercio. Ser portador de VIH no constituye en sí misma una situación que exonere del cumplimiento de una obligación crediticia por eso así hubieran hecho uso de los medios de defensa en el marco del proceso, ello no hubiera impedido la ejecución.

Entre los múltiples casos recientes, puede mencionarse como otro ejemplo, la sentencia T-398 de 2014, en la cual se resolvió una acción en contra de una aseguradora que objetó el pago del seguro de vida grupo deudores al considerar que la deudora de un crédito hipotecario para vivienda tenía una preexistencia. En este caso, la Corte indicó que negar la procedencia de la tutela a una persona que padecía una invalidez del 73.63%, era "obligarla a asumir cargas desproporcionadas (…). Asistir a los estrados judiciales lleva consigo una serie de trámites (demanda, notificaciones, diligencias judiciales, práctica de pruebas, etc.) que la accionante no está en capacidad de cumplir en condiciones de igualdad" (T-398 de 2014). A la misma conclusión había llegado en un caso con hechos similares, en el que consideró además que en los procesos ordinarios "no se sabe con certeza cuál será su resultado" (T-222 de 2014) y por ello la tutela resulta procedente.

Frente a determinados asuntos contractuales que involucran el disfrute del derecho a la vivienda, la Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos de los consumidores cuando se vulneran o están en peligro sus derechos fundamentales. Así, al examinar la avalancha de acciones de tutela de deudores inconformes con la modificación de las condiciones contractuales que realizaron los bancos arguyendo la necesidad de ajustar cada contrato a los parámetros establecidos en la Ley 546 de 1999, la Corte ha considerado que como no está previsto un mecanismo ordinario específico para solucionar las controversias sobre el cambio de condiciones de los créditos hipotecarios, no es posible obligar al deudor del crédito a iniciar un proceso judicial en torno a la controversia que surja con la entidad financiera porque fue esta la que cambió las condiciones.

Adicionalmente, la Corte ha sostenido que los procesos ordinarios tienen complejidad técnica, son costosos y demorados, mientras que, los procedimientos constitucionales son rápidos y el juez constitucional sigue herramientas interpretativas que tienen finalidades distintas a las del juez ordinario. En palabras de la Corte:

> "El juez de tutela está particularmente dispuesto a buscar la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales, más allá de fallar un conflicto en específico; así como a prestar atención al abuso que surja de situaciones de subordinación o indefensión, que en algunas ocasiones pasa inadvertido en un juicio estricto de legalidad" (T-136 de 2013).

Tal posición ha sido sostenida incluso después de la expedición de las normas de protección a Consumidor Financiero que consagraron un sistema de atención al consumidor[472], del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) y del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), los cuales asignaron competencias regulatorias y jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Superintendencia Financiera en relación con la protección a los consumidores.

Las diferencias entre la jurisdicción de tutela y la ordinaria han sido defendidas también por la doctrina desde la perspectiva de los derechos sociales:

[472] El Estatuto de Protección al Consumidor Financiero estableció un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), el cual debe ser implementado por las entidades vigiladas con el objetivo de: "(i) Procurar la educación financiera de sus clientes respecto de las diferentes operaciones, servicios, mercados y tipo de actividad de las entidades vigiladas, así como respecto de los diferentes mecanismos establecidos para la protección de sus derechos. (ii) Capacitar a sus funcionarios, para el ofrecimiento, asesoría y prestación de los servicios o productos a los consumidores financieros. (iii) Instruir a todos sus funcionarios respecto de la figura, funciones, procedimientos y demás aspectos relevantes, relacionados con el Defensor del Consumidor Financiero de la respectiva entidad. b) Los mecanismos que favorezcan la observancia de los principios, las obligaciones y los derechos consagrados en la presente ley y otras relacionadas; c) Los mecanismos para suministrar información adecuada en los términos previstos en esta ley, en otras disposiciones y en las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia; d) El procedimiento para la atención de peticiones, quejas o reclamos; e) Los mecanismos que le permitan a las entidades vigiladas la producción de estadísticas sobre tipologías de quejas en aras de establecer oportunidades de mejora y acciones correctivas (artículo 8º de la Ley 1328 de 2009).

> "La jurisdicción de tutela va más allá de la ley, la corrige y evita resultados contrarios al ordenamiento jurídico. A diferencia del ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en la jurisdicción constitucional los jueces, lejos de ocuparse exclusivamente por la sujeción a la ley, deben inspirarse en los principios constitucionales y maximizar la protección de los derechos fundamentales. Estos, entendidos como derechos humanos positivizados en la constitución, son el mínimo de justicia al que debe condicionarse la actuación de las autoridades públicas, en particular de los jueces al momento de establecer su vulneración y de adoptar las medidas necesarias para su protección efectiva, incluso yendo más allá de lo pedido por las partes cuando ello sea indispensable para brindar plena protección a los derechos fundamentales. La jurisdicción social de la tutela rememora el derecho pretoriano romano que en aras de asegurar una decisión justa corrige el sentido de la ley al momento de su aplicación (Arango, 2009, p. 308).

Así la cosas, para la Corte Constitucional, en los procesos ejecutivos y declarativos e incluso en los de consumo[473] es incierta la protección que pueda dársele al derecho a la vivienda, pues los mecanismos ordinarios resultan ineficaces para la protección de tal derecho.

La Corte Constitucional y la doctrina citada parecen tener razón, por lo menos en lo relacionado con la jurisprudencia de casación consultada hasta el año 2016, en la cual se

[473] Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1328 se consideró que: "(…) si bien es cierto a la Superintendencia Bancaria no le corresponde decidir controversias contractuales como afirma esa entidad en su escrito de respuesta a la acción de tutela, no lo es menos que dentro de sus atribuciones constitucionales y legales le compete ejercer la vigilancia y control de las entidades financieras, a fin de evitar abusos por parte de éstas en relación con los usuarios. Por ello, observa la Corte que dado el aumento de las acciones de tutela en contra de Granahorrar S.A., por casos similares al que ahora se decide, resulta necesario solicitar a la Superintendencia Bancaria que en ejercicio de la plenitud de sus funciones constitucionales y legales, adopte las medidas correctivas o sancionatorias a que haya lugar, con el fin de prevenir que asuntos como el planteado en la presente acción de tutela, sigan teniendo ocurrencia" (T-141 de 2003, MP.: Alfredo Beltrán Sierra).

evidencian los fracasos de los deudores litigando asuntos relacionados con los créditos que habían sido pactados en UPAC.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, al conocer recursos de casación en procesos ordinarios en los que los deudores pedían declarar el incumplimiento contractual de los bancos por haber reestructurado unilateralmente los créditos, ha señalado que los derechos de los deudores deben ser resueltos en el marco de los procesos ejecutivos que hubieren iniciado los bancos[474]. Así, para la Corte los hechos que le sirven de soporte a la demanda por responsabilidad contractual no pueden ser el fundamento de las excepciones de mérito que se formularon en el juicio ejecutivo que el banco promovió en contra de los deudores. Así, la Sala de Casación Civil, 15 años después de emitida la orden de reliquidación por el banco, indicó que:

> "Ni siquiera en tratándose de un crédito concedido para la adquisición de vivienda, a largo plazo, es procedente hacer a un lado el ordenamiento jurídico mencionado, a través de la instauración de un litigio paralelo a aquél escenario natural para debatir el desenvolvimiento contractual. No hay duda del componente social que tiene el derecho fundamental a la vivienda digna, pero él no se traduce en la inobservancia de las instituciones del ámbito procesal, porque de ser así se desquiciaría el rito establecido para dirimir las contiendas entre los ciudadanos, al generarse una justicia alterna, propósito que, por supuesto, ni siquiera ha sido concebido" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de septiembre de 2017).

[474] "Con otras palabras, la facultad que la jurisdicción constitucional concedió a los deudores de las aludidas obligaciones, para deprecar la declaratoria de incumplimiento de los contratos de mutuo por el acreedor o la imputación a la deuda de los intereses cobrados en exceso, entre otras súplicas, no debe entenderse desligada del juicio coactivo, porque existiendo este, es allí donde los obligados deben desplegar su arsenal defensivo, el cual no culmina con la proposición de excepciones, sino mediante el uso de los diversos mecanismos de defensa como son la recolección de pruebas, interposición de recursos contras las providencias adversas, entre otros" (Corte Suprema de Justicia, 26 de septiembre de 2017, M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

Otra regla aplicada por la Corte Suprema de Justicia[475] a las peticiones de los deudores como demandantes en procesos ordinarios contra bancos, es aquella según la cual, el deudor que paga en el marco de un proceso ejecutivo en su contra no puede obtener un resultado exitoso en un proceso ordinario en el que pretenda revertir ese pago. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al resolver las sentencias de casación, ha considerado de mayor importancia proteger el principio de la seguridad jurídica que el alcance del derecho a la vivienda:

> "La pretensión dirigida a revertir el pago hecho como resultado de un proceso ejecutivo hipotecario, de cualquier modo que se intente, no representa cosa distinta que el deseo de revocar el trámite ejecutivo que ya fue adelantado hasta su última consecuencia, el pago, el cual se halla revestido de total firmeza en cuanto éste se obtuvo de acuerdo con la ley procesal y pasada la oportunidad que tenía la sociedad demandada para proponer las excepciones de mérito, mediante las cuales bien pudo controvertir la validez del título ejecutivo, y no lo hizo; si así no fuera, se desconocerían en forma abrupta los principios básicos del derecho procesal que buscan impregnar de autoridad los trámites de la ejecución que se realizan con el fin de obtener la satisfacción de un crédito, en desmedro del principio de la seguridad jurídica" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 10 de septiembre de 2001).

Otro ejemplo que muestra los intentos fallidos de los deudores buscando la protección de sus intereses en la jurisdicción civil se vincula con la aplicación de la teoría de la imprevisión. En efecto, algunos deudores solicitaron infructuosamente la intervención del juez civil para reajustar las prestaciones en los contratos de mutuo, pues parecían darse

[475] El artículo 234 del Código General del Proceso señaló: "En los procesos donde hubiere controversias sobre las liquidaciones de créditos de vivienda individual a largo plazo, deberá solicitarse a la Superintendencia Financiera de Colombia que mediante peritación realice la liquidación de los mismos. De igual manera, emitirá concepto en el que se determine si las reliquidaciones de los mencionados créditos fueron realizadas correctamente por los establecimientos de crédito y, cuando hubiera lugar a ello, efectuar la reliquidación".

los requisitos para la aplicación de esta figura, en tanto los contratos de mutuo hipotecario son contratos de ejecución prolongada y la crisis podría ser analizada como una circunstancia sobrevenida al contrato, extraordinaria e imprevisible. Así, se esperaba que la Corte Suprema de Justicia se refiriera a tal figura. Por ejemplo, el profesor Fernando Montoya en un texto del año 2005 señalaba, refiriéndose a los efectos de la crisis en los contratos de mutuo hipotecario, que:

> "Esperamos ver a nuestra Corte de Casación pronunciarse cabalmente sobre la teoría de la imprevisión, en particular en lo que al contrato de mutuo se refiere (…). Algunos han acudido ante la jurisdicción en solicitud de reequilibrio de sus deudas, situación que muy posiblemente conducirá a nuestros magistrados a establecer los verdaderos alcances de la revisión por imprevisión en Colombia" (2005, p. 146).

A pesar de las posibilidades de aplicación de la figura, difícilmente se encuentra jurisprudencia de la Sala de Casación Civil sobre el tema, apenas parece existir una sentencia de casación, que 12 años después de la crisis resolvió que la imprevisión no resultaba aplicable porque el deudor había cumplió con el pago de las cuotas durante la crisis e incumplió con los pagos después de expedida la Ley 546 de 1999, momento para el cual, según la Corte, las circunstancias extraordinarias se habían terminado, pues la Ley incorporó los mecanismos legales para superarlas. La sentencia señaló:

> "La Corte, no desconoce el impacto descomunal generado en la población colombiana y el sistema financiero de la crisis presentada en 1998, al variar los factores para liquidar los préstamos en Unidades de Poder Adquisitivo Constante -UPAC- a largo plazo y destinados a la adquisición de vivienda (…). Empero, la Sala tampoco puede olvidar los correctivos legales adoptados por la Ley 546 de 1999, que ordenó desafectar la UPAC del DTF, incluso desde el 1º de enero de 1993, o fecha del desembolso posterior, y que en la cuestión controvertida como está acreditado, en la época crítica la parte demandante cumplió la prestación, lo cual, de suyo descarta la revisión por imprevisión bajo el

artículo 868 del Código de Comercio" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012).

3.4. Los dilemas de la intervención constitucional

Suele indicarse que las reglas que protegen en mayor medida a una de las partes en el contrato pueden tener como efecto la generación de incentivos negativos para la parte en menor grado protegida a quien no le interesaría celebrar el contrato, en tanto sus expectativas económicas podrían verse afectadas. De esa forma, el diseño de las reglas que gobiernan los contratos enfrenta el reto de encontrar fórmulas que protejan el derecho a la vivienda de los consumidores sin desincentivar a los empresarios a que celebren los contratos que permiten la propiedad o tenencia de una vivienda, pues esto podría afectar el nivel general de acceso a este bien. Se trataría de equilibrar adecuadamente las obligaciones de las partes prestando especial atención a los efectos que las reglas contractuales generan en el mercado. Las dificultades que plantea tanto el diseño adecuado de las reglas como la identificación de quién tiene la capacidad de definir el modelo de distribución de los recursos para el acceso a los derechos sociales, han estado presentes en los asuntos contractuales sobre vivienda definidos tanto en las decisiones de (i) constitucionalidad como de (ii) tutela de la Corte Constitucional[476].

i) Uno de los más asuntos más controversiales en relación con el adecuado balance de la intervención regulatoria en materia contractual en Colombia ha sido precisamente la intervención de la Corte Constitucional en la estructuración del sistema especializado de financiación de vivienda en el marco de la crisis hipotecaria. Las decisiones de

[476] Las decisiones de constitucionalidad sobre el sistema de financiamiento de vivienda hacen parte de una categoría que surgió para explicar la actividad de las cortes en la construcción de políticas públicas y en la definición de las formas de actuación del Estado, la cual ha sido denominada "activismo constitucional": "las decisiones activistas han sido objeto de críticas severas; una de ellas es la falta de información o asimetría de información que los jueces pueden tener para tomar decisiones que son de la competencia de otras entidades; también ha recibido críticas por disminuir el debate democrático, ya que los miembros de la Corte no tienen origen democrático, que crea una responsabilidad política, y en esa medida parecen menos legitimados para tomar decisiones que deberían ser objeto de deliberación en órganos como el congreso, por ejemplo el modelo de distribución de la riqueza; y en último lugar, la crítica que proviene del mantenimiento de la seguridad jurídica" (Castaño, 2013, p. 127).

constitucionalidad fueron fuertemente criticadas por quienes las consideraron un producto de la extralimitación de las funciones asignadas a la Corte, pues al definir los parámetros del sistema financiero invadió las facultades que la Constitución le asignó al legislador, al ejecutivo y a la Junta Directiva del Banco de la República. Además de considerar que la Corte no tenía competencia para definir asuntos puntuales sobre la forma de pactar los contratos de crédito, las críticas consideraron que las decisiones eran inconvenientes debido a la incapacidad técnica y a la ausencia de información adecuada que tiene la Corte para considerar los efectos que las sentencias generan en el mercado, con lo cual, las decisiones estarían afectando precisamente a la población que pretendían proteger.

Así, algunos consideraron nefastas las "interferencias jurisprudenciales" en los contratos de crédito para vivienda, en tanto incluyen una protección "a ultranza de los deudores en dificultades financieras o insolvencia, en desmedro de los intereses de los acreedores" (Banco Mundial, 2006, p. 5[477]). En ese sentido se ha indicado que la intervención de la Corte Constitucional en los contratos incentiva a que los ciudadanos incumplan sus promesas contractuales conservando la posibilidad de que una decisión judicial modifique los términos contractuales (Núñez, 2005, págs. 20-29). Las críticas asociaron a la constitucionalización con un fenómeno inestable que perturba la seguridad jurídica. 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

[477] El Informe sobre Derechos de Crédito y Procesos Concursales del Banco Mundial incluyó como un riesgo en Colombia la posibilidad de que los créditos de vivienda puedan ser intervenidos por el legislador y por los jueces: "A raíz de la crisis de 1998 hubo interferencia legislativa y jurisprudencial revisando los contratos de préstamos bancarios con hipotecas sobre viviendas y, por ende, esas interferencias podrían sentar un precedente para una intervención futura en la legislación en materia de contratos" (Banco Mundial, 2006).

> el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos" (Clavijo, 2001, p. 5).

Algunos estudios económicos indicaron que los efectos de las sentencias fueron inmediatos, pues las reformas establecidas como consecuencia de la crisis "generaron cambios sustanciales en el comportamiento de los diferentes agentes que participan en el mercado hipotecario" (Cuellar, 2006, p. 21). En efecto, los estudios explicaron que los deudores recibieron incentivos para incumplir con las cuotas de los créditos y los bancos se abstuvieron de colocar recursos para financiar vivienda:

> "Ante la incertidumbre sobre las reglas del juego, un gran número de deudores incumplió sus obligaciones y, como era de esperarse, los bancos detuvieron el otorgamiento de nuevos créditos. En otras palabras, la crisis dejó de ser un fenómeno de naturaleza cíclica provocado por las fluctuaciones en las entradas de capitales (amplificado por algunos factores de política fácilmente corregibles), para convertirse en una crisis estructural que se prolongó innecesariamente, debido a decisiones judiciales que afectaron la confianza en la institucionalidad vigente" (Cárdenas y Badel, 2003, p. 16)[478].

En ese momento, las críticas provenientes especialmente de la doctrina económica reclamaron una norma a nivel constitucional que una década después se hizo realidad con el Acto Legislativo 3 de 2011 que reformó el artículo 334 para incluir el "Incidente de Impacto Fiscal" de las decisiones proferidas por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales. Así, se señalaba que: "sería conveniente, además, que una norma constitucional establezca claramente que la Corte debe evaluar previamente los costos fiscales de sus decisiones económicas y preferir siempre, entre dos alternativas de interpretación posibles, la de menor costo" (Ocampo, 2001, p. 50).

[478] "No cabe duda que el mecanismo de corrección monetaria vigente hasta mediados de 1999 amplificó el efecto del incremento en las tasas de interés que resultó insostenible para los deudores hipotecarios. Aunque era necesario corregir esa situación, la intervención de las autoridades judiciales fue más allá y cuestionó las bases legales mismas de un sistema que tenía cerca de 30 años de existencia" (Cárdenas y Badel, 2003, p. 16).

Las decisiones no fueron adoptadas de manera pacífica al interior de la Corte Constitucional. De ello dan cuenta los salvamentos de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa a las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999 y C-955 de 2000, en los que magistrados disconformes con la decisión mayoritaria sostuvieron la incompetencia de la Corte para intervenir en las condiciones económicas de los créditos de vivienda[479]. Así, debido a que quizás uno de los balances más completos de las críticas a las decisiones de la Corte es precisamente el realizado por los magistrados disidentes, es importante reproducir, al menos uno de los apartes más contundentes sobre los efectos que las sentencias generarían en el acceso a la vivienda de los sectores sociales que la Corte buscaba proteger con su intervención:

> "La Corte no ha sido consciente que carece de legitimidad democrática directa para fijar políticas públicas en el campo económico. Tampoco se ha detenido a analizar lo inapropiado que resulta para una Corte Constitucional entrar a emular con el Legislador democrático, cuando su cometido exclusivo es el de controlar su obra desde el punto de vista del cumplimiento del marco constitucional. De hecho las nuevas normas adoptadas por la Corte, no se enderezan a actualizar el consenso constitucional, sino a ocupar el espacio del Legislador. La Corte entonces no podrá soslayar la crítica económica, política y social, más aún si se advierte en la fórmula convenida por ella la fragilidad de un diagnóstico y de una solución que sólo reparan en el deudor actual, dejando de lado la complejidad del fenómeno real sobre el cual versa su regulación. Si se capta a tasas de mercado y se colocan los créditos a tasas subsidiadas, el mercado del crédito tenderá a marchitarse, en perjuicio de los potenciales compradores, o sea de la inmensa población que carece de vivienda. El costo del subsidio, en últimas se trasladará a los depositantes o a los

[479] Los salvamentos de voto hacen énfasis en que las sentencias tienen errores metodológicos. Desde esa perspectiva, las sentencias podrían adolecer de un sesgo de confirmación: "el juez debe evitar caer en el confirmation bias, es decir, en el error típico de quien, debiendo justificar una determinada elección, escoge todos los factores que confirman la bondad de esa elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento" (Taruffo, 2011, p. 24).

> contribuyentes, lo que no deja de ser regresivo e injusto. Las nuevas reglas pueden adicionalmente erosionar la situación financiera de varias instituciones crediticias. En este caso, la responsabilidad de los insucesos se radicará en la autora de las normas, no así su costo social que correrá por cuenta de los sectores sociales más desvalidos. La inconsulta intervención de la Corte en el proceso de asignación de recursos, mediante normas que no atienden el fondo de la materia, genera distorsiones que terminan por afectar negativamente a los colectivos aparentemente beneficiados por ellas, a lo que se suma el daño que ocasiona a las demás personas y actores sociales (…). La pérdida de dinámica de la financiación privada de la vivienda, exigirá al Estado absorber cargas económicas en detrimento del gasto social más apremiante. Lo anterior también obedece a la reducida capacidad de distinción que acusa la sentencia, que permite - aparte de la vivienda de interés social -, conceder el mismo trato a todos los estratos sociales, con independencia de su nivel de ingreso" (S.V. de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa a la sentencia C-955 de 2000).

La determinación de las reglas de los contratos de crédito terminó en una fragmentación al interior de la Corte que quedó evidenciada en una constancia que aparece anexa a la sentencia C-955 de 2000 suscrita por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández en la que se refieren a los mencionados salvamentos de voto indicando que las afirmaciones realizadas en estos "resultan contrarias a Derecho, son antidemocráticas, constituyen un irrespeto a la Corporación de la que todavía forman parte pues pese a haber renunciado ostentan hoy la calidad de magistrados de esta Corte, e invitan francamente a la desinstitucionalización de la República en momentos especialmente difíciles (…)".

Frente a estas críticas, otros consideraron que la intervención de la Corte era necesaria pues ocurrió ante el silencio del legislativo y del ejecutivo de cara a las

angustiantes demandas de los deudores. Así, señalan que la Corte logró tomar medidas inmediatas permitiendo que el legislativo y el ejecutivo se ocuparan de las decisiones estructurales en un plazo razonable, estableciendo como parámetros las necesidades de los individuos que conforman la demanda del mercado. Una defensa en ese sentido es la siguiente:

> "La Corte acerca al punto de equilibrio la producción de las leyes y políticas públicas, con un costo más bajo para los deudores que acudir al poder legislativo en busca de dichos bienes. El resultado, como ya se había dicho, fue la expedición de la ley 546 de 1999, que recogía los criterios trazados por la Corte, de tal manera que la intervención del tribunal de constitucionalidad logró mover el sistema político hacia el punto de equilibrio de dos maneras diferentes: en primer lugar, con las decisiones que tomó en sus sentencias, y en segundo lugar, provocando la acción, tanto del poder ejecutivo como del poder legislativo, para afrontar la difícil situación y expedir las normas que crearon un nuevo sistema de financiación apto para permitir el acceso a la vivienda digna" (Castaño, 2013, p. 148).

Así mismo, hay quienes señalan que la Corte Constitucional no ha sido lo suficientemente contundente para proteger eficazmente los derechos sociales:

> "[L]os límites impuestos por la CCC [Corte Constitucional Colombiana] al avance del neoliberalismo se han concentrado en evitar la destrucción del contenido esencial de esos derechos sociales. Por ello, las decisiones de la CCC han impuesto obstáculos de consideración a las políticas neoliberales, pero no han ido más allá de eso, puesto que no las han atacado de manera profunda. En consecuencia, las decisiones de la CCC no han promovido en ningún sentido la reestructuración fundamental de las políticas estatales neoliberales en Colombia, ni han supuesto un verdadero desafío global para esas políticas" (Saffón, 2010, p. 84).

ii) De otra parte, las controversias también son evidentes frente a los litigios individuales en los que la Corte ha resuelto asuntos de naturaleza contractual. En efecto, los intermediarios financieros y los acreedores inmobiliarios reclaman amplios espacios de libertad en las condiciones contractuales y se resisten a la imposición de prácticas redistributivas impuestas al mercado por los jueces. Ello puede evidenciarse en las numerosísimas contestaciones de los demandados en acciones de tutela en las que los accionantes reclaman el derecho a la vivienda para discutir asuntos relacionados con contratos[480] o en las intervenciones gremiales en procesos de constitucionalidad contra normas contractual de la vivienda[481].

Desde esta perspectiva, que podría categorizarse como liberal, se ataca la intromisión constitucional en los contratos porque el derecho contractual *debe* tener como función la de facilitar que los particulares puedan realizar sus fines privados mediante la celebración de acuerdos. Así, debe brindar la seguridad suficiente para garantizar el respeto a las expectativas derivadas de tales acuerdos, pues de lo contrario, las personas no celebrarían contratos. Por ello, las personas en ejercicio de la libertad contractual[482], pueden crear todo tipo de contenidos contractuales, siempre que no vulneren las leyes imperativas que establecen límites a la autonomía contractual.

Siguiendo esa concepción del contrato, el Estado como "guardián del orden público" puede intervenir en las libertades con el objetivo de "garantizar las reglas espontáneas que determinan las leyes de la razón económica" (Calvo, 1993, p. 1018). Por esto, el derecho contractual debe limitarse a establecer los elementos para la existencia de los actos, las reglas para la interpretación de la voluntad y los remedios en caso de incumplimiento. El

[480] Dentro de las numerosísimas contestaciones en ese sentido, pueden analizarse a modo de ejemplo las respuestas de los demandados en las siguientes sentencias: T-423 de 2003, T-136 de 2013, T-902 de 2013, T-328 de 2014.

[481] Pueden ser analizadas las intervenciones de los gremios en las demandas de inconstitucionalidad contra normas relacionadas con los créditos de vivienda: C-367 de 1995, C-192 de 1996, C-252 de 1998, C-251 de 1999, C-664 de 2000, C-332 de 2001, C-936 de 2003, C-313 de 2013.

[482] Algunas precisiones sobre el uso de las expresiones "autonomía de la voluntad", "autonomía contractual", "libertad contractual", "autonomía privada" pueden ser consultadas en un clásico texto de Luigi Ferri (1969). En este texto se han empleado tales expresiones indistintamente para hacer referencia a la facultad que tienen los individuos para "constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial" (artículo 864 del Código de Comercio), obligándose a "dar, hacer o no hacer alguna cosa" (artículo 1495 del Código Civil).

contrato pertenece a los contratantes y ello implica que el juez ordinario es un árbitro sin iniciativa que solo puede asistirlos en casos de incumplimiento o en aquellos casos en los que la voluntad sea oscura o ambigua[483]. Así, lo que se considera justo es "la interpretación y la ejecución que más se acerquen al alma del contrato, como expresión de una voluntad privada legisladora" (Giraldo, 2014, p. 58). Estos postulados entienden al contrato como el lugar en el que se transan asuntos patrimoniales en las esferas privadas de los individuos[484], por lo cual, el juez constitucional no es competente para analizar asuntos contractuales, pues estos involucran materias que no están relacionados con derechos constitucionales.

En ese sentido, estas posiciones consideran que el contrato no es el lugar adecuado para redistribuir la riqueza ni para imponer obligaciones derivadas de la solidaridad, puesto que "quien celebra un contrato se desentiende siempre de ello, por lo que pretender que se solidarice con un grupo de personas para él no sólo desconocidas sino indeterminadas puede ser una actitud ingenua; tenemos que evitar caer en lo que podría llamarse un pseudo izquierdismo contractual" (Montoya, 2005, p. 145).

Esta posición es defendida por los acreedores al contestar las acciones de tutela. En efecto, los particulares accionados insisten en indicar que los asuntos contractuales no tienen relevancia constitucional y que son los jueces ordinarios quienes, con base en las reglas preestablecidas[485], deben resolver las controversias contractuales sobre la

[483] Desde la perspectiva liberal: "equilibrio contractual significa que debe existir una adecuada distribución de cargas y riesgos vinculados al contrato (equilibrio jurídico). Equilibrio, en este ámbito significa igualdad de las partes (por lo menos relativa) de manera que ninguna de ellas tenga una posición preponderante en el proceso de contratación" (Giraldo, 2014, p. 74).

[484] Los contratos de vivienda reflejan esa relación que, en ocasiones se presenta como generadora de tensión, en tanto manifiesta los grandes debates sobre el alcance de las libertades económicas en ámbitos de protección a los derechos sociales. Sobre esa tensión entre derechos sociales y libertad contractual, la literatura Norteamérica se refiere a los casos de inconstitucionalidad de leyes con contenido social que se emitieron desde 1905 hasta la mitad de los treintas en Estados Unidos. Quizá, uno de los más referidos es el caso Lochner vs. New York (Corte Suprema de los Estados Unidos, 25 de febrero 1905). En el caso, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley que regulaba la jornada laboral de panaderos por violar la libertad contractual entendida como derecho incluido en la enmienda 14 sobre debido proceso. En efecto, se entendió que la libertad contractual estaba protegida con la prohibición de privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso establecido en la ley. Para la Corte Suprema el derecho a "comprar" el trabajo mediante un contrato estaba protegido bajo esa enmienda.

[485] Sobre la forma en la que entienden el derecho los "abogados privatistas", Nicolás Parra señala: "entender el derecho como un medio para permitir que los particulares sigan ideando mundos posibles y para proteger su libertad materializada en la disposición de sus bienes y de su trabajo es desvelar la concepción real de que

vivienda[486]. Así, por ejemplo, en relación con las tutelas sobre seguros de vida grupo deudores, el sector asegurador ha mostrado su intranquilidad al considerar que las sentencias de la Corte Constitucional que se refieren asuntos contractuales "so pretexto de salvaguardar los derechos fundamentales de los accionantes" han convertido a los jueces constitucionales en los nuevos jueces del contrato generando inseguridad e inestabilidad jurídica (Rueda, 2014, p. 1). Adicionalmente, señalan que la construcción de supuestos de hecho y consecuencias a partir de principios es arbitraria[487] y que esa forma de interpretar y aplicar figuras propias del derecho privado "va en contravía de instituciones y principios propios (…), los cuales han venido siendo desarrollados históricamente por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (…) ésta sí juez natural del contrato" (Rueda, 2014, p. 13).

Las razones que defiende la perspectiva constitucional de los contratos hacen parte de los supuestos que desarrollan el siguiente capítulo, por ello, serán analizadas en las consideraciones preliminares que lo introducen.

del derecho tienen aquellos con un temperamento interpretativo contractualista. Estos abogados conciben el derecho como un instrumento de regulación social de los mínimos de coexistencia necesarios para que los particulares, dentro del más amplio margen de libertad, desarrollen su plan de vida y dispongan de sus bienes y servicios de la manera que mejor consideren (Parra, 2018, p. 93).

[486] Un ejemplo, en medio de los cuantiosos que podrían presentarse, es esta contestación sustanciada por la Corte en la que la aseguradora accionada por una reclamación de un seguro de vida vinculado a un crédito hipotecario para vivienda "manifestó que con preocupación veía cómo algunos asegurados estaban utilizando la acción de tutela para dirimir o ventilar asuntos relacionados con aspectos propios del contrato de seguro, tal y como sucedía en el presente caso. Sostuvo que esta controversia es de carácter patrimonial y como tal no debe ser objeto de la acción de tutela sino de otros mecanismos" (T-662 de 2013).

[487] En ese sentido algunos consideran inadecuada la forma de creación de reglas a partir de principios, pues "como estos estándares no son susceptibles de ser aplicados directamente para resolver un caso específico, éstos deben concretarse. En otras palabras, el intérprete se sirve de ellos como justificación para crear una norma precisa y determina su supuesto de hecho, en el cual encuadra el caso particular, y la sanción que considera conveniente. Así, pues, la decisión judicial que zanjará el litigio estará fundada en la norma que creará previamente con base en los principios" (Mantilla, 2016, p. 128).

CUARTO CAPÍTULO

EL CONTRATO COMO ESCENARIO DE REIVINDICACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

SUMARIO

Consideraciones preliminares. La perspectiva constitucional del derecho contractual de consumo: una propuesta de justicia contractual. ***1.*** *TODOS CON VIVIENDA A CRÉDITO: EL ÉNFASIS EN EL ACCESO FINANCIADO.* ***1.1****. Un acceso contractual universal.* ***1.2.*** *El derecho a la vivienda como derecho a contratar: el sacrificio de la libertad de conclusión en la formación del contrato.* ***1.3.*** *La contratación de negocios vinculados a la financiación de vivienda.* ***1.4.*** *Aprender a ser deudores: la información y la educación para el consumo.* ***2.*** *FIJACIÓN ESTATAL DEL CONTENIDO CONTRACTUAL.* ***2.1.*** *Homogeneidad contractual.* ***2.2.*** *Las cláusulas sobre el plazo.* ***2.3.*** *Las cláusulas económicas.* ***2.4.*** *Las condiciones cualitativas de la vivienda.* ***3.*** *REIVINDICACIONES CONTRACTUALES PARA PROTEGER LA TENENCIA HABITACIONAL.* ***3.1.*** *El debido proceso contractual y el derecho a la vivienda.* ***3.2.*** *El derecho a la vivienda como protección a las expectativas económicas de los consumidores.* ***3.3.*** *El uso estratégico del derecho del consumo.* ***3.4.*** *La defensa del derecho a la vivienda y la afectación a la seguridad jurídica*

Consideraciones preliminares.

La perspectiva constitucional del derecho contractual de consumo: una propuesta de justicia contractual

Este capítulo conclusivo tiene por objetivo analizar los resultados que ha tenido la invocación del derecho a la vivienda para definir las reglas de protección contractual y evidencia los retos que estas reglas imponen a la estandarización de los contratos en masa en relación con la exigencia de evaluar las condiciones particulares de los consumidores.

Al analizar las razones para el surgimiento del derecho del consumo, suele mencionarse la necesidad coyuntural de su origen como una reacción al derecho privado liberal que comprendía bajo el manto de la igualdad formal a todas las relaciones contractuales entre particulares. En efecto, la doctrina usualmente invocada en Colombia para explicar el derecho de los contratos mercantiles caracteriza al derecho contractual que coincide con el capitalismo de los siglos XIX y XX[488] como un derecho que tiene por finalidad permitir un movimiento incesante de mercancías en una sociedad de masas (Ascarelli, 1964; Broseta, 1965; Galgano, 1980; Garrigues, 1971; Vivante, 1932).

[488] Luis Roberto Wiesner (1986) analiza la relación entre el derecho comercial y el capitalismo tanto liberal como industrial y la importancia de la igualdad formal, la propiedad privada y la libertad de contratación para lograr "una incesante rotación de mercancías": "A más de estar vinculada con la institución propiedad privada, la libertad de contratación está conectada con la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley. Esta vez es el principio conexo el que sirve al de la autonomía de la voluntad. Para que los contratantes se encuentren en un terreno neutro, para que además de estar apoyados en sus respectivos fueros internos que les permiten, teóricamente, elegir y contratar conscientemente, se requiere una igualdad formal, se necesita que la ley diga al menos que los contratantes tienen una misma dimensión, una misma fuerza. El principio que enuncia la igualdad de todos ante el derecho está dirigido a obtener tal resultado" (p. 20).

Ese derecho contractual, categorizado como liberal, tiene como finalidad la protección a la circulación de la riqueza a partir de la estandarización, la masificación y la despersonalización. En este contexto, se suele ubicar el surgimiento del derecho del consumo en la segunda mitad del siglo XX como una reacción a los inconvenientes que en términos de justicia contractual[489] genera asumir que todos los actores en el mercado se encuentran en las mismas condiciones de negociación, información y acceso a la justicia (Tambussi, 2014; Rusconi, 2013; Garrido, 2008; Farina, 2004). De esa forma, el derecho del consumo aparece con el reto de crear medidas que alivien la posición de la masa de consumidores frente a los productores y comercializadores.

Ahora bien, con la aparición del consumidor como un sujeto de derechos con relevancia constitucional, el centro de atención del derecho contractual pasa de ser el contrato y se ubica en los sujetos que lo celebran. Así, al reto que planteó el derecho del consumo al derecho contractual liberal se suma la perspectiva constitucional que, por lo menos en lo que trata con asuntos de consumo de vivienda, se caracteriza por exigir una aplicación más precisa de la igualdad material y por invocar a la equidad y solidaridad para equilibrar particulares indefensiones.

En este escenario constitucional en el que han surgido las reglas que se estudiarán en este capítulo se defiende la idea según la cual, el derecho contractual se encuentra sometido a la realización de fines socialmente valiosos que van más allá del respeto a la palabra dada y al orden público e implican la imposición de obligaciones derivadas de la solidaridad con el objetivo de compensar los desequilibrios protegiendo a los más débiles[490].

[489] Carlos Julio Giraldo (2014) analiza por qué el contrato es una situación de justicia: "El contrato es una situación de justicia porque en la relación que crea entre las partes se puede apreciar la justicia entre lo que se da y lo que se recibe, entre lo que se hace y su compensación, entre las cargas y los derechos que se generan. Por eso en una relación entre mercancía y precio, salario y trabajo, daño en indemnización, delito y castigo, se puede o no hablar de un precio justo, de un salario justo, de una indemnización justa o de una pena justa. En ese sentido, acciones, sujetos de acciones, normas y ordenamientos normativos solamente son objetos de juicios de justicia en cuanto se refieran a un dar o recibir, una exigencia o una negación; en otras palabras, a la distribución y compensación de bienes y cargas, y esto precisamente es el contenido de todo contrato" (p. 21).

[490] Esta concepción de la Corte Constitucional coincide con una visión solidarista del contrato, según la cual, el derecho contractual debe perseguir "el equilibrio en los negocios y la protección de los más débiles" (Bernal, 2013, p. 8). Esta perspectiva aboga por un Estado que gestione "políticas sociales encaminadas a compensar

Esta idea defendida por la jurisprudencia constitucional que ha analizado y creado reglas en materia de relaciones contractuales sobre vivienda coincide con una perspectiva social del contrato, la cual puede ser explicada así:

> "[E]l contrato no solo debe ser el instrumento que permita el intercambio de derechos y obligaciones, sino también el vehículo que coadyuve al logro de los fines del derecho: la justicia, la seguridad, el bien común. El Estado Social de Derecho no se agota, ni puede hacerlo, en la asignación de obligaciones sociales al sector público, prescindiendo de la actividad privada" (Giraldo, 2014, p. 121).

Esta perspectiva social[491] vincula al derecho privado con la realidad de los sujetos fuera del contrato. Ello implica que las reglas sobre las relaciones negociales en materia de vivienda están marcadas por una visión que le asigna una importancia al contrato en la esfera pública.

Así, además de ser un instrumento de cambio, de transferencia de riqueza, de previsión, una fuente autónoma de producción del derecho[492], la perspectiva constitucional agrega al contrato la función de ser un escenario en el que tiene cabida la justicia

los profundos desequilibrios que genera el desarrollo capitalista" (Calvo, 1993, p.1022) y esto debe manifestarse en el derecho contractual que no debería suponer la igualdad de las partes.

[491] Señalar que el derecho contractual que surge de las reglas constitucionales es un derecho contractual social es simplemente un intento por modelizar la concepción política del tipo de producción normativa de la Corte Constitucional en materia de contratos de vivienda. Así, las reglas estudiadas en este capítulo pueden "leerse marcas de una determinada concepción política, social, económica, etc. En su intento por caracterizar estas marcas, la dogmática jurídica suele "modelizar" tipos de ordenamiento jurídico, distinguiendo por ejemplo entre constitucionalismo liberal y constitucionalismo social, derecho penal autoritario y derecho penal liberal, derecho civil de orientación liberal y derecho civil de orientación social, etcétera" (Courtis, 2006b, p. 355).

[492] Galgano explica la pretensión del derecho contractual comercial de ser creado en esferas privadas, sin intervención de la sociedad política y la defensa a la idea de que la autorregulación puede proteger los derechos de los consumidores: "El contrato está tomando el lugar de la ley, incluso en la organización de la sociedad (…). Un contrato entre particulares sustituye a la ley en muchos sectores de la vida social. Un contrato sustituye incluso los poderes públicos en la protección de los intereses generales, es decir, los intereses colectivos. Por ejemplo, en algunos casos los intereses de los consumidores están protegidos contra el fraude publicitario a través de códigos de autodisciplina por parte de las empresas o el interés en un diseño equilibrado del territorio puede protegerse a través de la creación de grandes distritos hechos por consorcios urbanísticos" (Galgano, 1995, p. 103) -Traducción libre-.

redistributiva[493]. Ello implica un importante cambio en la identificación de la justicia contractual como justicia conmutativa, es decir, equivalencia entre las prestaciones[494]. Esta diferencia entre la justicia contractual con funciones redistributivas y la justicia liberal conmutativa, ha sido explicada por la profesora Nicolau precisamente mediante un ejemplo en materia de vivienda:

> "Se va en pos de una justicia conmutativa cuando, frente a un acontecimiento extraordinario e imprevisible que afecta las prestaciones recíprocas pactadas, la teoría de la imprevisión trata de establecer el equilibrio perdido. En cambio, se va en busca de la justicia distributiva cuando para proteger la familia se imponen determinados límites en el contrato de locación de inmuebles urbanos destinados a vivienda" (Nicolau, 2009, p. 228).

Como se verá, las reglas contractuales que tienen por objetivo proteger el derecho a la vivienda han sido creadas con más contundencia por la Corte Constitucional que por el legislador y han girado principalmente sobre financiación de vivienda. Así mismo, tales reglas han sido creadas en escenarios específicos en los que se han ponderado y establecido jerarquías entre la equidad, la seguridad jurídica, el respeto a la palabra dada y los derechos constitucionales de las partes[495]. En ese sentido, este capítulo identifica (i) reglas creadas

[493] Sobre la función de la regulación de la economía con fines redistributivos puede leerse: "En el Estado regulador moderno, el gobierno frecuentemente actúa de maneras diseñadas para transferir recursos de los sectores más ricos a los más pobres de sus sociedades. (…) El capitalismo moderno se ha convertido en sinónimo de intervenciones estatales redistributivas que coexisten con una economía de mercado"- Traducción libre- Gregory y Peñalver, 2012, p. 105).

[494] En relación con la justicia contractual entendida en el marco constitucional actual, Juan Pablo Cárdenas ha propuesto una noción equilibrada entre la función del contrato y la justicia constitucional: "existe el constante propósito constitucional de asegurar que el contrato corresponda a un ideal de justicia, el cual por lo demás corresponde al propósito constitucional de un orden justo. Lo anterior, sin embargo, no implica sustituir la decisión de los contratantes por la de las autoridades estatales, pues ello significaría desconocer la importancia del contrato y su función. Se trata, por consiguiente, de asegurar que las partes puedan adoptar la decisión que más les convenga, que lo hagan libremente, que en aquello sobre lo cual no existe deliberación se preserve la justicia que durante la ejecución del contrato se conserve el reequilibrio querido por los contratantes, incluyen los riesgos que cada uno haya asumido" (Cárdenas, 2007, p. 693).

[495] La concepción constitucional de orientación social del derecho contractual es un ejemplo de que las reglas son el producto de "la selección de un valor por encima de otros (valores coexistentes y en algunos contradictorios dentro de un mismo régimen jurídico)" (Alviar, 2011, p. 128).

por una especial sensibilización dada por la cercanía a la crisis hipotecaria; (ii) otras empujadas con mayor fuerza por los desarrollos que instrumentos internacionales han hecho del derecho a la vivienda y, de manera reciente, (iii) reglas que han sido creadas a partir de principios del derecho del consumo.

Así, esta tesis finaliza con la identificación de las reglas creadas bajo el supuesto de que los contratos son un espacio para el desarrollo de los derechos habitacionales[496]. Para alcanzar ese objetivo, el capítulo analiza las numerosas decisiones de la Corte Constitucional[497] que, con el objetivo de proteger el derecho a la vivienda, invocan la solidaridad, la equidad y los principios del derecho del consumo para la comprensión de las relaciones negociales sobre vivienda[498]. Metodológicamente, el capítulo agrupa en tres categorías las reglas contractuales que atañen a la protección del derecho a la vivienda digna. Así, se abordarán en primer lugar, las reglas para el acceso contractual a cualquier tipo de tenencia habitacional **(1).** Posteriormente, aquellas que se refieren a la determinación de cláusulas contractuales de protección **(2)** y, por último, se analizarán las reglas creadas

[496] Esta idea fue desarrollada en el tercer capítulo en el que se indicó que es obligación del Estado emitir regulación que desarrolle los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido, "la legislación nacional no solo debe ser no contradictoria con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de ellos normas completamente aplicables" (Carbonell, 2009, p. 78).

[497] En la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es posible encontrar la aplicación de figuras como la imprevisión y la revisión judicial del contrato, la doctrina de los actos propios y la readecuación de las prestaciones a futuro en materia de créditos hipotecarios. En general, en ellas el análisis de la importancia de la vivienda como derecho humano no parece tener una relevancia especial, pues ese balance ya fue hecho por el legislador al expedir leyes especiales en materia de vivienda. En todo caso, son relevantes, no por su defensa al derecho a la vivienda, sino por referirse a asuntos de derecho contractual, las siguientes: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 de diciembre de 2003, exp. 7565; 19 de diciembre de 2005, exp. 1989-01859-01; 2 de julio de 2006, exp. 00009-01; 26 de febrero de 2010, exp. 11001-3103-039-2001-00418-01; 21 de febrero de 2012, exp: 11001-3103-040-2006-00537-01.

[498] El periodo de análisis jurisprudencial es 1992-2017. Así, aunque la pretensión de este capítulo es abarcar toda la jurisprudencia emitida desde la creación de la Corte Constitucional hasta le primer semestre del 2018, el cual coincide con la terminación del último plan de desarrollo analizado en la primera parte del trabajo, sería atrevido asegurar que absolutamente todas las decisiones se encuentran analizadas en las siguientes líneas. Taruffo (2009) explica por qué las tareas de revisión analítica de la jurisprudencia pueden ser complicadas: "De un lado, en realidad, no se sabe casi nunca si de verdad se ha llegado a conocer toda la jurisprudencia (lo que suele ser imposible), o al menos toda la jurisprudencia relevante sobre una cuestión determinada. De otro lado, con frecuencia se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria: se tratará, entonces, de establecer si hay o no hay jurisprudencia conforme, si hay una jurisprudencia prevaleciente, si la jurisprudencia es incierta, o incluso si hay una situación de caso jurisprudencial" (Taruffo, 2009, p. 561).

para gobernar la ejecución contractual con el objetivo de mantener la tenencia con posterioridad al acceso **(3)**.

1. Todos con vivienda a crédito: el énfasis en el acceso financiado

Desde la perspectiva de las políticas habitacionales, las cifras sobre acceso a una vivienda son un indicador de la existencia de políticas públicas adecuadas y del buen funcionamiento del mercado inmobiliario (CAF, 2017, p. 175)[499]. Dado que la adquisición de la propiedad de una vivienda o de su tenencia pasa necesariamente por la celebración de contratos[500], el acceso contractual sin obstáculos se ha convertido en un parámetro para la construcción de reglas relacionadas con la libertad de elección de los agentes que intervienen en el mercado financiero e inmobiliario.

Las reglas que desarrollan los derechos habitacionales relacionados con el acceso contractual han hecho énfasis en la necesidad de democratizar el acceso a una vivienda **(1.1),** imponiendo obligaciones de contratar tanto en contratos de crédito y arrendamiento **(1.2)** como en materia de seguros conexos a contratos de financiación **(1.3).** Adicionalmente, dada la asimetría de información que se manifiesta en las relaciones de consumo, han tomado una gran importancia las obligaciones de transparencia en la celebración de los contratos que permiten el acceso a una vivienda **(1.4).**

[499] Las transacciones sobre los inmuebles de uso habitacional generan un mercado que tiene efectos determinantes en la organización de las ciudades. Ello es explicado así: "El mercado inmobiliario resulta entonces una pieza clave en el engranaje de la ciudad y, en el caso de contar con políticas públicas adecuadas, su buen funcionamiento facilitaría el acceso a la vivienda por parte de todos los hogares" (CAF, 2017, p. 175).
[500] Comoquiera que el derecho a la vivienda pasa por la celebración de contratos de crédito, el derecho a la vivienda se transforma en la necesidad de que las personas accedan a financiación. Por ello se ha dicho que en el modelo "nada de derecho a la vivienda, sino créditos inmobiliarios" (Lazzarato, 2013, p. 127).

1.1. Un acceso contractual universal

Los instrumentos internacionales sobre el derecho a la vivienda han reconocido el derecho habitacional a acceder en igualdad de condiciones a la celebración de los contratos que permiten adquirir la propiedad o tenencia habitacional. Sobre el particular, Hábitat II (1996) señaló que los Estados deben "fomentar el acceso amplio y no discriminatorio a servicios de financiación de la vivienda abiertos, eficientes, eficaces y apropiados para todos, comprendida la movilización de nuevos recursos financieros y de otro tipo -públicos y privados-" (ONU). Este instrumento ha señalado como obligaciones del Estado:

> "Erradicar la discriminación en el acceso a la vivienda y los servicios básicos por cualquier motivo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, bienes, nacimiento u otra condición; debe ofrecerse la misma protección contra la discriminación por motivos de discapacidad o edad; y garantizar la protección jurídica contra tal discriminación" (ONU, 1996).

En el mismo sentido, la Observación General no. 4 señala que es obligación del Estado establecer recursos jurídicos[501] que permitan reclamaciones ante discriminaciones en el acceso llevadas a cabo mediante "acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados)". En el mismo sentido, los principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) incluyen como ejemplos de violaciones: "La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta" y "el apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos

[501] El papel de los jueces es fundamental para la materialización del derecho a la vivienda, pues deben, según lo establece la Observación General no. 9 referida a "la aplicación interna del Pacto", interpretar las garantías de igualdad y no discriminación de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales (CDESC, 1998).

económicos, sociales y culturales". Uno de los informes presentados por el relator especial sobre vivienda adecuada de las Naciones Unidas[502] incluyó a la discriminación como uno de los principales obstáculos para la realización del derecho a una vivienda adecuada: "La discriminación y la segregación en la vivienda puede basarse no sólo en motivos de raza, clase o género, sino también ser resultado de la pobreza y la marginación económica" (Kothari, 3 de febrero de 2008).

Adicionalmente, desde la perspectiva de los derechos de los consumidores, el trato justo y equitativo es uno de los principios de las Directrices para la Protección al Consumidor: "las empresas deben tratar de manera justa y honesta a los consumidores en todas las etapas de su relación, como parte esencial de la cultura empresarial. Las empresas deben evitar prácticas que perjudiquen a los consumidores, en particular a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja" (ONU, 2016).

Ahora bien, dado que en el modelo de acceso a vivienda existe una relación de dependencia entre la posibilidad de disfrutar de un inmueble y el acceso a financiación[503], las reglas que se han creado a partir del derecho a la vivienda se han enfatizado en las condiciones que debe tener el sistema especializado de financiación[504]. El desarrollo del

[502] El informe presentado a la Asamblea General de la ONU (2016) se tituló: "Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto".

[503] Para algunos este modelo desatiende el derecho a la vivienda pues lo transforma en el derecho a crédito para vivienda: "nada de derecho a la vivienda, sino créditos inmobiliarios" (Lazzarato, 2013, p. 127). Por su parte, Bauman recalca: "Vivimos a crédito: ninguna generación pasada ha estado tan fuertemente endeudada como la nuestra, tanto individual como colectivamente (…)" (Bauman, 2007, p. 18). En la misma línea se indica: "Existen vínculo entre la manera en que una empresa depende de los mercados financieros, y la dependencia que muestran los individuos reducidos a consumidores dominados por la oferta del mercado" (Touraine, 2013, p. 49). Sobre cómo el sistema económico de acceso a servicios conduce al sobreendeudamiento de los ciudadanos se ha indicado también: "El consumidor se encuentra a merced de la gran organización productiva, impersonal, que le ofrece diversidad de bienes y servicios más allá de las necesidades inmediatas que le compulsa le consumo, no obstante, la asimetría de la información que lo lleva en innumerables ocasiones a desbordar el límite de su capacidad económica, como recientemente aconteció en los Estados Unidos de Norteamérica con los créditos hipotecarios" (Fierro, 2013, p. 281).

[504] En relación con el derecho a acceder a crédito, la Corte ha señalado: "Para amplios sectores de población la garantía del derecho a la vivienda depende del acceso al crédito, dado que su elevado costo excede la capacidad de ahorro de muchas familias. En este orden de ideas, uno de los compromisos del Estado para garantizar este derecho es adoptar medidas legislativas, administrativas y financieras que permitan disponer de sistemas de crédito para la adquisición de vivienda que sean accesibles, incluso, para las personas en situación de mayor vulnerabilidad" (T-328 de 2014).

derecho a acceder a algún tipo de vivienda se ha fundamentado en el mandato de democratización del crédito establecido en la Constitución.

En las sentencias dictadas con ocasión de la crisis hipotecaria de 1999, el mandato democratización es continuamente invocado como parámetro que debe guiar las reglas sobre financiación de vivienda. Así, según lo indicado por la Corte Constitucional, la democratización del crédito es uno de los postulados básicos del Estado Social de Derecho que permite una distribución de la riqueza en tanto "el crédito no se concentra solamente en quienes abundan en dinero y en bienes", sino que se extiende a "la mayor parte posible de los habitantes del país, sin que ello signifique nada distinto de procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias" (C-383 de 1999)[505].

Al analizar si la decisión del legislador expedida para conjurar la crisis era la adecuada, la Corte insistió en que la democratización debe ser garantizada en los créditos hipotecarios y ello implica que "el ejercicio del derecho constitucional a la adquisición de una vivienda digna debe estar al alcance de todas las personas, aun las de escasos recursos" (C-955 del 2000). Con anterioridad a estas sentencias, ya el legislador había considerado que la democratización del crédito se materializaba en precisos derechos de los consumidores relacionados con la prohibición de ser objeto de prácticas discriminatorias por las entidades financieras. Así, la Ley marco del sistema financiero expedida en 1993 incluyó entre las funciones del Gobierno la promoción de la democratización del crédito, para lo cual puede dictar normas que eviten que en el otorgamiento de crédito "se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante" (artículo 5 de la Ley 35 de 1993).

De esa forma, el derecho a la vivienda implica "que no se impongan restricciones para que quienes requieran de la modalidad de financiamiento sujeta a condiciones

[505] Este extracto es mencionado también en las Sentencias T-035 de 2017 (M.P.: Alejandro Linares Cantillo), C-041 de 2006, C-1062 de 2003, C-747 de 1999, C-700 de 1999.

especiales, puedan acudir a éste" (C-936 de 2003). Este derecho conlleva la obligación estatal de impedir la discriminación en el acceso contractual a la vivienda basada en categorías sospechas. En ese sentido, la jurisprudencia ha analizado obstáculos para celebrar contratos de financiación impuestos a personas en situaciones de indefensión y ha construido como uno de los parámetros de conducta la no discriminación de los "más débiles":

> "La Corte Constitucional (…) ha rechazado las prácticas tendientes a obstaculizar el ingreso de las personas de menores recursos a soluciones habitacionales y los procedimientos que discriminan a los más débiles, entre los que se encuentran las personas que padecen de aquellas enfermedades, denominadas catastróficas. Se destaca así, la importancia que comporta la confianza de los asociados en los sistemas de ejecución y financiación de programas de vivienda" (T-905 de 2007).

Ahora bien, esos postulados generales sobre la necesidad de que el acceso contractual se desarrolle sin obstáculos discriminatorios se han materializado en la imposición de la obligación de contratar a aseguradoras, bancos y arrendadores (C-955 de 2000, T-231 de 2002, T-083 de 2003). Tal obligación se ha construido a partir de la regla según la cual, la negativa a contratar no puede fundarse en decisiones arbitrarias sino en razones objetivas y razonables. Esta regla, desarrollada inicialmente por la jurisprudencia, fue incluida como principio orientador en las relaciones de consumo financiero. Así, el Estatuto del Consumidor Financiero señala que "la negativa en la prestación de servicios o en el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros" (Ley 1328 de 2009, del artículo 3, literal b).

La relación entre el acceso contractual sin discriminación y el derecho a la igualdad genera que algunas acciones de tutela en las que se discuten asuntos contractuales relacionados con el acceso a una vivienda dejen de lado el estudio del derecho a la vivienda y tutelen el derecho a la igualdad, el cual tiene un mayor grado de justiciabilidad. Lo

anterior, a pesar de que, como se indicó en el segundo capítulo, una de las facetas de los derechos sociales que puede ser exigida inmediatamente es la de no discriminar injustificadamente. Esa tendencia a esquivar la tutela al derecho a la vivienda encuadrándolo en otros derechos con menores barreras de justiciabilidad es explicada así:

> "El derecho a la vivienda digna es la oveja negra de los derechos sociales. Salvo las sentencias de inconstitucionalidad del sistema, los jueces de tutela en contadas ocasiones han protegido este derecho constitucional, aunque no en forma directa sino mediante el reconocimiento de derechos conexos, como el derecho a la igualdad en el acceso al crédito para adquirir vivienda" (Arango, 2009, p. 314).

Así las cosas, con sustento en los instrumentos internacionales que desarrollan el derecho a la vivienda y en el mandato de democratización se han derivado obligaciones para el Estado y para los particulares que se manifestaron en momentos de crisis en la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que soportaban el sistema de financiación UPAC y que imponen a los particulares determinadas obligaciones de contratar, las cuales se analizarán a continuación.

1.2. El derecho a la vivienda como derecho a contratar: el sacrificio de la libertad de conclusión en la formación del contrato

El parámetro de no discriminación ha sido utilizado por la Corte Constitucional para resolver acciones de tutela en las que ha examinado si los bancos vulneran el derecho a la vivienda cuando se niegan a celebrar contratos de crédito hipotecario[506]. Esta línea de

[506] Esta línea jurisprudencial está conformada al menos por las siguientes sentencias T-037 de 2017, T-185 de 2012, T-268 de 2008, T-592 de 2003. Estas sentencias se refieren específicamente a contratos de crédito hipotecario, pero pueden ser ubicadas en una línea jurisprudencial más amplia en la que la jurisprudencia constitucional ha estudiado las negativas frente a distintos productos financieros. Esta jurisprudencia ha sido especialmente importante en el análisis de la negativa de las entidades financieras de contratar con personas que hacen parte de la Lista Clinton (Corte Constitucional, sentencias SU-157 de 1999, SU-166 de 1999, T-468 de 2003. Un interesante análisis sobre el particular se encuentra en el texto de Juan Jacobo Calderón (2017, págs. 85-184).

decisiones ha analizado la relación entre la negativa a contratar justificada en la libertad contractual de las entidades bancarias y los derechos de los usuarios a la igualdad y a la vivienda en el marco del mandato de democratización del crédito y en ella se identifica el acceso a la vivienda con el acceso a financiación.

La Corte ha considerado que en los créditos hipotecarios no están en juego intereses meramente patrimoniales, pues "no están dirigidos a satisfacer un capricho humano, sino un derecho humano, una necesidad básica común para todos los habitantes del territorio nacional y que sin ella el individuo sufre afectación de otros derechos fundamentales que guardan estrecha relación con la vida digna" (T-240 de 2016). Adicionalmente, dado el interés público de la actividad bancaria[507], la negativa de los bancos debe estar motivada con razones objetivas que deben ser conocidas por los usuarios. En ese sentido, en algunas decisiones, la Corte ha ordenado a las entidades financieras a explicar las razones para la negativa a contratar, las cuales no pueden ser discriminatorias o irrazonables y, en otras ocasiones, ha considerado que las razones dadas por las entidades financieras vulneran los derechos de los usuarios y por ello, les ha ordenado contratar.

En la sentencia T-592 de 2003, la Corte acumuló las acciones de tutela interpuestas separadamente en contra de diferentes bancos por diez beneficiarios de subsidios para compra de vivienda que requerían obtener préstamos bancarios que les permitieran completar el precio de compra del inmueble. Las entidades financieras se negaron a otorgar los créditos argumentando que los solicitantes se encontraban reportados en una central de riesgo. Al examinar de manera concreta la democratización del crédito de vivienda y su impacto en la libertad de elección de las entidades financieras, la Corte aseguró:

> "[F]rente a la necesidad de acceso a la propiedad de la vivienda no basta que las entidades comprometidas en su financiación de

[507] La Corte Constitucional se ha referido en múltiples ocasiones al carácter de "servicio público" de la actividad que realizan los bancos con los créditos hipotecarios. El uso de la categoría de servicio público ha sido fuertemente criticado por algún sector de la doctrina (López, 2012, págs. 127-162), mientras que otro ha considerado que esta calificación no agrega nada nuevo a la caracterización de lo que hacen los bancos, en tanto, el "interés público" que se señala de manera expresa en la Constitución (artículo 335) "es más que un servicio público" (Ibáñez, 2006, p.76).

> vivienda a largo plazo amparen su negativa a conceder los créditos que quienes desean adquirir vivienda les solicitan, en el nivel de solvencia y capacidad de respuesta que denota la puesta en común de sus hábitos de pago en los ficheros de datos. Porque de ser así, corresponde al Estado (…) tomar las medidas conducentes a fin de lograr que las entidades comprometidas en las financiaciones a largo plazo y en la administración de subsidios de vivienda de interés social satisfagan efectivamente las expectativas de acceso a la vivienda" (T-592 de 2003).

Dado que negar la celebración de un contrato de crédito para la compra de vivienda impide a los usuarios la realización del derecho a la vivienda, la Corte consideró que era obligación de las entidades financieras cumplir cargas argumentativas para explicar las causas de la negativa a contratar. Así, la desaprobación de una solicitud de financiación "deberá justificarse debidamente, en especial cuando el requerimiento se relaciona con el acceso de los asociados a la vivienda digna" (T-592 de 2003).

Ahora bien, la Corte explicó que esta carga de las entidades financieras no significaba que todas las solicitudes de crédito deban ser concedidas, pues los establecimientos de crédito se encuentran sometidos a estrictos parámetros relacionados con la solvencia y solidez del sistema financiero que implican el desarrollo de una conducta prudente en el manejo de los riesgos legales, operativos, de concentración y reputacionales que conlleva la realización de operaciones bancarias activas en masa[508]. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ordenó a las entidades financieras "realizar, hasta donde ello resulte posible la expectativa de acceder a la financiación de vivienda de los accionantes, de conformidad con la evaluación previa (…) Y, de no ser posible tal realización, ponderar

[508] La Corte utiliza como precedente a la sentencia T-468 de 2003, la cual, aunque no se refiere específicamente a contratos de crédito para vivienda sino a usuarios que se encuentran en la lista Clinton, señaló que las "entidades financieras pueden terminar los contratos bancarios o negar el acceso al sistema financiero cuando se presenten causales objetivas y razonables que justifiquen dichas determinaciones. La decisión de no contratar debe encontrarse fundamentada o bien en la existencia de riesgos en la operación (legales, operativos, de concentración y reputacionales) o en la manifiesta debilidad económica del solicitante. En cada caso tales riesgos deben ser valorados de manera precisa y particular a efectos de adoptar la decisión".

debidamente su negativa, valorando los intereses constitucionales en conflicto" (T-592 de 2003).

Posteriormente, la Corte estudió un caso en el que una madre cabeza de familia desplazada por la violencia interpuso acción de tutela en contra de un Banco por la negativa a desembolsar un crédito previamente aprobado, el cual iba a ser usado para cofinanciar la adquisición de una vivienda de interés social. Entre la aprobación del crédito y el desembolso del dinero, apareció un reporte negativo en una base de datos por una obligación pendiente con una empresa multinivel de cosméticos. La usuaria procedió a explicarle al banco que la deuda base de dicha anotación fue adquirida antes del desplazamiento y que precisamente, debido al desplazamiento no logró pagar durante el plazo dispuesto para ello pero que tal obligación ya se encontraba pagada.

Para la Corte, las explicaciones de la usuaria y el hecho de la que deuda para el momento de hacerse efectivo el desembolso ya se encontraba cancelada eran suficientes para que el banco continuara con el desembolso del crédito. Durante el trámite de la tutela, el banco concedió el crédito a la accionante por lo que la Corte declaró improcedente la acción por carencia del objeto[509], pero en todo caso le advirtió al banco que la negativa inicial después de conocer las razones de la usuaria vulneró el mandato de democratización del crédito y el derecho a la vivienda, pues a pesar de que la entidad "posee una cierta liberalidad para el desempeño de sus funciones, ésta se encuentra condicionada por el deber de solidaridad" y por la obligación de "otorgar mayor relevancia e importancia- de las normas constitucionales frente a acuerdos privados de menor jerarquía y a la prevalencia de los derechos sustanciales frente a las formalidades" (T-268 de 2008).

La sentencia T-185 de 2012 resolvió una acción de tutela promovida por una madre cabeza de familia, quien, como beneficiaria de un subsidio, solicitó un crédito hipotecario para completar los recursos para la compra de una vivienda de interés social. El banco aprobó el crédito y la accionante suscribió la escritura pública de compraventa y la hipoteca

[509] Así, la Corte declaró improcedente la acción "no sin antes hacer la advertencia de que el comportamiento del banco accionado desbordó los límites constitucionales relativos a la afectación de derechos fundamentales y trasgredió el deber de solidaridad impuesto en la Constitución" (T-268 de 2008).

y llevó a cabo el correspondiente registro. Posteriormente, el banco se negó a realizar el desembolso del crédito bajo el argumento de que la accionante presentaba una anotación en una central de riesgo. Dado que el Banco se rehusó a hacer el desembolso del crédito, la constructora se negó a entregar el inmueble. Ante la negativa del banco, la accionante aportó en varias ocasiones el documento con el "paz y salvo" de la obligación por la cual fue reportada.

Como respuesta a la acción de tutela, el banco señaló que la decisión "de negar el crédito se tomó teniendo en cuenta la libertad y autonomía que le asiste en ejercicio de su actividad bancaria, y por encontrar un registro negativo en CIFIN". Los jueces de instancia consideraron que la accionante podía acudir a la Superintendencia Financiera y que una de las condiciones del contrato suscrito entre la accionante y el banco era que para desembolsar el dinero se hacía primero el estudio y aprobación del crédito, y posteriormente la constitución de hipoteca y luego el desembolso. Por ello, el banco solo estaba cumpliendo lo que le había informado a la usuaria.

En esa sentencia, la Corte consideró que el proceso para el desembolso de los recursos se encontraba lo suficientemente adelantado como para generar en la usuaria la confianza sobre el desembolso por lo que un Banco no podía "detener el trámite de entrega efectiva de los dineros correspondientes al crédito hipotecario (…) si el dinero proveniente de este último es necesario para la adquisición de una vivienda en condiciones realmente dignas" (T-185 de 2012).

En este caso, la Corte no examinó que, conforme a las reglas sobre el mutuo, el contrato no se había perfeccionado, pues no había ocurrido un desembolso del dinero[510]. La Corte no hizo un análisis de la relación negocial, sino que consideró que las actuaciones

[510] Sobre las diferentes posturas jurisprudenciales en relación con la forma de perfeccionamiento del contrato de mutuo, puede consultarse a Oviedo (2013), quien analiza los argumentos de las diferentes posturas sobre la consensualidad de los contratos comerciales y muestra que en el estado actual jurisprudencial, el mutuo se perfecciona con la entrega del dinero pues dado que en el Código de Comercio no se señala cómo se perfecciona el contrato de mutuo comercial, se ha aplicado el artículo 2222 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de diciembre de 2006, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. C-080031030021999-00238-01; Sala de Casación Civil, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, 4 de julio de 2013, exp. 1700131030032008-00216-01.

del banco eran parte de un trámite para acceder al derecho a la vivienda, trámite en el cual un sujeto de especial protección constitucional había presentado en varias oportunidades el documento con el paz y salvo por la deuda que le había generado un registro negativo. Al analizar las cuestiones particulares de la accionante, la Corte dejó sentada la siguiente regla:

> "Cuando un banco se niega sin justificación suficiente a desembolsar el valor de un crédito hipotecario previamente aprobado, que resulta necesario para que una familia haga efectivo un subsidio de vivienda y consiga un hogar en condiciones adecuadas, viola el derecho a la vivienda digna de quienes integran el grupo familiar" (T-185 de 2012).

En el 2017, la Corte analizó la actuación de una cooperativa que se negó a concederle un préstamo a una beneficiaria de un subsidio, aduciendo que "no cumplía con las políticas aprobadas por la Cooperativa, por mal hábito de pago". La sentencia consideró que no es admisible constitucionalmente que una entidad se niegue a contratar indicando simplemente que la razón obedece a políticas internas o al comportamiento crediticio de los solicitantes. La respuesta dada en un documento estándar con términos generales vulnera "el mandato de democratización del crédito de vivienda" en tanto, la entidad no solo no brindó una contestación clara y específica a la usuaria sobre las razones para la negativa, sino que además "extinguió la oferta de servicios bancarios al no ofrecerle alternativas", con lo cual le impidió a la accionante "actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos" (T-037 de 2017).

En este caso, la sentencia se apoyó en el principio de libertad de elección consagrado en las normas de protección al consumidor financiero, las cuales incluyeron a nivel legal la regla que venía aplicando la Corte Constitucional. Así, según el literal b del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009: "la negativa en la prestación de servicios o en el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros".

Frente a las justificaciones de las entidades financieras relacionados con los reportes adversos de los deudores en bases de datos, la sentencia señaló que "no resulta suficiente invocar la existencia de reportes negativos o la ausencia de historia crediticia a efectos de negar el acceso. Estas entidades tienen que valorar en conjunto la existencia de los diferentes elementos que definen la capacidad económica" (T-037 de 2017). Esta regla se encuentra recogida en la Ley Estatutaria sobre Habeas Data[511] al indicar que la administración de la información debe realizarse de tal manera que se realicen los fines de expansión y democratización del crédito. De conformidad con lo indicado en esta Ley, quienes accedan a la información que se encuentra en bases de datos, deben valorar esa información en forma concurrente con otros factores "y no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de obligaciones suministrada por los operadores para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito" (Artículo 10 de la Ley 1266 de 2008).

Así las cosas, los jueces de tutela pueden ordenar al banco contratar o explicar las razones para negarse a hacerlo. Los supuestos en los que procede cada una de esas órdenes fueron expuestos en la sentencia al indicar que una orden de contratación procede cuando se constata que la justificación ofrecida por la entidad para negarse a contratar obedece a razones discriminatorias. Este evento debe diferenciase "de aquel en el que no es posible identificar cuáles son las razones de la decisión negativa –en cuyo caso correspondería ordenar la presentación de las mismas–" (T-037 de 2017). Teniendo en cuenta que, en este caso, no puede considerarse que la comunicación entregada a la usuaria ofrezca alguna razón dada su generalidad, la Corte ordenó a la cooperativa que estudiara nuevamente el caso y explicara a la usuaria de manera específica y clara las razones para conceder o negar el crédito.

La Corte ha protegido incluso la expectativa incierta de acceder a un crédito hipotecario. Un funcionario estatal que había adquirido una póliza de seguro de vida

[511] La Ley Estatutaria de Habeas Data es la número 1266 de 2008, "por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones".

colectiva sufrió una enfermedad que generó el reconocimiento de una pensión de invalidez por un valor de un salario mínimo. Con la declaratoria de invalidez, el accionante solicitó a la aseguradora el pago que correspondía al siniestro amparado y la asegurada objetó la solicitud argumentando que la enfermedad era preexistente a la vigencia de la póliza. La Corte consideró que la negativa de la aseguradora amenazaba el derecho a la vivienda porque al accionante le habían otorgado un subsidio familiar para vivienda condicionado a que él adquiriera un crédito hipotecario y los únicos ingresos que recibía derivados de la pensión le dificultaban la obtención de financiación. Así, teniendo en cuenta que la negativa del pago por parte de la aseguradora disminuía las posibilidades de que el accionante pudiera acceder a una vivienda financiada, la sentencia le ordenó a la aseguradora pagar debido a la "amenaza de un perjuicio grave e irremediable para sus condiciones de vida, que da lugar a desplegar una interpretación *pro homine* sobre el caso para evitar futuros daños irreparable" (T-240 de 2016).

La obligación de contratar o de dar razones constitucionalmente admisibles para la negativa a hacerlo es una de las mayores reivindicaciones del derecho a la vivienda en ámbitos gobernados por el derecho privado debido a que, perturba uno de los pilares básicos protegidos por este derecho: la libertad de contratación[512]. El efecto de la jurisprudencia en la autonomía contractual es explicado así:

> "En áreas usualmente controladas por el derecho privado, los efectos específicos de la actividad de la jurisprudencia constitucional, en particular de la jurisdicción de tutela, han consistido en la imposición de intercambios de bienes o intereses cuya circulación pretendía encontrarse precedida de las tácticas de traspaso opuestas a las restricciones. En realidad, la constitucionalización del derecho privado

[512] Al analizar la libertad contractual, Rengifo (2014) explica: "Recuérdese que la libertad contractual es de dos clases: la libertad de conclusión y la libertad de configuración. La primera consiste en el derecho a decidir si se celebra o no un contrato. El contrato se forma de un intercambio libre de oferta y aceptación. Pero el destinario de la oferta tiene la libertad de aceptarla o rechazarla. La segunda consiste en el derecho a definir el alcance y el contenido de las cláusulas contractuales" (p. 51).

> puede entenderse como la fijación de límites a las posibilidades de intercambio libre" (Calderón, 2017, p. 85).

Ahora bien, el legislador también ha establecido obligaciones de contratar. La Ley 546 de 1999 incluyó la opción de readquisición de vivienda como un derecho de los deudores que, por las dificultades generadas por el incremento en las cuotas del crédito debido a la crisis hipotecaria, habían entregado en dación en pago su vivienda, pues no podían asumir sus obligaciones y para evitar quedar en mora tomaron la decisión de entregar el inmueble. La ley estableció un procedimiento para que los deudores tuvieran la oportunidad de recuperarse económicamente y mientras ello ocurría, podrían usar el inmueble para vivir allí[513]. Se trataba de una especie muy particular de leasing, pero la ley no le dio esa denominación.

Los deudores podían hacer uso de la opción de readquisición durante el año siguiente a la vigencia de la Ley 546. Si la vivienda ya había sido enajenada por el banco, el establecimiento de crédito podía ofrecer en las mismas condiciones otro inmueble de propiedad de la entidad. Para hacer efectiva esta opción, debía celebrarse un contrato entre el deudor que entregaba el inmueble en dación en pago y la respectiva entidad financiera en el que se establecía un precio de arrendamiento y el precio de la opción de readquisición. El establecimiento de crédito estaba obligado a ofrecer en venta el inmueble al usuario como titular de la opción y debía mantener esa opción por un término que no podía superar tres años. Así, el titular de la opción ocuparía la vivienda bajo el derecho real de habitación mediante el pago de un canon mensual. El titular de la opción debía cumplir durante todo el plazo de la oferta, un programa de ahorro y recibiría además un subsidio estatal que consistía

[513] La exposición de motivos explicaba las bondades de tal figura y la autorización que se había entregado a los bancos para realizar operaciones distintas a las de crédito: "Se autoriza a los establecimientos de crédito a realizar transitoriamente las operaciones y los contratos necesarios para entregarlos en arriendo con opción de compra. Para ello se crea un procedimiento especial y transitorio - arrendamiento con opción de compra - que permite a los afectados, en los términos que reglamente la Superintendencia Bancaria, habitar el inmueble mientras recuperan su capacidad de pago a cambio de una remuneración similar a un arriendo. Cabe aclarar que este mecanismo es adicional a los ya consagrados en los decretos de la Emergencia Económica decretada en noviembre del 1998 y en la ley 510/99" (Congreso de la República, Exposición de motivos de Ley 546 de 1999, p. 9).

en un abono de un peso por cada peso ahorrado, el cual se haría efectivo sólo cuando se concretara la venta. El titular de la opción podía cancelar el valor del inmueble con recursos propios o con recursos financiados por una entidad autorizada. Vencido el plazo de la oferta, si ésta no se aceptare, su titular debía devolver al establecimiento de crédito el inmueble y podía disponer del dinero ahorrado (artículo 46 de la Ley 546 de 1999).

Un par de años después, la Ley 795 de 2003 señaló que los establecimientos bancarios debían dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hubiesen entregado en dación en pago el respectivo inmueble siempre que tales deudores cumplan los requisitos de análisis de riesgo crediticio. Esta norma, expedida con un poco de distancia de la ocurrencia de la crisis, muestra una menor restricción en la libertad de contratación de los establecimientos bancarios en relación con las operaciones de financiación de vivienda, en tanto no se trata de una obligación de contratar sino de priorizar entre los deudores con capacidad de pago. El Decreto 777 de 2003 amplió más las posibilidades de actuación de los bancos al señalar que la prioridad operaría sólo para las daciones en pago que se hubieren formalizado en su totalidad hasta la entrada en vigencia de la Ley 795 de 2003 y que, en todo caso, los establecimientos bancarios tienen la "facultad" de celebrar contratos de leasing habitacional sobre bienes que reciban en pago con sus antiguos propietarios.

Desde la perspectiva de los bancos y de las entidades reguladoras, las obligaciones relacionadas con la contratación pueden ir en contra de principios en materia financiera que ordenan la concesión de crédito responsable para evitar el sobreendeudamiento. Así, documentos como las Directrices para la Protección del Consumidor (ONU, 2016) señalan que los Estados debe establecer o fomentar: "la actuación responsable de los proveedores de servicios financieros y sus agentes autorizados, en particular en lo que respecta a la concesión responsable de préstamos". En la misma dirección, organizaciones financieras internacionales incluyen a la concesión de crédito a quienes no tienen capacidad de pago como una de las prácticas más riesgosas en materia bancaria, puesto que, además de tener efectos en la estabilidad financiera de un sistema[514], generan como efecto secundario la

[514] Al respecto, la doctrina al analizar la regla de trato igual a los usuarios ha explicado: "Dado que buena parte de los créditos se conceden a partir de recursos captados del público, y que una vez otorgado el préstamo,

estigmatización de categorías enteras de consumidores como poblaciones "no susceptibles de obtener préstamo" (Banco de Pagos Internacionales, 2016, p. 27)[515].

Por su parte, la misma ley marco de vivienda señala que uno de los criterios de la regulación en materia de financiación de vivienda es el de "velar para que el otorgamiento de los créditos y su atención consulten la capacidad de pago de los deudores" (Ley 546 de 1999, artículo 2º). En ese sentido, la Superintendencia Financiera ha insistido en que el mencionado parámetro es "fundamental para determinar la probabilidad de incumplimiento del respectivo crédito" (2004)[516].

Así, aunque no existe una obligación general de contratar debido a los riesgos sistémicos que ello implica, la Corte ha construido reglas sobre el comportamiento que deben seguir las entidades financieras frente a negativas en la concesión de los créditos. Ello bajo el supuesto de que el acceso a recursos financiados es, en muchos casos, la única vía para que algunas personas puedan hacer efectivo el derecho a la vivienda, por lo que una negativa implica afectar de manera directa este derecho, con lo cual la libertad de contratar debe ejercerse conforme al principio de solidaridad y al mandato de democratización.

---

el mismo puede llegar a no ser recaudado por la entidad financiera, el problema de cómo asegurar el trato igual sin afectar la estabilidad financiera plantea grandes retos (López, 2012, p. 33).

[515] Así, se ha explicado que: "Las consecuencias negativas del sobreendeudamiento de los consumidores pueden ser importantes no sólo para la inclusión financiera, sino también para la estabilidad financiera: los altos niveles de morosidad que afectasen a una institución financiera podrían causar efectos secundarios negativos sobre otras que operasen en el mismo mercado, llevando a los proveedores a etiquetar categorías enteras de consumidores como «no susceptibles de obtener préstamo». Los supervisores deben exigir que las instituciones financieras que se dirigen a clientes desatendidos y subatendidos contaran con políticas y procedimientos para seguir y evitar el sobreendeudamiento (en línea con el CE 4)" (Banco de Pagos Internacionales, 2016, p. 27).

[516] Por ejemplo, la Circular Externa 052 de 2004, señala como información importante que debe ser analizada para valorar la capacidad de pago: "Los flujos de ingresos y egresos, así como el flujo de caja del deudor y/o del proyecto financiado o a financiar. La solvencia del deudor, a través de variables como el nivel de endeudamiento y la calidad y composición de los activos, pasivos, patrimonio y contingencias del deudor y/o del proyecto. Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales, cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, o cualquier otro). Adicionalmente, la historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del deudor o de cualquier otra fuente que resulte relevante" (Superintendencia Financiera, 2004).

1.3. La contratación de negocios vinculados a la financiación de vivienda

La colocación de recursos para financiar vivienda envuelve la posibilidad de que los deudores no cumplan las condiciones establecidas en los contratos. Ello puede implicar que disminuya el valor de los activos del acreedor o que este incurra en pérdidas. Tales riesgos crediticios[517] pueden ser reducidos mediante la celebración de otras operaciones atadas a aquellas que son estrictamente de financiación. Así, en las operaciones bancarias activas de mutuo y de leasing, además de la transferencia de los recursos o de la entrega de la vivienda en tenencia financiera, se requiere la celebración de contratos cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de las obligaciones y proteger el inmueble frente a contingencias que puedan afectarlo.

En el contrato de mutuo el deudor debe hipotecar la vivienda a favor del banco acreedor[518] y, adicionalmente, tanto en ese contrato como en el de leasing, se adquieren seguros de daños que amparan al inmueble de ciertas contingencias. Además, frente a sucesos que podrían ocurrirle al deudor, las entidades financieras acreedoras suelen adquirir seguros de vida.

Así, la financiación de vivienda implica la celebración de contratos coligados[519], pues para que el consumidor reciba efectivamente los recursos o el inmueble en tenencia financiera se requiere la celebración de un grupo de contratos "que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse", con lo cual, "sólo de la completa y oportuna

[517] El riesgo crediticio puede ser definido como: "la posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas y se disminuya el valor de sus activos, como consecuencia de que sus deudores fallen en el cumplimiento oportuno o cumplan imperfectamente los términos acordados en los contratos de crédito. Toda la cartera de créditos está expuesta a este riesgo, en mayor o menor medida (Superintendencia Financiera, Circular 011 de 2002).
[518] La Ley 527 de 1999 señala como condición de los contratos de crédito para vivienda que estos se encuentren "garantizados con hipotecas de primer grado constituidas sobre las viviendas financiadas" (artículo 17).
[519] La jurisprudencia ha denominado a esta relación entre contratos "coligamiento", la cual es definida como: "la utilización práctica de las diferentes tipologías contractuales, que se enlazan para conformar una unidad negocial inescindible, de modo que surgen entre las diversas formas aplicadas una relación ya sea de mutua dependencia, ora de subordinación, todo en procura de facilitar el intercambio de bienes y productos, la prestación de servicios y el crédito" (Corte Suprema de Justicia, 15 de noviembre de 2017).

ejecución de cada uno de ellos y de todos en conjunto, puede conseguirse el propósito perseguido" (Corte Suprema de Justicia, 15 de noviembre de 2017).

Los seguros ligados a los contratos de financiación pueden ser obligatorios por disposición legal o requeridos por decisión de las entidades financieras. Así, en los contratos de mutuo hipotecario y de leasing habitacional son obligatorios los seguros que cubren los riesgos de incendio y terremoto[520] y son discrecionales[521], aunque muy extendidos en la práctica[522], los seguros de vida que amparan la muerte y la incapacidad total y permanente de los deudores. Debido a que en materia de arrendamiento la ley no se refiere a seguros obligatorios, se han presentado iniciativas legislativas mediante las cuales se ha intentado establecer como un requisito de perfeccionamiento del contrato de arrendamiento, la

[520] El artículo 17 de la Ley 546 de 1999 le otorgó al Gobierno Nacional la facultad de regular las condiciones contractuales de los créditos, entre ellas, el de "estar asegurados contra los riesgos que determine el Gobierno Nacional". Tal facultad es desarrollada en los Decretos 145 de 2000 y 3760 de 2008, los cuales señalan que: "Los inmuebles financiados deberán estar asegurados contra los riesgos de incendio y terremoto". El Decreto 2555 de 2010 establece la obligatoriedad del seguro contra incendio y terremoto en los contratos de leasing (artículo 2.28.1.3.3). Así mismo, la Circular Básica Jurídica señala que los contratos de mutuo y de leasing habitacional deben contener: "Seguros necesarios para garantizar el cubrimiento de los riesgos de incendio y terremoto a los que está expuesto el inmueble financiado, así como los seguros definidos internamente por las instituciones financieras, particularmente el seguro de vida deudores. En todo caso, se debe indicar la libertad que tiene el deudor/locatario de asegurar el bien con la compañía de seguros que escoja y la cobertura y demás condiciones exigidas en cada caso por el establecimiento de crédito" (artículo 1.3.1.1.7., capítulo VI del Título I).

[521] El artículo 2.28.1.3.3 del decreto 2550 de 2010 señala que: "el locatario podrá tomar un seguro de vida en los términos que se acuerde con las entidades autorizadas. Por ser optativo, la entidad autorizada deberá informar suficientemente al locatario, al momento de la celebración del contrato de leasing habitacional, el alcance de la cobertura y las consecuencias en el evento de no tomar el amparo. El locatario podrá tomar los seguros a que haya lugar directamente con las compañías de su elección. No obstante, podrá pactar dentro del contrato de leasing habitacional que las mencionadas pólizas puedan ser tomadas por la entidad autorizada por cuenta del locatario".

[522] La Corte Suprema de Justicia se ha referido al carácter discrecional de este tipo de contratos de seguro: "Esta forma de aseguramiento, como está concebida, representa una garantía adicional de carácter personal, cuyo acogimiento depende de la aquiescencia del deudor y de las políticas sobre manejo de riesgo de las entidades financieras, todo, sin perjuicio de que el mismo obligado decida adquirir dicho amparo por iniciativa propia" (Sala de Casación Civil, 30 de junio de 2011, M.P. Edgardo Villamil Portilla). Y en ese mismo sentido, recientemente señaló: "Es una realidad que la contratación de seguros que cubren el riesgo de muerte o incapacidad permanente o parcial de los deudores de los establecimientos de crédito no corresponde a una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico a dichas entidades, sino al ejercicio discrecional de la facultad de cada banco de exigir seguros de vida para respaldar préstamos otorgados a sus usuarios, que responde a una política interna para la administración del riesgo crediticio, la cual es recogida en sus manuales internos, pero en modo alguno se constituye en un imperativo absoluto para viabilizar la realización de las operaciones activas que dichas entidades realizan" (Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo).

suscripción de una póliza de cumplimiento de las obligaciones del arrendatario al considerar que el arrendador no cuenta con suficientes garantías[523].

Así, lo usual es que, en materia de financiación de vivienda, además de la exigencia de que el inmueble hipotecado o entregado al locatario esté amparado frente a los riesgos de incendio y terremoto, el deudor asuma el pago de la prima del seguro de vida[524], el cual generalmente es un seguro de grupo o colectivo, pues su objeto es la protección de los riesgos del grupo de deudores de un mismo acreedor.

Dado que, en la práctica, el acceso a un seguro de vida grupo deudores es un requisito para lograr la financiación de una vivienda, la jurisprudencia constitucional ha considerado que a este contrato le es aplicable la regla según la cual, la negativa a contratar de la aseguradora no puede fundarse en motivos arbitrarios sino en razones objetivas y razonables. Así, aunque el Código de Comercio establece que las aseguradoras pueden "a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado" (artículo 1056), tal libertad no podría, según lo ha indicado la Corte, implicar un tratamiento diferente injustificado a los consumidores.

En la sentencia T-1165 de 2001, la Corte analizó un caso en el que una aseguradora se negó a suscribir una póliza de vida grupo deudores. Ante la negativa, los accionantes solicitaron la intervención del juez constitucional reclamando que se ordenara a la aseguradora celebrar el contrato de seguro, pues sin este no podrían celebrar el contrato de crédito y, por lo tanto, no podrían acceder a una vivienda. El caso tiene como

[523] La norma que se proponía era la siguiente: "En todos los contratos de vivienda urbana celebrados en forma oral o escrita, se deberá suscribir una póliza de cumplimiento que respalde las obligaciones del arrendatario. Serán inexistentes los contratos en los que no se certifique la suscripción de esta póliza" (Senado, 2014, Proyecto de ley 100 por medio del cual se adiciona un elemento de la esencia al contrato de arrendamiento de vivienda urbana).

[524] La Circular Externa 085 del 2000 de la Superintendencia Financiera señala que la prima de seguros se deberá liquidar en pesos colombianos y que la entidad de financiación debe informar en los extractos que le entrega al deudor el monto que está destinando a cubrir los seguros. En el caso de los seguros de incendio y terremoto la prima se calcula de conformidad con el valor del inmueble financiado. El seguro de vida se calcula en consideración de la edad del deudor y del monto de la obligación y cubrirá la totalidad de la deuda en caso de muerte del deudor o por sufrir una incapacidad total y permanente. De ahí que varias de las reglas creadas jurisprudencialmente sobre los seguros de vida grupo deudores estén vinculadas con el derecho a la vivienda.

particularidades que quien incoa la acción es una pareja de portadores de VIH[525] que, además de ser beneficiaria de un subsidio de vivienda, había recibido la aprobación del crédito hipotecario y de los seguros para incendio y terremoto por parte de la aseguradora accionada que se negó a celebrar el contrato de seguro de vida luego de que la pareja le manifestara su condición de salud.

La sentencia que resolvió la tutela en primera instancia tuteló el derecho a la vivienda. Sin embargo, en segunda instancia, el juez consideró que la vivienda no podía ser un derecho defendido mediante la acción de tutela; que la decisión de no contratar era legítima, pues la aseguradora estaba haciendo ejercicio de su libertad contractual y que los accionantes podrían acudir a otra aseguradora[526].

La Corte Constitucional concedió la tutela en una decisión cuyos argumentos pueden ser ordenados así: i) la negativa de la aseguradora a celebrar el contrato constituyó un abuso de poder, pues la libertad de contratación "está determinada y puede restringirse cuando están de por medio derechos como el de la vivienda" (T-1165 de 2001); ii) la actuación discriminatoria de la aseguradora se evidencia en el hecho de que decidiera asumir los riesgos por incendio y terremoto y se hubiera negado a suscribir el seguro de vida luego de que los accionantes, cumpliendo con su deber de actuar de buena fe, le revelaron su condición; iii) en tercer lugar, en relación al argumento según el cual los accionantes eran libres de buscar otra póliza en el mercado, la Corte encontró que los accionantes optaron por esa aseguradora y que esta entidad "estuvo dispuesta a contratar con ellos" al expedir las pólizas de daños y por ello resultaba incoherente la negativa del seguro de vida (T-1165 de 2001).

[525] La Corte Constitucional ha analizado la discriminación en el acceso contractual a la vivienda de los portadores de VIH en las sentencias T-1165 de 2001, T-170 de 2005, T-905 de 2007 y T-408 de 2015.
[526] En la sentencia T-1165 de 2001 se sustanció la decisión de segunda instancia así: "en el presente caso, la entidad demandada es una entidad de naturaleza privada que con su decisión no pretende vulnerar ningún derecho, simplemente no quiere contratar con determinadas personas, hecho que no significa que los demandantes se encuentran inhabilitados para acceder al seguro de vida, ya que cuentan con la posibilidad de acudir a otra aseguradora con el fin de obtener la póliza reclamada, pues se advierte en su escrito de tutela que los actores sólo solicitaron el seguro de vida a una entidad, sin acudir a otra empresa aseguradora en procura de obtener la póliza reclamada".

Así las cosas, la Corte consideró que la discriminación de la que habían sido objeto los accionantes les había impedido adquirir su vivienda y por ello ordenó a la aseguradora a que expidiera la póliza de vida "en condiciones de igualdad". Esta calificación de que la contratación se diera en condiciones de igualdad puede explicarse porque de no incluirse, la orden podría resultar simbólica en tanto la aseguradora podría asignar un mayor valor a la prima. De esa forma, para calcular el valor de la prima debía excluirse cualquier valoración sobre la condición de portadores de VIH de los asegurados.

1.4. Aprender a ser deudores: la información y la educación para el consumo

La información que recibe el consumidor tiene múltiples connotaciones. Así, es usual que las regulaciones incluyan a la información transparente[527] como un principio del derecho del consumo[528]; como una obligación y derecho de los empresarios; como un derecho, carga de protección propia y obligación de los consumidores[529], y establezcan reglas con supuestos y consecuencias específicas que desarrollan este derecho, obligación, carga, principio[530]. Así, para contrarrestar la asimetría en las relaciones de consumo, especialmente en aquellas en las que participa una entidad financiera, los ordenamientos suelen implementar medidas para garantizar la entrega de información, pues se considera

[527] El adjetivo que es usualmente usado para acompañar a la información al consumidor es el de "transparente", el cual implica que la información que se entrega a los usuarios sin importar si la comunicación es o no impersonal, si se realiza o no de manera masiva y sin consideración al medio a través del cual se dé a conocer debe llevar a que el consumidor deduzca con claridad cuáles son sus obligaciones y cuáles las de la entidad financiera, los costos, restricciones.

[528] El Estatuto del Consumidor consagró entre sus principios generales, el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita tomar elecciones "bien fundadas" (Ley 1480 de 2011, artículo 1º).

[529] Desde la perspectiva de los consumidores, es un derecho tener a su disposición información sobre las características de los productos o servicios ofrecidos, pero también es un deber (Ley 1480 del 2011, artículo 3º) y una buena práctica de protección propia de parte del consumidor (Ley 1328 del 2009, artículo 5).

[530] Los principios de transparencia e información también orientan la regulación en materia de consumo financiero. En efecto, el Estatuto del Consumidor Financiero establece a la información como uno de los principios de la regulación de protección al consumidor y como una obligación en cabeza de las entidades financieras. Este estatuto también incluye como un principio la educación del consumidor, la cual corresponde tanto a particulares (entidades financieras, asociaciones gremiales, asociaciones de consumidores, organismos de autorregulación), como a las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector financiero (Ley 1328 de 2009, artículo 3º).

que esta tiene un papel decisivo en la formación del consentimiento y en la celebración contractual transparente[531].

En materia de vivienda, la Ley 546 de 1999 estableció requerimientos mínimos sobre la forma y documentación de la información que debe ser entregada tanto de manera previa a la celebración de la operación como durante toda la vida del crédito y estableció como uno de los objetivos de la regulación el de "facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia"[532]. Así, las entidades financieras deben entregar al potencial deudor una proyección del crédito que contenga información sobre intereses, comisiones y demás gastos en los que pueda incurrir el deudor, la forma de calcular el valor del crédito, el plazo para la amortización, la posibilidad de realizar prepagos totales o parciales en cualquier momento y sin penalidad y la posibilidad de ceder el crédito[533]. Durante la vigencia del contrato las entidades financieras también estarán obligadas a suministrar a los deudores hipotecarios la información detallada de la evolución de su deuda[534].

La enorme importancia que la regulación le ha dado a la información está relacionada con su rango constitucional[535] y con su vínculo con la certidumbre sobre las

[531] La información transparente interesa también a los competidores por ello es uno de los objetos de otros derechos vinculados con el funcionamiento del mercado: "La información que debe suministrarse a los consumidores es una forma de protección no solo en las relaciones de consumo regidas en el Estatuto del Consumidor contenido en la ley 1480 de 2011, sino también del propio sistema competitivo, regulado en las normas de competencia. Nótese que una información engañosa está regulada y puede ser sancionada por varios sistemas regulatorios: (i) el Estatuto del Consumidor; (ii) por las normas restrictivas de la competencia que considera un acto contrario a la libre competencia, infringir las normas contenidas en el Estatuto del Consumidor y (iii) por las normas de competencia desleal" (Tobar, 2016, p. 361).

[532] La Ley 546 de 1999 señala: "Los establecimientos de crédito deberán suministrar información cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria. Durante el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información en las condiciones del presente artículo" (Artículo 21).

[533] Cuando se trata de créditos de vivienda a largo plazo, los establecimientos de crédito deberán tener a disposición y entregar a sus clientes un folleto gratuito que contenga en forma clara y comprensible la información relativa a los créditos hipotecarios ofrecidos (Superintendencia Financiera, Circular 046 de 2002).

[534] Documentos como las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas: "Las empresas deben facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas. Las empresas deben velar por que se pueda acceder fácilmente a esa información, especialmente a los términos y condiciones claves, con independencia del medio tecnológico empleado" (ONU, 2016).

[535] La información es estimada como "el derecho constitucional por excelencia" del consumidor (Shina, 2017, p. 3). Así el artículo 78 de la Constitución señala al respecto: "La ley regulará el control de calidad de bienes

condiciones del crédito. Al analizar la constitucionalidad de las medidas sobre documentación y entrega de información establecidas en la Ley 546, la Corte señaló que la información:

> "[T]iene gran importancia, en cuanto garantiza a los usuarios del crédito de vivienda la certidumbre, desde el momento en que se inicia la relación jurídica y de manera permanente a lo largo de la vigencia del préstamo, acerca de las condiciones económicas del mismo, de los intereses que se le cobran, de la manera como están estructuradas sus cuotas mensuales y de la amortización que, en los términos de esta Sentencia, van efectuando" (C-955 del 2000).

A ello debe agregarse la obligación que la Corte Constitucional ha impuesto en los casos de negativa en la prestación del servicio de crédito. Así, como se vio en las secciones anteriores, algunas sentencias han ordenado que las entidades financieras informen a los consumidores las razones específicas de la negativa, pues un banco o una aseguradora no pueden simplemente señalar que deciden no contratar. Una carta en la que se niega genéricamente el crédito hipotecario o el seguro de vida indicando que el solicitante no cumple con las políticas de las entidades financieras impide a las personas gozar de una vivienda.

Ahora bien, el principio de transparencia también implica que la entidad financiera conozca al deudor[536] y al inmueble que se pretende comprar o entregar en tenencia, con lo cual se busca propender por una ejecución eficiente[537]. La ley también incluye reglas sobre

y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización (…)".

[536] En ese sentido, la Ley 546 de 1999 ha establecido como obligación a cargo de las entidades financieras la de analizar la capacidad de pago por parte del deudor hipotecario.

[537] La obligación de las entidades financieras de conocer al deudor está incluida en la Ley 546 de 1999 así: "Para su otorgamiento, el establecimiento de crédito deberá obtener y analizar la información referente al respectivo deudor y a la garantía, con base en una metodología técnicamente idónea que permita proyectar la evolución previsible tanto del precio del inmueble, como de los ingresos del deudor, de manera que razonablemente pueda concluirse que el crédito durante toda su vida, podría ser puntualmente atendido y estaría suficientemente garantizado" (numeral 9 del artículo 17).

la suma que puede ser financiada según el valor del inmueble y los ingresos del grupo familiar deudor[538].

La publicidad e información de los establecimientos de crédito va dirigida a consumidores no profesionales en los aspectos financieros o jurídicos contenidos en los contratos de crédito. Los datos que se entregan a los interesados en acceder a financiación para vivienda tienen cierta complejidad por lo que su real alcance económico o jurídico no pueda apreciarse de manera sencilla por los destinatarios. Así pues, la publicidad e información empleada en este tipo de actividad debe ajustarse a los parámetros generales[539] teniendo en cuenta las especiales características de la actividad profesional que desarrollan las entidades financieras y la no profesionalidad del público al que se dirige[540], lo cual exige una alta y constante[541] carga de sinceridad[542].

[538] La Ley 546 de 1999 facultó al Gobierno para que definiera el porcentaje de los ingresos familiares que puede representar la primera cuota del préstamo para vivienda. El Decreto 145 del 2000, modificado por el Decreto 3760 de 2008 señala que: "La primera cuota del crédito no podrá ser una suma superior al 30% de los ingresos familiares"

[539] Tanto el Estatuto del Consumidor Financiero como el Estatuto del consumidor incluyen no solo capítulos con reglas minuciosas sobre el alcance de la obligación en todas las etapas contractuales y, además se incluye como un principio la transparencia bancaria. Así mismo, la Ley 795 de 2003 impone a las entidades vigiladas, a sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, la obligación de obrar no sólo dentro del marco de la ley sino de conformidad con el principio de la buena fe para lo cual tienen la obligación de abstenerse de suministrar información irrazonable o inadecuada a los consumidores (Artículo 12, literal f).

[540] El tipo de consumidor transforma el nivel de la carga de información: "La ausencia de ese modo único de ser de los consumidores, hace necesario diferenciar el grado de tutela otorgable, según la concreta situación del destinatario del mensaje" (Stiglitz, 1990, p. 19). Sobre el deber de información de profesionales del sistema financiero véase: Laudo arbitral del 8 de junio de 1999, Inurbe contra Fiduagraria, árbitros: José Ignacio Narváez, Julio Cesar Uribe y Jorge Suescún Melo y laudo arbitral del 26 de agosto de 1997, Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A., árbitros: Jorge Suescún Melo, Jorge Cubides y Antonio Aljure Salame.

[541] La información que interesa a los deudores debe estar disponible tanto físicamente en las sucursales de las entidades financieras como virtualmente: "Las entidades vigiladas deberán publicar en su página de Internet el texto de los modelos de los contratos estandarizados que estén empleando con su clientela por los distintos productos que ofrecen, en la forma y condiciones que señale la Superintendencia Financiera de Colombia, para consulta de los consumidores financieros" (Artículo 9 de la ley 1328 de 2009º).

[542] La Superintendencia Financiera en ha establecido unas reglas a las cuales deben sujetarse las instituciones vigiladas para dar información sobre tasas de interés. En dicha circular se han adoptado las definiciones que de las diferentes clases de tasas deben seguir las entidades financieras tanto en los rendimientos que pagan por los recursos captados, como en el cobro de intereses anticipados o vencidos de los préstamos efectuados por éstas.

La transparencia implica no solo que la información sea libre de engaño y de ambigüedad[543], sino cierta y suficiente para que el consumidor pueda adoptar una decisión razonable al adquirir los servicios y productos vinculados con el acceso a la vivienda y para evitar la frustración de sus razonables expectativas[544]. La Corte Suprema de Justicia, con ocasión de una demanda de casación promovida por 68 compradores de 43 casas en contra de las empresas que participaron en la construcción, promoción y venta de un proyecto inmobiliario y la fiduciaria que participó como vocera del fideicomiso conformado para la construcción del proyecto, analizó la entrega de información mediante publicidad y señaló que: "cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada" (1 de noviembre de 2011, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda).

En el caso que dio origen a la sentencia de casación, los compradores solicitaron que se declarara que las demandadas eran solidariamente responsables de los daños causados por la publicidad engañosa sobre el proyecto inmobiliario para la construcción de un conjunto de casas. Según los demandantes, tanto la construcción de zonas comunes como la de las unidades habitacionales privadas no correspondía a las indicadas en los volantes, en la información incluida en revistas especializadas ni en la publicidad entregada a los compradores[545]. La lista de disconformidades entre la publicidad y lo entregado era amplia

[543] Un anuncio "es considerado engañoso (y entonces antijurídico) cuando induce a error al consumidor sobre elementos esenciales del producto: su naturaleza, composición, propiedades, calidad, fecha de fabricación y vencimiento, etc" (Stiglitz, 1990, p. 17). Sobre publicidad engañosa pueden revisarse las sentencias de la Corte Constitucional T-118 de 2000 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo) y T-145 de 2004 (M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Exp. 6775 de 2001, M.P.: (Manuel Ardila Velásquez); Consejo de Estado, Sección primera, Exp. 3643 de 1996 (M.P.: Manuel S. Urueta Ayola) y Exp. 5014 de 1998 (M.P.: Juan Alberto Polo Figueroa).

[544] En materia de información en productos como los seguros, se ha explicado: "La información y educación pueden aportar las herramientas que necesitan los consumidores para protegerse frente a productos inadecuados o inapropiados y ayudarles a sortear los procesos y desafíos con los que pueden encontrarse en el mantenimiento y uso de dichos productos. La capacidad para hacerlo requiere tanto información específica sobre los productos como amplios conocimientos y capacidades financieras, lo necesario para comprender y utilizar la información específica sobre productos para tomar decisiones informadas sobre los productos y utilizarlos de forma eficaz" (Camargo, Magnoni y Zimmerman, 2014, p. 7).

[545] Según lo que se menciona en la sentencia, las ofertas de venta se anunciaron en la revista "La Guía" que circuló en julio y agosto de 1999 y mediante "volantes de venta distribuidos entre los años 2000 y 2001" que

e incluso iba desde la idea según la cual, el conjunto de casas contaba con 4550 metros cuadrados de zonas verdes, que en realidad correspondieron a un parque público cercano. La Superintendencia de Industria y Comercio había sancionado a las demandadas por publicidad engañosa (Resolución 27929, agosto de 2002)[546], pero en la jurisdicción civil, los demandantes no lograron probar los perjuicios y en casación, los cargos fueron indebidamente presentados, por lo que los compradores no obtuvieron indemnización alguna.

A pesar de la importancia de la información para empoderar a los consumidores en el ejercicio de sus derechos, parece que los niveles de conocimiento de las reglas del juego en materia de transacciones de vivienda son bajos. En materia de arrendamiento, un estudio encontró un alto nivel de desinformación sobre la existencia de la Ley 820 de 2003 por parte de arrendadores y arrendatarios (CENAC, 2007a)[547] y ese "nivel de desinformación se extiende también a las normas establecidas para determinar el monto del canon mensual del alquiler, los criterios para el reajuste y su periodicidad, y la obligación del arrendador de entregar comprobantes de pago, entre otros aspectos" (Torres-Ramírez, 2012, p. 11).

La ignorancia de los deudores sobre la normatividad y sobre la forma en la que se liquidaba cada cuota periódica fue para la Corte una de las características tanto de la crisis como de la situación de incertidumbre existente entre los deudores después de que se tomaron las medidas legislativas sobre las condiciones de los créditos: "la crisis del sistema UPAC y las dificultades para el afianzamiento del nuevo esquema de financiación de vivienda han obedecido a la desinformación del público" y "a la ignorancia generalizada

indicaban "Casas de Picadilly desde 78 mts2, 3 alcobas, 2 baños, terraza, parqueaderos 1 a 1, salón comunal, cancha múltiple, guardería, minimarket, conjunto cerrado, 4550 m2 de zonas verdes". Según los demandantes, varias de las locaciones comunes ofrecidas no fueron construidas; no poseían la dotación adecuada; no correspondían a los metros cuadrados anunciados. En cuanto a las unidades privadas se señaló que estas tenían diversos problemas en los acabados.

[546] Otras decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio que sancionaron por publicidad engañosa a los promotores y constructores de proyectos de vivienda nueva se encuentran en las resoluciones: 13385 del 30 de abril de 2008; 43404 del 30 de octubre del 2008; 9149 del 20 de febrero de 2014; 61242 del 10 de octubre de 2014; 15420 del 25 de marzo de 2011.

[547] El estudio señala: "Si bien la regulación estatal del mercado de arrendamientos en Colombia acumula una trayectoria de más de 60 años, el nivel de conocimiento y aplicación de la legislación pertinente a las relaciones entre arrendadores y arrendatarios es bajo" (Torres-Ramírez, 2012, p. 11).

entre los usuarios en torno al desenvolvimiento de sus relaciones financieras con la entidad crediticia y respecto al estado actual de sus obligaciones" (C-955 de 2000).

Es importante señalar que la información a los usuarios es también un derecho de los empresarios que ofrecen productos relacionados con vivienda tanto en el sector real como en el financiero. Mediante la información, los empresarios promueven su imagen y los servicios que prestan o los inmuebles que ofertan. Este derecho a entregar información al público se ubica en el marco de las libertades económicas y no como manifestación de la libertad de expresión, por lo cual, el poder de intervención regulador por parte del Estado es amplio[548].

Algunas figuras de los estatutos para la protección del consumidor intentan empoderar a los consumidores para que tengan un rol activo en sus relaciones contractuales, se asocien para conocer y reclamar sus derechos y participen en las decisiones que los afecten. Esta concepción que entrega "voz y voto" a los consumidores (Banco Mundial, 2012, p. 1)[549] es especialmente importante en materia de vivienda, pues "la Ley 546 de 1999 confiere a quien es titular de un crédito de vivienda un rol activo mientras subsista la relación contractual con la entidad que otorgó el crédito" (T-391 de 2006). Así las previsiones sobre las modificaciones a los contratos y las obligaciones de colaboración entre las partes impuestas por la Ley 546, las cuales serán analizadas en las siguientes secciones,

[548] En la sentencia C-010 de 2000, la Corte indicó que la publicidad comercial es una manifestación de la libertad de empresa y no de la libertad de expresión, por ello, el legislador tiene un mayor margen de actuación en su regulación, lo que se traduce en que la ley que se refiera a publicidad solo resultará inconstitucional "si de manera directa vulnera derechos fundamentales, o recurre a categorías discriminatorios, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas" (C-010 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero). Esa misma posición se ha repetido en las sentencias C-830 de 2010 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva) y C-592 de 2012 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio), las cuales se refieren a la publicidad de productos de tabaco y a la responsabilidad solidaria del anunciante por la emisión de publicidad engañosa.

[549] El Banco Mundial ha explicado este enfoque de empoderamiento a los consumidores así: "el acelerado crecimiento del uso de los servicios financieros ha dado lugar a la necesidad de una robusta regulación financiera y de información para proteger y darle voz y voto a los consumidores. Sin una sólida protección al consumidor financiero, los beneficios derivados de la creciente inclusión financiera podrían perderse o deteriorarse en extremo" (Banco Mundial, 2012, p. 1). La libertad de constituir organizaciones se encuentra en el artículo 78 de la Constitución y es desarrollada por el Estatuto del Consumidor en el que se señala que es un derecho que los consumidores puedan "hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten" (Ley 1480 de 2011, artículo 1º).

permiten afirmar que las relaciones de crédito para vivienda suponen la interlocución entre acreedores y deudores. Así está forma de relación puede ser explicada como un ejemplo de una visión solidarista del contrato, la cual aboga por:

> "[U]na forma distinta de entender la relación de los sujetos, en la cual se descarta considerar que el fundamento de dicha relación está en la oposición y contradicción de sus intereses, para dar paso a una concepción en la que debe prevalecer la colaboración mutua encaminada a la realización de los intereses de cada uno y de todos los allí involucrados" (Bernal, 2013, p. 44).

Adicionalmente, dada la relevancia pública de las relaciones de consumo en materia de vivienda (Pisarello, 2003)[550], la obligación de información implica el acceso a documentos de interés general como los proyectos de ley, los programas de vivienda[551], las normas y actos administrativos relacionados con asuntos habitacionales[552] y la publicación de los modelos de contratos[553].

[550] Esa obligación se deriva de la "consideración de los adquirentes y usuarios de viviendas como consumidores con derecho a la protección que suele dársele a estos últimos, tanto en el ámbito público como en el privado" (Pisarello, 2003, p. 132).

[551] Al respecto la Corte Constitucional ha indicado, en lo que se refiere a la situación de la población desplazada que el acceso a la información "hace parte del núcleo duro del derecho fundamental a la vivienda digna de ese grupo vulnerable" (T-885 de 2014). De esa forma la Corte Constitucional le ha dado tanta relevancia al derecho habitacional a la información que ha indicado que "el primer derecho que asiste a los ciudadanos consiste en que las instituciones responsables les indiquen los programas de vivienda a que pueden acceder para satisfacer su demanda habitacional y la de su familia" (T-194 de 2015).

[552] En lo que respecta a la información pública, la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional prescribe como principio que: "toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente" (artículo 4º de la Ley 1712 de 2014).

[553] En materia financiera, las entidades deben publicar en internet el texto de los contratos estandarizados (Parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1328 de 2009). Específicamente en materia de vivienda, existe la obligación de radicar ante las autoridades de la administración municipal o distrital encargadas de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles "copia de los modelos de contratos que se vayan a utilizar en la celebración de los negocios de enajenación de inmuebles con los adquirientes, a fin de comprobar la coherencia y validez de las cláusulas con el cumplimiento de las normas que civil y comercialmente regulen el contrato" (Ley 962 de 2005, artículo 71). Tales modelos de contratos deben estar a
disposición de los compradores de vivienda para que ellos puedan determinar la conveniencia de la adquisición.

Otro derecho de empoderamiento de los consumidores es el de participación, sobre el cual surgió una interesante controversia constitucional provocada por una demanda en contra de algunas normas sobre adquisición de servicios turísticos. Para el demandante el proceso legislativo para la expedición de tales normas había vulnerado el derecho de participación de los consumidores, el cual tiene rango constitucional[554], pues en el trámite legislativo habían participado algunas agremiaciones de comerciantes, pero los consumidores no fueron convocados.

Para la Corte, el texto de la Constitución según el cual, el Estado garantizará la participación de los consumidores en las decisiones que los afecten tiene una estructura abierta[555] que no genera "una regla normativa que obligue a dar participación a las organizaciones de consumidores y usuarios en el procedimiento legislativo de las disposiciones que les conciernen" (C-133 de 2014). Uno de los magistrados salvó su voto y consideró que las normas eran inconstitucionales, pues el artículo 78 de la Constitución establece un claro deber "para los órganos públicos de asegurar la intervención de los usuarios y consumidores en las instancias de producción y aplicación de normas que les incumben" (S.V. del M.P.: Jorge Palacio)[556]. Dos magistrados aclararon su voto al considerar que la razón para declarar el texto constitucional no podría ser la inexistencia de una obligación constitucional a la cual ya se había referido la Corte en su jurisprudencia[557]

[554] La Constitución en el artículo 78 señala que "El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen".
[555] La Corte Constitucional señaló: "no obstante ser incontrovertible la existencia de la garantía prevista por la disposición constitucional y la potencialidad de aplicación en el procedimiento legislativo de disposiciones como la ahora acusada, a partir del enunciado constitucional no es posible extraer un mandato que haga preceptiva la participación de las organizaciones de consumidores en el procedimiento legislativo" (C-133 de 2014).
[556] El magistrado Palacio Palacio rechazó de manera contundente la decisión de la sentencia y al analizar el derecho de participación establecido en el artículo 78 señaló que "más allá de establecer un deber general, dicho precepto estipula una clara y precisa garantía, que por su naturaleza normativa es de aplicación directa e inmediata" (C-133 de 2014. S.V. del M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).
[557] Acerca de la participación como garantía constitucional, sentencia C-1141 de 2000, explicó: "La apertura y profundización de canales de expresión y de intervención de los consumidores, en los procesos de decisión de carácter público y comunitario, pertenecen a la esencia del derecho del consumidor, puesto que sin ellos los intereses difusos de este colectivo, que tienen carácter legítimo, dejan de proyectarse en las políticas públicas y en las actuaciones administrativas, con grave perjuicio para el interés general y la legitimidad de la función pública, llamada no solamente a aplicar el derecho preexistente sino a generar en torno de sus determinaciones el mayor consenso posible".

(A.V. del M.P. Gabriel Mendoza)[558], sino que la razón debería haber estar relacionada con la idea de que los consumidores "no son un colectivo en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, no defienden una cultura diversa, ni han sido víctima de patrones de discriminación constantes en la historia" (A.V. de la M.P: María Victoria Calle).

Otra de las notas características del derecho del consumo de esta década en materia de empoderamiento es la evidente preocupación por incluir medidas para la educación de los consumidores. Tanto los instrumentos globales de protección a los consumidores[559] como los estatutos locales incluyen a la educación, que en materia financiera suele llamarse "alfabetización financiera", como un principio, un derecho y un deber[560], con lo cual se pretende que los consumidores tengan las habilidades y conocimientos para identificar los riesgos y ventajas de los productos y servicios que ofrece el mercado (Banco Mundial, 2012, p. 1). Este ha sido un enfoque, especialmente impulsado por organismos internacionales[561], mediante el cual se intenta ubicar en cabeza de los consumidores la responsabilidad de

[558] El magistrado Mendoza Martelo explicó su desacuerdo en una aclaración de voto así: "No me asiste la más mínima hesitación con respecto a que la disposición constitucional contenida en el artículo 78, inciso 3 y 4, incorpora un derecho constitucional que, por sí solo, debido a su carácter normativo, según se desprende del artículo 4, ibídem, tiene aplicación y efectos inmediatos (…). Considero que no resulta menester la expedición de una norma particular que desarrolle el mencionado precepto constitucional para predicar de él su absoluta actual e inmediata eficacia" (C-133 de 2014. S.V. del M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[559] Las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (2016) señalan que "Las empresas deben elaborar, según proceda, programas y mecanismos para ayudar a los consumidores a adquirir los conocimientos y competencias necesarios para comprender los riesgos, incluidos los riesgos financieros, tomar decisiones bien fundadas y acceder a servicios competentes y profesionales de asesoramiento y asistencia, prestados preferiblemente por terceros independientes, cuando sea necesario. Los Estados Miembros deben adoptar medidas para reforzar e integrar las políticas de los consumidores relativas a la inclusión financiera, la educación financiera y la protección de los consumidores en cuanto al acceso y la utilización de servicios financieros".

[560] En la Ley 1480 del 2010 se señala a la educación como un principio (artículo 1º), como un derecho (artículo 3, #1 11) y como un deber de los consumidores (artículo 3 # 2.1).

[561] En octubre de 2011 el Grupo de Trabajo sobre Protección al Consumidor en Mercados Financieros de la OCDE desarrolló 10 principios de alto nivel de protección al consumidor financiero, entre los cuales se incluye a la alfabetización financiera. En igual sentido, el Banco Mundial estableció en 2012 un documento denominado "Buenas prácticas para la protección a los consumidores financieros". La OCDE ha producido un importante número de guías y de informes en relación con la educación financiera, entre los que pueden destacarse: Recommendation on Principles and Good Practices for Financial Education and Awareness (2005); Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies (2005), Consumer Education Policy Recommendations of the OECD'S Committee on Consumer Policy (2009), Recommendation on Good Practices for Financial Education and Awareness relating to credit (2009), Guidelines on financial education at school (2012).

decidir sobre sus opciones de consumo debido a que conocen los efectos de sus elecciones. Al respecto se ha explicado:

> "La educación del consumidor puede ayudar a desarrollar el pensamiento crítico y aumentar la conciencia, permitiendo así que los consumidores se vuelvan más proactivos. También es un vehículo importante para construir la confianza que los consumidores necesitan para operar en mercados cada vez más complejos" (OCDE, 2009) – traducción libre-.

Es importante resaltar que, en Colombia, quizás el caso paradigmático en el que los consumidores de manera activa y masiva participaron para defender sus derechos desplegando diversas acciones jurídicas ocurrió precisamente en el consumo de crédito de vivienda con la crisis financiera de final de siglo. Es indudable que, sin las herramientas de información, participación y educación que han empezado a promoverse, los consumidores provocaron las decisiones de la Corte Constitucional y posteriormente, del legislador. El enfoque protector del sistema de financiación de vivienda no hubiera sido posible sin las acciones de los consumidores[562] y evidentemente sin el papel protagónico de la Corte, pues "está claro que sin fallos de la Corte no habría sido posible modificar de inmediato el sistema UPAC, a pesar de la agitación social que había causado" -Traducción libre- (Uprimny, 2006, p. 136). Aunque referido al contexto del constitucionalismo estadounidense, el activismo de los deudores puede ser un ejemplo de la afirmación de Moyn: "Hoy en día es mucho menos tentador celebrar el heroísmo de las altas cortes por sí solas sin reconocer que para hacer su trabajo han dependido del poder del activismo social que surge desde abajo" (2015, p. 207).

[562] Ahora bien parece que el papel participativo de los consumidores se quedó en la expedición de las normas del sistema financiero pues aunque la Ley 546 de 1999 creó el Consejo Superior de Vivienda como organismo asesor del Gobierno "en todos aquellos aspectos que se relacionen con la vivienda" (artículo 6º) e incluyó entre uno de sus miembros a un representante de los usuarios de crédito individual de vivienda, este organismo quedó apenas consagrado en el papel pues no se conoce que al menos se reúna o que haya producido documentos con impacto en las decisiones sobre crédito para vivienda.

2. Fijación estatal del contenido contractual

Otro de los logros relevantes de las reivindicaciones de los derechos de los consumidores de vivienda es la intervención estatal en la determinación del contenido contractual de algunos de los negocios que se realizan sobre vivienda. Las reglas sobre el contenido de los contratos de financiación y tenencia de vivienda creadas con el objetivo de proteger los derechos habitacionales de los consumidores se han concentrado en la homogeneidad de las condiciones generales de contratación **(2.1)**, las cláusulas sobre el plazo para el cumplimiento de las obligaciones **(2.2),** las cláusulas económicas **(2.3)** y las condiciones de habitabilidad **(2.4)**.

2.1. Homogeneidad contractual

La desigualdad de las partes y la dependencia del acceso y tenencia de una vivienda al éxito en la celebración y ejecución de los contratos de financiación y arrendamiento explican por qué las condiciones de estos negocios son altamente reguladas. Los asuntos previstos por el Estado[563] son indudablemente determinantes para el desarrollo de las relaciones contractuales de financiación y frente a ellos las entidades financieras y los arrendadores no tienen la libertad de establecer sus preferencias negociales, pues el legislador determinó el contenido negocial con la creencia de que él puede mejor que el mercado construir acuerdos que protejan a los arrendatarios, a los usuarios de crédito y fomenten los negocios inmobiliarios y el ahorro destinado a la financiación[564].

[563] Sobre las preferencias estatales en el contenido de los contratos, Giraldo (2014) ha explicado: "El Estado mismo se encargará de imponer ordenaciones obligatorias: dictados políticos que desarrollan el principio de primacía del interés general sobre el interés individual en aspectos bien concretos. Cada una de las elecciones realizadas por el Estado respecto de los sujetos privados en sus negocios no representa más que la imposición unilateral de un sistema de valores determinado (denominado orden público o interés general) sobre las demás ordenaciones de preferencias en juego (los demás intereses particulares)" (p. 102).

[564] El artículo 2º de la Ley 546 señala como entre los objetivos de la regulación en materia de vivienda: "Proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda"; "Proteger y fomentar el ahorro destinado a la financiación y a la construcción de vivienda, manteniendo la confianza del público en los instrumentos de capacitación y en los establecimientos de crédito emisores de los mismos"; "Proteger a los usuarios de los

Adicionalmente, con los contratos homogéneos se reducen los costos de la investigación que correspondería hacer a los usuarios para encontrar el mejor contrato posible en el mercado, pues tal tarea se reducirá a identificar al proveedor de crédito o de tenencia inmobiliaria que ofrece mejores condiciones sobre las mínimas ya establecidas legislativamente[565]. La decisión del legislador sobre la uniformidad de los clausulados contribuye a simplificar las relaciones entre los contratantes, de tal manera que, sin importar quien presta los servicios, el mercado ofrece un mínimo de condiciones básicas en relación con los límites mínimos y máximos de los plazos, las condiciones de pago, las tasas de interés aplicables, los sistemas de amortización, las causales de terminación, etc.

Las previsiones en materia intervención en los contratos tienen como fundamento el reconocimiento de que los contratos, especialmente los de financiación, son contratos de adhesión y, por tanto, los consumidores no pueden hacer más que aceptar las condiciones o rechazar la adquisición del producto financiero (Shina, 2017, p. 172), pues "la urgencia de celebrar un número masivo de contratos impide un diálogo prolongado entre las partes" (Rengifo, 2014, p. 58). Además, aunque existe el "deber de la parte fuerte de no abusar de su poder contractual para desequilibrar a su favor, el reglamento del contrato" (Bianca, 2007, p. 415), el legislador, antes que el juez, puede hacer un control previo del contenido contractual[566]. Así, se trata de una medida para la estandarización de las prácticas

créditos de vivienda"; "Propender por el desarrollo de mecanismos eficientes de financiación de vivienda a largo plazo".

[565] Sobre estos costos de transacción y la función que para su reducción tienen las condiciones generales se ha indicado: "A causa de los altísimos costos de transacción que supondría operar con contratos a la medida de las partes, se hace imposible que las partes expongan sus necesidades y construyan acuerdos totalmente satisfactorios para sus intereses. (…) La urgencia en la conclusión del contrato hace que las partes renuncien a investigar condiciones más favorables o propuestas alternativas. En el mundo de los contratos en masa el mercado es imperfecto, así que corresponde a los jueces y a los funcionarios públicos corregir sus fallas" (Rengifo, 2014, p. 59).

[566] La regulación de las cláusulas abusivas: Los derechos y deberes de los consumidores han sido desarrollados en circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia. La circular 028 de 2016 contiene "los derechos de los consumidores de crédito frente a la interrupción en la prestación de los servicios" y "los requerimientos generales en materia de seguridad y calidad de la información". La circular 029 de 2014 desarrolla el "acceso e información al consumidor financiero". Con anterioridad a estas circulares, los asuntos de protección al consumidor financiero se encontraban en las circulares 038 de 2011 (la cual impartía "las instrucciones necesarias para que las entidades vigiladas por esta Superintendencia suministren a los consumidores financieros toda la información que estos requieran") y 039 de 2011 (sobre cláusulas y prácticas abusivas).

contractuales que obliga a las entidades financieras a someterse unas reglas de disciplina de la actividad financiera. Al respecto se explica:

> "El contrato se inserta en un proceso decisorio generalmente muy rápido, de perspectivas financieras limitadas y en el cual el cliente no lo lee a menos que ya se encuentre en presencia de un incidente de ejecución ulterior, de suerte que sus cláusulas son pobres en cuanto a su voluntad común (…). El conjunto invita a una uniformización de la documentación, a una reglamentación cada vez mayor del contenido del acto, a una automaticidad en las sanciones y a una orientación resueltamente pro-consumidora, de manera que sirva para favorecer la confianza de los clientes y la simplificación del reglamento de conflictos" (Stoffel, 2013, p. 77).

Así que, dada la eficiencia de los contratos de adhesión, la función del derecho consumo, es atenuar las desigualdades económicas o de conocimientos de las partes sobre el negocio y una herramienta que puede ser utilizada para ello es la imposición del contenido contractual mediante normas de carácter imperativo. De esa forma, la uniformidad de las condiciones de los contratos con independencia de quien ofrezca el servicio de (i) crédito, (ii) leasing y (iii) arrendamiento ha sido otra de las grandes reivindicaciones alcanzadas para la protección de los consumidores de vivienda.

i) Una de las previsiones establecidas por el legislador, luego de la crisis, consistió en la obligación de las entidades financieras, que son quienes redactan los contratos, de que los documentos que contengan las condiciones generales[567] de los créditos reflejen unos requerimientos mínimos impuestos por las autoridades reguladoras en materia financiera. Al explicar la finalidad del mandato de homogeneidad contractual, la exposición de motivos

[567] Sobre las necesidades económicas que dieron lugar al uso extendido de condiciones generales de los contratos se explica: "La rápida expansión de las condiciones generales de contratación en el mundo de los negocios se debe a su gran utilidad práctica. Para empezar, las condiciones sirven para unificar los productos contractuales en un solo modelo, lo cual contribuye a simplificar las relaciones con un número elevado de clientes. Además, las condiciones generales sirven para estandarizar los productos y servicios de la empresa al unificar los plazos de entrega, las condiciones de pago y suministro, las garantías ofrecidas, las reglas de responsabilidad, los términos para presentar reclamaciones, etc." (Rengifo, 2014, p. 56).

del proyecto que terminó convertido en la Ley 546 de 1999 indicó que se trata de una medida que busca previsibilidad y claridad de las condiciones de los créditos, propósitos que son difíciles de alcanzar cuando circulan en el mercado diversas ofertas de financiación. Así, en el mencionado documento se señaló:

> "La existencia de una gran diversidad de ofertas de crédito no permite responder adecuadamente a las exigencias de claridad, previsibilidad y homogeneidad de las prácticas contractuales. Por lo anterior el proyecto de ley, sin impedir ni atentar contra el libre ejercicio de la actividad financiera, establece parámetros mínimos con el fin de proteger el sistema en general y a los deudores en particular, fomentando sanas prácticas crediticias" (Congreso de la República, 1999, p. 6).

La Ley 546 de 1999 estableció los criterios generales que deben tener los contratos de crédito homogéneos y le otorgó al Gobierno la competencia para regular tales parámetros. En ese sentido, el artículo 17 incluyó una lista de las condiciones mínimas que deben contener todos los contratos en relación con asuntos relevantes para las partes como las tasas de interés remuneratorias y moratorias; el plazo del crédito; la garantía hipotecaria; el monto del crédito; el valor de las cuotas; la posibilidad de pagar anticipadamente, la forma en la que operan las cláusulas aceleratorias y los seguros que deben ser tomados junto con el crédito hipotecario.

La Superintendencia Financiera ha desarrollado de manera puntual cuáles son las cláusulas que deben contener los contratos de crédito y de hipoteca y ha incluido como cláusulas prohibidas, las cuales pueden ser consideradas como cláusulas abusivas[568] aquellas que: establecen que el deudor o locatario asuma "los gastos correspondientes a labores de cobranza, mientras no se haya presentado demanda judicial"; contemplen

[568] La doctrina sobre cláusulas abusivas coincide en señalar que son aquellas que cumplen los siguientes requisitos: 1. Se trata de cláusulas no negociadas, impuestas por una de las partes y 2. Tales cláusulas causan un desequilibrio desproporcionado, irrazonable, injustificado en detrimento del consumidor o del adherente al establecer ventajas excesivas para quien predispone el contrato (Ballesteros, 1999; Ghersi, 1998; Rengifo, 2004; Rodríguez, 2011, 2013).

"intereses por encima de los topes máximos legales"; faculten a los establecimientos de crédito "para realizar modificaciones unilaterales a las condiciones del contrato"; utilicen "sistemas de amortización no aprobados por la SFC"; indiquen "que las obligaciones derivadas de estos contratos son indivisibles por razón de la deuda"; permitan la capitalización de intereses; restrinjan "la cesión del crédito hipotecario o del contrato de leasing para vivienda" (Circular externa 029 de 2014).

ii) Otro contrato cuyo contenido se encuentra dispuesto por la regulación es el de leasing habitacional, el cual, comenzó a considerarse como un mecanismo contractual que permite la realización del derecho a la vivienda en el año 2003 con la expedición de la Ley 795 y la interpretación que de esta ley realizó la sentencia C-936 del mismo año. La mencionada ley facultó a los establecimientos bancarios a celebrar contratos de leasing habitacional con el objetivo de activar las operaciones sobre los inmuebles que habían sido entregados en dación en pago y también para ampliar las posibilidades de financiación de aquellas personas que no alcanzaban a reunir los recursos para la cuota inicial[569]. La sentencia C-936 consideró que debía distinguirse entre el leasing que era utilizado para llevar a cabo actividades mercantiles de aquel en el cual el locatario es una persona natural que vive en el inmueble. En este último caso, el leasing se debía someter, según lo indicó la Corte, a los parámetros establecidos para el sistema especializado de financiación a largo plazo de vivienda[570]. Debido a esa distinción realizada por la Corte los decretos reglamentarios de la Ley 795 diferenciaron entre el leasing habitacional familiar y el leasing habitacional no familiar.

[569] Dado que la entidad financiera es propietaria del inmueble, tendría mayor flexibilidad para acordar el pago de los cánones con el locatario. Sin embargo, en la práctica, los establecimientos bancarios incluyen como políticas que el interesado en llevar a cabo una operación de leasing habitacional deba pagar una cuota inicial de al menos el 20% del valor del inmueble. Ello explica por qué algunos consideran que la introducción del leasing habitacional no tenía por objetivo brindar a las personas una posibilidad de acceder a vivienda sino permitir la rotación de inmuebles que tenían los establecimientos bancarios en su propiedad. El profesor Baena ha sostenido que el leasing no ha sido un instrumento para desarrollar el derecho a la vivienda porque "La legislación impulsada por el Gobierno Nacional a partir de la sentencia C-936 de 2003, actualmente contenida en el Decreto 2555 de 2010, apostó por un modelo que no cumple con el objetivo de proteger el derecho a la vivienda digna" y "también por el método de contratación que en la práctica vienen utilizando los bancos y las compañías de financiamiento" (Baena, 2014, p. 15).

[570] A partir de la Ley 795 de 2003 y la sentencia C-936 de 2003, el leasing habitacional familiar se consideró un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo.

Así, el leasing habitacional familiar hace parte del sistema especializado de financiación de vivienda, por lo cual, le es aplicable, atendiendo su naturaleza de contrato de arrendamiento financiero, la Ley 546 de 1999 en relación con el contenido contractual, especialmente en lo que respecta a los costos económicos. Adicionalmente, vía decreto se han regulado aspectos como el valor de la opción de compra, el derecho del locatario y de la entidad financiera a ceder el contrato, la posibilidad de incluir cláusulas penales[571], las obligaciones de la entidad financiera como propietaria del inmueble, las obligaciones del locatario como tenedor de la vivienda, los efectos de la terminación del contrato y la posibilidad de que el locatario realice pagos extraordinarios y que pueda elegir si tales pagos se reflejan en un menor valor de los cánones, una reducción del plazo o un menor valor de la opción de adquisición[572].

iii) La armonía entre los derechos y obligaciones de las partes ha sido una preocupación evidente en la expedición de leyes como la de arrendamiento de vivienda urbana (Ley 820 de 2003), cuya exposición de motivos indicó:

> "La finalidad del presente proyecto de ley consiste en impulsar el mercado de arrendamiento de vivienda urbana como política de vivienda orientada por mandato constitucional al reconocimiento del derecho de todos los colombianos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (…). La consecución de este objetivo exige una modificación normativa que permita establecer un equilibrio adecuado entre las partes intervinientes en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, lo cual no constituye en sí una condición suficiente para impulsar esta figura, pero sí es un paso necesario para que esto se produzca" (Congreso de la República, 2002).

[571] En materia de leasing habitacional es natural que se puedan incluir cláusulas penales: Los esfuerzos que hace el banco para la adquisición del inmueble, los gastos en los que incurre hacen que la terminación sea … "la necesidad de recuperar la inversión se opone a la estipulación de cláusulas que faciliten la terminación anticipada del contrato; cuando este tipo de cláusulas se pactan, se prevén simultáneamente otras que las supeditan al pago de penas" (Cifuentes, 1998, p. 25).

[572] La regulación del contrato de leasing habitacional familiar se encuentra recopilada en el Decreto 2550 de 2010. El artículo 2.28.1.2.1 establece las condiciones contractuales de esta operación.

Según lo indicado en la exposición de motivos de la Ley 820 de 2003, las nuevas reglas buscan establecer un "equilibrio adecuado" entre las contratantes con el objetivo de incentivar a las personas a dar en arriendo inmuebles y de proteger también a los arrendatarios en tanto titulares del derecho a la vivienda (Congreso de la República, 2001). El legislador se enfrentaba así a un importante reto, en tanto debía incentivar a los inversionistas a comprar viviendas para arrendar garantizándoles que tendrán herramientas procesales y sustanciales para la protección de sus intereses especialmente en lo que tiene que ver con el pago del canon, los servicios públicos y una rápida restitución en caso de incumplimiento por parte del arrendatario[573]. La protección a los arrendadores beneficiaría en últimas al mercado de arrendamientos porque personas y empresas realizarían inversiones en inmuebles para arrendar, con lo cual mejoraría la oferta y la formalización del mercado[574].

Por otra parte, la legislación debía procurar la protección del arrendatario. Por ello, la ley establece un régimen especial de protección contractual referido a la calidad e idoneidad de la vivienda, al valor del incremento de los cánones, las causales de desahucio, la prohibición de que se exija a los arrendatarios depósitos en dinero u otra clase de cauciones reales para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones[575].

---

[573] La ley estableció reglas para la protección del arrendador frente al pago de los servicios públicos por parte de los arrendatarios, la ampliación del margen de incremento del canon de arrendamiento (aumentó del 90% al 100% de la inflación registrada en el año anterior) y la flexibilización de las causales de terminación del contrato. Derechos a favor del arrendador: "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que medie autorización expresa del arrendador. En caso de contravención, el arrendador podrá dar por terminado el contrato de arrendamiento y exigir la entrega del inmueble o celebrar un nuevo contrato con los usuarios reales, caso en el cual el contrato anterior quedará sin efectos, situaciones éstas que se comunicarán por escrito al arrendatario" (artículo 17).

[574] Según el último Censo, durante el período 1993-2005 se registró una procedencia no formal del arrendamiento estimada en el equivalente al 65% de las unidades de vivienda en arriendo. "Esta característica del mercado habitacional colombiano ha determinado que la mayor parte del stock arrendado se haya generado dentro de la informalidad" (Torres-Ramírez, 2012, p. 1)

[575] A favor del arrendatario, se estableció la prohibición de depósitos en dinero efectivo u otra clase de cauciones reales para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, el canon no puede exceder el 1% del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo. De otra parte, los arrendatarios de vivienda urbana cuentan con un régimen especial de protección frente a las condiciones de calidad e idoneidad de la vivienda, el valor e incremento de los cánones y el desahucio injusto, entre otros asuntos (Ley 820 de 2003). A favor de arrendatario: se establece el derecho de retención (artículo 26) pues en aquellos casos en los que "el arrendador deba indemnizar al arrendatario, éste no podrá ser privado del inmueble arrendado sin haber recibido el pago previo de la indemnización correspondiente o sin que se le hubiere asegurado

A pesar de la preocupación de legislador por establecer un marco jurídico equilibrado entre arrendadores y arrendatarios un estudio de la OCDE detectó que en Colombia:

> "Las políticas que alientan la vivienda en propiedad y desalientan el alquiler (tanto para los arrendatarios como para los arrendadores), así como la falta de un marco jurídico que dé certeza a este mercado, han desempeñado un papel importante en la limitación de la oferta y la demanda de la vivienda en renta" (OCDE, 2015, p. 13).

En ese mismo sentido, una investigación financiada por el Banco Interamericano de Desarrollo (2014) indicó que, en Colombia, de la misma forma que en otros países de Latinoamérica y el Caribe, existen dificultades en el ejercicio de derechos de los arrendadores. Tales dificultades tienen como antecedente la regulación de mitad del siglo XX, la cual, producto de decisiones políticas, estableció normas que generaron barreras para desarrollar un mercado de arrendamientos profesional movido por agentes inversionistas[576]. El estudio propone que los países en América Latina analicen la implementación de una regulación más flexible en cuanto a la regulación de los cánones, plazo, derechos de las partes. Así se explica el éxito de otras regulaciones:

> "Casos como los de Alemania y Suiza —donde los gobiernos han seguido políticas de vivienda sin sesgos de tenencia— sugieren que es posible proporcionar seguridad de tenencia para los arrendatarios, al tiempo que se ofrece un ambiente de seguridad, rentabilidad y

debidamente el importe de ella por parte del arrendador" y el derecho a descontar el costo de las reparaciones indispensables no locativas del valor de la renta (artículo 27).

[576] Sobre las repercusiones en el estado general del acceso a la vivienda generadas por una protección que puede considerarse desequilibrada a favor del arrendatario se ha indicado: "Tanto el control de renta como las dificultades del proceso de reposesión son un legado de los cambios regulatorios introducidos a mediados del siglo XX que favorecieron a los inquilinos frente a los propietarios arrendadores en respuesta a presiones políticas. En su mayor parte, este marco regulatorio pro-inquilino se ha mantenido, aunque en la mayoría de los países se introdujeron en los años ochenta varias reformas que se profundizaron en los años 2000 y que apuntan a nivelar los intereses de unos y otros (…) En Colombia, por ejemplo, donde con una nueva ley aprobada en 2003 se intentó crear las condiciones para un aumento de la oferta, aun hoy el incremento de la renta no puede ser mayor que el índice de Precio al Consumidor, y siempre y cuando la renta mensual resultante no exceda el 1% del valor de mercado de la propiedad" (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, p. 34).

> confianza al arrendador. La literatura sugiere que un marco jurídico equilibrado puede incluir controles de renta, si bien estos deben ser determinados en relación con los valores de mercado en el área y modificables de acuerdo con el comportamiento de la inflación. En particular, Peppercorn y Taffin (2013) proponen diferenciar entre nuevas unidades producidas por construcción y rehabilitación en las que la renta cobrada sea libre dentro de parámetros establecidos; unidades vacantes en las que la renta no esté controlada sino referida a límites razonables (valores vigentes en el área); y unidades en las que el mismo inquilino renueve el contrato donde el aumento de la renta esté indexado a la inflación. De cualquier forma, los cambios deben ser graduales para evitar abusos, flexibles para responder a fenómenos de escasez temporal o localizada, y acompañarse de otras medidas de apoyo a la demanda para aliviar los efectos en los inquilinos (Blanco, Fretes y Muñoz, 2014, p. 41).

Este estudio explicó que, en América Latina y el Caribe existe un descuido por encontrar un balance adecuado entre los derechos de los propietarios y los arrendatarios o locatarios[577]. A lo cual se suma la existencia de costos de transacción relacionados con la dificultad de obtener información crediticia y financiera de los potenciales arrendatarios, lo que obliga a los propietarios a contratar agencias inmobiliarias especializadas o a contratar seguros que garantizan a los propietarios una compensación en caso de que los arrendatarios incumplan.

[577] Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la dificultad de restitución era aún mayor en los contratos de leasing habitacional pues las normas establecidas para la restitución se referían al arrendamiento de vivienda urbana, ello generó que dada la inexistencia de un procedimiento especial para la restitución de inmueble cuando el contrato celebrado era leasing habitacional, algunos jueces civiles aplicaban las normas establecidas para la restitución en casos de arrendamiento de vivienda urbana. Sin embargo, tanto la Corte Constitucional (T-734 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos) como la Corte Suprema de Justicia (Tutela del 15 de abril de 2016, M.P. Ariel Salazar y tutela del 22 de febrero de 2017, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona) encontraron que no era posible aplicar analógicamente tales normas pues traían consecuencias desfavorables, principalmente derivadas de la limitación de los medios de defensa cuando el demandante alegaba el incumplimiento en el pago de cánones. En la actualidad en Código General del Proceso incluye un solo régimen para todos los procesos de restitución de tenencia (artículos 384 y 385).

2.2. Las cláusulas sobre el plazo

En los contratos de financiación y de arrendamiento el cumplimiento del contrato requiere del paso del tiempo, por ello pueden ser categorizados como contratos de ejecución sucesiva de larga duración, pues "el tiempo se vincula con el objeto del contrato, dado que el acuerdo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal" (Rengifo, 2017, p. 116). Como el tiempo es esencial para el cumplimiento de las obligaciones, el legislador se ha interesado en establecer previsiones sobre el plazo y las condiciones de terminación de los contratos[578]. En relación con esas previsiones, el asunto en el que mayor relevancia ha tenido el derecho a la vivienda para establecer el sentido de las reglas sobre el plazo para el pago se reflejó en una controversia constitucional sobre los efectos que generaba que el deudor pagara anticipadamente el crédito hipotecario.

En efecto, un poco antes de que estallara la crisis hipotecaria, la Corte Constitucional se había referido al plazo en los contratos de mutuo y especialmente, a la posibilidad de que los deudores realizaran pagos anticipados sin ser sancionados por ello. Así, en 1998, la Corte se preguntó si las reglas establecidas en los códigos de derecho privado tanto en el régimen general como en el de mutuo eran inconstitucionales cuando se trataba de créditos para vivienda.

El régimen general de obligaciones establece dos reglas estructurales en materia del plazo para el cumplimiento de las obligaciones: i) el acreedor no puede exigirle al deudor el pago de su obligación antes del vencimiento del plazo y ii) el deudor no puede renunciar al plazo cuando "la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio

[578] En materia de arrendamiento, la Ley 820 de 2003 ha establecido, de manera equilibrada, causales de terminación unilateral para el arrendatario y para el arrendador tanto durante el término inicial como durante las prórrogas. Tales previsiones buscan permitirles a las partes terminar anticipadamente el contrato soportando las consecuencias económicas que las normas establecen. Sobre la naturaleza de las previsiones de terminación unilateral a favor del arrendador en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, se ha explicado: "es una terminación unilateral con indemnización por el ejercicio de esa facultad discrecional de terminación "incausada" (*ad nutum*)" (Rengifo, 2014, p. 114).

del plazo se propuso manifiestamente evitar" (artículos 1553 y 1554 del Código Civil)[579]. De otra parte, las reglas especiales sobre el mutuo confieren al mutuario el derecho a pagar toda la suma prestada, aun antes del vencimiento del término, salvo que se hayan pactado intereses, puesto que, en ese caso, el plazo se entiende en favor del acreedor, con lo cual el pago anticipado procederá solo con su aquiescencia (artículo 2229 del Código Civil)[580].

Estas reglas sobre la renuncia al plazo para el pago tanto en el régimen general como en el contrato de mutuo pretenden un balance entre los intereses del acreedor y del deudor. El acreedor no puede exigir el pago antes del vencimiento de la época establecida para el pago. El deudor no puede sorprender al acreedor pagando antes del vencimiento cuando esa anticipación le causa un perjuicio al acreedor que espera una colocación durable. Por el contrario, en el mutuo sin intereses, el plazo para el pago de la suma prestada se entiende establecido exclusivamente en favor del deudor por lo que este podría anticipar el dinero prestado.

Para el ciudadano que demandó la constitucionalidad de estas reglas, la restricción para anticipar el plazo afectaba a los deudores de crédito hipotecario, pues para ese momento, debido a la coyuntura económica, podían encontrar en el mercado créditos más económicos que los que se encontraban pagando en UPAC. Para el demandante, las entidades financieras al impedir el pago anticipado estarían desconociendo el principio de solidaridad, el derecho a obtener vivienda digna y la dignidad de los deudores.

Así, el demandante apoyaba su defensa a la inconstitucionalidad de la norma indicando que las entidades financieras no estaban aceptando que los deudores que vendían su vivienda pudieran ceder el crédito al comprador. Esas afirmaciones del demandante

[579] El artículo del 1553 del Código Civil señala: "El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo (…)". El texto del artículo 1554 del Código Civil es el siguiente: "El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar. En el contrato de mutuo a interés se observará lo dispuesto en el artículo 225".

[580] El texto original del artículo 2229 del Código Civil es el siguiente: "Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses". A partir de la sentencia C-252 de 1998 de la Corte Constitucional debe entenderse que esta disposición no es aplicable a los créditos para vivienda a largo plazo.

parecían explicar la realidad de las prácticas de las entidades financieras en ese momento. En ese sentido, Castaño (2013) afirma que las entidades se negaban a aceptar la anticipación del plazo mediante la dación en pago de los inmuebles: "las familias que no podían honrar la deuda y decidían entregar los inmuebles a los bancos recibían respuesta negativa del banco, y fue necesario obligar a estos a recibir los inmuebles vía decreto legislativo" (Castaño, 2013, p. 142)[581].

Acogiendo las explicaciones de los Mazeaud y de Josserand[582] sobre las razones para la existencia de las normas que establecen restricciones al deudor para el reembolso anticipado del dinero en el contrato de mutuo, la Corte concluyó que las reglas son justas porque "preservan la equidad, al someter a las partes a una misma regla (el respeto a las estipulaciones del contrato legalmente celebrado)" (C-252 de 1998). La Corte hizo énfasis en que la fuerza obligatoria de los contratos conmutativos se eliminaría si el acreedor y el deudor, a su arbitrio, pudieran desconocer el plazo pactado para el pago, cuando éste se ha establecido en interés de ambos. Así, si se admitiera que el deudor puede pagar anticipadamente cuando ello le convenga tendría que aceptarse que el acreedor pudiera exigir anticipadamente el pago, pues el mutuo es un contrato en el que las partes se obligan de manera equivalente entre sí (artículo 1498 del Código Civil).

Ahora bien, luego de analizar las razones de las normas examinadas, la Corte concluyó, sin detenerse en ello ni hacer mayores reflexiones, que, aunque las normas son justas no podrían ser aplicadas a los créditos de vivienda, puesto que estos créditos deben someterse a reglas especiales derivadas del mandato establecido en el artículo 51 de la Constitución.

Así mismo, la Corte extendió tal interpretación a las normas sobre títulos valores. Para la Corte, dado que los mutuos hipotecarios para vivienda utilizan como garantía la suscripción de pagarés, el artículo 694 del Código de Comercio según el cual "el tenedor

[581] El autor se refiere al Decreto legislativo 2331 del 16 de noviembre de 1998 en el que se reguló por primera vez la dación en pago de los deudores afectados por la crisis. La previsión del decreto fue incluida en la Ley 546 de 1999.
[582] La Corte cita los libros "Lecciones de Derecho Civil" (1960) y "Derecho Civil (1959).

no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de la letra", tampoco resultaría aplicable, "a la luz de la Constitución", a los créditos de vivienda. Ello significa que cuando se trate de obligaciones hipotecarias, a pesar de existir tales garantías, no puede impedirse el pago anticipado ni puede sancionarse al deudor por tal renuncia al plazo.

Esta regla fue recogida por el legislador en la Ley 546 de 1999, la cual ordenó que los créditos de vivienda individual a largo plazo podrán prepagarse total o parcialmente en cualquier momento sin penalidad alguna, y 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 (artículo 17, numeral 8).

Una década después de que esta regla se aplicara solo a créditos hipotecarios, la Ley 1555 de 2012 extendió el alcance del tratamiento especial establecido para los créditos de vivienda a todas las operaciones de crédito. Así, la ley consagró como derecho de los consumidores financieros efectuar pagos anticipados "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" (artículo 1º). La norma establece que ese derecho de los deudores a prepagar aplica en todos los créditos, siempre que el monto no supere los 880 salarios mínimos mensuales legales[583]. En desarrollo de esa norma, la Superintendencia Financiera ha incluido como cláusulas prohibidas en los contratos de crédito aquellas que impidan, restrinjan, obstaculicen o impongan sanciones o penalidades por el prepago total o parcial de las obligaciones (Circular externa 029 de 2014).

[583] Esta norma fue objeto de una interesante discusión. Resulta que la norma como fue expedida por el legislador señalaba que la regla que establece como derecho de los deudores efectuar pagos anticipados solo sería aplicable en los nuevos créditos que se celebraran luego de la entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, la Corte en la sentencia C-313 de 2013 señaló que la restricción establecida en la norma, en virtud de la cual el derecho de los deudores aplicaría a los nuevos contratos vulneraba el derecho a la igualdad. La sentencia ha sido criticada en diversos foros académicos por afectar la seguridad jurídica y las previsiones financieras de las entidades crediticias.

2.3. Las cláusulas económicas

La Observación General No. 4 señala que las diversas modalidades contractuales de las cuales depende el disfrute de un inmueble deben garantizar que los costos inherentes a la tenencia de una vivienda –en cualquier modalidad– sean "soportables", esto es, que no afecten la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de sus habitantes y que tengan correspondencia con el nivel de ingresos de sus ocupantes. La Observación explica este derecho habitacional de la siguiente manera:

> "Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso (…) De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres (…)" (CDESC, 1991).

De esa forma, la Observación General presenta dos ejemplos vinculados con el contenido contractual de los negocios jurídicos sobre vivienda: la protección a los arrendatarios frente al precio del canon y la existencia de formas de financiación adecuadas.

Ello significa que, en la estructura de los contratos, las cláusulas relacionadas con precio, formas de pago, intereses, plazo, cumplimiento anticipado, sanciones y remedios frente al incumplimiento, han de estar acordes con el derecho de todos a un lugar para vivir en paz y dignidad con gastos soportables. Siguiendo estos lineamientos, la protección contractual para quienes habitan una vivienda debe estar especialmente intervenida por el Estado y orientada a hacer posible la conservación de la tenencia.

La intervención estatal en las cláusulas económicas de las modalidades contractuales para el acceso a una vivienda se ha enfocado en los contratos de financiación y en el arrendamiento. Los contratos de adquisición no cuentan con una intervención regulatoria especial en materia de precios. El valor de lo que se paga por un inmueble ha sido dejado a

la oferta y demanda del mercado, siendo aplicables a las transacciones para la enajenación de vivienda, las reglas establecidas en los códigos de derecho privado que se refieren a los justos precios en materia de inmuebles[584].

La ausencia de intervención en las operaciones de adquisición de vivienda explica la celebración masiva de contratos de financiación en tanto los precios de los inmuebles para vivienda obligan a que las personas deban buscar crédito[585]. Algunos expertos han encontrado que desde 1972, año de creación del UPAC, el único periodo en el que ganó espacio la compra de vivienda no financiada ocurrió en los años que siguieron a la crisis en los que las restricciones de crédito por parte de las entidades financieras y la desconfianza de los ciudadanos frente al sistema de financiación generaron un ligero cambio temporal en las formas contractuales de acceder a la vivienda. Así, el estudio concluyó que la compra de vivienda sin crédito

> "sólo sería posible si el nivel del ingreso disponible en Colombia fuera tan elevado que permitiera acceder a la compra de vivienda sin tener que recurrir al crédito, donde la mayoría de las compras se harían

[584] Una figura emblemática de justicia contractual en materia de precios sobre inmuebles es la rescisión por lesión enorme consagrada en normas imperativas en el Código Civil. La aplicación de esta figura ha generado interesantes debates relacionados con la posibilidad de utilizar este instrumento de protección contractual en otros negocios para los que no fue consagrado. Así, una corriente minoritaria de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia pidió infructuosamente su aplicación a la dación en pago en virtud de la equidad y justicia. En unos de los salvamentos de voto se señalaba: "la consideración según la cual el contrato por sí mismo garantiza la justicia entre quienes lo celebran encierra una falacia, puesto que la afirmación de la igualdad de los hombres solamente tiene validez en el ámbito de los principios, pues en la práctica es patente su desigualdad. Aquellos mandatos del liberalismo inclemente, se encuentran hoy claramente matizados por principios moderadores propios del Estado Social de Derecho, que implican que éste intervenga o dirija las relaciones contractuales" (S.V. de Pedro Munar a la sentencia del 1 de diciembre del 2008). En el mismo sentido puede revisarse el S.V. de Edgardo Villamil a esa sentencia y los S.V. de Manuel Ardila, Edgardo Villamil y Pedro Munar a la sentencia del 6 de julio de 2007).

[585] Sobre la nula intervención del Estado en estos asuntos se ha explicado: "Los distintos gobiernos han optado por no intervenir y, en su lugar, dejar que todo lo arregle la mano invisible del mercado. El mercado "libre", en este caso, no solo no es la solución, sino que es una parte clave del problema. Sirva como ejemplo que en los últimos años, en algunas de las principales ciudades colombianas, a pesar de la baja en las tasa de interés, se ha experimentado una fuerte subida de los precios de los inmuebles destinados a vivienda, incluyendo la vivienda de interés social, con el correlato inevitable de superar la capacidad de endeudamiento de los potenciales adquirentes, lo que ha llevado a expulsar del mercado un segmento cada vez mayor de la demanda. Por consiguiente, tenemos un mercado de la vivienda en el que aparentemente existe una mayor oferta respecto de la demanda y en el que la oferta no coloca en el mercado el tipo de productos que demanda la mayor parte de la población, vale decir, viviendas a precios asequibles. (…) En este contexto, la política de no intervención conduce indefectiblemente a una grosera violación de lo dispuesto en el artículo 51 CP" (Baena, 2014, p. 14).

> entonces de contado. Si bien este fenómeno parece estarse presentando en la coyuntura 2002-2004, como un resultado combinado de la crisis hipotecaria (que llevó a rechazar el sistema UPAC/UVR) y de los mayores ingresos del exterior (producto del arbitraje y las remesas del exterior), esta explicación a nivel histórico (1972 – 2002) no parece tener mayor sustento empírico" (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 118).

La asequibilidad de una vivienda como derecho habitacional depende de diversos factores como la existencia de una oferta suficiente de viviendas, el precio del suelo urbanizable y de los materiales de construcción, el control de la especulación en los precios de los arrendamientos[586] y de los inmuebles[587]. En lo que toca a los contratos, se espera que estos reflejen en las cláusulas económicas las condiciones definidas por el Estado[588]. Ello implica que, dentro del menú de posibilidades contractuales de acceso, los individuos cuenten con algunas que se acomoden a sus necesidades y recursos. 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.

---

[586] Con respecto a los arrendamientos, la forma en la que se llevan a cabo las prácticas relacionadas con su celebración y ejecución en una gran parte de la población hace que se trate de "tenencias inseguras". Un estudio sobre el mercado de arrendamientos en Bogotá encontró que: "La mayor parte de los hogares arrendatarios (59,2%) cuenta con un contrato, verbal o escrito, siendo el primero de ellos la modalidad más aplicada. El grupo de población que reporta la mayor proporción de arrendatarios sin ningún tipo de contrato es el de hogares cuyas características lo definen como dependiente de ingresos generados en el campo de la economía informal, caso en el cual esta forma de inseguridad en la tenencia de vivienda llega al 48,2%" (Torres-Ramírez, 2012, p. 11).

[587] Como relator especial sobre una vivienda adecuada de las Naciones Unidas, Miloon Kothari, identificó las causas de los problemas globales de asequibilidad de vivienda: "En todo el mundo, la inasequibilidad creciente de la vivienda, la tierra y la propiedad es la causa de que haya aumentado el número de personas sin hogar obligadas a vivir en condiciones inadecuadas e inseguras de vivienda. La incapacidad o desidia de los Estados para controlar la especulación y frenar el aumento de los precios del alquiler y de las viviendas mediante medidas adecuadas de intervención en el mercado es uno de los principales obstáculos para la realización del derecho a una vivienda adecuada. / Las tendencias revelan que esta crisis de asequibilidad está afectando no sólo a los pobres, sino también a los grupos de bajos ingresos e incluso a la clase media. Cada vez son más las personas que sufren las consecuencias del aumento de los precios de la vivienda y de la tierra, sobre todo en las zonas urbanas. Esto a su vez hace que sean cada vez más las personas que no pueden pagar sus alquileres o hipotecas (Kothari, 2008).

[588] De conformidad con la Observación, "los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda" (CDESC, 1991).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional que siguió a la crisis hipotecaria se concentró en establecer parámetros sobre la asequibilidad a una vivienda mediante las condiciones contractuales de los créditos para vivienda, pues precisamente la disciplina negocial de los contratos que se celebran en el marco de los sistemas de financiación de vivienda es "la que permite realizar los mandatos del artículo 51 de la Carta (principio de adecuación)" (T-423 de 2003). Así, se indicó que la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias no puede ser considerada "un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado, sino que, al contrario de lo que sucedía bajo la concepción individualista ya superada, las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue" (C-383 de 1999).

Las decisiones de la Corte dictadas con la pretensión de proteger a los deudores afectados por la crisis consideraron necesaria la intervención del Estado para el establecimiento de condiciones de pago que faciliten el acceso y el mantenimiento de una tenencia habitacional segura[589]. Así, la necesidad de establecer reglas que permitan a los deudores soportar los gastos del cumplimiento del contrato ha sido una de las mayores preocupaciones de la Corte Constitucional, que ha indicado que las condiciones contractuales del mutuo y de leasing habitacional familiar tienen una naturaleza excepcional frente a los demás servicios financieros[590], pues deben posibilitar el pago del inmueble destinado a vivienda. Aunque las decisiones fueron objeto de las críticas mencionadas atrás, también fueron alabadas por la doctrina relevante en derechos sociales. Así, por ejemplo,

[589] La accesibilidad económica es uno de los grandes retos en materia de vivienda, la cual solo puede alcanzarse si el Estado se compromete a tomar distintas medidas para ello, puesto que "uno de los compromisos del Estado para garantizar este derecho es adoptar medidas legislativas, administrativas y financieras que permitan disponer de sistemas de crédito para la adquisición de vivienda que sean accesibles" (T-328 de 2014).

[590] Para la Corte Constitucional, los contratos de financiación de vivienda merecen una regulación diferente a los demás negocios de financiación, pues "son, por expreso mandato de la Carta Política, objeto de un tratamiento preferencial (…) Tal tratamiento se traduce en medidas legislativas que contengan condiciones distintas a las de los créditos ordinarios y que permitan a los usuarios el pago en condiciones equitativas del valor de su inmueble" (T-083 de 2003).

Christian Courtis se ha referido al papel de la Corte en la protección de la accesibilidad económica de la vivienda en estos términos:

> "Los tribunales han abordado también la cuestión de la accesibilidad económica de la vivienda, subrayando la especial importancia de garantizar la seguridad de la tenencia de la vivienda, aun en tiempos de inestabilidad económica. La Corte Constitucional de Colombia ofrece un importante ejemplo: en una serie de decisiones respecto a la situación de miles de deudores, declaró que un plan de reajuste del precio de los pagos de hipoteca era abusivo y constituía una violación del derecho constitucional a la vivienda digna. En el mismo sentido, tribunales brasileños han protegido los derechos de personas que adquirieron sus viviendas a crédito contra tasas de interés abusivas o injustificados, a través de la aplicación de disposiciones del Código del Consumidor" (Courtis, 2009, p. 197).

Las especiales circunstancias que dieron lugar a la crisis explican por qué la Corte ha considerado como un parámetro inquebrantable del sistema de financiación de vivienda que la unidad de medida de los créditos no se determine con exclusiva atención al movimiento de las tasas de interés de mercado[591]. La sentencia C-383 de 1999 consideró, como fue analizado en el primer capítulo, que la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés de la economía" imponía una carga excesiva al deudor hipotecario y una ventaja correlativa para la entidad financiera. Ello era así porque se incluía dentro del cálculo de la UPAC no sólo aquellas variables que permiten la conservación del poder adquisitivo, sino también el costo del dinero reflejado en las tasas de interés, factor que tenía una evolución distinta a la del aumento de los ingresos de los usuarios del servicio financiero. Por ello, el legislador, atendiendo tal parámetro creó la Unidad de Valor Real,

[591] Las sentencias que con más fuerza estudiaron esa obligación fueron las que se dictaron para mermar los efectos de la crisis hipotecaria: C-383, C-700 y C-747 de 1999, C-955 de 2000, T-231 de 2002, T-083 de 2003.

definida como una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación de precios al consumidor.

En relaciones de larga duración como las de financiación de vivienda cuyo plazo de amortización puede ser de hasta treinta años[592], el contrato es un instrumento de regulación, pero sobre todo de previsión sobre lo que ocurrirá durante el lapso en el que el deudor al mismo que tiempo que disfruta de la propiedad de la vivienda asume el pago de cuotas mensuales[593]. Por ello, la Ley 546 de 1999 y los decretos que la reglamentan determinan varios asuntos económicos de los contratos pensando en estrategias que les permitan a los hogares mantener las condiciones económicas y, por tanto, conservar la vivienda[594].

Así, la regulación establece que las cuotas mensuales de los créditos no pueden superar el treinta por ciento de los ingresos familiares de los deudores[595] y que el valor total del desembolso del crédito no puede ser mayor al porcentaje que determine el ejecutivo en

[592] Así lo dispone la Ley 546 de 1999 al señalar que los créditos deben "Tener un plazo para su amortización comprendido entre cinco (5) años como mínimo y treinta (30) años como máximo".

[593] Una de las preocupaciones de los reguladores de la financiación a largo plazo es establecer mecanismos para eliminar las probabilidades de incumplimiento derivadas del cambio de las circunstancias de los deudores. Ello genera para algunos la construcción de un "hombre capaz de prometer, un hombre en condiciones de hacerse garante de sí mismo en la relación acreedor-deudor; esto es, en condiciones de cancelar su deuda" (Lazzarato, 2013, P. 46).

[594] Algunos avances en materia de protección contractual al consumidor financiero se encontraban en la Ley 795 de 2003, en la cual se estableció que las entidades financieras deben actuar con debida diligencia y no utilizar cláusulas abusivas. La Ley no contiene una definición de cláusula abusiva ni tampoco una lista indicativa, solamente indica que: "Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante" (Ley 795 de 2003, artículo 25).

[595] La regulación sigue un concepto generalizado sobre la destinación de los ingresos familiares. Así el Decreto 145 del 2000 establece que la primera cuota del crédito no podrá representar más del 30% de los ingresos familiares, los cuales "están constituidos por los recursos que puedan acreditar los solicitantes del crédito, siempre que exista entre ellos relación de parentesco o se trate de cónyuges o compañeros permanentes. Tratándose de parientes deberán serlo hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil". Esa determinación del decreto es desarrollo de una facultad que el legislador entregó al gobierno al señalar en la Ley 546 de 1999, que "la primera cuota del préstamo no podrá representar un porcentaje de los ingresos familiares superior al que establezca, por reglamento, el Gobierno Nacional". Sobre por qué el 30% se explica: "según un concepto muy difundido, las familias no deberían gastar más del 30% de sus ingresos mensuales en servicios habitacionales. Si bien esta regla es arbitraria, deja en evidencia de manera más clara la magnitud del problema de asequibilidad en la región. El 30% del ingreso promedio en Ciudad de México equivale al alquiler de alrededor de 14 m2 de vivienda (de acuerdo con el precio del alquiler mediano por metro cuadrado). En Bogotá el número llega a 19 m2, mientras que en Buenos Aires y en Santiago de Chile alcanza 24 m2; en Lima, 25 m2 y en Montevideo, 26 m2" (Corporación Andina de Fomento-Caf, 2017, p. 191).

relación con el valor del inmueble[596]. Adicionalmente, las reglas señalaron los límites a las tasas de interés[597], la prohibición de capitalizar[598], la posibilidad de que el crédito se exprese en unidades de cuenta atadas a la inflación (denominadas Unidad de Valor Real)[599] o en moneda legal colombiana[600].

Las sentencias C-700 de 1999 y C-955 del 2000 establecieron la forma en la que deben incluirse las condiciones económicas en los contratos. Estas sentencias señalaron que en las cláusulas económicas el principio es el de la intervención y vigilancia estatal y no el de la libre determinación de las partes. Además, establecieron un vínculo entre la forma en la que se incluyen este tipo de cláusulas y el derecho a la vivienda. Se estableció como un "fin" del sistema de financiación "prohibir la inclusión en los modelos de financiación y amortización de condiciones excesivamente gravosas para los deudores (capitalización de intereses, tasas irrazonables, cuotas por fuera del monto del ingreso del usuario del crédito) que lleven a la imposibilidad del ejercicio adecuado del derecho prestacional a la vivienda digna" (C-955 del 2000).

Adicionalmente, la Corte Constitucional estableció como un parámetro para un sistema de financiación adecuado, el equilibrio económico entre las entidades financieras

[596] La Ley 546 de 1999 señala que el gobierno puede establecer el monto máximo de financiación sobre el valor de la respectiva unidad habitacional, "sin perjuicio de las normas previstas para la financiación de vivienda de interés social subsidiable". El Decreto 145 de 2000 señala que: "Podrá financiarse hasta el setenta por ciento (70%) del valor del inmueble. Dicho valor será el precio de compra o el de un avalúo practicado dentro de los seis (6) meses anteriores al otorgamiento del crédito. En los créditos destinados a la financiación de vivienda de interés social podrá financiarse hasta el ochenta por ciento (80%) del valor del inmueble".

[597] El artículo 17 de la Ley 546 de 1999 señala que los créditos deberán: "Tener una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR, que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse".

[598] Según lo establecido en la Ley los intereses remuneratorios se cobrarán en forma vencida. Adicionalmente, "Dicha tasa de interés será fija durante toda la vigencia del crédito, a menos que las partes acuerden una reducción de la misma y deberán expresarse única y exclusivamente en términos de tasa anual efectiva" (Ley 546 de 1999, artículo 17).

[599] Al respecto señala la Ley: "(…) el Gobierno Nacional establecerá las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, que tendrán que esta denominados exclusivamente en UVR" (artículo 17 de la Ley 546 de 1999).

[600] La ley establece que en todo caso los créditos en pesos deben "otorgarse con una tasa fija de interés durante todo el plazo del préstamo, los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses y se acepte expresamente el prepago, total o parcial, de la obligación en cualquier momento sin penalidad alguna. Se aplicarán a estas operaciones todas las demás disposiciones previstas en esta ley para los créditos destinados a la financiación de vivienda individual" (Ley 546 de 1999, artículo 17).

y los deudores[601]. Y en ese sentido, la jurisprudencia ha considerado que ese equilibrio se logra con la separación de la determinación de las tasas de interés de la libre estipulación por parte de las entidades financieras[602].

Así, además de los parámetros creados por la Corte sobre la forma de calcular el valor de los créditos, dictados al declarar la inconstitucionalidad de las normas que sustentaban el UPAC[603], determinantes reglas relacionadas con las tasas de interés remuneratorio y moratorio[604] fueron creadas al examinar la constitucionalidad de algunas normas de la Ley 546 de 1999. Esas reglas están relacionadas con los topes máximos de las tasas de interés, pues la financiación de vivienda requiere "mecanismos que reviertan la situación de desigualdad existente entre las entidades financieras y los usuarios" para "impedir que se haga imposible la amortización de los créditos en condiciones equitativas" (T-083 de 2003). Así, un supuesto del cual parte la Corte Constitucional en las sentencias cercanas a la crisis es la relación entre el derecho a la vivienda con los límites a las tasas de interés en los créditos, pues estos límites tendrían la capacidad de alterar la asimetría inherente a los contratos de crédito[605]:

[601] En 1999 se recomendó por la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas la adopción de la resolución 39/248 de la Asamblea General, de 9 de abril de 1985, en la que se aprobaron directrices para la protección del consumidor: "(…) Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores".

[602] De esa forma, ese pago en condiciones equitativas implica, por ejemplo, que el Estado "está llamado a fijar topes a las tasas de interés que se cobran y a velar porque esos topes se respeten" (C-955 de 2000).

[603] Quizás sea importante recordar aquí que las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999 coincidieron en considerar que "la determinación del valor en pesos de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante conforme a la variación de las tasas de interés en la economía a que se ha hecho referencia, pugna de manera directa con la 'democratización del crédito' que ordena al Estado el artículo 335 de la Constitución como uno de los postulados básicos en la concepción de éste como 'Social de Derecho'" (C- 383 de 1999).

[604] En general, la Ley 546 de 1999 lo que se prevé es que le corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República fijar la tasa máxima de interés, la cual, si se trata de interés remuneratorio, corresponde a la más baja que se esté cobrando en el sistema financiero colombiano, la cual no debe mantenerse constante durante la vigencia del crédito. Los intereses podrán ser cobrados únicamente desde que efectivamente se realice el desembolso y sobre los saldos vigentes de capital. Los intereses de mora, en ningún caso podrán ser superiores a una y media vez al interés que se pactó el crédito hipotecario, y esos sólo se podrán cobrar sobre las cuotas que se encuentren vencidas y por el tiempo que dure el deudor en mora.

[605] Sobre esta relación, la sentencia señala: "Como en esta Sentencia se define que la tasa de interés remuneratorio no puede quedar descontrolada ni sujeta a las variables propias del mercado, y las de intermediación de vivienda vienen siendo las más altas, deben reducirse significativamente por la Junta

> "[L]as tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito, y que se produzca un traslado patrimonial a favor de tales entidades que implique la ruptura del equilibrio que debe existir en esas relaciones contractuales" (C-955 de 2000).

De esa forma, en materia de crédito las reglas establecen que la tasa máxima del interés remuneratorio debe corresponder a la más baja que se esté cobrando en el mercado financiero, debe cobrarse en forma vencida y no podrá capitalizarse, y adicionalmente, no puede variar durante la vida del crédito hipotecario, sino que, debe permanecer constante[606]. De esa forma, un estándar para las decisiones regulatorias sobre vivienda es el mantenimiento de las condiciones económicas de los contratos[607]. Este criterio ha sido explicado indicando que "cuando las personas han logrado acceder a una vivienda digna a través de un crédito, el mantenimiento de las condiciones que les haga posible cumplir con

Directiva del Banco de la República para hacer posible la realización del derecho a una vivienda digna (art. 51 C.P.) y para que sea verdadera la democratización del crédito (art. 335 C.P.)" (C-955 del 2000).

[606] La fijación del tope corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República bajo el lineamiento establecido por la Corte y el legislador: "la Junta, en su condición de autoridad monetaria y crediticia, mediante acto motivado en que se justifique su decisión, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por las entidades financieras en este tipo de créditos. Ella, a su turno, será siempre inferior a la menor de todas las tasas reales que se estén cobrando en el sistema financiero, según certificación de la Superintendencia Bancaria, sin consultar factores distintos de los puntos de dichas tasas, e independientemente del objeto de cada crédito, y a la tasa menor se le deberá descontar la inflación para que no se cobre doblemente" (C-955 de 2000).

[607] Una variable de este estándar quedó consagrado en una norma que corresponde a las características de ley marco al señalar como un parámetro para la reglas que expide el gobierno sobre los créditos hipotecarios que: "El establecimiento de crédito deberá obtener y analizar la información referente al respectivo deudor y a la garantía, con base en una metodología técnicamente idónea que permita proyectar la evolución previsible tanto del precio del inmueble, como de los ingresos del deudor, de manera que razonablemente pueda concluirse que el crédito durante toda su vida, podría ser puntualmente atendido y estaría suficientemente garantizado" (Artículo 17, numeral 9).

las obligaciones contraídas se erige en una garantía para el goce efectivo de este derecho" (T-328 de 2014).

La entidad financiera únicamente podrá cobrar intereses desde que efectivamente se realice el desembolso y estos se cobrarán sobre los saldos vigentes de capital. En relación con los intereses de mora, los cuales son un elemento accidental del contrato de mutuo, pues deberán ser pactados por las partes, se entenderá que se entenderá que éstos incluyen los intereses remuneratorios y no podrán ser superiores a una y media veces al interés remuneratorio pactado y podrán cobrarse sólo sobre las cuotas vencidas. La Ley 546 de 1999 prohibió que los créditos de vivienda contengan cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial.

Aunque los contratos de crédito para vivienda utilizan como garantía tradicional la hipoteca sobre el inmueble que se adquiere con los recursos prestados, la aspiración de los contratantes no es la ejecución de la garantía, pues la sola garantía "no justifica por sí misma la realización de una operación crediticia" (Lazzarato, 2013, P. 46), por ello, las reglas en materia de crédito se preocupan por establecer las condiciones para que el deudor mantenga su promesa de cumplir con las cuotas de los contratos de financiación. De esa forma, la necesidad de certidumbre sobre la manera en la que se desarrollará la relación jurídica, acerca de las condiciones económicas del mismo, de los intereses que se cobran, de la manera como están estructuradas sus cuotas mensuales se han configurado en estándares para la determinación de las reglas sobre los créditos de vivienda.

Así las cosas, la jurisprudencia mira al contrato como el escenario en el que es posible incluir mecanismos que remediar la desigualdad entre las partes. Por ello, suele referirse a la necesidad de que se prohíba la inclusión de cláusulas irrazonables o desproporcionadas "que dificulten o imposibiliten el goce efectivo del derecho a la vivienda digna" (T-328 de 2014)[608]. Esta intervención en el contrato es también una muestra del

[608] Esa idea aparece no solo en las decisiones de constitucionalidad dictadas durante la crisis hipotecaria sino también en decisiones de tutela expedidas incluso una década después. En efecto, la sentencia C-955 de 2000 consideró que, dado que las personas acceden a la propiedad de la vivienda mediante contratos de financiación

solidarismo, pues "a veces la solidaridad como elemento constitutivo de la justicia privada contractual asume la forma de impedir que las partes contratantes abusen de los derechos que les han sido conferidos por la ley, o por el contrato" (Giraldo, 2014, p. 244).

Así, la construcción de las formas contractuales de acceso y disfrute de una vivienda envuelve la obligación estatal de intervenir en las cláusulas que determinan las condiciones económicas iniciales de los créditos y la forma de hacer previsibles el valor de las obligaciones en el futuro, lo cual permite también la sostenibilidad del sistema financiero[609].

En materia de leasing, un par de años después de la coyuntura de la crisis hipotecaria, la Corte se inclinó a proteger la libertad contractual al considerar que algunos deudores tienen la capacidad de afrontar las consecuencias de que las condiciones contractuales se establezcan por el mercado. Así, al referirse al leasing habitacional no familiar, la Corte indicó 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" (C-936 de 2003).

Bajo esta nueva perspectiva, así como el legislador debía intervenir en las condiciones contractuales de financiación con el objetivo de proteger el derecho a la vivienda de los deudores, tendría también dentro de su margen de actuación la posibilidad de establecer en el menú de posibilidades de acceso contractual a la vivienda, algunas modalidades en las que operen con mayor intensidad las condiciones del mercado, pues tales modalidades serán adecuadas para las circunstancias particulares de algunos ciudadanos.

---

que tienen la característica de ser contratos por adhesión, los deudores se encuentran en una "posición de absoluta indefensión" por la necesidad de acceder a la vivienda y no tener la posibilidad de discutir las condiciones pues, "los intereses les son impuestos, de modo que deben optar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo (…) Es allí donde aparece la función interventora del Estado, que está llamado a fijar topes a las tasas de interés que se cobran y a velar porque esos topes se respeten" (C-955 de 2000).

[609] Indudablemente, el cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores para el sistema financiero: "[T]ener en cuenta las condiciones concretas del deudor, su capacidad de pago, no sólo garantiza que este pueda cumplir con las condiciones de un crédito de las que depende el goce efectivo de su derecho a la vivienda, sino que además es necesario para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de crédito" (T-899 de 2006).

2.4. Un lugar habitable: la protección contractual a las condiciones cualitativas de la vivienda

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; también importan las condiciones materiales del lugar al cual se hubiese accedido[610]. Así, más allá de los problemas por el acceso a una vivienda, lograr la propiedad de un inmueble no es sinónimo de satisfacción de condiciones mínimas de calidad. Sobre el particular, se ha explicado:

> "[L]a tasa de propiedad hipotecaria en Colombia, en realidad poco nos dice sobre las precarias condiciones en que viven la mayoría de los colombianos. Toda otra serie de indicadores de vivienda nos señalan que existen serios problemas de calidad habitacional, hacinamiento y deficiencia en acceso a servicios públicos." (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 147).

La calidad es un asunto que interesa a las políticas habitacionales en tanto las cualidades ofrecidas por el mercado habitacional determinan el bienestar y productividad de sus habitantes. En ese sentido se ha indicado:

> "Los mercados de vivienda también determinan el bienestar de sus habitantes. Además de la importancia que tiene para la productividad y el nivel de empleo agregados, la vivienda ejerce un marcado efecto sobre quienes la habitan, que no se reduce a la dicotomía entre tener o no acceso a ella. Son múltiples los atributos del hábitat físico capaces

[610] Sobre la imposibilidad de establecer un único estándar de adecuación física de una vivienda se ha indicado: "debemos considerar la increíble diversidad de las necesidades y preferencias de las personas con respecto a la vivienda. Esto es especialmente cierto en términos de la población pobre urbana y rural que tiene menores opciones en el mercado de la vivienda (...) La estructura física puede haber sido construida con un buen estándar, pero a menudo a un precio mayor al rango de los pobres, con una mala ubicación en términos de oportunidades de ingresos, o demasiado pequeño para adaptarse a la familia extendida. Además, como las preferencias de las personas cambian con la edad, también cambian sus necesidades de vivienda (...) quienes intentan definir los derechos de vivienda deben tener cuidado de no definir una "casa adecuada" de una manera que no tenga en cuenta las necesidades de cada individuo o hogar" [Traducción libre] (Leckie, 1992, p. 4).

> de transformar la vida de los individuos, para bien o para mal. (…) Una vivienda de calidad (dicho esto en un sentido amplio) propicia mejores niveles de salud, educación y satisfacción de los individuos que se traducen en mayores niveles de productividad y bienestar (CAF, 2017, p. 176).

Como una aplicación particular del derecho a adquirir productos y servicios de calidad, el cual "hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor" (C-1141 de 2000), la Observación General No. 4 se refiere a "habitabilidad" para indicar que los bienes destinados a vivienda deben cumplir con requisitos de higiene, calidad y espacio necesarios y garantizar la "seguridad física de los ocupantes" (Corte Constitucional, T-191 de 2011)[611]. Desde la perspectiva de las políticas públicas, la inexistencia de tales condiciones de calidad es un indicador de pobreza y de desigualdad:

> "Las situaciones en que se carece de esas condiciones son manifestaciones de pobreza y también de desigualdad en la medida en que dentro de la estructuración social la forma como se distribuyen los ingresos y los recursos lleva a que determinados grupos no cuenten con alojamientos adecuados. Una de las expresiones más palpables de la diferenciación y de la segregación de las sociedades es la diversidad de calidades de las viviendas" (Ministerio de Desarrollo Económico, 1996, p. 80).

Los requisitos mínimos que debe cumplir una vivienda para la satisfacción de las necesidades básicas son mutables[612], pero al menos se espera que esta pueda "ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

[611] A estas condiciones se refieren también las sentencias: T- 1318 de 2005, T- 152 de 2008, T-585 de 2006.
[612] La característica de calidad está vinculada con la necesidad de que las viviendas sean habitables, esto es, que tengan una configuración física y unas dotaciones adecuadas; unos atributos que permitan la satisfacción de las necesidades básicas que se cumplen en ella. Por ello, "la inexistencia de estos atributos establecidos socialmente expresa una privación o desigualdad respecto a la manera como se ha distribuido históricamente el ingreso y la imposibilidad de algunos grupos de acceder a una vivienda digna" (DANE, 2009, p. 20).

Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes" (CDESC, 1991). A partir de esa descripción, la Corte Constitucional ha identificado dos elementos que configuran la habitabilidad: (i) la prevención de riesgos estructurales y (ii) la seguridad física de los ocupantes. Estos elementos son una aplicación concreta de la "responsabilidad especial ex constitutione" en materia de calidad de productos (Corte Suprema de Justicia, 7 de febrero de 2007[613]).

A los constructores y enajenadores de cualquier tipo de inmueble[614], además de las normas generales de responsabilidad, le resultan aplicables las reglas del Código Civil sobre el contrato de obra y si el comprador tiene la categoría de consumidor tendrá a su alcance las garantías contempladas en el Estatuto del Consumidor[615]. En materia de vivienda nueva, la Ley 1796 de 2016, le impuso a los constructores y enajenadores la obligación de amparar los perjuicios patrimoniales mediante garantías bancarias, productos financieros o seguros ante la ocurrencia de los eventos contemplados en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil: "si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales".

La importancia de la calidad de las viviendas es tal que debería ser analizada como una garantía implícita en los contratos que permiten tanto el acceso a la propiedad como a

[613] En esa sentencia, la Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de casación relacionado con una demanda de responsabilidad civil interpuesta contra una empresa productora de semillas de sorgo. Así las cosas, la obligación de poner en el mercado bienes de calidad habilita a los consumidores a "accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueran irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual, pues un entendimiento semejante no acompasaría con las directrices inequívocamente fijadas por la Carta Política" (Corte Suprema de Justicia, 7 de febrero de 2007).

[614] La vigilancia del cumplimiento de los reglamentos técnicos en materia de construcción se encuentra en cabeza de las autoridades municipales y distritales, cuyas funciones fueron fortalecidas con la expedición de la Ley 1796 de 2016, promovida luego del colapso de las torres del conjunto Space en Medellín, al cual se hizo referencia en el capítulo segundo.

[615] El Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) además de incluir el régimen de protección contractual, establece una responsabilidad objetiva aplicable al empresario constructor; una garantía legal que comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año y un régimen de responsabilidad por daños por producto defectuoso. El Decreto 735 de 2013 establece un procedimiento especial para hacer efectiva la garantía sobre bienes inmuebles.

la tenencia habitacional. En materia de arrendamiento, resulta ilustrativo un ejemplo sobre la habitabilidad como un elemento esencial del contrato de arrendamiento en el derecho estadounidense:

> "Prácticamente en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, los estados, por ejemplo, reconocen una 'garantía implícita de habitabilidad' en los arrendamientos residenciales. Incluso cuando un inquilino firma un contrato de arrendamiento que estipula expresamente que el apartamento se alquilará 'tal cual', los tribunales ignorarán el acuerdo y exigirán a los propietarios que reparen el apartamento hasta los estándares habitables mínimos y, mientras tanto, excusarán a los inquilinos de pagar el alquiler" - Traducción libre- (Gregory y Peñalver, 2012, p. 105).

Así, con independencia del precio de la vivienda o del canon de arrendamiento, los inmuebles sobre los que se realizan las transacciones para vivir deben contar con los mínimos de idoneidad, duración y seguridad[616]. Al respecto se ha explicado que: "La calidad de un producto está relacionada con condiciones objetivas, como la durabilidad razonable de aquel, y también con condiciones subjetivas. Estas últimas se refieren a las expectativas razonables que el producto ocasionó a quien lo adquiere" (Shina, 2017, p. 29). Adicionalmente, para que tales derechos sean efectivos es necesario, según la Observación General, una estrategia para atender de manera efectiva los reclamos de los ocupantes sobre las condiciones materiales del lugar de habitación, por ejemplo, con la existencia de recursos jurídicos que permitan "reclamaciones contra los propietarios acerca de las condiciones de vivienda insalubres o inadecuadas" (CDESC, 1991).

En la sentencia T-055 de 2011, la Corte analizó una acción de tutela presentada por el propietario de una vivienda y su arrendataria para obtener la instalación del servicio público de agua. La empresa de acueducto se negó a suministrar el servicio, pues el

[616] Sobre la calidad como derecho y obligación se ha explicado: "El derecho a la calidad es el correlato de una obligación genérica impuesta a los productores y prestadores de bienes y servicios; dicha obligación consiste en ofrecer bienes que sean duraderos, útiles y –sobre todo- seguros" (Shina, 2017, p. 29).

propietario no estaba cumpliendo los requerimientos técnicos exigidos legalmente para la disposición final de las aguas negras. Para dar respuesta a la tutela, la Corte se refirió a los deberes del propietario en el contrato de arrendamiento. Así, indicó que, dado que el objeto central del contrato de arrendamiento de vivienda es la entrega de un inmueble para su goce a cambio de un precio, "el arrendador debe asegurar al arrendatario que el inmueble arrendado tenga las condiciones mínimas de habitabilidad, higiene y espacio que permita su normal uso", pues de lo contrario estaría vulnerando el derecho a la vivienda digna[617], el cual,

> "[N]o solo resulta aplicable a aquellos casos en los que una persona reclama o está en camino de obtener una vivienda propia para desarrollar su proyecto de vida, sino que igualmente resulta vigente para aquellos casos en los que la persona solo cuenta por ahora con la posibilidad de satisfacer tal derecho mediante el arrendamiento de un inmueble ajeno. De esta manera, quien ofrezca un inmueble en arrendamiento para el uso de habitación deberá garantizar a los inquilinos que lo tomen que éste reúna unas condiciones elementales de habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacios necesarios para que una persona y su familia puedan ocuparla sin poner en riesgo su salud, su integridad física y en la que no se vea menoscaba tampoco su dignidad humana".

Para la Corte, la obligación de habitabilidad a cargo del arrendador se deriva tanto de la naturaleza del contrato de arrendamiento como de lo indicado en la Ley 820 de 2003, en la cual se establece que el arrendador deberá asegurar para el debido goce del inmueble que este cuente con los servicios, cosas o usos conexos (artículo 2°). Al concretar el contenido del derecho a la habitabilidad, la sentencia señaló que, al menos incluye la

[617] En esta sentencia la Corte invoca además del artículo 51 a la que las obligaciones del arrendador tienen fundamento en el artículo 51 de la Constitución, al parágrafo 1° del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

instalación de los servicios públicos domiciliarios[618] y que una obligación del arrendador es "que el inmueble que ofrezca en arrendamiento sea una vivienda digna, que cumpla con un mínimo de condiciones de habitabilidad y que respete la dignidad humana de quienes lo van a ocupar" (T-055 de 2011). Establecida esa relación entre las obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento y el derecho a la vivienda, la Corte le ordenó al arrendador cumplir con los requisitos técnicos para la conexión de todos los servicios públicos requeridos para hacer la vivienda habitable.

3. Reivindicaciones contractuales para proteger la tenencia habitacional

Una vez las personas logran acceder a una vivienda, el derecho a contar con diferentes opciones contractuales de acceso asequibles y no discriminatorias se transforma en una demanda para la conservación de la tenencia. Los derechos habitacionales establecidos en la Observación General No. 4 no se detienen en el acceso y en la intervención en las condiciones contractuales, pues luego de éste, surgen derechos a contar con mecanismos que permitan continuar con la tenencia.

Además de la regulación de las cláusulas vinculadas con los gastos que ocasiona la tenencia y la necesidad de certidumbre de estas condiciones durante la vigencia del contrato, la Observación General No 4 señala como parte del contenido del derecho a la vivienda, la seguridad jurídica de la tenencia que "garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas" (CDESC, 1991). De esa forma, la seguridad jurídica[619]

[618] "Resulta inobjetable que el inmueble arrendado, debe tener instalados cuando menos los servicios públicos domiciliarios, como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica. Así, es claro que los referidos servicios públicos, son parte de las condiciones mínimas de habitabilidad que debe tener el inmueble a arrendar, razón por la cual, el inmueble que no cuente con estos servicios públicos, no cumplirá con las condiciones mínimas que en materia de arrendamientos de vivienda se exige legalmente" (Corte Constitucional, T-055 de 2011).

[619] Sobre la importancia de enfocar las preocupaciones en la tenencia segura más que en la propiedad se explica: "el Banco Mundial no reporta la tasa de propiedad, sino la "tenencia segura" de la vivienda, donde lo que se mide es el porcentaje de hogares que pueden habitar establemente una vivienda, sin riesgos de lanzamiento o despojo arbitrario" (…) lo cual indicaría que no se requiere ser propietario para disfrutar en

apunta a que las distintas formas de tenencia estén protegidas contra desahucios injustos, esto es, aquellos efectuados ilegalmente o en contra de las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, tal y como lo aclara la Observación General no. 7 sobre desalojos forzosos. Esta Observación señala que es al legislador al que le corresponde incluir medidas que brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y especificar estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos (CDESC, 1997). De esa forma, la legislación debe establecer las causales y el procedimiento para los desahucios[620]:

> "[H]abida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que lleven a cabo, sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas" (CDESC, 1997).

La Observación General No. 7 brinda algunos ejemplos sobre desalojos que, en desarrollo de una relación contractual resultarían justos. Indica, por ejemplo, que resultan justificables los desalojos como consecuencia del "impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada". En todo caso, advierte que aun cuando se considere que el desalojo está justificado, éste "debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad" (CDESC, 1997).

condiciones relativamente estables dicha vivienda, pues los arreglos de arrendamiento/ subarriendo parecerían proveer "tenencias estables" en los países en vías de desarrollo" (Clavijo, Janna y Muñoz, 2005, p. 114).

[620] Adicionalmente, la Observación General no. 4 señala que es obligación del Estado establecer recursos jurídicos que permitan reclamaciones contra "acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados)" en relación con el precio del arrendamiento, el mantenimiento de la vivienda y la indemnización después de un desahucio ilegal (CDESC, 1991).

Así las cosas, un desalojo injusto puede ser incluso aquel que estando previsto en la ley no se encuentra en consonancia con los propósitos y los objetivos del Pacto[621] o que no sea razonable en las circunstancias particulares del caso[622]. En ese sentido, esta parte mostrará ejemplos de desalojos que, estando previstos en la ley por ser la consecuencia de un proceso ejecutivo, resultaron injustos para la Corte Constitucional, pues fueron iniciados por establecimientos de crédito en contra de deudores que estaban en mora debido a errores en la información que habían recibido de los bancos o casos en los que los deudores habían perdido su capacidad laboral y la aseguradora no había reconocido la ocurrencia del siniestro para el pago de la póliza de grupo deudores. Las sentencias que se analizarán señalaron que, en determinadas circunstancias, el inicio de la ejecución del pagaré que instrumenta el crédito afecta el derecho a la vivienda ante la inminencia del desalojo que conlleva un proceso ejecutivo.

Es importante insistir en la advertencia de que el consumidor puede ser protegido mediante múltiples herramientas y que este trabajo solo se concentra en una de ellas: la protección contractual creada con base en el derecho a la vivienda[623]. Esta advertencia es de nuevo necesaria porque en relación con las reglas de financiación para vivienda, la Corte

[621] Ahora bien, dado que el derecho a la vivienda tiene relación con otros derechos como el de privacidad y el de la inviolabilidad del domicilio, a las medidas legislativas que prevean los desalojos también les es aplicable la Observación general Nº 16 del Comité de Derechos Humanos (1988) relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta Observación, el Comité de Derechos Humanos indicó que la injerencia en el domicilio de las personas debía "conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto" y que en la legislación de los Estados "se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias". El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

[622] La Corte Constitucional también ha acogido la valoración de los criterios de justicia y proporcionalidad al examinar la licitud (en un sentido más amplio que el de legalidad) de los desahucios: "El derecho a la vivienda digna sería susceptible de protección constitucional, para evitar que quien ya la posee fuese injustamente privado de la misma, o del mismo modo limitado en su disfrute. Para que fuera procedente la solicitud de amparo del derecho a la vivienda digna, el acto que se reputa lesivo del mismo debe ser injusto, en razón de su propia ilicitud o ilegitimidad o porque, aunque legítimo, en la ponderación de los beneficios con el detrimento que ocasione, resulte manifiestamente desproporcionado" (T-373 de 2003).

[623] Así, el consumidor puede ser protegido mediante licencias previas, supervisión, la existencia de asociaciones de consumidores, la prohibición de publicidad engañosa, la indicación de que las instituciones financieras son reguladas, los materiales publicitarios señalan el ente regulador o supervisor pertinente, las estadísticas de quejas de consumidores y mediante un "sistema judicial que garantice que las resoluciones finales de disputas por violaciones a los derechos de los consumidores de productos o servicios financieros sean asequibles, oportunas y tomadas profesionalmente" (Banco Mundial, 2012, p. 11).

Constitucional creó una extensa jurisprudencia sobre la protección procesal de los deudores en los procesos ejecutivos iniciados por los bancos[624]. Tal asunto y la descripción de todos los eventos que pueden ocurrir en la ejecución de los contratos de vivienda desbordan el objetivo central de este trabajo, el cual se concentra en aquellas reglas que se han creado con fundamento en el derecho a la vivienda.

Para proteger la tenencia de vivienda como derecho, la Corte ha acudido a una particular utilización de herramientas desarrolladas por el derecho del consumo. Así, las reivindicaciones del derecho a la vivienda que han tomado la forma de protección al consumidor en la ejecución contractual han tratado al derecho a la vivienda como derecho de los deudores hipotecarios a participar en las modificaciones de los contratos **(3.1)** y a que sus expectativas económicas sean protegidas **(3.2)**. Así mismo, la Corte ha acudido a la interpretación pro-consumidor **(3.3)** y a la aplicación del principio de equidad en las

[624] La relación entre el derecho sustancial de protección a los consumidores y el derecho sustancial es sin duda un tema muy importante en las preocupaciones por la efectiva protección a los consumidores, sin embargo, desborda el objetivo de este trabajo. En todo caso, no hay duda de que la protección procesal y el derecho sustantivo del consumo se encuentran vinculados y ello ha sido especialmente relevante, en especial, en el contexto español en el que surgieron interesantes controversias sobre si en los procesos ejecutivos los deudores podrían excepcionar la abusividad de las cláusulas de los contratos de crédito. Un completo estudio comparado sobre las cláusulas abusivas en los créditos en Colombia y en España se encuentra en el artículo escrito por Bernal-Fandiño y Pico-Zúñiga en el que se explica: "El escenario jurídico español presentó hasta 2013, desde el ámbito procesal y sustancial, en lo que tiene qué ver con los procesos ejecutivos y las cláusulas abusivas, varios inconvenientes a los que tuvieron que enfrentarse los jueces: i. Los contratos hipotecarios no eran objeto de análisis de fondo, simplemente materia de ejecución. ii. El consumidor no podía solicitar la nulidad de una cláusula abusiva —en los términos del TRLCU— porque el artículo 695 de la LEC, propio del juicio ejecutivo hipotecario, establecía taxativamente las excepciones que el demandado podía alegar, entre las que no se encontraba aquella. iii. Como consecuencia de lo anterior y ante la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de hipoteca, al juzgador no le era dable declarar la nulidad de la cláusula de manera oficiosa. Estas barreras y problemáticas que enfrentaban la regulación de las cláusulas abusivas bajo el artículo 82 y siguientes del TRLCU y la normativa del proceso ejecutivo de la LEC, derivaron en dos pronunciamientos jurisprudenciales sumamente relevantes en esa materia, en las que los juzgadores comunitario y español, concluyeron, entre otras cuestiones y en términos generales, que sí era posible que el juez analizara el contenido del contrato hipotecario y, en ese sentido, declarara la nulidad de las cláusulas abusivas que en él llegase a encontrar. Así, vale destacar e insistir en que dichas providencias fueron hondamente significativas en España. Tanto que llevaron a la expedición de una serie de normativas entre las que se puede destacar, para lo que interesa, la Ley 1/2013, del 14 de mayo, modificatoria del régimen ejecutivo hipotecario de la LEC, permitiendo que, bajo medidas durante la contratación y el proceso ejecutivo de créditos hipotecarios, se pudiera declarar por el notario o el juez la nulidad de una cláusula abusiva" (Bernal-Fandiño y Pico-Zúñiga, págs.156-158, 2015).

relaciones contractuales para permitir al consumidor continuar en el inmueble en el cual habita, a pesar de que ello pueda afectar la seguridad jurídica **(3.4)**.

3.1. El debido proceso contractual y el derecho a la vivienda

En la ejecución de los contratos, las partes se relacionan mediante una serie de actuaciones y toma de decisiones que puede afectar los intereses e incluso los derechos fundamentales de una de ellas. Siguiendo tal consideración, la Corte ha sostenido que a los contratos les son aplicables los principios que desarrollan el debido proceso y por ello, la relación contractual puede ser analizada constitucionalmente como un escenario de aplicación de este derecho, el cual es entendido como un derecho indirecto, pues es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales[625]. Así, en las sentencias que se analizarán en esta sección, la Corte suele señalar que la intervención constitucional en los contratos ocurre para mantener vigente el debido proceso del consumidor y por esa vía el derecho a la vivienda que se vulnera como consecuencia de la afectación a aquel[626].

En las sentencias en las que se acude al debido proceso contractual para analizar la constitucionalidad de las actuaciones de los contratantes, la Corte persigue que la relación contractual permanezca y para ello deja en las partes, especialmente en aquella que ostenta una posición dominante, la obligación de cooperar con la parte considerada débil en términos constitucionales. Si se mira lo que en el fondo persigue esta perspectiva es similar en algunos asuntos a la teoría relacional del contrato, desarrollada por la doctrina

[625] Sobre la vigencia del debido proceso en las actuaciones de particulares y su carácter indirecto, la Corte ha explicado: "el derecho al debido proceso constituye un pilar o instrumento fundamental para la consolidación de la democracia, el cual tiene como guía u objetivo principal la garantía de los derechos fundamentales y la promoción de un orden político, económico y social justo. Nada obsta dentro del marco Constitucional para que los parámetros de protección y garantía del debido proceso se apliquen a las relaciones entre los particulares. Por el contrario, su aplicación y exigencia estricta se ajustan al deber atribuido a todos los colombianos en los incisos primero y segundo y el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución. De acuerdo a lo anterior, se puede entender al debido proceso como un derecho fundamental indirecto o sea, como mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado democrático" (T-769 de 2005).

[626] Así, por ejemplo, la Corte suele indicar que "si bien no le corresponde pronunciarse sobre las controversias contractuales de los accionantes" (T-822 de 2003), sí es de competencia de los jueces constitucionales dilucidar si se vulneró o no el debido proceso contractual.

anglosajona[627]. Esta teoría se centra "en establecer reglas que favorezcan la negociación de las prestaciones durante el tiempo en lugar de prever en el presente toda circunstancia que pudiera llegar a ser relevante en el futuro" (Bernal, 2015, p. 35). Ello implica que en relaciones de larga duración, se privilegia la colaboración del contrato en contraste con la idea de que el contrato es capaz de preverlo todo y, se defiende una interpretación y ejecución flexibles que dan relevancia a los comportamientos, relaciones y sujetos contractuales más que al contrato en sí mismo.

Así, las siguientes sentencias pueden ser explicadas como un ejemplo de algunas de las ideas que defiende la perspectiva relacional especialmente, en tanto esta teoría privilegia "el sometimiento de la ejecución a reglas de conducta generales como la obligación de actuar de buena fe, y el establecimiento de mecanismos de diálogo y negociación para definir periódicamente el contenido de las obligaciones y su modificación" (Courtis y Espejo, 2007, p. 13).

Uno de los mandatos más importantes y complejos establecidos en la Ley 546 de 1999 consistió en la adecuación de las condiciones contractuales individuales de los créditos a los nuevos parámetros constitucionales. La creación de un nuevo sistema de financiación repercutió en las cláusulas de los contratos que se estaban ejecutando, pues debían eliminarse en cada una de las relaciones contractuales celebradas "todos aquellos factores que hacían ilegítimos dichos contratos en tanto violaban los derechos fundamentales de los deudores" (T-899 de 2006), lo que obligaba a la modificación de los pagarés que contenían las obligaciones crediticias.

El ajuste de los contratos a los parámetros constitucionales implicaba: suprimir la capitalización de intereses, fijar una tasa de interés durante todo el plazo, permitir el pago anticipado total o parcial de la deuda sin penalización alguna y hacer los abonos que correspondieran a la diferencia entre el saldo en pesos de las obligaciones a 31 de diciembre

[627] La literatura sobre teoría relacional del contrato es amplia. El mayor exponente de esta teoría es el profesor MacNeil y algunos de los textos ya clásicos en los que desarrolla los fundamentos de la teoría son: Power, contract and the economic model (1980); The new social contract: An inquiry into modern contractual relations (1980); Exchange revisited: Individual utility and social solidarity (1986). Otros textos importantes son los de Mullock (1983) y Trebilcock (1993).

de 1999 y el saldo de la obligación reliquidado en UVR[628]. Como la reliquidación con estos ajustes podría modificar el saldo de las obligaciones y de los plazos, se estableció que los pagarés que instrumentan los créditos, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entenderían por su equivalencia en UVR "por ministerio de la presente ley"[629].

Ajustar cada uno de los contratos no era un asunto en lo absoluto sencillo. En la práctica, se presentaron innumerables problemas para determinar el valor en concreto de los saldos, plazos, intereses y para informar adecuadamente a los consumidores al respecto. Luego de que las entidades financieras realizaron modificaciones a los sistemas de amortización que se aplicaban a los créditos de vivienda, se generaron una avalancha de reclamos por parte de aquellos deudores que consideraron que la reliquidación realizada por los bancos afectaba sus derechos, pues se aumentaba el número de cuotas y, por lo tanto, el plazo inicialmente pactado[630].

Dado que la ley no previó un procedimiento específico para debatir los desacuerdos por las reliquidaciones, los consumidores acudieron masivamente a la acción de tutela[631]. Ello generó la construcción de una profusa línea jurisprudencial que presenta como aspecto común el desacuerdo de los deudores con el cambio realizado por los bancos de las condiciones de los créditos de vivienda, que habiendo sido inicialmente pactados en pesos o en UPAC fueron reliquidados a UVR.

---

[628] Para la Corte, las normas que establecen la obligación de reliquidar los créditos y el derecho a recibir los abonos de las cifras canceladas en exceso eran la forma en la que "el Estado, a través de la Ley, se anticipó a reconocer su eventual responsabilidad, al menos parcial, en los motivos que llevaron al colapso, y asumió voluntariamente los costos inherentes al resarcimiento de los deudores perjudicados" (C-955 de 2000). Así, "sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del Estado", los deudores pueden acudir a los jueces si estiman haber sufrido daños por los pagos efectuados por conceptos que la Corte declaró inexequibles.

[629] La Ley 546 otorgó un plazo de tres meses para la modificación de los documentos en los que consten las obligaciones para redenominar las obligaciones en UVR y reliquidar los créditos incluyendo los abonos. Transcurrido ese periodo sin que se hubiere logrado la modificación tales obligaciones "se entenderán expresadas en UVR, por ministerio de la presente ley" (artículo 38).

[630] Los casos en los que se puso de presente en los hechos el aumento del plazo se encuentran en las sentencias T-822 de 2003, T-793 de 2004, T-652 de 2005, T-611 de 2005, T-419 de 2006, T-207 de 2006, T-276 de 2008, T-865 de 2010, T-754 de 2011, T-405 de 2012, T-654 de 2012 y T-768 de 2012, T-328 de 2014.

[631] Los usuarios debían acudir a las acciones ordinarias existentes para obtener, según sea el caso, "el pago de una indemnización; la revisión de los contratos de mutuo; el reembolso de lo que se hubiese pagado de más" (T-072 de 2011). En los procesos ejecutivos podían obtener la suspensión del proceso al juez que conocía de la ejecución.

A pesar de estar conformada por numerosísimas sentencias[632] que han sido dictadas durante más de tres lustros, el sentido de las decisiones de esta línea se ha mantenido inalterada. Y aunque la orden para la adecuación de los contratos fue emitida finalizando el siglo XX aún se litigan casos relacionados con la inconformidad de los deudores con las modificaciones realizadas a sus créditos. Por ejemplo, en junio de 2015, la sentencia T-346 resolvió una acción de tutela relacionada con un contrato de crédito hipotecario celebrado en junio de 1998. El crédito, por un valor de $10.800.000, equivalentes a 834 UPAC, debía, según lo acordado inicialmente, ser pagado en 180 cuotas. En agosto de 2013, el deudor pagó la que sería la última cuota según la fecha de vencimiento indicada en el pagaré. Meses después de realizar el último pago según el acuerdo inicial, el deudor recibió una comunicación del banco en el que se le informaba que el crédito registraba una mora superior a 210 días y que, debido a la reliquidación ordenada en la Ley 546 de 1999, aún faltaban algunos años para el vencimiento final de la obligación.

Al analizar la procedencia de la tutela en este y en casos análogos en los que ha transcurrido más de una década entre la fecha en la que celebró el contrato hasta cuando se interpuso la acción de tutela, la jurisprudencia ha considerado que el paso del tiempo desde la modificación del contrato de mutuo hasta el momento de interposición de la acción no enmienda la vulneración de los derechos de los deudores. Así, la Corte ha señalado que, el silencio de los deudores y el hecho de que hubieren continuado realizando los pagos no puede ser considerado como un comportamiento negligente o como aceptación de los términos contractuales, pues lo que ocurre es una perpetuación de la afectación al deudor generada por las condiciones contractuales de sus créditos. Si el deudor continúa pagando es porque "es la alternativa menos gravosa para que el titular del mismo acceda a una

[632] La línea jurisprudencial sobre modificaciones de los créditos de vivienda está conformada por al menos las siguientes sentencias: T-346 de 2015, T-328 de 2014, T-768 de 2012, T-754 de 2011, T-1250 de 2011, T-865 de 2010, T-620 de 2010, T-805 de 2010, T-672 de 2010, T-865 de 2010, T-186 de 2007, T-899 de 2006, T-419 de 2006, T-269 de 2006, T-391 de 2006, T-419 de 2006, T-207 de 2006, T-1063 de 2006, T-1157 de 2005, T-1092 de 2005, T-1186 de 2005, T-993 de 2005, T-652 de 2005, T-626 de 2005, T-611 de 2005, T-129 de 2005, T-006 de 2005,T-212 de 2004, T-608 de 2004, T-375 de 2004, T-793 de 2004, T-822 de 2003, T-423 de 2003, T-346 de 2003, T-323 de 2003, T-141 de 2003, T-1085 de 2002.

vivienda digna" (T-276 de 2008, T-865 de 2010, T-754 de 2011 y T-654 de 2012)[633].

En las contestaciones a las acciones de tutela, las entidades financieras suelen argumentar que las modificaciones a los contratos no eran discrecionales, sino que obedecían al cumplimiento de mandatos legales[634] y a la autorización contractual dada por los mismos deudores[635]. Los bancos explicaban que los plazos eran más extensos a los inicialmente pactados porque al hacer la reliquidación de los créditos, las cuotas superaban el límite legal impuesto para los pagos mensuales[636]. Si el plazo se mantenía, se incumpliría la regla que ordena que la cuota no puede representar más del 30% de los ingresos familiares. Por esa razón, la suma adeudada debía distribuirse en cuotas que no superaran tal límite, con lo cual, el tiempo para pagar debía ser mayor al establecido en el pagaré[637].

[633] Esta posición ha sido sostenida pacíficamente desde el 2006 cuando las entidades financieras comenzaron a contestar que las acciones de tutela no cumplían el requisito de la inmediatez. Solo en la sentencia T-768 de 2012, es posible encontrar hasta este momento (diciembre de 2017) un desacuerdo incluido en salvamento de voto que consideró que si bien la jurisprudencia ha sido flexible en la aplicación del requisito de la inmediatez en los casos de variaciones unilaterales a las condiciones de un crédito de vivienda, ello no puede implicar un desconocimiento absoluto de tal requisito. El magistrado Estrada explicó así su desacuerdo con la postura mayoritaria: "[E]l lapso de tiempo que la accionante dejó transcurrir para solicitar el amparo constitucional de sus derechos, en este caso más de 10 años (…) [ello] revela que la afectación de la que es objeto no es actual ni inminente, ni tampoco lo suficientemente relevante como para requerir la pronta intervención del juez constitucional. Adicionalmente, no se evidencia que se materialice alguna situación excepcional que hubiese impedido a la accionante hacer uso oportuno del amparo constitucional que invoca o que al menos justifique su demora" (T-768 de 2012, S.V. del M.P.: Alexei Julio Estrada).

[634] En algunas acciones de tutela en las que el demandado era el Fondo Nacional de Ahorro, la entidad señalaba que en sus contratos se encontraba pactado un sistema de amortización denominado "escalera en pesos" porque para la fecha de "celebración del contrato aún no se había expedido la ley 546 de 1999 (…) y existía en el país libertad de contratación en materia de créditos para financiación de vivienda a largo plazo. Así las cosas, las condiciones del contrato al momento de su suscripción eran legalmente permitidas" (T-1092 de 2005). Con la entrada en vigencia de un nuevo marco normativo, la Superintendencia Bancaria, consideró que esa forma de amortización contenía implícitamente la capitalización de intereses. Así, en las contestaciones se explicaba que cumpliendo lo indicado por la Superintendencia, el sistema de amortización se cambió por un modelo que la entidad consideró "era el que mejor se ajusta al ingreso de la mayoría de nuestros deudores" (T-768 de 2012). El mismo argumento es usado en las sentencias: T-419 de 2006, T-391 de 2006, T-1092 de 2005, T-652 de 2005, T-626 de 2005, T-611 de 2005 y T-793 de 2004.

[635] Un ejemplo de las cláusulas que según los acreedores evidenciaba la autorización del deudor era la siguiente: "(...) el Fondo Nacional podrá variar las condiciones de amortización del crédito modificando como consecuencia de ello el valor de las cuotas mensuales a fin de adecuarlas a las nuevas condiciones, decisión que será comunicada por la entidad al deudor por cualquier medio". Esta cláusula es analizada en la sentencia T-1092 de 2005.

[636] El Decreto 145 del 2000 establece que la primera cuota del crédito no podrá representar más del 30% de los ingresos familiares.

[637] Un ejemplo de este tipo de respuestas es la siguiente: "(...) al realizar el cambio en el sistema de amortización del crédito del accionante de pesos a UVR, no lo hizo el Fondo Nacional de Ahorro de manera caprichosa sino como consecuencia de un análisis financiero exhaustivo que favoreciera los intereses del

Al resolver las solicitudes de los deudores para que se mantuvieran las condiciones iniciales, la Corte creó algunas reglas que pueden ser categorizadas así:

i) El mandado legal de ajustar los contratos no era una autorización para que las entidades financieras pudieran realizar unilateralmente modificaciones al contenido contractual, pues las modificaciones a los contratos deben ser realizadas por la concurrencia de la voluntad de las partes.

ii) Los deudores deben ser informados de manera completa, oportuna, clara, comprensible sobre las cláusulas económicas del contrato de crédito[638], sobre las condiciones de la obligación y los efectos de los reajustes y ello no se cumple simplemente entregando una factura o el extracto.

iii) Un consumidor adecuadamente informado podría conocer si la reliquidación que propone el banco respeta o no los parámetros que la ley y la jurisprudencia han establecido. Con el convencimiento necesario, el deudor podría aceptar la modificación de las condiciones, pues "siendo la persona obligada a atender la obligación puede valorar con acierto la inconveniencia o conveniencia de trasladar el crédito de un sistema a otro, frente a situaciones económicas propias y realidades familiares y sociales que sólo él conoce" (T-212 de 2005). Así, surgió una obligación a cargo de las entidades acreedoras consistente en adelantar un proceso para "conocer la voluntad expresa de los deudores" (T-391 de 2006) y un derecho de los deudores de contar con la oportunidad de discutir el mantenimiento de las condiciones y de ejercer "el derecho de contradicción" frente al banco (T-405 de 2012).

iv) Si el deudor, teniendo la oportunidad para oponerse a la reliquidación, no se opone o si no se evidencia la existencia de un perjuicio derivado de las nuevas condiciones, el juez constitucional no debe intervenir en el contrato, pues los cambios se presumen favorables

---

afiliado, pues mantener el crédito en pesos, implicaba que a partir del ajuste del sistema a la Ley 546 de 1999, el valor de las cuotas en pesos podía resultar tan alta que superaría el 30% del ingreso básico mensual del afiliado, lo cual no es permitido por la Ley" (T-899 de 2006). Ese mismo argumento es usado en las sentencias: T-654 de 2012, T-620 de 2010, T-754 de 2011, T-768 de 2012.

[638] La Circular Externa 085 de 2000 de la Superintendencia Bancaria contiene las instrucciones para que "el usuario conozca suficientemente la operación del sistema, la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito durante su vigencia y las consecuencias de su incumplimiento".

para el deudor, en tanto son el resultado de la aplicación del alivio contemplado en la Ley 546 y de eliminar factores como la capitalización de intereses y las tasas de interés atadas a la DTF.

Los casos analizados por la Corte coinciden en que las entidades demandadas omitieron señalar cómo se había hecho la reliquidación y cuáles eran las consecuencias de las variaciones, con lo cual se vulneraron los derechos de los consumidores[639]. Por ello, las sentencias ordenaron a las entidades financieras accionadas a que reestablecieran las condiciones contractuales y que realizaran los estudios para adecuar el crédito a las disposiciones legales y a la jurisprudencia constitucional. Si, de conformidad con ese estudio, es necesario aumentar el número de cuotas o incrementar el valor de estas mensualidades teniendo en cuenta los ingresos del deudor, el banco deberá informarlo al deudor y contar con su consentimiento para modificar el contrato. Si el deudor no está de acuerdo, las condiciones iniciales seguirán gobernando la relación contractual y le corresponderá al banco acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir la controversia contractual. Las razones para proteger el derecho a la vivienda impartiendo tales órdenes han sido las siguientes:

i) Las modificaciones unilaterales inconsultas son manifestaciones de abuso de la posición dominante. Las sentencias, al analizar tanto la procedencia de la tutela como el fondo de la controversia reiteran que la variación inconsulta de los términos contractuales es una práctica reprochable y que las entidades financieras abusan de su posición dominante cuando modifican o imponen nuevas condiciones, con lo cual vulneran los derechos fundamentales de los deudores (T-1091 de 2005, T-129 de 2005, T-793 de 2004, T-608 de 2004, T-1085 de 2002, T-661 de 2001).

ii) El cambio de condiciones de los créditos sin la participación del deudor vulnera

[639] Para la Corte, el derecho a la información de los deudores hace parte del contenido del derecho de habeas data, por lo cual, se trata de un derecho fundamental. El derecho a conocer las condiciones del crédito como una aplicación del derecho al habeas data es explicado en la sentencia T-672 de 2010. El contenido del habeas data financiero ha sido construido por la Corte Constitucional y en la actualidad su regulación se encuentra en la Ley estatutaria 1266 de 2008 y sus decretos reglamentarios. Sobre el fundamento y el origen del derecho a que los deudores conozcan la información sobre sus obligaciones crediticias puede consultarse a Cifuentes (1997) y Calle (2009).

el debido proceso contractual. El derecho de contradicción les permite a los deudores discutir con las entidades financieras el mantenimiento de las condiciones pactadas y formular reclamos, solicitar y presentar pruebas e interponer los recursos a que haya lugar (T-899 de 2006, T-212 de 2005, T-357 de 2004, T-822 de 2003). Para la Corte esta regla tiene sentido porque la redenominación en UVR no es la única alternativa que previó la Ley 546 de 1999, pues existen diversas opciones de amortización que pueden ser acordadas para amortizar los créditos en pesos (T-391 de 2006).

iii) La modificación de las condiciones contractuales sin el asentimiento expreso de los deudores para modificar las condiciones de los créditos desconoce el principio de buena fe, el cual incorpora la cláusula de respeto al acto propio y tal vulneración amenaza el derecho a la vivienda de los deudores. Para la Corte, teniendo en cuenta el interés superlativo que implica el acceso a una vivienda, se torna "más enfática la prohibición de ir en contra de los propios actos" (T-793 de 2004)[640]. Llevar a cabo una relación contractual con una entidad financiera imprime una particular confianza a los deudores, quienes adquieren un crédito para vivienda con la convicción "de que en principio no podrían ser modificados unilateralmente, los actos que formaron el negocio" (T-391 de 2006)[641]. La relación entre la ejecución del crédito y la tenencia tranquila de un inmueble para vivienda refuerza el deber de los bancos de actuar conforme sus propios actos.

iv) La modificación unilateral de las condiciones de los contratos de crédito hipotecario afecta el derecho a la vivienda de los deudores. Al adquirir un crédito, las personas hacen previsiones patrimoniales que delimitan "la forma de atender sus necesidades existenciales" (T-793 de 2004), por ello, el cálculo de las familias en torno al

[640] La relación entre el derecho a la vivienda y el cambio de condiciones en los contratos es explicada al indicar que al ser los contratos de crédito "llamados a desarrollar un fin constitucional como el de la vivienda digna, existe por parte de la parte adquiriente del crédito una especial confianza de que en principio no podrán ser modificados unilateralmente los actos que formaron el negocio" (T-793 de 2004).

[641] Las sentencias suelen indicar que la modificación unilateral de las condiciones vulnera la buena fe contractual: "La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos" (T-611 de 2005). Al respecto pueden consultarse las sentencias que señalan que la alteración unilateral de los términos contractuales desconoce la buena fe: T-626 de 2005, T-141 del 2004, T-793 de 2004.

costo del acceso a los bienes básicos se ve "trastocado por la abrupta liquidación del crédito y, ante todo, por el aumento del plazo para la cancelación de éste" (T-626 de 2005). Dado que los deudores esperan que los negocios se desarrollen como fueron planeados[642], el cambio de condiciones impacta desfavorablemente su posibilidad de cumplir puntualmente con el pago de su crédito hipotecario y con ello se afecta el derecho a la vivienda, el cual, como se mencionó atrás, en algunas decisiones ha sido protegido directamente y en otras, en conexidad con el derecho al debido proceso[643]. Es importante advertir que, en estas sentencias de tutela relacionadas con las consecuencias de la crisis hipotecaria, al igual que ocurrió en las de constitucionalidad, la Corte asume que los deudores son titulares del derecho a la vivienda. Así, las sentencias no estudian como lo hacen otras líneas que se analizarán más adelante, si en efecto el deudor afectado vive o no en el inmueble o si el inmueble sobre el que gira la controversia contractual es el único inmueble del accionante.

Así las cosas, la Corte les impuso a los bancos obligaciones sobre la forma en la que debe desarrollarse el proceso previo a la modificación de los contratos y una carga a los deudores para que teniendo la posibilidad de dialogar con el banco tomen la decisión sobre la forma de amortización del crédito. En últimas, las reglas desarrolladas por la Corte son una aplicación del deber de cooperación que implica que las partes sanen amigablemente los desacuerdos para permitir que el contrato continúe ejecutándose[644].

---

[642] La adquisición de un crédito conlleva para muchas familias, sacrificios económicos y la toma de decisiones sobre el futuro. Lo que implica en términos subjetivos que los deudores deben determinar sus decisiones laborales, familiares y económicas para atender la deuda contraída. Una explicación contundente al respecto es la siguiente: "el poder de la deuda se representa como si no se ejerciera por represión ni por ideología: el deudor es 'libre', pero sus actos, sus comportamientos, deben desplegarse en marcos definidos por la deuda que ha contraído" (Lazzarato, 2013, p. 37).

[643] Algunas de las sentencias que han protegido directamente al derecho a la vivienda dado su carácter de fundamental señalan lo siguiente: "Para la Sala es palmario que la variación unilateral en las condiciones del crédito de la accionante constituyen una amenaza de su derecho fundamental a la vivienda" (T-328 de 2014). En efecto la Corte ha indicado que "la omisión del procedimiento de información previa al deudor, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales, por parte de la entidad financiera, constituye una afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la vivienda digna y el principio de la buena fe de los deudores" (T-346 de 2015).

[644] El deber de cooperación entre las partes procurando el mantenimiento de las relaciones contractuales es explicado así: "no debe generar perplejidades un aparente contraste entre el equilibrio contractual y la regla *pacta sunt servanda,* pues esta última no es intangible dado que está gobernada también por el principio de buena fe, valga decir, de buena fe y equidad, que no solo obliga a las partes a cumplir lo pactado, sino también a mantener una conducta leal y seria en todo momento, y particularmente en caso de circunstancias especiales

El alto número de decisiones de la Corte aplicando uniformemente las reglas sobre las modificaciones a las condiciones contractuales de los créditos da cuenta del poco impacto de las órdenes de tutela en el comportamiento de los bancos en tanto los deudores, aún transcurrida más de una década desde las medidas legislativas sobre la modificación de los contratos, siguen pidiendo a los jueces el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales.

Para la Corte, el elevado número de veces en las que ha estudiado acciones de tutela en contra de los bancos por los mismos hechos genera un abuso en la utilización de la acción de tutela por parte de las entidades financieras que "solo está[n] actuando en favor del derecho a la vivienda digna y del debido proceso de los deudores de los créditos hipotecarios otorgados, cuando estos se ven obligados a acudir al amparo constitucional para solicitar la protección de sus derechos fundamentales" (T-328 de 2014)[645].

Una década después de la crisis, las normas de protección al consumidor financiero incluidas en la Ley 1328 de 2009 recogieron entre otras reglas que habían sido creadas jurisprudencialmente, la obligación de que cualquier modificación a las condiciones del contrato que fueren factibles o procedentes deba ser notificada previamente a los consumidores financieros. Si las entidades financieras incumplen con la obligación de notificación, los consumidores podrán finalizar el contrato sin penalidad alguna, sin perjuicio de las obligaciones contractuales que deban cumplir (artículo 10). La Superintendencia Financiera en ejercicio de las funciones jurisdiccionales para la protección al consumidor ha comenzado a analizar la responsabilidad contractual de los bancos por el daño ocasionado a los deudores con ocasión de la modificación unilateral de los créditos de

---

de desequilibrio, la equidad de la cooperación las llama a revisar el contrato y a sanar amigablemente entre ellas cualquier anomalía, antes que abrir el camino a las sanciones que el derecho prevé para estos casos (Chamie, 2008, p. 117).

[645] La Corte Constitucional desde el año dos mil dos (2002) ha estudiado un número elevado de acciones de tutela interpuestas por deudores de créditos hipotecarios del Fondo Nacional del Ahorro, en contra de dicha entidad al considerar vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión de la variación unilateral y sin el respectivo consentimiento de las condiciones iniciales del crédito suscrito, fundamentando su actuación en la Ley 546 de 1999. al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias: T-822 de 2003, T-793 de 2004, T-652 de 2005, T-611 de 2005, T-419 de 2006, T-207 de 2006, T-276 de 2008, T-865 de 2010, T-754 de 2011, T-405 de 2012, T-654 de 2012 y T-768 de 2012.

vivienda realizados. Aunque todavía son muy escasas las decisiones, las sentencias de la Superintendencia han condenado a las entidades responsables a pagar las sumas correspondientes al mayor valor pagado por concepto de los créditos hipotecarios[646].

3.2. El derecho a la vivienda como protección a las expectativas económicas de los consumidores

Las expectativas económicas de los consumidores se han protegido en la jurisprudencia constitucional mediante (i) la extensión a las relaciones contractuales del principio de no retroceso en materia de derechos sociales y (ii) la aplicación de la doctrina de los actos propios.

i) No solo las medidas normativas están sometidas al principio de no retroceso en materia de protección a la vivienda. La Corte Constitucional ha construido una interesante relación entre el principio de no regresividad con la confianza legítima y la buena fe en las relaciones contractuales. Así, en la sentencia T-1318 de 2005, al analizar si el cambio de condiciones en un contrato de promesa de compraventa de una vivienda de interés social vulneraba el derecho a la vivienda, la Corte consideró que los derechos derivados del contrato de promesa guardaban relación con el mandato de no regresividad.

En el caso, una unión temporal, conformada por un municipio y una constructora, le exigió a una promitente compradora firmar un otrosí al contrato inicial de promesa de compraventa de una vivienda de interés social. En el otrosí se modificaba la cláusula de precio inicialmente pactada al incrementar el valor del inmueble y simultáneamente, disminuir el valor del subsidio que recibiría la promitente compradora por parte del

[646] Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera se encuentran en el Estatuto del Consumidor (artículo 56 de la Ley 1480 de 2011) y en el Código General del Proceso (artículo 56 de la Ley 1564 de 2012). Las sentencias emitidas en materia de crédito hipotecario son escasas hasta el momento en que se realizó la búsqueda en diciembre de 2017. Pueden ser consultadas en: https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10085300

municipio de Palmira. Con esta modificación, la futura compradora tendría que pagar un mayor valor del inicialmente pactado por su vivienda[647].

La promitente compradora consideraba que la modificación unilateral de las condiciones contractuales inicialmente pactadas vulneraba "sus derechos adquiridos en virtud de la promesa de compraventa" y los derechos a la vivienda y a la igualdad. En la contestación a la acción de tutela, la unión temporal accionada indicó que la promitente compradora "tiene la opción de desistir del contrato por su imposibilidad de cumplir con las nuevas condiciones económicas" por lo que se trataría de un asunto sin relevancia constitucional. En la misma dirección, los jueces de instancia consideraron improcedente la tutela por considerar que el asunto debía ser resuelto por la justicia ordinaria, pues "la supuesta vulneración de éstos había tenido lugar en el marco de una relación contractual cuyo estudio y valoración escapa a la justicia constitucional".

Al resolver la controversia, la Corte Constitucional consideró que, en ciertos casos, la prohibición de medidas regresivas puede estar en estrecha conexión con los principios de confianza legítima y buena fe contractual, pues éstos presentan como elemento común el respeto de un marco jurídico o fáctico previamente creado. Para la Corte:

> "[E]n el caso concreto los supuestos derechos adquiridos que alega la peticionaria guardan relación con el mandato de progresividad y la cláusula de no regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales, por lo tanto, se tornan en un problema constitucionalmente relevante" (T-1318 de 2005).

Siguiendo lo indicado en la sentencia, resulta reprochable el cambio intempestivo de las condiciones contractuales previamente definidas por la parte vendedora, puesto que

[647] En el contrato de promesa de compraventa celebrado en mayo del 2004 se estipuló que el precio del inmueble prometido sería el equivalente a 47 salarios mínimos mensuales vigentes, de los cuales el Municipio de Palmira subsidiaría 13 salarios mínimos mensuales. Meses después, la promitente compradora recibió la propuesta para firmar un otrosí en el que se modificaba el valor del inmueble incrementándolo a 50 salarios mínimos y reduciendo el subsidio a 3 salarios mínimos mensuales.

esa modificación configuraría "una medida de claro carácter regresivo"[648]. En este caso, la Corte Constitucional amparó el derecho a la vivienda al considerar que la forma en la que se desarrollan las relaciones contractuales permite o frustra el acceso a una vivienda digna. En efecto, imponerle a la compradora "la carga de asumir este monto adicional no significa simplemente alterar las condiciones iniciales de un negocio jurídico, sino frustrar sus posibilidades de acceso a la vivienda digna, lo que resulta a todas luces desproporcionado (…)" (T-1318 de 2005). De esa forma, los principios de no regresividad y seguridad jurídica se extendieron a relaciones contractuales en las que se juega la eficacia de los derechos sociales.

Así, la denominada cláusula de no retroceso en materia de derechos sociales, la cual supone que una vez logrados avances en la concreción de los derechos no pueden adoptarse medidas que disminuyan el nivel de protección, es aplicable cuando se toman determinaciones generales que afectan la protección del derecho a la vivienda o cuando las condiciones de un contrato de adquisición de una vivienda de interés social se modifican de tal manera que se frustra la posibilidad de acceder a una vivienda[649].

ii) La modificación a los contratos de crédito hipotecario también provocó la construcción de una línea jurisprudencial en la que se estudiaron los reclamos de algunos deudores que recibieron comunicaciones en las que las entidades financieras les informaban que, luego de la aplicación de los alivios y de eliminar los factores prohibidos por la nueva regulación en materia de financiación de vivienda, el monto de la obligación había disminuido, que el saldo era de cero o incluso, que además de que la obligación se encontraba cancelada, se habían generado unos saldos a favor de los deudores. Transcurrido algún tiempo desde tales noticias, los deudores comenzaron a recibir comunicaciones del banco o

[648] La decisión la Corte concede "amparo constitucional a la vivienda digna" y ordena a la parte vendedora "respetar las condiciones pactadas en el contrato de promesa de compraventa suscrito con la Sra. Janeth del Carmen Segovia el veintiuno (21) de mayo de 2004, para la adquisición unidad de vivienda mínima de interés social correspondiente a la Etapa II de la Urbanización El Sembrador" (Corte Constitucional, T-1318 de 2005).
[649] En el mismo sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que el mandato de progresividad no vincula exclusivamente al poder legislativo, sino también a todos los poderes y autoridades con competencia en el diseño de políticas públicas, específicamente a las autoridades municipales, así lo sostuvo, por ejemplo, en la sentencia T-772 de 2003.

notificaciones de mandamientos de pago en las que les informaban que se encontraban en mora.

La línea jurisprudencial sobre estos casos está conformada por más de una veintena de sentencias[650] que de manera estable ha girado sobre el principio de respeto al acto propio en relación con la expedición de paz y salvos, comunicaciones o extractos bancarios realizados por las entidades financieras. En estas sentencias, el respeto al acto propio se analiza como elemento esencial del derecho al debido proceso contractual y al derecho a la vivienda de los deudores.

Una de las sentencias más importantes en la determinación de reglas que imponen obligaciones a las entidades financieras con base en el derecho a la vivienda es la T-083 de 2003[651]. En esta decisión, la Corte reclamó la necesidad de hacer eficaz el derecho a la vivienda mediante cláusulas que superaran su "carácter de pretensión programática" y encontró en la doctrina de los actos propios la forma para lograrlo. La Corte enfatizó el que sería el fundamento utilizado por las sentencias que le siguieron: el desequilibrio "entre las prerrogativas de las entidades financieras y los derechos de los usuarios del crédito de vivienda, hecho que fundamenta la concreción de medidas tendientes a restablecer las condiciones de cada una de las partes en un plano de igualdad material" (T-083 de 2003). Con este supuesto se ha desarrollado la línea jurisprudencial al respecto.

[650] Las sentencias que conforman este precedente son al menos las siguientes: T-672 de 2010, T-129 de 2005, T-006 de 2005 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), T-733 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-727 de 2003, T-608 de 2004, T-079 de 2004, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-083 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1085 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería), T-141, T-323 y T-346 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-544 y T-546 de 2003 (MP Manuel José Cepeda), T-550 y T-705 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-959 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1085 de 2002.

[651] En esta sentencia la Corte analizó si la actuación de un Banco que exigía el pago "de la diferencia derivada de la reversión de la reliquidación del crédito hipotecario para adquisición de vivienda suscrito por el actor", vulneraba los derechos al debido proceso, la vivienda digna y el buen nombre del deudor. El banco emitió un paz y salvo en el que constaba que "la obligación se encuentra cancelada en su totalidad". Unos meses después el banco le notificó al deudor "que tenía una deuda pendiente por cuanto Granahorrar había cometido un error en la reliquidación del crédito y en virtud del cual se le había deducido un alivio por un monto superior al legalmente autorizado. Por tanto, se le advirtió que estaba en mora por una suma superior a los nueve millones de pesos, que debía suscribir un pagaré por ese monto y que por lo mismo no había lugar a la cancelación de la hipoteca".

Las contestaciones de los bancos a las acciones de tutela interpuestas por los deudores incluían básicamente los mismos argumentos. Indicaban que los saldos inicialmente notificados a los deudores eran erróneos debido a la complejidad de las operaciones que debían hacerse para ajustar las condiciones económicas a los requerimientos legales, pues se debían redenominar los créditos, eliminar factores prohibidos y aplicar los alivios según la metodología diseñada por la Superintendencia Bancaria. Así, señalaban que los errores cometidos en las reliquidaciones no pueden crear derechos en favor de los deudores en especial cuando se trata de los alivios que tienen como fuente dineros públicos[652].

En las sentencias, la Corte consideró que cuando las entidades financieras reversaron las reliquidaciones fueron en contra de sus propios actos y ello implicaba la violación al debido proceso y al derecho a la vivienda. Bernal (2013) explica que la doctrina de los actos propios "se incorporó a los sistemas jurídicos a través de la doctrina y la jurisprudencia y ha tenido un desarrollo importante en el derecho contemporáneo, particularmente por el recurso a los *principios* como mecanismo para combatir los excesos del positivismo jurídico" (p. 266). Esta línea jurisprudencial es un ejemplo de tal afirmación, pues las sentencias encuentran que se dan los requisitos para la aplicación del principio de buena fe en la forma del respeto al acto propio[653]:

a) Las entidades profirieron un acto propio que definió una situación concreta, puesto que declararon el saldo faltante para pagar la deuda o la consideraron cancelada y en algunos casos, incluso llevaron a cabo los trámites para cancelar la hipoteca.

[652] Los bancos reiteradamente insistían en que las reversiones a las liquidaciones salvaguardan los recursos públicos pues los alivios tienen tal naturaleza. Así, indican que la actuación de los bancos se debe a una "necesidad objetiva" de adecuar el proceso de reliquidación para proteger los dineros públicos frente a los cuales las entidades financieras actúan como intermediarias del Gobierno Nacional.

[653] Las decisiones que conforman esta línea jurisprudencial suelen citar la sentencia T-295 de 1999, para explicar las condiciones que deben confluir para dar aplicación del principio del respeto al acto propio: "a) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas" (T-295 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

b) Las comunicaciones proferidas por los bancos tienen la capacidad para generar confianza en los deudores sobre el estado del crédito. Así, los extractos, los paz y salvos, los documentos para levantar los gravámenes son actos relevantes y eficaces para que los deudores razonablemente confiaran en la configuración de una posición jurídica en relación con el crédito para vivienda. El emisor de la información, la forma y el contenido de las comunicaciones en las que la entidad financiera expone al deudor su posición jurídica respecto de las obligaciones relacionadas con el crédito hipotecario para vivienda, generaron en el consumidor la convicción sobre la existencia de un derecho subjetivo.

c) Las decisiones fueron revocadas unilateralmente con reliquidaciones que revivían las obligaciones, las cuales fueron comunicadas a los deudores por los bancos o mediante notificaciones de la ejecución judicial. Así, se cumple otro de los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues se generaron comportamientos contradictorios respecto de las conductas iniciales entre las mismas partes y sobre la misma situación jurídica. Al evidenciar este elemento la doctrina suele explicar que el comportamiento contradictorio se analiza objetivamente, por lo que no tendrían relevancia las explicaciones de las entidades financieras sobre las razones por las cuales se habían cometido equivocaciones en las reliquidaciones[654].

Adicionalmente, la Corte suele indicar que las consecuencias de los errores en las reliquidaciones no deben ser soportados por los deudores a quienes se les trasladarían las consecuencias adversas de la equivocación de las entidades financieras, agravado por la

[654] Sobre este requisito la doctrina señala: "En la doctrina de los actos propios, la conducta contradictoria se analiza de manera objetiva, independientemente de las razones que hayan dado origen a obrar de esa manera. Así las cosas, no resulta necesario analizar los motivos de tal actuación ni si se actuó de mala fe o con intención de causar un perjuicio a otro. Tampoco se considera si el comportamiento fue culposo, esto es, si la persona obró de manera negligente o descuidada, o si no consideró que su comportamiento podía resultar vinculante. Solo se debe observar si existió una contradicción o no en el comportamiento" (Bernal, 2013, p. 231).

posición dominante que ostentan[655], con lo cual se desconocería los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso y con ello se afectaría el derecho a la vivienda[656].

Para la Corte resulta reprochable que, desde una posición cómoda, las entidades al percatarse de su propia equivocación aún a pesar de tener la información exacta de los créditos y los medios técnicos para verificarla[657] impusieran su posición preeminente frente al consumidor:

> "Granahorrar sencillamente, al percatarse de su yerro impuso su posición dominante frente al usuario, obligándolo a acogerse a la voluntad unilateral de éste, no teniendo el deudor alternativa distinta que la de aceptar so pena de verse avocado a los juicios judiciales pertinentes, con la posibilidad de perder su vivienda pues, precisamente la entidad financiera por ostentar una posición más fuerte y tener a su alcance la posibilidad de un mecanismo de defensa apto como es un proceso ejecutivo hipotecario, impone su voluntad sin tener el más mínimo reparo en la situación particular y concreta del usuario" (Corte Constitucional, T-141 de 2003).

Cambiar la posición abruptamente y proceder con el cobro judicial o extrajudicial por incumplimiento es una conducta reprochable en una sociedad civilizada en la que una de las partes no puede arrogarse la facultad de administrar justicia[658] creando

---

[655] La Corte señaló que "es claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero. En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes" (T-1085 de 2002).

[656] Así, ha indicado que aceptar "(…) que el 'error' en la aplicación de la metodología fijada (…) debe ser soportado por el usuario, iría en contra de los principios, valores y derechos que rigen la Constitución Política, entre los últimos, el derecho a tener una vivienda digna" (T-083 de 2003).

[657] Para la Corte "el banco posee los medios técnicos, la información exacta de cada crédito y puede realizar las verificaciones previas que estime convenientes, con el fin de que la información que suministre sea veraz. En caso de que haya incurrido en error, puede acudir a la jurisdicción ordinaria en procura de los derechos que crea tener, pero no puede trasladar esta carga, haciendo uso de su posición dominante, al usuario de buena fe" (T-1085 de 2002).

[658] Para la Corte, de lo que se trata con las actuaciones, lo bancos están administrando justicia lo cual resulta "inaceptable por cuanto es claro que de esta manera la entidad financiera desconoció en forma diáfana el ordenamiento jurídico. Ello es así, por cuanto el mundo civilizado, desde antaño, tiene proscrita la autotutela de lo que se considera ser su derecho por una de las partes (…) sin que sea admisible que primero se produzca

arbitrariamente derechos a su favor sin acudir ante un juez (T-323 de 2003). Se trataría del ejercicio de la justicia con mano propia, pues los establecimientos de crédito coaccionan a los deudores mediante cobros prejurídicos y ejecutivos con base en títulos en los que ellos mismos fijan de manera unilateral la fecha desde la cual la obligación se hace exigible, el monto de la obligación y de los intereses[659].

Así las cosas, las sentencias luego de explicar la aplicación del respeto a los actos propios y de la importancia constitucional de conocer tales asuntos mediante la acción de tutela por encontrase involucrados el derecho al debido proceso contractual y el derecho a la vivienda, ordenan al banco terminar el cobro, iniciar los trámites necesarios para extinguir la obligación hipotecaria, levantar el gravamen hipotecario que pesa sobre los inmuebles, y eliminar los reportes negativos que se hubieren hecho[660].

En aquellos casos en los que ya se habían adelantado procesos ejecutivos, la Corte se refiere duramente a los jueces ordinarios, quienes usualmente seguían adelante con la ejecución a pesar de las explicaciones de los deudores. Así, en una de las sentencias que reprocha la decisión del juez, la Corte indicó que este, además de vulnerar del debido proceso[661]: "vulneró el derecho a la vivienda digna de los accionantes, puesto que debió

---

la autotutela de lo que se considera ser su derecho por una de las partes y perpetrado así el atropello a la otra parte, se le responda que si lo quiere acuda entonces el agraviado a iniciar un proceso, que ha debido ser promovido por la otra parte" (T-323 de 2003).

[659] La Corte explica por qué considera estas prácticas cuestionables: "En una sociedad civilizada nadie cuenta con la atribución de administrar justicia por propia mano; esto es, de generar a su arbitrio obligaciones a cargo de quien fue deudor en razón de un vínculo jurídico ya extinto; de determinar la fecha en la cual tal obligación se hizo exigible y a partir de la cual se deben reconocer intereses moratorios; de promover cobros prejurídicos; de coaccionar para la constitución de títulos ejecutivos para garantizar la obligación así constituida y de negarse a la cancelación de una garantía hipotecaria constituida en razón de una obligación diferente, anterior y ya extinta" (T-083 de 2003).

[660] Las sentencias en general revocan las decisiones de tutela de primera y segunda instancia y también las providencias proferidas en los procesos ejecutivos y por ello, la Corte suele reprochar las decisiones de los jueces civiles y a los que conocen de las tutelas contra las sentencias de estos o contra los bancos. Así, por ejemplo, señalan que: "Los jueces de instancia desconocen abiertamente la doctrina de esta Corte en un acto contrario al deber que tiene el juez en el Estado social de derecho, pero fundamentalmente su comportamiento constituye un acto de denegación de justicia al no proteger los derechos y garantías de las personas en situación de desequilibrio frente a un poder preeminente como el que tienen las entidades financieras" (T-661 de 2001).

[661] La vulneración del derecho a la vivienda en los procesos ejecutivos se acentúa por la complejidad técnica de las liquidaciones, la cual resultó beneficiando a las entidades financieras ejecutantes por "el hecho de ser exclusivamente ellas las que conocían con detalle los supuestos y métodos aplicados en las liquidaciones originales y ser a quienes correspondía prioritariamente elaborar la reliquidación, su capacidad financiera para sostener un equipo amplio de profesionales especializados en su defensa judicial". Ello, implicó que los jueces

detenerse más tiempo en el debate probatorio y valorar con mayor cuidado los extractos bancarios aportados, por lo que de tal análisis dependería ese derecho fundamental, ya que con el inmueble se garantizaría la obligación en caso de incumplimiento del contrato de mutuo" (T-672 de 2010).

En general, las decisiones han sido adoptadas de manera unánime por los magistrados de las salas, excepto por un interesante caso cuyos hechos difieren de los demás en relación con la forma en la que se presentaba el extracto bancario, pues este incluía información contradictoria al indicar que el saldo por pagar era cero, pero al mismo tiempo señalaba que quedaban más de un centenar de cuotas pendientes. Se trata de la sentencia T-672 de 2010, la cual examina lo ocurrido con una pareja que en 1996 celebró un contrato de crédito hipotecario por $65.000.000. En octubre de 2001 comenzaron a recibir extractos bancarios que indicaban que el saldo de la obligación era de cero pero que quedaban pendientes el pago de 119 cuotas. La información se repitió en siete extractos más y, aunque los accionantes se acercaron al banco para solicitar una aclaración, se les comunicó que no debían efectuar ningún pago, luego de lo cual, no volvieron a recibir más extractos. El pagaré que instrumentaba la deuda fue endosado por el banco a otra entidad que en el 2006 logró que se profiriera un mandamiento de pago contra los deudores, proceso en el que se remató la vivienda y se adjudicó a una sociedad que había adquirido los derechos litigiosos. Durante el proceso ejecutivo los deudores aportaron los siete extractos, pero los jueces de primera y segunda instancia consideraron que estos no probaban el pago de la obligación, así que los deudores interpusieron acción de tutela en contra de las actuaciones de los jueces que habían conocido los procesos ejecutivos y de los tenedores del pagaré.

La Corte Constitucional consideró que los deudores se encontraban frente a una imposibilidad fáctica de pagar las cuotas, pues no aparecía el valor de estas. Tal imposibilidad hacía que la mora reclamada sea inimputable y que las actuaciones para el cobro de la obligación vulneren el derecho a la vivienda y el debido proceso. Ahora bien, la Corte aclaró que a diferencia de los demás casos en los que ha aplicado la doctrina de los

civiles "tendieran sistemáticamente a aceptar la reliquidación presentada por los peritos de éstas" (Barreto, 2012, p. 146).

actos propios, en este no puede ordenar al ejecutante que termine el cobro de la deuda en tanto de la información de los extractos no podía deducirse que la obligación crediticia se encontraba cancelada porque precisamente los extractos indicaban que quedaban pendientes un importante número de cuotas por pagar.

Así, la orden consistió en exigirles al acreedor y a los deudores suscribir un nuevo pagaré. Dado que, para la Corte, no había existido un incumplimiento o demora imputable a los deudores, estos debían pagar el valor insoluto del capital adeudado sin actualizar y sin incluir intereses corrientes ni de mora. La sentencia dejó en las partes la libertad para que establecieran el plazo de exigibilidad y los intereses aplicables a la nueva obligación. Adicionalmente, dado que la Corte consideró que el título valor en el que se basó la demanda ejecutiva carecía de exigibilidad ordenó la anulación del proceso ejecutivo en el cual ya se había adjudicado el inmueble a la sociedad que había comprado el litigio. Posteriormente, en un auto de aclaración a las órdenes de la sentencia, la Corte precisó que la decisión guardaba proporcionalidad entre los derechos que se encontraban en litigio: el derecho a la vivienda de los deudores y "los derechos adquiridos" en cabeza de la sociedad a la que se le había adjudicado el inmueble, pues la sentencia no desconocía la existencia de la obligación, con lo cual, pretendía un evitar un enriquecimiento sin causa en perjuicio del acreedor.

Además de la orden de novar la obligación crediticia, resulta interesante en esta sentencia el salvamento de voto del magistrado Vargas Silva, quien consideró que en el caso concreto no era aplicable el principio de respeto al acto propio y que la Corte excedió su intervención al ordenar a las partes novar la obligación. Para el magistrado dado que no solo los extractos indicaban el número de cuotas faltantes, sino que expresamente manifestaban que hacían falta varias cuotas por pagar, no era razonable concluir que los deudores tenían la certeza de haber cumplido la obligación.

Así las cosas, esta línea jurisprudencial, lo mismo que la provocada por los reproches de los deudores a los bancos debido a los ajustes unilaterales a sus contratos, han acudido a principios aplicados en el derecho de los contratos como el de cooperación y la doctrina de

los actos propios para proteger al derecho a la vivienda mediante la imposición de obligaciones a las entidades financieras en relación con la ejecución de los contratos de crédito hipotecario.

3.3. El uso estratégico del derecho del consumo

Esta sección analizará la línea jurisprudencial que se ha desarrollado en casos en los cuales, los accionantes son deudores hipotecarios que recibieron una respuesta negativa de parte de las aseguradoras en relación con el pago de la póliza de vida grupo deudores que cubría la enfermedad grave o invalidez desde la fecha de desembolso del crédito y hasta su cancelación. Estos casos tienen altas probabilidades de ser constitucionalizados, puesto que la indefensión de los consumidores se acentúa debido a la ocurrencia de una pérdida de capacidad laboral que les impide sufragar los gastos de la cuota del crédito hipotecario.

La admisión de la tutela se puede dar por descontada si la Corte encuentra que los deudores son de escasos recursos, no reciben otros ingresos o estos son muy bajos y si su patrimonio está representado por la vivienda de la que podrían ser desalojados. Ante estas circunstancias, la tutela será el mecanismo idóneo para evaluar aquellos asuntos que no podrían ser debatidos en los procesos ejecutivos: la ambigüedad de las cláusulas de los contratos de crédito y de seguro, la ocurrencia del siniestro, la interpretación de las normas en materia de seguros y de las pólizas, el carácter o no abusivo de las actuaciones de las entidades financieras.

Esta línea en materia de pago de pólizas de seguros de vida ligados a créditos de vivienda es más joven que las líneas analizadas en secciones anteriores sobre problemas intrínsecos a créditos de vivienda. Ello explica por qué estas sentencias sobre los problemas en la ejecución de los seguros acuden al uso de instituciones propias del derecho del consumo cuyo desarrollo, al menos legislativo, es reciente. Así, para resolver los problemas constitucionales que envuelve el pago del crédito, la Corte Constitucional utiliza mecanismos concretos de protección del derecho del consumo como la ineficacia de cláusulas abusivas, la prohibición de prácticas abusivas, la debida diligencia de las entidades

financieras, el derecho a la información completa y oportuna y la interpretación pro-consumidor.

Las acciones de tutela, en la mayoría de los casos, se interpusieron de manera paralela al avance del proceso ejecutivo en contra del deudor hipotecario y ello, como se mencionó atrás, ratifica para la Corte el estado de indefensión de los consumidores en tanto sus explicaciones sobre el pago de la póliza no encuentran cabida en los medios de defensa en un proceso ejecutivo. La afectación del derecho a la vivienda por el no reconocimiento del pago de la aseguradora al banco ante la situación de pérdida de capacidad laboral es explicada así en una de las sentencias:

> "Si bien es cierto que con otro tipo de créditos igual existe el riesgo de perder la vivienda como y tal afectarse el mínimo vital, no es menos cierto que las garantías reales (especialmente la hipoteca que garantiza derechos reales sobre inmuebles), tienen la virtualidad de dejar en una situación penosa al dueño de la vivienda que, como en este caso, es una persona en situación de invalidez y sin condiciones económicas para pagar las cuotas del crédito bancario" (T-398 de 2014).

Las sentencias parten de asumir que las entidades financieras tienen privilegios frente a los deudores, pues además de la suscripción del título valor que se desprende del mutuo para acceder a una necesidad básica[662], a los deudores les es exigido la suscripción de seguros, el pago del valor de la prima, con lo cual asumen el costo de la distribución de los riesgos inherentes al contrato de crédito. Así, las cargas impuestas por la Corte a las aseguradoras tienen como finalidad proteger los derechos fundamentales de los

[662] Con estas afirmaciones la Corte constitucional menciona la importancia de que en materia contractual se tengan en cuenta no solo los derechos otorgados a los sujetos como consumidores sino también los derechos fundamentales: "A partir de una perspectiva constitucional, debe precisarse que así como ocurre con los derechos de los consumidores y aquellos que son propios del ámbito comercial, también los derechos fundamentales deben atenderse y respetarse al momento de suscribir un contrato de seguro, puesto que en muchos eventos, los tomadores se ven en la necesidad de adquirir créditos para la satisfacción de necesidades básicas como educación o vivienda digna" (T-240 de 2016).

consumidores, quienes, deben celebrar un negocio jurídico adicional al contrato principal con el banco[663].

La Corte ha encontrado que el restablecimiento del equilibrio puede lograrse con la aplicación de reglas hermenéuticas tuitivas[664]. Así, las sentencias llevan a cabo ejercicios hermenéuticos para el uso de interpretaciones favorables[665] al derecho a la vivienda de los consumidores[666]. Al descifrar el significado y alcance de la ley comercial, las decisiones han señalado que la defensa del derecho a la vivienda en las relaciones contractuales "requiere hacer flexible el análisis de las normas comerciales a través de una perspectiva constitucional" (T-240 de 2016).

Las disputas judiciales han girado en torno a tres asuntos que son utilizados como objeciones de las aseguradoras frente a las solicitudes de los deudores para el pago de la obligación crediticia. Así, la Corte se ha referido a asuntos en los cuales, las aseguradoras objetan las solicitudes realizadas por los deudores por (i) reticencia; (ii) mora en el pago de la prima; (iii) falta de cobertura del riesgo y (iv) prescripción de las acciones derivadas del seguro.

---

[663] Para la Corte, en los contratos de seguro "la indefensión del tomador, quien se obliga a aceptar en su totalidad las cláusulas del contrato de seguro para garantizar el crédito adquirido con una entidad financiera. En tanto este tipo de relaciones puede devenir en la grave afectación de los derechos fundamentales de los tomadores, la Corte Constitucional ha definido una línea jurisprudencial sólida frente a las prácticas abusivas adelantadas por las aseguradoras en detrimento de las garantías constitucionales de los usuarios" (T-282 de 2016).

[664] Una de las disposiciones más usadas por la Corte es el artículo 1624 del Código Civil, el cual prescribe que "las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

[665] El principio fundamental del in dubio pro consumidor "beneficia a los usuarios cuando ellos se enfrentan a situaciones dudosas o cláusulas contractuales de interpretación confusa. En todos los casos se sigue una misma regla, que consiste en que la duda, la confusión y la disparidad interpretativa deben ser resueltas a favor de la solución más beneficiosa para el usuario o consumidor" (Shina, 2017, p. 168).

[666] Con la aplicación de estas reglas la Corte busca darle eficacia a las cláusulas que se refieren a cobertura en el contrato de seguro. Al respecto se ha explicado desde la teoría general de los contratos, que en ocasiones a pesar del desequilibrio de las prestaciones las partes requieren la celebración de los contratos: "En los casos de desequilibrio inicial o congénito a causa del aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro que afecta al sujeto, interesa más a las partes corregir la desproporción que rescindir el contrato (…). De esta manera, acorde con el principio de salvación del contrato, resulta evidente la necesidad de sanar la anomalía y tener preferencia por su conservación antes que por su ineficacia, para permitirle así alcanzar el fin práctico al que aspira en cada caso en concreto" (Chamie, 2008, págs. 115 y 117).

i) Las sentencias T-252 de 2017, T-282 de 2016, T-240 de 2016, T-408 de 2015, T-007 de 2015, T-830 de 2014, T-398 de 2014, T-222 de 2014, T-136 de 2013, T-751 de 2012, T-152 de 2012, T-1018 de 2010, T-832 de 2010 analizan casos en los que las compañías de seguros objetan las reclamaciones realizadas por los deudores indicando que la enfermedad que se alega como sinestro por pérdida de capacidad laboral se estructuró con anterioridad a la vigencia de la póliza, con lo cual, los deudores habrían incurrido en reticencia o inexactitud en la declaración del estado de riesgo, lo que conllevaría la nulidad relativa del contrato de seguro o el pago de solo una parte de la póliza. Los alcances por la defectuosa información del riesgo por parte del tomador y de la seguradora se encuentran en el artículo 1081 del Código de Comercio[667], disposición interpretada en las decisiones indicadas, de las cuales pueden ser extraerse las siguientes reglas:

a) Las aseguradoras tienen la obligación de redactar de manera precisa todas las exclusiones posibles en cada póliza contratada. Las cláusulas genéricas y ambiguas que se limitan a excluir cualquier preexistencia van en contra de la buena fe. Las exclusiones deben ser taxativas, pues las exclusiones genéricas son abusivas[668] y, en tanto están vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales, resultan inconstitucionales[669].

[667] La declaración que realiza el deudor permite la determinación del riesgo que asume la aseguradora, la identificación del siniestro y el valor de la prima. Por ello, las sentencias de esta línea giran en torno a la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio, el cual señala: "El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro. Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo. Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160. Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente".

[668] En materia aseguraticia, son abusivas las cláusulas o las conductas que provocan "una dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo del asegurador, desnaturalizando así la finalidad reconocida universalmente al contrato de seguro" (Giraldo, 2014, p. 271).

[669] La relación entre la obligación de declarar el estado de riesgo y la redacción amplia de las exclusiones es explicada así por la Corte: "La carga de declarar sinceramente la información relevante para la determinación del estado de riesgo (en este caso, el estado de salud) no puede traducirse en una imposibilidad absoluta de hacer efectiva la póliza, como consecuencia de un establecimiento ambiguo de la cobertura, mediante

b) Las aseguradoras deben establecer la situación de salud del deudor mediante exámenes realizados con anterioridad a la suscripción del contrato[670].

c) Para objetar la reclamación, la aseguradora debe probar la mala fe del deudor[671] y la relación de causalidad entre la enfermedad preexistente y la condición médica que dio origen al siniestro[672]. Así, la sola afirmación sobre una preexistencia no determina que se presente reticencia, pues debe probarse (i) la intención de engañar para que la prima no sea más onerosa o para obtener la celebración del contrato y (ii) que la condición de salud que precedió a la vigencia de la póliza es la causa de la incapacidad que determina la existencia del siniestro.

d) Los bancos y aseguradoras deberán analizar razonablemente las pruebas aportadas por los consumidores[673] y contestar fundadamente sus solicitudes[674]. Dado que las entidades financieras tienen prerrogativas para hacer efectiva la garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos, deberán ejercer sus facultades en el marco del principio de responsabilidad y del deber de solidaridad. Por ello, antes de iniciar un proceso ejecutivo, los bancos deben estudiar las pruebas aportadas por los deudores y con ellas determinar si resulta razonable adelantar la ejecución, pues de lo

---

cláusulas simplemente genéricas o mediante una alusión descontextualizada de las condiciones generales del contrato, carente de la precisión que se obtiene mediante las condiciones específicas del mismo" (T-751 de 2012).

[670] La determinación de la situación de salud del tomador previa a la suscripción de la póliza se explica por es de "la naturaleza del contrato de seguro la posibilidad de un cálculo probabilístico del riesgo como medio para estimar la adecuada contraprestación del asegurador (de esa forma se concreta el carácter oneroso, bilateral y aleatorio del contrato)" (T-152 de 2012).

[671] Una de las sentencias que con mayor fuerza explica esta regla es la T-222 de 2014, en la cual, la Corte amparó los derechos fundamentales de tres accionantes al considerar que es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o hacerlo más oneroso".

[672] La aseguradora también debe probar el nexo de causalidad entre la preexistencia y la condición médica que dio origen al siniestro (T-152 de 2012).

[673] La Corte se ha referido a la libertad probatoria con la que cuentan los consumidores para demostrar la ocurrencia del siniestro, lo cual aplica tanto judicial como extrajudicialmente: "La libertad probatoria del siniestro no sólo tiene asidero en la jurisprudencia, sino que también se justifica desde la Ley y la Constitución. Los artículos que regulan la actividad probatoria en el contrato de seguro (1077 y 1080 del Código de Comercio) no estipulan mecanismos específicos para demostrar la realización del riesgo, como una garantía para quien tiene interés en probar la ocurrencia del mismo" (T-738 de 2011).

[674] Al respecto puede leerse: "las razones por las cuales las entidades aseguradoras deciden no pagar las pólizas de seguro, deben contar con suficiente fundamento jurídico especialmente en aquellos eventos en que el pago de la póliza incida en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales" (T-398 de 2014).

contrario, estarían violando el derecho a la vivienda[675]. De la misma manera, las aseguradoras al estudiar las solicitudes para el reconocimiento del siniestro deben atender las reglas jurisprudenciales, y por ello, les está prohibido actuar de manera deliberada, arbitraria y abusiva frente a las condiciones de indefensión en las que se encuentran los consumidores que alegan la existencia de la pérdida de capacidad laboral.

Si bien el deudor tiene el deber de informar acerca de su situación de salud, le corresponde a la aseguradora dejar constancia de las preexistencias o de la exclusión de alguna cobertura en la póliza para lo cual, debe practicar exámenes médicos. Si la cláusula de cobertura que la misma aseguradora ha redactado es ambigua, la interpretación debe favorecer al consumidor dadas las graves consecuencias que conlleva la mora en el pago del crédito hipotecario en relación con la vulneración al derecho a la vivienda[676].

En las sentencias, la Corte se adentra a analizar asuntos técnicos relacionados con los diagnósticos que llevaron a que se declara la pérdida de capacidad laboral. En algunos de los casos analizados por la Corte, los deudores no conocían completamente la información que abstendría a la aseguradora a celebrar el contrato, o a hacerlo más oneroso porque padecían enfermedades silenciosas[677] y progresivas (por ejemplo, T-251 de 2017);

[675] Sobre la vulneración del derecho a la vivienda por la decisión del banco de dar inicio al proceso ejecutivo o de continuarlo luego de que los deudores le han comunicado su condición de pérdida de capacidad laboral puede leerse: "es importante acotar que el Banco BBVA también ha incidido en la afectación de este derecho fundamental. En efecto, la Corte resalta que fue esta entidad financiera la que, de un lado, solicitó que se amparara el crédito a través de una póliza de seguros de vida, la cual constituyó un contrato de adhesión frente al cual la accionante no pudo oponerse. A su vez, como consta en el expediente, la accionante solicitó al banco la suspensión del proceso ejecutivo, sin recibir una respuesta positiva a sus requerimientos. En este sentido, la Corte considera que el desarrollo de un proceso ejecutivo en las circunstancias particulares en las que se encuentra la señora Cristela Sierra Chavarro vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y vivienda digna" (T-152 de 2012).

[676] La Corte también suele indicar que el no pago de la póliza afecta la seguridad jurídica al mermar la confianza de los deudores en los seguros: "Cuando una persona contrata una póliza de seguro, confía en que con el pago de la prima mensual la aseguradora asuma su responsabilidad cuando ocurra el siniestro" (T-398 de 2014). Según la Corte, "los ciudadanos confían en que cuando depositan su dinero en el banco, este será devuelto cuando así lo requieran. Lo mismo sucede cuando una persona contrata una póliza de seguro y confía en que con el pago de la prima mensual, la aseguradora las hará efectivas cuando ocurra el siniestro" (T-662 de 2013).

[677] Para la Corte, en estos casos, aunque la enfermedad tuviera una causa anterior a la vigencia de la póliza, "es desproporcionado exigirle al ciudadano informar un hecho que no conoce ni tiene la posibilidad de conocerlo. Mucho menos, para el caso del seguro de vida grupo de deudores, suministrar con preciso detalle su grado de discapacidad" (T-222 de 2014).

en otros casos, la enfermedad diagnosticada con anterioridad a la vigencia de la póliza no tenía relación con la que generó la declaratoria de pérdida de capacidad laboral (por ejemplo, T-152 de 2012 y T-752 de 2012)[678].

Quizás uno de los casos más difíciles es el resuelto en la sentencia T-408 de 2015, en el que la Corte analizó la acción de tutela de una deudora que había sido diagnosticada como portadora de VIH años antes de adquirir el crédito hipotecario y el seguro de vida conexo a este. Un par de años después de haber celebrado el contrato de crédito, a la deudora le fue declarada la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje equivalente al 72.75%, debido al progreso del SIDA diagnosticado una década atrás. Como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, la deudora, quien es además madre de una menor de edad, le fue reconocida de manera transitoria una pensión de invalidez correspondiente al salario mínimo, con lo cual la cuota del crédito representaría el 80% de sus ingresos.

La Corte en varios lugares de la sentencia es enfática en señalar que, el diagnóstico de VIH de la deudora años atrás de la celebración de los contratos de mutuo y de seguro, dio inicio a su condición de portadora, pero no a la pérdida de capacidad laboral. Interpretar que el diagnóstico inicial determina la estructuración de la incapacidad como anterior a la fecha del desembolso del crédito implicaría que una persona diagnosticada con el virus VIH no podría acceder a una vivienda financiada. Ello "podría llevar al absurdo de sostener que por esa misma situación de salud no se tendría derecho a procurar una vivienda digna (…) lo cual no solo sería discriminatorio sino también violatorio de la dignidad humana" (T-408 de 2015). Así, en esta sentencia la Corte consideró que, en enfermedades graves y

[678] En la sentencia T-751 de 2012, la Corte analizó un caso en el que a la deudora le fue declarada pérdida de capacidad laboral del 91% por depresión y ansiedad con alteración de memoria y la aseguradora objetó porque encontró en su historia clínica un diagnóstico de cáncer en el seno. La deudora explicó que ese diagnóstico fue errado y que un diagnóstico posterior descartó que las masas que tenía fueran cancerígenas. Y que, en todo caso, la enfermedad actual no tiene relación con la que padeció. La Corte señaló: "ante la duda sobre el conocimiento de una preexistencia por parte de la peticionaria al momento de declarar, debe adoptarse la posibilidad hermenéutica de la situación fáctica que le conceda un mayor rango de eficacia a sus derechos (principio *pro hómine)*, especialmente si se toma en cuenta que el crédito que respalda la póliza de seguros en cuestión es de carácter hipotecario y que actualmente no cuenta con posibilidad de acceder a puestos de trabajo, en virtud de su discapacidad. En consecuencia, la Sala concluye que no se demostró que la peticionaria hubiera mentido y, por lo tanto, incurrido en *reticencia* al momento de suscribir la póliza de seguros. En consecuencia, la objeción de la aseguradora accionada a la reclamación carece de sustento".

catastróficas como el SIDA, debe distinguirse la época del diagnóstico de la época en que el desarrollo de la enfermedad deteriora la capacidad laboral de la persona que estructura la invalidez y la ocurrencia del siniestro amparado por el seguro de vida grupo deudores.

Las sentencias que conforman esta línea ordenaron que las aseguradoras pagaran al banco tomador de la póliza el saldo insoluto del crédito. Así mismo, advierten que los bancos deben abstenerse adelantar en contra del deudor cualquier cobro por el saldo insoluto y le comunican al juez civil que debe terminar el proceso ejecutivo.

ii) En la sentencia T-1091 de 2005 la Corte analizó el caso en el que una deudora de un crédito hipotecario luego de retrasarse en el pago de las cuotas le comunicó al banco que la mora se debía a que su esposo había muerto luego de una prologada enfermedad y que ella, quien para ese momento tenía 66 años, estaba sufriendo de cáncer de seno y de otras afecciones que no le permitían continuar trabajando como modista. Como respuesta, el banco la requirió para el pago y luego inició el proceso ejecutivo, en cuyo mandamiento de pago el juez de ejecución reconoció además de las sumas correspondientes al capital y los intereses, el pago de las primas por el seguro de vida que el banco había cancelado a nombre de la deudora y por las que en lo sucesivo el banco pagara.

A la deudora le fue certificada la pérdida de capacidad laboral en más del 50% y al solicitar a la aseguradora que procediera al pago de la deuda cuyo cobro se estaba adelantando, esta le indicó que el contrato de seguro se había terminado por mora en el pago de las primas debido a que el banco se abstuvo de continuar pagándolas a nombre de la deudora. Dado que en el mandamiento de pago el banco incluyó las sumas por concepto de las primas, pues estaba facultado contractualmente para ello[679], la deudora intentó mediante varias solicitudes hacérselo saber al banco y a la aseguradora e incluso promovió ante un

[679] El extracto de la cláusula que se cita en la sentencia es el siguiente: "como garantía del crédito y como accesorias de este mismo contrato, nos obligamos a pagar las primas correspondientes a los seguros de vida, incendio y terremoto tomados como se ha estipulado en la escritura de hipoteca. Parágrafo: en caso de que La Corporación haga uso de la facultad consignada en la escritura de hipoteca o sea, la de pagar las primas correspondientes a estos seguros, por mora en el pago de nuestra obligación, dicho pago realizado por la Corporación, nos será cargado y así lo pagaremos con el valor de la prima expresada en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (…) más los intereses pactados para la obligación principal contenida en este documento"

centro de conciliación una actuación para que entre las dos entidades se reconocieran los pagos correspondientes, pero las dos se opusieron. Mientras la deudora llevaba a cabo estas actuaciones, el proceso ejecutivo siguió su curso, se produjo el remate del apartamento hipotecado en el que vivía y al momento de interponer la tutela solo faltaba la adjudicación a la ejecutante.

Para la Corte, la tutela era el medio idóneo para proteger el derecho a la vivienda de la deudora porque ella se encontraba en un riesgo inminente de ser desalojada[680]. La Corte encontró que la entidad financiera al no continuar con el pago de la prima y no dar aviso oportuno a la accionante sobre ello, desconoció el deber de información, el respeto al acto propio y por esa vía también el derecho a la vivienda digna. El siguiente extracto muestra la contundencia del reclamo que la Corte realizó tanto al banco como a la aseguradora:

> "Para la Sala, este comportamiento de las accionadas como entidades pertenecientes al sistema financiero (…), evidencia una vez más la utilización de la posición dominante, tanto en el contrato de mutuo como en el de seguros cuando, amparadas en la aparente legalidad de la literalidad de las cláusulas de los documentos con que se instrumentaron los contratos de crédito hipotecario y el de seguros respectivamente, actuando en sus condiciones de acreedora sin satisfacción de su crédito por parte de la ejecutante y de no obligada al pago de indemnización por terminación del amparo vida ante la no cancelación de las primas, por parte de la aseguradora, se propicia la terminación formal de la vía ejecutiva, en la que como se dijo, ya no era factible debatir las controversias que podían llevar a que la obligada al pago de la deuda

[680] "El derecho a la vivienda digna adquiere rango fundamental, cuando opera el factor de conexidad con otro derecho fundamental, o cuando puede evidenciarse una afectación del mínimo vital, especialmente en personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya que, como lo ha reiterado esta Corporación, el derecho a la vivienda adquiere importancia en la realización de la dignidad del ser humano. Así, la prosperidad de una tutela para la protección de este derecho, dependerá de las condiciones jurídico-materiales del caso concreto en las que el juez constitucional determine si la necesidad de vivienda conlleva elementos que involucran la dignidad o la vida de quien acude a esta instancia judicial"

fuera la aseguradora, lo que obviamente liberaba a la accionante de esa carga" (T-1091 de 2005).

Dado que solo faltaba la diligencia de entrega al banco del bien rematado, la Corte concedió el amparo como mecanismo transitorio, pues las actuaciones del banco y de la aseguradora pusieron a la deudora en la circunstancia de perder la propiedad de la vivienda en la que habita. Como es a un juez ordinario al que le corresponde definir sobre el reconocimiento del pago de las obligaciones crediticias de la deudora y que es la inminencia de la diligencia de desalojo la que genera la vulneración al derecho a la vivienda, la sentencia le ordenó al juez de ejecución la suspensión del proceso ejecutivo hipotecario hasta tanto los jueces decidieran en forma definitiva las controversias contractuales para lo cual, le concedió a la accionante un término de 4 meses para promover tales acciones ordinarias.

iii) En relación con la falta de cobertura del siniestro, la sentencia T- 136 de 2013 analizó la negativa de una aseguradora a pagar la póliza argumentando que el deudor había sobrepasado los 70 años de vida y con ello el límite de edad de permanencia para la vigencia del seguro de vida. La sentencia acudió a la interpretación favorable al consumidor para analizar los contratos suscritos entre la aseguradora y el banco cuyo objeto era amparar a los deudores hipotecarios de este último. Así, encontró que el deudor no conocía sobre el límite máximo de edad cubierto por el seguro[681], pues esa información no le había sido comunicada ni por el banco ni por la aseguradora. Tal omisión implicaba que el siniestro ocurrido se entendía cubierto por la póliza[682] porque la restricción alegada por la

[681] Para empezar, algunas de las licitaciones remitidas a esta Corporación no ofrecen certeza sobre si dicho clausulado efectivamente rigió la situación de aseguramiento. En todo caso, asumiendo en gracia de discusión que los documentos aportados son fiel reflejo de las cláusulas acordadas por el Banco y la compañía aseguradora, no se entiende por qué las modificaciones posteriores, especialmente aquellas tan significativas como la consagración o modificación del límite de edad de permanencia, no fueron siquiera notificadas al accionante, quien a partir de su certificado individual de adhesión confiaba razonablemente que el seguro no contenía tal restricción.

[682] "(i) ante la ausencia de una carátula que establezca un límite máximo de edad de permanencia, (ii) el no diligenciamiento de la casilla correspondiente a la edad de asegurabilidad; y que (iii) los vacíos o ambigüedades en las cláusulas se interpretarán contra quien las redactó, es necesario concluir que el contrato de seguro al que voluntariamente se adhirió Juan José Rincón Torres el 29 de mayo de 2001 no contemplaba ningún límite máximo de edad de permanencia.

aseguradora debió estar redactada de forma precisa y clara y ser informada adecuadamente[683]:

> "[C]uando se advierta algún vacío o ambigüedad en las condiciones contractuales, el juez tendrá que recurrir a las reglas hermenéuticas que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore) y con ello equilibrar, en parte, la situación de indefensión en la que se encuentra el ciudadano del común cuando acude al sistema financiero en busca de un crédito" (T-136 de 2013).

Ahora bien, la Corte además de dar la orden específica a la aseguradora demandada para que reconociera la existencia del siniestro y por lo tanto, pagara al banco la deuda insoluta, hizo una declaración general exhortando a las entidades financieras a que al momento de redactar los contratos ajusten las cláusulas no solo a los mandatos legales sino, y especialmente, a los constitucionales[684].

iv) En otro caso, a una deudora le fue objetada por prescripción la reclamación para hacer efectiva la póliza que amparaba el crédito hipotecario de vivienda que había adquirido. La aseguradora señalaba que habían transcurrido más de 4 años entre el momento en el que se le diagnosticó por primera vez la enfermedad que la deudora aseguraba como siniestro y el día de la reclamación, con lo cual, ya habría transcurrido el término de prescripción ordinario de 2 años que comienza a correr "desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción" (artículo 1081 del Código de Comercio). La deudora señalaba que el término de prescripción debía contarse desde cuando el cáncer de mama hizo metástasis y no desde el diagnóstico inicial. Ello porque fue la metástasis la que materializó el riesgo que la póliza amparaba, pues a partir

[683] Y que "las cláusulas restrictivas de los derechos de los particulares en sus relaciones con las entidades financieras, deben estar redactadas y consagradas de manera previa, expresa, clara y taxativa, y el acceso a las mismas por parte del consumidor debe garantizarse de forma simple, oportuna y completa" (T-136 de 2013).
[684] Así en la sentencia se señala que "la Corte comenzará por exhortar a las compañías aseguradoras y crediticias a revisar sus contratos" a que "el estado de ancianidad no quede absolutamente desprotegido, por el simple e inexorable paso de los años" (T-136 de 2013).

de ese momento ella no pudo continuar trabajando lo que le impidió cumplir con sus obligaciones crediticias.

Para resolver el caso, la Corte interpretó la cláusula de la póliza que incluyó dentro de los riesgos asegurables la ocurrencia de una enfermedad catastrófica. La cláusula estudiada por la Corte fue la siguiente:

> "LA UNIÓN TEMPORAL QBE SEGUROS S.A. –SEGUROS COLPATRIA S.A. efectuará el pago anticipado de la indemnización de la cobertura de vida, al 100% de la suma asegurada de la misma; en el caso de que a cualquier asegurado se le diagnostique durante la vigencia de la póliza, alguna de las enfermedades o eventos abajo indicados cuyo origen sea el resultado de la evolución de una enfermedad degenerativa padecida anteriormente: VIH positivo SIDA, Cáncer (…)".

Para la Corte, del texto de la cláusula puede deducirse que no se requiere que el siniestro se entienda acaecido necesariamente en el momento del diagnóstico inicial de la enfermedad, sino que la cobertura operaría con ocasión de alguna de las enfermedades cubiertas, "cuyo origen sea el resultado de la evolución de una enfermedad degenerativa padecida con anterioridad, entre ellas el cáncer". Así, una interpretación favorable de esta cláusula implica entender que, en los casos en que se trate de una enfermedad degenerativa, "el riesgo se realiza cuando la enfermedad inhabilita al asegurado y éste queda imposibilitado para saldar el crédito", por lo cual, el término de prescripción puede contabilizarse "desde la fecha en que la persona en razón de la enfermedad catastrófica y degenerativa no pudo seguir laborando" (T-902 de 2013).

Ese sentido de interpretación de la cláusula reconoce que, en algunos casos, a pesar del diagnóstico de una enfermedad catastrófica los deudores siguen cubriendo su crédito hipotecario, pues continúan trabajando hasta cuando la enfermedad les impide valerse por sí mismos. Para la Corte la interpretación favorable desarrolla la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones contractuales:

> "[A] la luz del principio de seguridad jurídica no es admisible que QBE Seguros S.A. oponga como sustento de su objeción a la reclamación, una condición que conforme a sus cláusulas admite una comprensión más favorable, que es interpretada perdiendo de vista la finalidad del contrato de seguros, en la cual el término de prescripción puede empezar a contarse no desde el diagnóstico inicial, sino desde el momento en que la enfermedad evoluciona hasta impedirle a la asegurada (o) continuar asumiendo las cuotas de su crédito" (T-902 de 2013).

Así las cosas, la Corte ordenó que se hiciera efectiva la póliza de vida grupo deudores reconociendo el saldo insoluto del crédito hipotecario desde el momento en el que se probó el desarrollo de la metástasis. cuando un examen especializado señaló que la tutelante había perdido su capacidad laboral cuando la enfermedad degenerativa hizo metástasis en su sistema óseo.

3.4. La defensa del derecho a la vivienda y la afectación a la seguridad jurídica

Quizás una de las sentencias más importantes en las que se puso en evidencia el conflicto entre la seguridad jurídica y la equidad como parámetro para la definición de reglas contractuales específicas en materia de consumo de crédito de vivienda es la sentencia T-662 de 2013, la cual resolvió la acción de tutela interpuesta por una deudora de un crédito hipotecario que obtuvo en el 2012 un dictamen que declaraba que la pérdida de capacidad laboral en un grado de 80.93% había tenido como causa un infarto que ella había sufrido en el año 2006.

Con base en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la deudora le reclamó a la aseguradora el pago de su obligación crediticia de conformidad con el seguro de vida conexo al crédito hipotecario que había adquirido. La aseguradora accionada objetó la solicitud para pagar el saldo del crédito argumentando que la acción derivada del seguro se encontraba prescrita, pues ya habían transcurrido más de 2 años desde cuando la deudora tuvo conocimiento del siniestro, con lo cual, se dieron los supuestos establecidos para la

prescripción ordinaria. Adicionalmente, se habría consumado el término de prescripción extraordinaria en tanto, sin importar en qué momento se dio el conocimiento del siniestro, ya habían transcurrido más de 5 años desde la estructuración de la invalidez[685].

En la sentencia es posible distinguir dos niveles de análisis, pues la Corte realizó: i) una interpretación favorable de la norma que consagra la prescripción ordinaria y ii) un estudio de la validez constitucional de la regla de prescripción extraordinaria.

i) En relación con la prescripción ordinaria, la Corte consideró que ésta aún no se había consumado. Este tipo de prescripción es subjetiva, es decir, que se requiere para su activación un elemento cognitivo por lo cual, el término para hacer la reclamación frente a la aseguradora comienza desde cuando el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del siniestro, esto es, desde la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral que permite conocer el grado, causa y fecha de su estructuración. Según lo indicado en la sentencia, no es lógico que el momento de la prescripción se contabilice desde la ocurrencia del infarto, pues para realizar la reclamación se requería llevar a cabo un trámite y obtener un certificado otorgado por una Junta de Calificación de Invalidez que diera cuenta de la información sobre la ocurrencia del siniestro.

ii) Ahora bien, aunque según la interpretación de la Corte, el término para la prescripción ordinaria se encontraba corriendo y la deudora estaría a tiempo para reclamar a la aseguradora, aún existía una barrera que impedía una reclamación exitosa, pues la acción estaría prescrita según las reglas de la prescripción extraordinaria. Así, dado que la extraordinaria es una prescripción objetiva que se cumple con el solo paso del tiempo desde la ocurrencia del siniestro, ésta ya se había consumado porque transcurrieron más de 5 años desde la estructuración de la pérdida de capacidad laboral. La Corte encontró que la regla que consagra la prescripción extraordinaria era inconstitucional en aquellos casos como el

[685] El artículo 1081 del Código de Comercio establece que, en materia de seguros "la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria (…) la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (…) la prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho (…)".

analizado en los que resulta desproporcionado aplicar una sanción a un deudor hipotecario por el solo paso del tiempo sin tener en cuenta las razones por las cuales este trascurrió sin que se hiciera la reclamación derivada del seguro de vida.

Con esa decisión, la Corte estableció límites al legislador, a los jueces y a los particulares en aquellos casos en los que la aplicación de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de vida grupo afecta el derecho a la vivienda de los deudores hipotecarios que se comportaron con diligencia para llevar a cabo los trámites que permiten demostrar la ocurrencia del siniestro por pérdida de capacidad laboral.

Esta sentencia planteó un debate entre (i) la seguridad jurídica protegida mediante las normas sobre prescripciones que fijan límites temporales para adelantar controversias jurídicas[686] y (ii) el derecho a la vivienda de los deudores que se encuentran en un especial estado de indefensión que deben adelantar trámites para demostrar la ocurrencia del siniestro por invalidez y que afrontan la pérdida de los derechos derivados de la póliza debido a la aplicación de la prescripción.

i) La Corte resaltó que la seguridad jurídica tiene una "mayor relevancia" para los comerciantes, las relaciones mercantiles y para el comercio, en tanto, "el tráfico jurídico de los negocios incrementa el valor de este principio". Esta idea es desarrolla así:

> "Los comerciantes deben tener la garantía de que sus relaciones serán resueltas o definidas en un tiempo prudencial para poder continuar con el giro normal de sus negocios. La confianza y seguridad que el ordenamiento debe ofrecer a los comerciantes, depende en buena medida de figuras jurídicas como la prescripción. En efecto, el comercio se tornaría lento e inseguro si los negociantes no pudieran confiar plenamente en que sus situaciones jurídicas serán resueltas. La

[686] La Corte encontró las siguientes características de la prescripción: "(i) busca generar certidumbre entre las relaciones jurídicas; por esa razón (ii) incentiva y garantiza que las situaciones no queden en suspenso lo largo del tiempo fortaleciendo la seguridad jurídica; (iii) supone que quien no acudió a tiempo a las autoridades para interrumpir el término lo hizo deliberadamente; y finalmente (iv) genera consecuencias desfavorables que pueden llegar incluso a la pérdida del derecho" (T-662 de 2013).

seguridad jurídica no solo trasciende a las esferas privadas de los comerciantes" (T-662 de 2013).

ii) En la orilla opuesta a la seguridad jurídica se encuentra la protección a la accionante, quien se encuentra en estado de indefensión manifiesta. La sentencia explica en detalle las circunstancias de la deudora, pues, como se verá, estas son determinantes para la decisión. Así, la sentencia expone sus condiciones personales: es una persona de la tercera edad, cabeza de familia que no cuenta con ingresos económicos, no puede valerse por sí misma debido a su alto grado de invalidez y su grupo familiar es también de escasos recursos. La sentencia hizo énfasis en las consecuencias que para el derecho a la vivienda y la subsistencia de la deudora implicaría que la aseguradora no pagara el saldo de la obligación crediticia.

Adicionalmente, la Corte encontró que a pesar de que se discute un asunto contractual, la accionante no tiene un interés exclusivamente patrimonial, lo cual, "se presume en los créditos hipotecarios, pues la razón para exigir el pago de la póliza se da con ocasión del riesgo que existe en perder la vivienda" (T-662 de 2013).

Analizados los dos principios que se encuentran en juego en la controversia contractual, la Corte se preguntó cuál principio se afecta en mayor medida cuando cede frente al otro. Desde la perspectiva de la señora Mery, si se protegiera la seguridad jurídica considerando prescrita la acción en contra de la aseguradora, sus derechos fundamentales se afectarían en alto grado, pues dado que ella no cuenta con los recursos para asumir el pago del crédito, seguramente perdería su vivienda. Mientras que, si no se aplicara la prescripción extraordinaria, el grado de afectación de la seguridad jurídica sería intermedio porque la prescripción ordinaria continúa siendo aplicable al caso.

Así las cosas, para la Corte, las especiales circunstancias de la deudora, la forma en la que se desarrolló el siniestro y los trámites que debían adelantarse para demostrarlo hacen que resulte desproporcionado aplicar la prescripción con el argumento de proteger la seguridad jurídica. Por ello, en casos como el de la accionante, la seguridad jurídica debe ceder ante "la clara e intensa afectación de los derechos fundamentales", pues "aunque las

partes de un contrato tienen derecho a definir sus situaciones, existen circunstancias en las que privilegiar este principio conduciría al sacrificio de la justicia material" (T-662 de 2013).

Por ello, la Corte además de ordenar a la seguradora pagar y advertirle al banco que no puede continuar con las actuaciones, inaplicó la norma sobre la prescripción extraordinaria. La Corte advirtió que, en la generalidad de las controversias, la prescripción se impondrá frente a los intereses de los asegurados, en tanto la inaplicación de las normas de la prescripción extraordinaria solo ocurrirá en aquellos casos en los que su utilización conlleve una lesión "mucho mayor" en términos constitucionales a la afectación que sufriría la seguridad jurídica.

Este caso es especialmente relevante porque la sentencia en la parte resolutiva declaró la excepción de inconstitucionalidad de la norma que consagra la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro (artículo 1081 del Código de Comercio). Así, esta es quizás una de las sentencias con la orden más poderosa en términos de vinculatoriedad del legislador y los jueces a las reglas creadas jurisprudencialmente en relación con las obligaciones derivadas de un contrato conexo a un crédito hipotecario para vivienda.

CONCLUSIONES

II PARTE

Los desarrollos realizados en las últimas décadas por el derecho del consumo y el derecho constitucional de la vivienda confían en que una estrategia adecuada para responder a los desequilibrios generados en el mercado inmobiliario conlleva la estructuración de un marco normativo con un enfoque de protección a los individuos como titulares de derechos en las relaciones contractuales que permiten el acceso a una vivienda. Así, al regular las relaciones privadas que ocurren en el mercado, el Estado tendría la obligación de amparar a los individuos frente a intervenciones de los particulares que perturben el disfrute de sus derechos habitacionales.

La regulación adecuada de los contratos resultó ser el centro de las preocupaciones que aparecieron con la crisis hipotecaria. Así, se establecieron como lineamientos del sistema de vivienda la promoción de la construcción de viviendas en condiciones financieras adecuadas para el acceso, la defensa de los usuarios de los créditos y la protección del patrimonio de las familias representado en la vivienda. La coyuntura de final de siglo activó la jurisdicción constitucional y permitió que la regulación considerara al deudor como un sujeto que debido a su indefensión merecía protección tanto en el acceso a una vivienda como durante la ejecución contractual. Así, las circunstancias evidenciaron la relación entre las herramientas ofrecidas por el derecho de consumo y la eficacia de derechos sociales que se alcanzan en el mercado.

El enfoque constitucional del derecho contractual de consumo considera que las garantías de los derechos sociales de los individuos remedian los desequilibrios generados

en el escenario económico en el que se realizan las transacciones sobre derechos. Tal perspectiva se encuentra en la jurisprudencia constitucional que se ha referido a las obligaciones del Estado en abstracto y también en las decisiones que analizan las relaciones contractuales particulares en las que se reclama la protección del derecho a la vivienda mediante acciones de tutela, las cuales se han convertido en el escenario procesal en el que se resuelven controversias contractuales vinculadas con el derecho a la vivienda.

Los desarrollos del derecho a la vivienda imponen la obligación de regular teniendo en cuenta que no todas las opciones regulatorias son compatibles con los mandatos de protección del derecho a la vivienda de los consumidores. Así, a pesar de que la política habitacional y la jurisprudencia motivada por la urgencia de resolver la afectación generada por la crisis hipotecaria identificó al derecho a la vivienda con la propiedad, la Observación General No. 4 del CDESC le permitió a la Corte, unos años después de la crisis, estructurar el derecho habitacional a contar con diferentes alternativas contractuales para acceder a una vivienda. Así, en el marco de las obligaciones de regulación de las relaciones privadas que ocurren en el mercado de la vivienda, se ha considerado que el Estado debe prever diferentes modalidades contractuales que reconozcan la existencia de diversas formas de tenencia de vivienda, las cuales deben ser asequibles y permitir el acceso contractual sin discriminación. Así mismo, dado que la demanda de una persona por acceder a una vivienda se transforma, una vez satisfecha, en una por conservarla de interferencias, la regulación debe incluir medidas que permitan que las personas estén protegidas ante desalojos injustos. Ello ha significado que, en la estructura de los contratos, las cláusulas relacionadas con precio, intereses, plazo, sanciones estén acordes con el derecho a la seguridad de la tenencia.

De indudable importancia resulta el papel que ha tenido la Corte Constitucional como creadora de reglas específicas que tienen como centro de gravedad a los consumidores y especialmente, a sus circunstancias, las cuales, siendo externas al contrato, son, desde la perspectiva constitucional, relevantes para definir el nivel de protección de un sujeto en sus relaciones de consumo. El reconocimiento del consumidor como un sujeto que merece protección y la consecuente reivindicación de sus derechos han sido logradas mediante

herramientas de interpretación constitucional que se han institucionalizado como mecanismos ordinarios para la protección de los consumidores.

De otra parte, para la construcción legal de reglas contractuales en materia de vivienda han sido especialmente relevantes las orientaciones expedidas por instancias internacionales de derecho del consumo, las cuales han impactado al derecho local. Así, la desigualdad de las partes y la dependencia del acceso y tenencia de una vivienda al éxito en la celebración y ejecución de los contratos de financiación y arrendamiento explican por qué las condiciones de estos negocios son altamente reguladas bajo el supuesto de que la intervención legislativa en el contrato puede, mejor que el mercado, construir acuerdos que protejan a los consumidores sin desincentivar los negocios inmobiliarios y el ahorro destinado a la financiación. Así, se ha considerado que los contratos homogéneos cuyas condiciones son establecidas por el legislador reducen los costos de la investigación que correspondería hacer a los usuarios para encontrar el mejor contrato posible en el mercado, pues tal tarea se reducirá a identificar al proveedor de crédito o de tenencia inmobiliaria que ofrece mejores condiciones sobre las mínimas ya establecidas imperativamente en relación con los plazos, las condiciones de pago, las tasas de interés aplicables, los sistemas de amortización, las causales de terminación, etc.

El alto número de decisiones que resuelve asuntos contractuales similares evidencia que las reglas sobre las modificaciones a las condiciones contractuales de los créditos, las obligaciones al momento de contratar, el contenido de los contratos, las obligaciones de indemnización que surge de los contratos de seguro no generan un cambio en el comportamiento de los agentes económicos que participan en el mercado de inmuebles.

Algunas herramientas que ofrece el derecho del consumo han tenido aplicaciones concretas cuando la finalidad de la celebración de un contrato es que las personas puedan disfrutar de una vivienda. Ello ha ocurrido con el derecho a una información clara, completa y veraz, la interpretación más favorable de la regulación legal y de las condiciones contractuales, la libertad de elección, las reglas mínimas de contenido para los contratos de adhesión, la ineficacia de las cláusulas abusivas, la prohibición de prácticas abusivas.

Las reglas construidas por la Corte son el producto de una concepción constitucional del derecho contractual que fue creada inicialmente por la influencia de la cercanía a la crisis hipotecaria y posteriormente, empujada por los desarrollos internacionales del derecho a la vivienda y más recientemente por los del derecho del consumo, muestran a estas reglas como el producto de disputas**.** Así las cosas, no existe una única noción de consumidor en el sector vivienda ni unos criterios uniformes de protección, pues estos varían según la modalidad de contrato y la valoración de las circunstancias de los consumidores realizadas por el juez de consumo.

CONCLUSIONES

Este trabajo abordó la relación entre el derecho contractual de consumo, las políticas habitacionales y el derecho a la vivienda. En el marco de esta relación, la investigación analizó la forma en la que las políticas de acceso a una vivienda determinan a los individuos como consumidores, particularmente como deudores, y cómo la categorización de éstos como titulares del derecho a la vivienda ha incidido en la construcción de reglas para su protección contractual en Colombia. El desarrollo del trabajo permite concluir lo siguiente:

1. *Las políticas habitacionales desde las últimas décadas del siglo XX han considerado que el mercado es el escenario adecuado para que los particulares logren una vivienda mediante transacciones gobernadas por el derecho contractual privado. Esa definición del modo en el que las personas disfrutan de un lugar para vivir conlleva una relación de dependencia entre la vivienda en propiedad como la forma de vivienda privilegiada por la política habitacional y las posibilidades que tienen las personas de celebrar contratos de crédito y de cumplir con sus obligaciones contractuales como deudores. De esa forma, el vínculo que los propietarios deudores tienen con un inmueble resulta especialmente sensible a las coyunturas económicas sistémicas y a las situaciones de insolvencia o iliquidez personales de los deudores durante la larga relación contractual que tienen con los bancos. Por ello, y debido a las limitaciones que ha mostrado el modelo de mercado para hacer real el lema "una vivienda para todos", en los años que corren del siglo XXI el derecho constitucional y luego el derecho el consumo han reclamado la transformación del papel del Estado pidiendo agregar a la intervención enfocada en la creación de incentivos a los individuos para que asuman la condición de propietarios deudores, la función de regular con un enfoque de protección a la seguridad de la tenencia de los consumidores.*

El recorrido por 100 años de políticas habitacionales, desde la creación de la banca hipotecaria de la década de los treinta del siglo XX hasta la política de diversificación de subsidios a la demanda con la que finaliza el plan de gobierno en el año 2018, permite concluir que la concepción del contrato y su relación con el acceso a una vivienda se ha transformado al amparo de los cambios en la definición del modo en el que las personas disfrutan de un techo decente. Tal definición ocurre en el marco de las cambiantes decisiones e instrumentos que conforman la política habitacional, las necesidades de los individuos y los intereses de los diversos actores que participan en los negocios inmobiliarios, y en los sectores de construcción y de financiación de vivienda.

Durante el siglo XX, las políticas habitacionales transitaron entre el dirigismo contractual en los contratos de crédito y de arrendamiento y la intervención directa del Estado como parte contractual mediante instituciones públicas que construían, vendían y concedían crédito, pasando por el desprendimiento paulatino de esas funciones, especialmente con las determinaciones adoptadas en el plan de gobierno 1970-1974, el cual impulsó la construcción industrial de vivienda urbana comercial no subsidiada mediante financiación otorgada por la banca privada. Los siguientes planes de desarrollo intensificaron los incentivos para la producción de vivienda comercial que satisface las necesidades habitacionales mediante actos de consumo que deben ocurrir de manera masiva en las ciudades, las cuales crecen rápidamente.

Iniciando los años noventa, bajo el supuesto de que el esquema proteccionista en materia habitacional era ineficiente y que, en el mercado los individuos libres e iguales encontrarán la forma de satisfacer sus necesidades habitacionales, el Estado pasó a tener la función de incentivar la demanda promoviendo la celebración de transacciones sobre inmuebles. Este esquema surgió por la conjunción de múltiples hechos: la puesta en marcha de los planes de liberalización financiera; el nuevo orden político, el cual confirmó la identificación de la vivienda con la propiedad que se alcanza mediante financiación; la producción de un importante paquete regulatorio de reformas al sistema de vivienda social, al sistema financiero y a la legislación laboral que mostraron un decisivo impulso para lograr que los individuos que con sus propios recursos no alcanzaban a adquirir la propiedad de un

inmueble pudieran hacerlo mediante diferentes estructuras que impulsan la financiación a largo plazo y en las cuales se combinan el ahorro y el endeudamiento con múltiples clases de subsidios.

Así, sin importar el costo que el acceso a la propiedad demande de parte de los hogares y la calidad del bien que se adquiera, las políticas habitacionales se concentraron en crear instrumentos para el acceso a la propiedad habitacional y dejaron en un nivel secundario la protección a la seguridad de la tenencia, asunto que ha sido objeto de desarrollo por el derecho constitucional y el derecho del consumo, los cuales, luego de la crisis hipotecaria que despidió al siglo XX, se mostraron como la alternativa para corregir las desequilibrios que se generan en las relaciones de consumo habitacional.

2. *La crisis hipotecaria de 1999 permitió que los deudores y sus relaciones contractuales de crédito para vivienda alcanzaran relevancia constitucional. Frente a los masivos reclamos de los propietarios afectados por el aumento de los costos de los créditos, la jurisprudencia constitucional propuso la construcción de un modelo de financiación que tuviera como fundamento central la protección al derecho a la vivienda. Para la estructuración del modelo, se utilizaron algunas herramientas ofrecidas por el incipiente derecho del consumo, las cuales fueron desarrolladas a partir de la consideración de los propietarios como titulares del derecho a la vivienda, derecho que hasta ese momento no había tenido desarrollo jurisprudencial ni legal. Ahora bien, el impulso inicial de las reglas expedidas con el afán de conjurar los efectos de la crisis protegiendo de manera general a todos los propietarios deudores ha venido estrechándose a medida en la que los asuntos contractuales se han ido separando tanto fáctica como temporalmente de la crisis. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional transita entre el reconocimiento de los consumidores como sujetos que en abstracto merecen protección a la identificación de categorías más específicas para verificar circunstancias concretas de indefensión que harían a un consumidor merecedor de una protección contractual particular.*

Han transcurrido veinte años desde la ocurrencia de la crisis hipotecaria y sus efectos continúan impactando el derecho que gobierna los contratos de financiación y de tenencia de vivienda. La Corte Constitucional sigue conociendo inconformidades de los deudores frente a las actuaciones de los bancos en relación con los créditos celebrados con anterioridad a la crisis y, la ley marco de financiación de vivienda, expedida con la urgencia de cumplir los parámetros constitucionales ante tal coyuntura, rige aún la relación entre los bancos y los consumidores. Lo mismo ocurre con las regulaciones en materia de leasing habitacional y de arrendamiento que fueron expedidas un par de años después de la crisis para actualizar las reglas de los contratos de tenencia debido al aumento del porcentaje de población no propietaria.

Las decisiones de constitucionalidad y de tutela que consideran exigible el derecho a la vivienda en asuntos contractuales han abordado a los consumidores desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, se encuentran las decisiones expedidas con el apremio de enfrentar la crisis, las cuales consideran a los deudores como sujetos de protección debido a los efectos confiscatorios generados por el aumento de los costos de los créditos. Y de otro lado, es posible identificar las sentencias sobre asuntos no relacionados con la crisis, las cuales han empezado a preguntarse si los deudores, arrendatarios, locatarios, compradores son titulares del derecho a la vivienda y si merecen protección por encontrarse en especiales circunstancias que ameritan la intervención del juez o del legislador en sus relaciones de consumo.

La primera aproximación determinó la expedición de la Ley 546 de 1999, la cual señaló que el objetivo de la regulación de los créditos debía ser la defensa del derecho de la vivienda de los deudores y luego, al desarrollar esa protección, empleó herramientas propias del derecho del consumo como las referidas a la uniformidad de los contratos de adhesión, la enunciación de comportamientos contractuales prohibidos, las cláusulas abusivas, los derechos a la información y participación de los usuarios de crédito.

Ahora bien, un par de años después de la crisis el criterio para determinar qué sujetos merecían protección cambió. En efecto, la Corte y el regulador, atendiendo lo indicado por esta, comenzaron a considerar que el derecho a la vivienda se alcanza no solo con la

propiedad sino también con otras formas de tenencia. Ello implicaba que una protección especial al consumidor debía ser la consecuencia de verificar que este tenía la condición de ser titular de derechos habitacionales. Este criterio determinó la regulación del contrato de leasing habitacional, la cual distingue entre el locatario que es titular del derecho a la vivienda porque destina el inmueble objeto de arrendamiento financiero a su uso personal o familiar y el locatario que celebra el contrato de leasing con una finalidad comercial.

Al mismo tiempo y debido a que, luego de la crisis, las condiciones de la población cambiaron debido al ascenso del porcentaje de arrendatarios, la regulación del contrato de arrendamiento de vivienda urbana se transformó con el supuesto según el cual, el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes lograría que se protegiera el derecho a la vivienda de la población arrendataria en general y al mismo tiempo, se incentivaría la oferta de inmuebles de tal manera que se consolidaría un mercado formal de arrendamientos.

De esa forma, mientras que en la regulación del crédito de vivienda y de compra de vivienda nueva, el sistema de protección legal opera frente a todos los consumidores por ser extremos contractuales de un profesional sin importar si son titulares del derecho a la vivienda, en los contratos de arrendamiento de vivienda urbana y de leasing habitacional familiar el criterio de protección en la regulación es el destino personal o familiar de un inmueble por parte del consumidor.

El criterio que acompañó la génesis de la regulación en materia de crédito para vivienda, y el cual, fue impuesto por la Corte, ha sido abandonado por la misma jurisprudencia constitucional. Así, las sentencias que analizan asuntos ajenos a la crisis hipotecaria consideran que la protección constitucional mediante reglas contractuales opera en aquellos casos en los que existe una conexión entre la celebración, contenido y ejecución del contrato y la vulneración del derecho a la vivienda de un consumidor especialmente indefenso.

3. *Para la configuración del marco regulatorio de los contratos de tenencia y financiación de vivienda, la Corte Constitucional y el legislador han acudido a parámetros regulatorios establecidos en diversos instrumentos internacionales. En desarrollo de esos parámetros se han creado reglas específicas que reflejan diversas perspectivas sobre: el nivel de intervención adecuado en las relaciones contractuales; los mecanismos de tutela a los arrendatarios, locatarios, compradores y deudores; la función del contrato en ámbitos en donde se disputa el acceso a derechos sociales y la identificación de las autoridades que pueden regular y decidir casos en materia de consumo habitacional. La insistencia de los consumidores reclamando judicialmente la vigencia del derecho a la vivienda en las relaciones contractuales entre particulares y la ausencia de desarrollo legal del derecho a la vivienda han permitido que la Corte Constitucional tenga un papel predominante en la construcción del derecho del consumo en materia habitacional. Así, el derecho contractual de consumo en materia de vivienda es mucho menos la obra del legislador y en mayor medida producto de los jueces.*

La imposibilidad del mercado para resolver las dificultades derivadas del vínculo entre las relaciones contractuales privadas de consumo y el derecho a la vivienda generó que desde diversos lugares se reclamara la intervención del Estado mediante la regulación. Así, se espera que la asignación de obligaciones y derechos de las partes en los contratos de vivienda realizada por las autoridades estales sea más adecuada, en términos de protección de derechos, que la que ocurre por mercado.

En la construcción de la regulación de los contratos de vivienda ha sido especialmente relevante la invocación de los instrumentos internacionales tanto de derecho del consumo como en materia de derecho a la vivienda. Los primeros han tenido un mayor impacto en la legislación, en especial, en los estatutos de protección al consumidor. Por su parte, los instrumentos sobre derechos sociales han sido utilizados por la jurisprudencia constitucional para concretar derechos habitacionales relacionados con el acceso contractual y la seguridad de la tenencia.

Así, el derecho contractual de consumo en materia de vivienda se caracteriza porque su creación está lejos de limitarse a lo sancionado por el congreso y el ejecutivo. La producción normativa que impacta las relaciones contractuales entre particulares ocurre de muy variadas maneras en la jurisprudencia constitucional, la cual no solo ha interpretado el alcance de la regulación sobre las transacciones en materia de habitacional, sino que ha construido reglas derivadas del derecho a la vivienda, algunas de las cuales han inspirado posteriormente al legislador contractual.

La intervención de la Corte en las relaciones contractuales de vivienda ha sido considerada por algunos como una injerencia indebida que realiza una errática asignación de prerrogativas contractuales que beneficia solo a algunos pocos que tienen la posibilidad de litigar. En ese sentido se señala que la intervención causa inestabilidad jurídica y produce una afectación general a los derechos de todos los participantes en el mercado, incluidos los consumidores.

Frente a esas críticas, la perspectiva constitucional ha considerado que el Estado no puede adoptar una posición neutral frente al contrato en ámbitos en los que precisamente este es el instrumento mediante el cual tienen lugar derechos fundamentales. Así, esta perspectiva señala que los contratos no pueden ser escenarios vedados a la vigencia del derecho a la vivienda, el cual es considerado como un derecho exigible mediante tutela. En efecto, las sentencias expedidas principalmente en lo corrido de la segunda década de este siglo se ocupan en mayor medida de asuntos contractuales complejos y en menor grado de desentrañar la naturaleza del derecho a la vivienda que se asume, según las circunstancias de indefensión del accionante como un derecho fundamental.

Así, las dificultades de la intervención en las relaciones de consumo han dejado de radicar en las disputas por el reconocimiento de la debilidad del consumidor, la cual se presume, y discuten si el derecho de los contratos debe hacerse cargo de las diferentes dimensiones de la vulnerabilidad de las personas. De esa forma, el derecho de los contratos en materia de vivienda enfrenta al menos dos perspectivas que defienden una determinada preferencia de jerarquías y ponderaciones entre la justicia, la equidad, la seguridad jurídica, el respeto a la palabra dada y los derechos constitucionales de las partes.

4. *Los desarrollos del derecho a la vivienda realizados por la Corte Constitucional han determinado el sentido de relevantes reglas contractuales de protección de los consumidores. Tal impacto ha ocurrido en la celebración, contenido y ejecución de los contratos, momentos en los cuales, la intervención judicial ha diseñado limitaciones a la autonomía contractual mediante la imposición de obligaciones y cargas derivadas de la solidaridad y de una perspectiva redistributiva de justicia contractual. Tal perspectiva se caracteriza por exigir la aplicación de la igualdad material en las relaciones negociales y por invocar a la equidad para compensar los desequilibrios generados por la especial vulnerabilidad de algunos consumidores. Esta visión se enfoca en las condiciones particulares de los consumidores más que en el contrato, con lo cual vincula al derecho privado contractual con la realidad de los sujetos fuera de la relación contractual.*

La metodología y las herramientas utilizadas por las sentencias de la Corte Constitucional no son uniformes. Algunas sentencias acuden a instituciones extrañas al derecho privado y a prácticas interpretativas del derecho constitucional como el juicio de proporcionalidad, el principio de no regresividad de derechos sociales, la eficacia horizontal de los derechos humanos, los principios del debido proceso para resolver asuntos contractuales. Otras sentencias, especialmente dictadas con posterioridad de la expedición de los estatutos del consumidor han acudido a la utilización de herramientas tuitivas propias del derecho del privado y del derecho del consumo como la interpretación favorable de la regulación y del clausulado al consumidor, las prácticas abusivas, la ineficacia de las cláusulas abusivas, el deber de información y de cooperación, el respeto al acto propio.

La perspectiva de los contratos de vivienda defendida por la jurisprudencia constitucional muestra una sensibilidad especial en relación con la protección a los sujetos débiles mediante la construcción de reglas que suponen que los contratos son un espacio para el desarrollo de los derechos habitacionales. Así, las intervenciones regulatorias justificadas en la relación entre los contratos y el derecho a la vivienda han significado cambios en la forma de concebir la libertad contractual y la estructura de los contratos especialmente en

lo relacionado con las cláusulas económicas el precio, los intereses, el plazo, las sanciones, las obligaciones de las partes y las consecuencias del incumplimiento.

Las reglas que desarrollan los derechos habitacionales relacionados con el acceso contractual han hecho énfasis en la necesidad de democratizar el acceso a una vivienda, imponiendo obligaciones de contratar tanto en contratos de crédito y arrendamiento como en materia de seguros conexos a contratos de financiación. Adicionalmente, dada la asimetría de información que se manifiesta en las relaciones de consumo, han tomado una gran importancia las obligaciones de transparencia en la celebración de los contratos que permiten el acceso a una vivienda.

Otro de los logros relevantes de las reivindicaciones de los derechos de los consumidores de vivienda es la intervención estatal en la determinación del contenido contractual de algunos de los negocios que se realizan sobre vivienda. Así, las reglas sobre el contenido de los contratos de financiación y tenencia de vivienda, creadas con el objetivo de proteger los derechos habitacionales de los consumidores, se han concentrado en la homogeneidad de las condiciones generales de contratación, las cláusulas sobre el plazo para el cumplimiento de las obligaciones, las cláusulas económicas y las condiciones de habitabilidad.

Por último, las reivindicaciones del derecho a la vivienda que han tomado la forma de protección al consumidor en la ejecución contractual han tratado al derecho a la vivienda como derecho de los deudores hipotecarios a participar en las modificaciones de los contratos y a que sus expectativas económicas sean protegidas. Así mismo, la Corte ha acudido a la interpretación pro-consumidor y a la aplicación del principio de equidad en las relaciones contractuales para permitir al consumidor continuar en el inmueble en el cual habita, a pesar de que ello pueda afectar la seguridad jurídica.

***

13 de agosto de 2018

REFERENCIAS

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2009). "Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales". En: La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, págs. 3-10.

_____. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid. Trotta.

Alpa, Guido (2017). ¿Qué es el derecho privado? (Traducido por: Moreno, César). Grupo Editorial Zela. Lima.

Alviar García, Helena (2011). "La función social de la propiedad: entre los fines progresistas del derecho y la ineficacia". En: Introducción al derecho: nueva obra en construcción. Universidad de los Andes. Bogotá, págs. 127-159.

Arango Jaramillo, Mario y Child Vélez, Jorge (1984). Bancarrotas y crisis. Colombia 1842-1984. América Latina 1981-1984. Biblioteca de El Espectador y Editorial Presencia. Bogotá.

Arango, Rodolfo (2012). El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá. Legis.

_____. (2009). "La jurisdicción social de la tutela". En: La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, págs. 201-320.

_____. (2006). "La prohibición de retroceso en Colombia". En: Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales (Ed. Courtis, Christian). Editores del Puerto, Buenos Aires, págs. 153-172.

Aristizábal, Nora y Ortiz, Andrés (2004). "Improving security without titles in Bogotá". En: Land Tenure and Property Rights. Habitat International. Vol. 28, págs. 167-316.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2013). Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil. Universidad Javeriana y Legis. Bogotá.

Arbeláez, María, Becerra, Alejandro, Steiner, Roberto y Wills, Daniel (2011). Housing tenure and housing demand in Colombia. Banco Interamericano de Desarrollo.

Ascarelli, Tullio (1964). Iniciación al estudio del derecho mercantil (Traducido por: Verdera, Evelio). Bosch. Barcelona.

Avella, Mauricio, Bernal Joaquín, Errázuriz, María y Ocampo, José (1997). "La consolidación del capitalismo moderno". En: Historia Económica de Colombia. Presidencia de la República, Bogotá, págs. 330-461.

Ávila, Ramiro y Courtis, Christian (eds.) (2009). La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.

Baena Cárdenas, Luis Gonzalo (2014). El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Ballesteros Garrido, José Antonio (1999). Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad. Bosch Editor. Barcelona.

Blanco, Andrés; Fretes Vicente y Muñoz, Andrés (2014). Se busca vivienda en alquiler. Opciones de política en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, DC.

_____ (2012). "To buy or not to buy: Expanding the Rental Housing Market". En: Room for Development: Housing Markets in Latin America and the Caribbean. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, DC.

Bar-Gill, Oren y Warren, Elizabeth (2008). Making credit safer. University of Pennsylvania Law Review 157, 1.

Barreto Valderrama, Francisco (2012). "La crisis del sistema UPAC como crisis social y su dimensión jurídica: política, regulación y neoconstitucionalismo". En: Los actores en la crisis económica de fin de siglo. Universidad de Los Andes. Bogotá.

Bauman, Zymunt (2007). Miedo Líquido. La sociedad contemporánea y sus temores. Paidós. Barcelona.

Beltrán, Esteban (2009). Derechos torcidos. Debate. Barcelona.

Bernal-Fandiño, Mariana (2013). El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

_____. (2015). La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato. Vniversitas, 64 (130), págs. 21-52. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.cpdn

_____ y Pico-Zúñiga, Fernando (2015). "Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario. Una mirada comparativa entre España y Colombia". En: Revista Vniversitas No. 131, págs. 149-194.

Bianca, Massimo (2007). Derecho civil: El contrato (Traducido por: Hinestrosa, Fernando y Cortés Édgar). Universidad Externado. Bogotá.

Bonilla, Daniel, Crawford, Colin y González, Carmen (2008). "El liberalismo neoclásico, el libre mercado y sus críticos". En: Derecho, democracia y economía de mercado. Universidad de Los Andes-Temis. Bogotá.

Botero, Sandra (2006). “La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia”. En: Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, núm. 33. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, págs. 85-109.

Broseta Pont, Manuel (1965). La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil. Madrid. Tecnos.

Caballero Escobar, Enrique (1970). Historia Económica de Colombia. Italgraf. Bogotá.

Cabrera Bedoya, Jaime (2001). “La Constitución de 1991: ¿un nuevo régimen para la propiedad privada en Colombia?”. En: Revista de derecho privado No. 7. Universidad Externado de Colombia.

Caballero Argáez, Carlos y Urrutia Montoya, Miguel (2005). Las crisis financieras del siglo XX. Fedesarrollo. Bogotá.

Calderón Villegas, Juan Jacobo. (2017). La Constitucionalización del Derecho Privado. 3ra. Edición. Bogotá: Universidad del Rosario - Universidad de los Andes - Temis.

_____. (2011). Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y las juezas en Colombia: área civil. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá.

Calvo, Manuel (1993). "Transformaciones del derecho civil", en Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo. España: Universidad de Murcia.

Calle, Sol (2009). “Apuntes jurídicos sobre la protección de datos personales a la luz de la actual norma de habeas data en Colombia”. Revista Precedente, págs. 219-238.

Cámara Lapuente, Sergio (2011). “El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”. En: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Nº 1, págs. 84-117.

Camargo, Andrea; Magnoni, Barbara y Zimmerman Emily (2014). De "puras" intenciones a la práctica: desafíos y buenas prácticas en la protección a los consumidores en el ámbito de los microseguros. Microinsurance Network.

Cano Blandón, Luisa (2014). “La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En: Papel Político, 19(2), págs. 435-458.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2007). “Justicia y abuso contractual”. En: Mantilla, Fabricio y Ternera Francisco (eds.). Los contratos en el derecho privado. Legis-Universidad del Rosario

Carpena, Fenella; Cole, Shawn; Shapiro, Jeremy y Zia, Bilial (2015). The ABCs of Financial Education: experimental evidence on attitudes, behavior, and cognitive biases. The World Bank. Washington D.C.

Carbonell, Miguel (2009). "Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas" En: La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, págs. 55-89.

Cárdenas, Mauricio y Badel, Alejandro (2003). La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: Causas y consecuencias. Banco Interamericano de Desarrollo.

Cárdenas, Ivonne y Muñoz, Angela (2008). Actividad edificadora y crédito hipotecario en 2008. Cámara Colombiana de la Construcción- Camacol. Bogotá.

Cárdenas, Ivonne, Castellanos, Paola y Montoya, Vanesa (2009). Nuevos mecanismos para impulsar la actividad edificadora. Informe económico No. 15. Cámara Colombiana de la Construcción- Camacol. Bogotá.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2016). "Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro". En: Cárdenas Juan, Calderón, Juan y López, Yira, Derecho Comercial. Cuestiones fundamentales. Universidad del Rosario – Legis, págs. 5-27.

Castaño, Jairo Andrés (2013). "Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana". Revista Derecho del Estado n.º 31, julio-diciembre del 2013, págs. 119-160.

Ceballos Ramos, Olga y Saldarriaga Roa, Alberto (2008). Vivienda Social en Colombia. Una mirada desde su legislación 1918-2005. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Céspedes-Báez, Lina (2013). "Réquiem para un buen padre de familia o la crisis del derecho civil como derecho común de los particulares: el caso colombiano". En: Estudios de derecho privado. Universidad del Rosario, Bogotá.

Chamie, José (2013). "Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor". Revista de derecho privado. No. 24, págs. 115 a 132.

_____. (2008). "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión legal del contrato". Revista de derecho privado. No. 14, págs. 113-138.

Chiappe de Villa, María Luisa (1999). La política de vivienda de interés social en Colombia en los noventa. Serie Financiamiento del Desarrollo N° 80, CEPAL, Naciones Unidas. Santiago de Chile.

Chirivi, Edwin; Quiroz, Óscar y Rodríguez, Darío (2011a.). "Perspectivas del mercado de vivienda nueva y del sector edificador en 2012 ¿Continuará la fiesta?" Informe Económico no. 33. Cámara Colombiana de Construcción - Camacol. Bogotá.

_____. (2011b.). “Mecanismo de cobertura a la tasa de interés. Impacto en el mercado de vivienda y en la capacidad de pago de los hogares”. Informe Económico no. 34. Cámara Colombiana de Construcción -Camacol. Bogotá.

Cifuentes Muñoz, Eduardo (1997). El hábeas data en Colombia. Ius et Praxis. Vol. 3. Universidad de Talca, págs. 81-99.

_____. (1998). El leasing. Temis. Bogotá.

Clavijo, Sergio (2001). Fallas y fallos de la Corte Constitucional. Alfaomega-Cambio. Bogotá. Disponible en: http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf

Clavijo, Sergio; Janna, Michel y Muñoz, Santiago (2005). La vivienda en Colombia: sus determinantes socio-económicos y financieros. En: Desarrollo y Sociedad, núm. 55, Universidad de Los Andes, Bogotá, págs. 101-165.

Clavijo, Sergio; Vera, Alejandro y Cuéllar Ekaterina (2016), “Crisis económicas e implicaciones de política (1995-2016)”. En: Carta Financiera. No. 174. Asociación Nacional de Instituciones Financieras – ANIF, págs. 10-19.

Correa Henao, Magdalena (2008). Libertad de empresa en el Estado social de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Corredor Higuera, Jorge Armando (2015). “La armonización en materia de protección al consumidor financiero en américa latina”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLVIII, núm. 144, págs. 931-972.

Cortés, Édgar (2007), "Fluidez y certeza del derecho ¿hacía un sistema abierto de fuentes?". En: *El Derecho En El Contexto De La Globalización*. Universidad Externado De Colombia, Bogotá, págs. 159 – 186.

Courtis, Christian (2009). “Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada”. En: En: La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, págs. 191-200.

_____. (2006a). “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática” en: Observar la ley (Ed. Courtis, Christian), Trotta. Madrid, págs. 105-156.

_____. (2006b). "Detrás de la ley. Lineamientos del análisis ideológico del derecho”, en: Observar la ley (Ed. Courtis, Christian), Editorial Trotta. Madrid, págs. 349-342.

_____. (2006c). “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En: Ni un paso atrás. La prohibición de

regresividad en materia de derechos sociales (Ed. Courtis, Christian). Buenos Aires. Editores del Puerto, págs. 3-52.

_____ y Espejo Nicolás (2007). Por un "contrato de cohesión social": apuntes exploratorios. Serie políticas sociales No. 129. Cepal.

Cruz Parcero, Juan Antonio (2006). "Los métodos para los juristas", en: Observar la ley (Ed. Courtis Christian), Editorial Trotta. Madrid, págs. 17-40.

Cuéllar, María Mercedes (2006). ¿A la vivienda quién la ronda? Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Cuervo Nicolás y Samuel Jaramillo (2009). Dos décadas de política de vivienda en Bogotá apostando por el mercado. Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico. Universidad de Los Andes. Bogotá.

De Cabo Martín, Carlos (2001). Sobre el concepto de ley. Trotta. Madrid.

Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel (2012). "El nuevo estatuto del consumidor en Colombia: su incidencia en el Contrato de seguro". En: Revista ibero-Latinoamericana de Seguros. V.21, no.36, págs. 59-96.

Díaz, Alejandra y Pinzón, Mariana (2011). Educación financiera de seguros en Colombia. Experiencias, lecciones y perspectivas. Fasecolda.

Duguit, Leon (1920). Las trasformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. (Traducido por: Posada, Carlos). 2ª ed. Librería española y extranjera de Francisco Beltrán. Madrid.

Escobar, José; Flórez, Luz y Posada, Carlos (2004). "El crédito y sus factores determinantes: el caso colombiano (1990-2004)". Borradores de economía, No. 311. Banco de la República de Colombia.

Eide, Asbjorn (2010). "Adecuate standard of living". En: International Human Rights Law. 2a ed. Oxford University Press, págs. 195-216.

Farina, Juan (2004). Defensa del consumidor y del usuario. Buenos Aires: Astrea.

Ferrajoli, Luigi (2000). Derecho y razón. 5ª edición. Trotta. Madrid.

Fierro Méndez, Rafael (2013). "Aspectos contractuales del Nuevo Estatuto del Consumidor. Interpretación de los contratos -Ley 1480 de 2011-". En: Derecho del consumo. Problemáticas actuales. Universidad Santo Tomás – Ibañez. Bogotá, págs. 77-121.

Farina, Juan (2011). Defensa del consumidor y del usuario. Astrea. Buenos Aires.

Galgano, Francesco. (1987). Historia del derecho mercantil. (Traducido por: Bisbal, Joaquín de la versión publicada en 1976). Editorial Laia. Barcelona.

_____. (1995) "The New Lex Mercatoria". En: Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2: Iss. 1, Article 7, págs. 98-110.

Galvis Castro, Felipe (2014). Tendencias jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana en materia de derecho a la vivienda. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

García Villegas, Mauricio, Rodríguez Garavito, César y Uprimny, Rodrigo (2006), ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.

Gargarella, Roberto y Courtis, Christian (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Cepal.

Garrido-Cordobera, Lidia (2008). "Las desigualdades negociales y la trascendencia del poder en la negociación contractual". En: Vniversitas, No. 115, págs. 213-246.

Garrigues, Joaquín (1975). Contratos bancarios. Editorial Gráficas Aguirre. Madrid.

_____. (1981). Curso de Derecho Mercantil. Porrúa. México.

_____. (1971). Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Ed. Tecnos, Madrid.

Gaviria, Alejandro (2004). Del romanticismo al realismo social: lecciones de la década del 90. Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico. Universidad de Los Andes. Bogotá.

Gaviria, Alejandro y Tovar, Jorge (2011). El Potencial de Política de vivienda en Colombia. Ponencia. III Foro de Vivienda Asobancaria. Un país en obra: proyección y análisis.

Ghersi, Carlos A. (1998). Contratos problemática moderna nulidades contractuales y cláusulas abusivas. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza.

Giraldo, Alejandro (2002). "El Estado de Situación de la Protección al consumidor en el Ámbito Nacional y Comunitario: Una Propuesta de Decisión". En: Biblioteca Digital Andina.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio (2014). El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Giraldo Izasa, Fabio y López, Héctor Fernando (1987). El UPAC, la política económica y la construcción. Cámara Colombiana de la Construcción. Bogotá.

Gilbert, Alan (2004). “Helping the poor through housing subsidies: lessons from Chile, Colombia and South Africa”. En: Habitat International, Vol. 28, págs. 13–40.

Gómez Estrada, César (2008). De los principales contratos civiles. Cuarta edición. Temis. Bogotá.

Gonzáles Arrieta, Gerardo (2002). El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina. CEPAL-serie de financiamiento. Santiago de Chile.

González Escobar, Luis Fernando (2015). La vivienda social en Colombia: política y arquitectura. En: Revista Universidad de Antioquia, págs. 101-107.

Gregory, Alexander y Peñalver, Eduardo (2012). An introduction to property theory. Cambridge University Press. Nueva York.

Hausman Ricardo y Rojas-Suárez Liliana (1997). “Conclusiones y debate de políticas” en: Las crisis bancarias en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo y Fondo de Cultura Económica.

Held, Günter (2000). Políticas de viviendas de interés social orientadas al mercado: experiencias recientes con subsidios a la demanda en Chile, Costa Rica y Colombia. CEPAL.

Henao, Juan (2013). "El juez constitucional: un actor de las políticas públicas" en: Revista de Economía Institucional, vol. 15, nº 29, segundo semestre/2013, págs. 67-102.

Hinestrosa, Fernando (2015). Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico. Universidad Externado de Colombia.

Hohfeld, Wesley Newcomb (2009). Conceptos jurídicos fundamentales. Fontamara. México.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (2011). El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos. (Traducido por: Stella Mastrangelo de la edición publicada en 1999). Siglo 21 Editores. Buenos Aires.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique (2006). “El tratamiento constitucional de la actividad financiera”. En: Temas de Derecho Financiero Contemporáneo. Universidad del Rosario.

Jaramillo Salgado, Patricia (2012). “La protección del consumidor de seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas”. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. 37, págs. 213-233.

Jolly, Jean-François (2008). "¿Hilo de Ariadna o tela de Penélope? Una reflexión crítica sobre la política de vivienda urbana para la población en situación de desplazamiento en Colombia" En: Cuadernos de vivienda y urbanismo. Vol. 1 No. 1, Pontifica Universidad Javeriana, págs. 64-95.

Kennedy, Duncan (2001). "Legal formalism". En: Encyclopedia of social and behavioral sciences. Stanford. págs. 8634-8638.

Knoepfel, Peter; Larrue, Corinne, Subirats, Joan y Varonne, Frederic (2008). Análisis y gestión de políticas públicas. Ariel. Barcelona.

Currie, Lauchlin (1965). Operación Colombia. Reimpresión. Cámara de Comercio de Barraquilla.

Lazzarato, Maurizio (2013). La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal (traducido por: Pons, Horacio). Amorrortu editores. Buenos Aires – Madrid.

Leckie, Scott (1992). From housing needs to housing rights: an analysis of the right to adequate housing under international human rights law. International Institute for Environment and Development. Londres.

León Robayo, Édgar Iván (2016). "Los actos no mercantiles… o la falacia de la mercantilidad". En: Derecho comercial. Cuestiones fundamentales. Universidad del Rosario y Legis. Bogotá.

Llano Jorge y Urrutia Miguel (2012). Los actores en la crisis económica de fin de siglo. Universidad de Los Andes. Bogotá.

López Medina, Diego (2001). "Hacia la reconstrucción de la teoría del derecho privado en Colombia: reflexiones sobre la Ley 153 de 1887". En: Revista de Derecho Privado.

López Castro, Yira (2017). "La realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia. Una narración sobre la intervención constitucional en los contratos de vivienda". En: Derecho económico contemporáneo. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito.

_____. (2016). "Viviendo bajo un contrato: la constitucionalización del derecho contractual". En: Revista Jurídicas. Vol. 13, N. 2. Universidad de Caldas.

_____. (2016). "Un derecho contractual para la vivienda". En: Revista Precedente. Universidad Icesi.

_____. (2015). "Instrumentos internacionales de derechos socioeconómicos. Una revisión a partir de la realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia". En:

Derecho Internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra, págs. 379-394. Universidad del Rosario. Bogotá.

_____. (2014). "Derecho del consumo en materia de vivienda. Desafíos para el derecho contractual desde la jurisprudencia constitucional". En: Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, págs. 1-16. Universidad de Los Andes.

López Garavito, Luis Fernando (2003). Una visión del desarrollo institucional de la Superintendencia Bancaria de Colombia (1923-2003). Superintendencia Financiera. Bogotá.

López Murcia, Néstor Fernando (2012). "El derecho a una vivienda adecuada I: una propuesta sobre cómo medir el cumplimiento del aspecto 'lugar'". En: International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 21, julio-diciembre, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. págs. 393-431.

López Raygada, Pierino Stucchi (2013). "La ciudadanía económica en el Perú: El consumidor". En: Derecho del consumo. Problemáticas actuales. Universidad Santo Tomás – Ibañez. Bogotá, págs. 534-552.

López Roca, Luis Fernando (2012). El principio de igualdad en la actividad financiera. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

MacNeil, Ian. (1980). (1980). The new social contract: an inquiry into modern contractual relations, New Haven, Yale University Press.

_____. "Power, contract and the economic model". En: Journal of Economic Issues, págs. 909-923.

_____. (1986). Exchange revisited: individual utility and social solidarity, 96 Ethics, págs. 567-593.

Mantilla Espinosa, Fabricio (2016). "La analogía en el derecho comercial". En: Derecho comercial. Cuestiones fundamentales. Universidad del Rosario y Legis. Bogotá.

_____. (2007). "La 'constitucionalización' del derecho privado" en Revista Oficial del Poder Judicial, V. 1, Poder Judicial Perú, 2007.

Martínez Neira, Néstor Humberto (2003). "Seis lustros de jurisprudencia mercantil". En Revista Vniversitas. No. 105. Universidad Javeriana. Bogotá.

Martínez Rangel, Rubí y Reyes Garmendia, Ernesto (2012). "El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina". En: Política y cultura, N. 37. México, págs. 35-64.

Manzano Chavez, Liliana. (2008). Defensa del Consumidor. Análisis Comparado de los Casos Argentina, Brasil, Chile y Uruguay. Serie Análisis y Propuestas. Friedrich Ebert Stiftung Chile.

Melish, Tara (2008). "The Inter-American Court of Human Rights". En: Langford, Malcolm (Ed). Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Cambridge University Press, págs. 372-408.

Mena Romaña, Elvia (2011). "Habitabilidad de la vivienda de interés social prioritaria en el marco de la cultura". En: Cuadernos de Vivienda y Urbanismo. Universidad Javeriana, págs. 296-314.

Mény, Ives y Thoening, Jean-Claude (1992). Las políticas públicas (Traducido por: Del Carril, Salvador). Ariel. Barcelona.

Miloon, Kothari (13 de febrero del 2008). Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. Asamblea General de la ONU.

Montoya, Fernando (2005). "La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual". En: Revista de Derecho Privado. Universidad del Externado, págs. 135-146.

Monsalve Caballero, Vladimir (2013). "La responsabilidad precontractual con ocasión del incumplimiento de la obligación de información en el en el Nuevo Estatuto de Consumo (NEC)". En: Derecho del consumo. Problemáticas actuales. Universidad Santo Tomás – Ibañez. Bogotá, págs. 231-263.

Morales, Rolando (2003). "Situación actual del financiamiento a la vivienda en Bolivia". Documento de Trabajo no. 50. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington.

Moyn, Samuel (2015). La última utopía. Los derechos humanos en la historia (traducido por: González Jácome, Jorge). Editorial Pontifica Universidad Javeriana. Bogotá.

Mullock, Philip (1983). "The New Paradigm of Contract: A Hermeneutical Approach", 17 Valparaiso University Law Review, págs. 677-704.

Namén, Olga y Urrutia, Miguel (2012). "Historia del crédito hipotecario en Colombia". En Ensayos sobre política económica, vol. 30, núm. 67. Banco de la República. Bogotá, págs. 281-306.

Nicolau, Noemí L. (2009). Fundamentos del Derecho Contractual. La Ley. Buenos Aires.

Núñez, Antonio (2005). Manifiesto por una justicia constitucional responsable. Bogotá: Legis - Instituto de Desarrollo y Libertad.

Nogueira Alcalá, Humberto (2009). "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". En: Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 7, no. 2.

Núñez Méndez, Jairo (2010). "Causas estructurales de la pobreza y desigualdad: la necesidad de transitar hacia una economía social de mercado". En: Más allá de la seguridad democrática. Agenda hacia nuevos horizontes. Pontifica Universidad Javeriana. Bogotá.

Ocampo Gaviria, José Antonio (1997). "Crisis mundial y cambio estructural (1929-1945)". En: Historia Económica de Colombia. Presidencia de la República. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, págs. 281-330.

_____. (2001). Un futuro económico para Colombia. Disponible en: https://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/6194/colombiafuturo2.pdf. Consultado el 13 de junio del 2017.

_____ y Romero Baquero, Carmen Astrid (2015). "La búsqueda, larga e inconclusa de un nuevo modelo (1981-2014)". En: Historia Económica de Colombia. Fondo de Cultura Económica – Fedesarrollo, págs. 298-372, Bogotá.

Ortiz Flores, Enrique (2008). "De Vancouver 1976 a Vancouver 2006. Una Revisión Critica desde la Perspectiva no gubernamental". Habitat International Coalition. Disponible en: http://hic-gs.org/content/Foro_Vancouver_1976-2006.pdf. Consultado el 1 de febrero de 2015.

Oviedo Albán, Jorge (2013). "Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles" en: Revista de Derecho Privado. N.º 25. Universidad Externado de Colombia, págs. 81-107. Bogotá.

Pallarés Porta, Francesc (1998). "Las políticas públicas: El sistema político en acción". Revista de estudios políticos, Nº 62, Madrid, págs. 141-162.

Pinzón, José Gabino (1957). Derecho Comercial. Cuestiones generales y quiebras. Temis. Bogotá.

_____. (1996). Introducción al derecho comercial. Temis. Bogotá.

Prado Villegas, César (2011). "Desarrollo legal Ley 45 de 1990 – Ley 1328 de 2009". En: El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 25 de 1990. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

Pisarello, Gerardo (2009). “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’”. En: La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, págs. 31-54.

_____. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Editorial Trotta. Madrid.

_____. (2004). “Vivienda para todos: derecho en construcción”. En: Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los Derechos Sociales. Centro por la Justicia y El Desarrollo Internacional. San José de Costa Rica.

_____. (2003). Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Icaria. Madrid.

Quinche Ramírez, Manuel (2015). Derecho constitucional colombiano. Temis. Bogotá.

_____. (2014). El precedente judicial y sus reglas. Legis-Universidad del Rosario. Bogotá.

_____. (2009). Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas. Universidad del Rosario. Bogotá.

Rengifo García, Ernesto (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

_____. (2014). Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Legis. Bogotá.

Rengifo Gardeazábal, Mauricio (2015). “Teoría general del contrato. Introducción a las teorías clásicas”. Derecho de las obligaciones. Tomo I. Universidad de los Andes-Temis. Bogotá, págs. 315-354.

_____. (2014). “Teoría del contrato, libertad y determinismo social: la posición incompatibilista”. En: Discusiones. No. 15, 2, págs. 49-84.

Restrepo Medina, Manuel y López Cárdenas, Carlos (2012). “Medición de la eficacia de los mecanismos judiciales de protección de los derechos en el modelo del Estado regulador”. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 14, núm. 2, págs. 145-184.

Robledo, Jorge (1985). El drama de la vivienda en Colombia. Ancora Editores. Bogotá.

Rodríguez Garavito, César y Rodrigo Uprimny (2006), "¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia". En: ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Norma, Bogotá.

Rodríguez Azuero, Sergio (2005). Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Legis. Bogotá.

Rodríguez Yong, Camilo Andrés (2013). Una aproximación a las cláusulas abusivas. Universidad del Rosario-Legis. Bogotá.

Rouillon, Adolfo. (2006). Derechos de Crédito y Procesos Concursales. Banco Mundial. Washington D.C.

Rueda Serrano, Manuel Guillermo (mayo de 2014). "El Contrato de seguro frente a los pronunciamientos de la Corte Constitucional". Conferencia para el II Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Mayo de 2014. Santa Marta. En: http://www.fasecolda.com/index.php/eventos/memorias/2014/segundo-congreso-internacional-de-derecho-de-seguros-actuales-paradigmas-juridicos/memorias/ (consultadas el 8 de noviembre de 2016).

Rusconi, Dante (2013). "La noción de consumidor en la Ley 1480 de 2011". En: Derecho del consumo. Problemáticas actuales. Universidad Santo Tomás – Ibañez. Bogotá. Págs. 77-121.

Sánchez Belalcázar, Alfredo (2016). "Carácter mercantil de las operaciones bancarias". En: Derecho comercial. Cuestiones fundamentales. Universidad del Rosario-Legis. Bogotá.

Simma, Bruno (2003). "Introduction" en: Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies. Centre on Housing Rights & Evictions. Geneva.

Shina, Fernando (2017). Estatuto del consumidor. Comentarios a la Ley 1480. Universidad del Rosario y Astrea. Bogotá-Buenos Aires.

Solarte Rodríguez, Arturo (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: Vniversitas No. 108, págs. 282-315.

Stiglitz, Gabriel (1990). Protección jurídica del consumidor. Depalma. Buenos Aires.

Stiglitz, Joseph E. (2012). El precio de la desigualdad. Taurus. Bogotá.

_____. Joseph E. (2010). Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial. Taurus. México.

Stoffel Munck, Philippe (2013). "La autonomía del derecho contractual: de una lógica civilista a una lógica de regulación". Revista de Derecho Privado, nº 25, julio - diciembre, págs. 57 a 79.

Tafur Morales, Francisco (1939). La nueva jurisprudencia de la Corte. Editorial Óptima. Bogotá.

Tobar Ordóñez, Jaime Humberto (2016). "Deberes del comerciante frente a las normas del derecho de la competencia". En: Cárdenas Juan, Calderón, Juan y López, Yira, Derecho Comercial. Cuestiones Fundamentales. Universidad del Rosario – Legis, Bogotá, págs. 343- 363.

Tambussi, Carlos Eduardo (2014). "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos". En: Lex No. 13. http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.38, págs. 90-111.

Tapia, Mauricio (2008). "Orden público de protección en el derecho chileno". En: Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet. Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo Laneri y Universidad del Rosario. Bogotá.

Tarchópulos Sierra, Doris (2008). "El sistema nacional de vivienda de interés social (1990-2007) en: Vivienda Social en Colombia. Una mirada desde su legislación 1918-2005. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Taruffo, Michele (2011). La motivación de la justica civil. Traducido por: Córdoba, Lorenzo. Trotta. Madrid.

_____. (2009). Páginas sobre justicia civil. Traducido por: Aramburo, Maximiliano. Marcial Pons. Madrid.

Torres, Alejandro (2011). "La crisis colombiana de finales de siglo XX: ¿Un choque real o financiero? En: Perfil de Coyuntura Económica. No. 18. Universidad de Antioquia, Págs. 79-96.

Torres-Ramírez, Jorge Enrique (2012). Estudio sobre el mercado de arrendamiento de vivienda en Colombia. Informe final. Banco Interamericano de Desarrollo.

_____. (2009). "Análisis del marco institucional y propuestas para el logro de avances en la política de vivienda en Colombia". En: Cuadernos de Vivienda y Urbanismo. Vol. 2, No. 4, págs. 302 – 322.

Torres-Ramírez, Jorge Enrique y Pérez, Elizabeth. (2008). "Caracterización del mercado de arrendamientos urbano para el segmento de la población de bajos ingresos". Revista INVI, No. 63, vol. 23, págs. 53-87.

Touraine, Alain (2013). Después de la crisis. (Traducido por Soler, Martí). Fondo de Cultura Económica. México.

Trebilcock, Michael J. (1993). The Limits of Freedom of Contract. Cambridge, MA, Harvard University Press.

Uprimny Reyes, Rodrigo (2006). “The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debates”. En: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar y Roux Theunis (Editores). Courts and social transformation in new democracies. An institutional voice for the poor? Editorial Ashgate, Hampshire, págs. 127-152.

Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (2006), ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.

Uribe, José y Vargas, Hernando (2002). “Financial Reform, Crisis and Consolidation in Colombia”. Borradores de economía, Nº 204. Banco de la República de Colombia.

Valencia Restrepo, Jorge (1987). “La Misión Kemmerer y los intereses financieros británicos en Colombia durante la década de 1920”. En: Lecturas de Economía. No. 24. Medellín, págs. 9-53.

Valenzuela Gruesso, Mauricio (2006). “El crédito de vivienda después de los años noventa”. En: Temas de derecho financiero contemporáneo. Universidad del Rosario. Bogotá, págs. 275-330.

Varón Palomino, Juan Carlos (2015). “De las obligaciones de dinero”. En: Derecho de las obligaciones. Tomo I. Universidad de los Andes-Temis. Bogotá, págs. 101-183.

Vásquez, Claudia (2012). Protección al consumidor financiero. Avances y retos del sector asegurador. Fasecolda. Bogotá.

Velásquez Gavilanes, Raúl (2009). “Hacia una nueva definición del concepto política pública”. En: Revista Desafíos. Bogotá, págs. 149-187.

Villalba Cuéllar, Juan Carlos (2009). “La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano”. En: Vniversitas, N° 119, págs. 303-340.

Vivante, Cesar (1932). Tratado de derecho mercantil. Tomo I. (Traducido por: Silió, Cesar).

Wieacker, Franz (1957). Historia del derecho privado de la edad moderna. (Traducción del alemán por Fernández, Francisco). Aguilar. Madrid.

Wiesner Morales, Luis Roberto (1990). "Los códigos mercantiles en la Colombia decimonónica: La migración de un ideal igualitario". En: Revista De Derecho Privado, v. 7. Universidad de Los Andes. Bogotá, págs. 77 – 95.

_____. (1986). “Sociedad de masas, derecho privado y contratación estándar”. En: Revista de derecho privado, v. 1. Universidad de Los Andes. Bogotá, págs. 3-32.

Decisiones Judiciales

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 13 de noviembre de 1996. C.P.: Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Expediente No. 4033.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. 21 de mayo de 1999. C. P. Daniel Manrique Guzmán. Expediente 9280.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N. 11001-03-06-000-2016-00066-00. 14 de septiembre de 2016. C.P. Édgar González López

Corte Constitucional

C-575 de 1992. 29 de octubre de 1992. M.P.: Alejandro Martinez Caballero.

C-006 de 1993. 18 de enero de 1993. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-060 de 1993. 22 de febrero de 1993. M.P.: Fabio Moron Diaz.

C-367 de 1995. 16 de agosto de 1995. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

C-192 de 1996. 8 de mayo de 1996. M.P.: Jorge Arango Mejía.

C-660 de 1996. 28 de noviembre de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

C-122 de 1997. 12 de marzo de 1997. M.P: Antonio Barrera y Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-535 de 1997. 23 de octubre de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

C-252 de 1998. 26 de mayo de 1998. M.P.: Carmenza Isaza de Gómez.

C- 122 de 1999. 1 de marzo de 1999. M.P.: Fabio Morón Díaz.

C-136 de 1999. 4 de marzo de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

C-383 de 1999. 27 de mayo de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

C-595 de 1999. 18 de agosto de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

C-700 de 1999. 16 de septiembre de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

C-747 de 1999. 6 de octubre de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

C-010 de 2000. 19 de enero de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

C-955 de 2000. 26 de julio de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

C-1140 de 2000. 30 de agosto de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

C-1141 de 2000. 30 de agosto de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-973 de 2002. 13 de noviembre de 2002. M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

C-936 de 2003. 15 de octubre de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

C-038 de 2004. 27 de enero de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

C-722 de 2004. 3 de agosto de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

C-865 de 2004. 7 de septiembre de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

C-423 de 2005. 26 de abril de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

C-731 de 2005. 12 de julio de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

C-341 de 2006. 3 de mayo de 2006. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

C-993 de 2006. 29 de noviembre de 2006. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

C-352 de 2009. 20 de mayo de 2009. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

C-444 de 2009. 8 de julio de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C-749 de 2009. 21 de octubre de 2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-228 de 2010. 24 de marzo de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-317 de 2010. 5 de mayo de 2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla (S.V. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Gabriel Eduardo Mendoza, Juan Carlos Henao Pérez).

C-830 de 2010. 20 de octubre de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-263 de 2011. 6 de abril de 2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C-790 de 2011. 20 de octubre de 2011. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

C-592 de 2012. 25 de julio de 2012. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

C-909 de 2012. 7 de noviembre de 2012. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

C-313 de 2013. 23 de mayo de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

C-133 de 2014. 11 de marzo de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

C-133 de 2014. 11 de marzo de 2014. A.V del M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

C-133 de 2014. 11 de marzo de 2014. S.V. del M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

C-133 de 2014. 11 de marzo de 2014. A.V. de la M.P: María Victoria Calle Correa.

C-370 de 2014. 11 de junio de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C-538 de 2015. 5 de octubre de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

C-032 de 2017. 25 de enero de 2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

SU-111 de 1997. 6 de marzo de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

SU-157 de 1999. 10 de marzo de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

SU-166 de 1999. 17 de marzo de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

SU-846 de 2000. 6 de julio de 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

SU-1150 de 2000. 30 de agosto de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

SU-813 de 2007. 4 de octubre de 2007. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

SU-353 del 2013. 19 de junio de 2013. M.P.: María Victoria Calle Correa.

SU-556 de 2016. 13 de octubre de 2016. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-406 de 1992. 5 de junio de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

T-423 de 1992. 24 de junio de 1992. M.P.: Fabio Morón Díaz.

T-308 de 1993. 4 de agosto de 1993. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-382 de 1993. 14 de septiembre de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

T-021 de 1995. 1 de febrero de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

T-057 de 1995. 20 de febrero de 1995. M.P.: Orlando Yidi Dacarett.

T-251 de 1995. 5 de junio de 1995. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

T-309 de 1995. 13 de julio de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

T-495 de 1995. 7 de noviembre de 1995. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

T-499 de 1995. 8 de noviembre de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-516 de 1995. 15 de noviembre de 1995: M.P.: Fabio Morón Díaz.

T-617 de 1995. 13 de diciembre de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

T-172 de 1997. 4 de abril de 1997. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

T-227 de 1997. 5 de mayo de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

T-258 de 1997. 28 de mayo de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

T-011 de 1998. 29 de enero de 1998. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

T-203 de 1999. 7 de abril de 1999. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

T-495 de 1999. 9 de julio de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Diaz.

T-352 de 2002. 9 de mayo de 2002. M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

T-1196 de 2000. 14 de septiembre de 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-661 de 2001. 26 de junio de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

T-958 de 2001. 6 de septiembre de 2001. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

T-1165 de 2001. 6 de noviembre de 2001. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-1319 de 2001. 7 de diciembre de 2001. M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

T-083 de 2002. 12 de febrero de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-325 de 2002. 2 de mayo de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-588 de 2002. 1 de agosto de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-1085 de 2002. 5 de diciembre de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería

T-083 de 2003. 6 de febrero de 2003. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-141 de 2003. 20 de febrero de 2003. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-323 de 2003. 24 de abril de 2003. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-346 de 2003. 2 de mayo de 2003. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-373 de 2003. 9 de mayo de 2003. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-423 de 2003. 23 de mayo de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

T-466 de 2003. 5 de junio de 2003. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-468 de 2003. 5 de junio de 2003. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-587 de 2003. 17 de julio de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-602 de 2003. 23 de julio de 2003. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-756 de 2003. 28 de agosto de 2003. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-772 de 2003. 4 de septiembre de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-822 de 2003. 18 de septiembre de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-859 de 2003. 25 de septiembre de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

T-025 de 2004. 22 de enero de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-145 de 2004. 19 de febrero de 2004. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

T-179 de 2004. 21 de febrero de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-321 de 2004. 1 de abril de 2004. M.P.: Jaime Rentería.

T-222 de 2004. 8 de marzo de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

T-363 de 2004. 22 de abril de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

T-608 de 2004. 17 de junio de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

T-701 de 2004. 29 de julio de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

T-791 de 2004. 23 de agosto de 2004. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-793 de 2004. 23 de agosto de 2004. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T- 608 de 2004. 17 de junio de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

T-006 de 2005. 19 de enero de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-129 de 2005. 17 de febrero de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

T-170 de 2005. 25 de febrero de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-212 de 2005. 10 de marzo de 2005. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

T-263 de 2005. 17 de marzo de 2005. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-282 de 2005. 18 de marzo de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-357 de 2005. 8 de abril de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

T-494 de 2005. 13 de mayo de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-611 de 2005. 9 de junio de 2005. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-626 de 2005. 16 de junio de 2005. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-652 de 2005. 23 de junio de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-676 de 2005. 30 de junio de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-769 de 2005. 25 de julio de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

T-894 de 2005. 26 de agosto de 2005. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-1091 de 2005. 26 de octubre de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

T-1092 de 2005. 26 de octubre de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

T-1157 de 2005. 17 de noviembre de 2005. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-1186 de 2005. 18 de noviembre de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

T-1318 de 2005. 14 de diciembre de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-1091 de 2005. 26 de octubre de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

T-207 de 2006. 16 de marzo de 2006. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-372 de 2006. 18 de mayo de 2006. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-391 de 2006. 23 de mayo de 2006. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-403 de 2006. 25 de mayo de 2006. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

T-419 de 2006. 26 de mayo de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-450 de 2006. 6 de junio de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.

T-515 de 2006. 7 de julio de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-548 de 2006. 13 de julio de 2006. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-585 de 2006. 27 de julio de 2006. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-597 de 2006. 27 de julio de 2006. M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

T-899 de 2006. 3 de noviembre de 2006. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-040 de 2007. 1 de febrero de 2007. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-905 de 2007. 30 de octubre de 2007. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-1017 de 2007. 22 de noviembre de 2007. M.P.: Mauricio González Cuervo.

T-028 de 2008. 23 de enero de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-079 de 2008. 31 de enero de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

T-152 de 2008. 15 de febrero de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-268 de 2008. 11 de marzo de 2008. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

T-585 de 2008. 12 de junio de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-630 de 2008. 26 de junio de 2008. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

T-1027 de 2008. 17 de octubre de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-544 de 2009. 6 de agosto de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa

T-910 de 2009. 7 de diciembre de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-312 de 2010. 3 de mayo de 2010. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-160 de 2010. 8 de marzo de 2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-672 de 2010. 31 de agosto de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-672 de 2010. 31 de agosto de 2012. S.V.: Luis Ernesto Vargas Silva.

T-832 de 2010. 21 de octubre de 2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-847 de 2010. 28 de octubre de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

T-865 de 2010. 3 de noviembre de 2010. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T- 907 de 2010. 12 de noviembre de 2010. M.P.: Gabriel Eduardo Martelo.

T-1018 de 2010. 9 de diciembre de 2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-055 de 2011. 4 de febrero de 2011. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-191 de 2011. 17 de marzo de 2011. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

T-340 de 2011. 5 de mayo de 2011. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-467 de 2011. 9 de junio de 2011. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-530 de 2011. 7 de julio de 2011. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-675 de 2011. 9 de septiembre de 2011. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-738 de 2011. 29 de septiembre de 2011. M.P.: Mauricio González Cuervo.

T-761 de 2011. 7 de octubre de 2011. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-946 de 2011. 16 de diciembre de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

T-086 de 2012. 16 de febrero de 2012. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

T-181 de 2012. 8 de marzo de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-185 de 2012. 8 de marzo de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-314 de 2012. 30 de abril de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-328A de 2012. 3 de mayo de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo.

T- 702 de 2012. 4 de septiembre de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

T-751 de 2012. 26 de septiembre de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-768 de 2012. 4 de octubre de 2012. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-813 de 2012. 16 de octubre de 2012. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-768 de 2012. 4 de octubre de 2012. S.V.: Alexei Julio Estrada.

T-908 de 2012. 7 de noviembre de 2012. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

T-136 de 2013. 13 de marzo de 2013. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-163 de 2013. 22 de marzo de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-662 de 2013. 23 de septiembre de 2013. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

T-902 de 2013. 3 de diciembre de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

T-222 de 2014. 2 de abril de 2014. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

T-246 de 2014. 11 de abril de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo.

T-328 de 2014. 3 de junio de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

T-398 de 2014. 26 de junio de 2014. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-492 de 2014. 10 de julio de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo.

T-830 de 2014. 10 de noviembre de 2014. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

T-024 de 2015. 23 de enero de 2015. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

T-140 de 2015. 27 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

T-346 de 2015. 5 de junio de 2015. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-408 de 2015. 30 de junio de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-628 de 2015. 1 de octubre de 2015. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Peréz.

T-763 de 2015. 16 de diciembre de 2015. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

T-227 de 2016. 11 de mayo de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-239 de 2016. 16 de mayo de 2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-240 de 2016. 16 de mayo de 2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

T-282 de 2016. 1 de junio de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

T-420 de 2016. 9 de agosto de 2016. M.P.: María Victoria Calle Correa.

T-670 de 2016. 30 de noviembre de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

T-035 de 2017. 26 de enero de 2017. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

T-251 de 2017. 26 de abril de 2017. M.P. (e): Iván Humberto Escrucería Mayolo

Corte Suprema de Justicia.

Sala de Casación Civil (19 de agosto de 1935). M.P.: Antonio Rocha

_____. (30 de agosto de 1935). M.P.: Antonio Rocha

_____. (20 de mayo de 1936). M.P.: Eduardo Zuleta Ángel.

_____. (21 de febrero de 1938). M.P.: Arturo Tapias Pilonieta.

_____. (13 de diciembre de 2001). N°. 6775. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

_____. (10 de septiembre de 2001) Rad. 6771.

_____. (3 de mayo de 2005). N°. 50001310030011999-044210-01. M.P.: César Julio Valencia Copete.

_____. (12 de diciembre de 2006). N°. 80031030021999-00238-01 M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar

_____. (1º de junio de 2007). N°. 66001-3103-004-2004-00179-01. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

_____. (7 de febrero de 2007). N°. 23162-31-03-001-1999-00097-01. M.P.: César Julio Valencia Copete.

_____. (6 de julio de 2007). N°. 05001-31-03-002-1999-00359-01. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

_____. (1 de diciembre del 2008). N°. 41298-3103-001-2002-00015-01. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

_____. (24 de septiembre de 2009). N°. 05360-3103-001-2005-00060-01. M.P.: César Julio Valencia Copete.

_____. (30 de abril de 2009). N° 25899 3193 992 1999 00629 01. M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

_____. (19 de noviembre de 2009). Tutela No. 11001-02-03-000-2009-02050-00. M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

_____. (1 de septiembre de 2010). N° 05001-3103-001-2003-00400-01. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

_____. (8 de febrero de 2011). N° T-11001-22-03-000-2010-01395-01. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

_____. (30 de junio de 2011). N° 76001-31-03-006-1999-0019-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

_____. (1 de noviembre de 2011). N° 11001-3103-018-2002-00292-01. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

_____. (14 de diciembre de 2011). N° 110013103014-2001-01489-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

_____. (21 de febrero de 2012). N° 11001-3103-040-2006-00537-01. M.P.: William Namén Vargas.

_____. (4 de julio de 2013). N° 1700131030032008-00216-01. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez

_____. (5 de febrero del 2015). Tutela N° 11001-02-03-000-2015-00113-00. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

_____. (15 de abril de 2016). Tutela N° 05001-22-03-000-2016-00126-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

_____. (22 de febrero de 2017). Tutela 11001-02-03-000-2017-00334-00. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

_____. (26 de septiembre de 2017). N.° 11001-31-03-001-2009-00479-01. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

_____. (15 de noviembre de 2017). N.° 68001-31-03-001-1998-00181-02. M.P: Álvaro Fernando García Restrepo.

Leyes expedidas por el Congreso de la República de Colombia

Ley 70 de 1931. 28 de mayo de 1931. "Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables".

Ley 7ª de 1943. 2 de marzo de 1943. “Por la cual se dictan algunas disposiciones de carácter económico y se dan unas autorizaciones al Gobierno”.

Ley 29 de 1945. 12 de diciembre de 1945. “Por la cual se fomenta la construcción de viviendas urbanas, como solución al problema de los arrendamientos”.

Ley 85 de 1946. 26 de diciembre de 1946. “Por la cual se provee a la financiación de viviendas para los trabajadores”.

Ley 155 de 1959. 24 de diciembre de 1959. “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

Ley 73 de 1981. 3 de diciembre de 1981. “Por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor”.

Ley 56 de 1985. 18 de junio de 1985. “Por el cual se dictan normas sobre arrendamiento de vivienda urbana y otras disposiciones”.

Ley 9 de 1989. 11 de enero de 1989. “Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”.

Ley 49 de 1990. “por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones”.

Ley 3ª de 1991. 15 de enero de 1991. “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones”.

Ley 258 de 1996. 17 de enero de 1996. “Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones”.

Ley 495 de 1999. 8 de febrero de 1999. “Por medio de la cual se modifica el artículo 3o., 4o. (literal A y B) 8o. y 9o. de la Ley 70 de 1931 y se dictan otras disposiciones afines sobre constitución voluntaria de patrimonio de familia”.

Ley 546 de 1999. 23 de diciembre de 1999. “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean

instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda".

Ley 790 de 2002. 27 de diciembre de 2002. "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República".

Ley 812 de 2003. 26 de junio de 2003. "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

Ley 820 de 2003. 10 de julio de 2002. "Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones".

Ley 854 de 2003. 25 de noviembre de 2003. "Por medio de la cual se modifica el artículo 1° y el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 258 de 1996, a fin de dar protección integral a la familia".

Ley 861 de 2003. 26 de diciembre de 2003. "Por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia".

Ley 1151 de 2007. 24 de julio del 2007. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

Ley 1266 de 2008. 31 de diciembre de 2008. "Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones".

Ley 1469 de 2011. 30 de junio de 2011. "Por la cual se adoptan medidas para promover la oferta de suelo urbanizable y se adoptan otras disposiciones para promover el acceso a la vivienda".

Ley 1480 de 2011. 12 de octubre de 2011. "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones".

Ley 1450 de 2011. 16 de junio de 2011. "Por la cual se expide plan nacional de desarrollo 2010-2014".

Ley 1537 de 2012. 20 de junio de 2012. "Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones".

Ley 1555 de 2012. 9 de julio de 2012. "Por medio de la cual se permite a los consumidores financieros el pago anticipado en las operaciones de crédito y se dictan otras disposiciones".

Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1712 de 2014. 6 de marzo de 2014. “Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1753 de 2015. 9 de junio de 2015. “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

Ley 1796 de 2016. 13 de julio de 2016. “Por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la función pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la superintendencia de notariado y registro y se dictan otras disposiciones”.

Decretos

Decreto 453 de 1956. 2 de marzo de 1956. “Por el cual se suprimen los depósitos y cauciones reales en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos”.

Decreto 1070 de 1956. 9 de mayo de 1956. “Por el cual se congelan los precios de los arrendamientos”.

Decreto 678 de 1972. 18 de mayo de 1972. “Por el cual se toman unas medidas en relación con el ahorro privado”.

Decreto 1131 de 1984. 16 de mayo de 1984. “Por el cual se interviene la actividad de las corporaciones de ahorro y vivienda”.

Decreto 863 de 1988. 5 de mayo de 1988. “por el cual se reglamenta el Decreto - Ley número 3466 de 1982, en cuanto a la fijación de precios, y se dictan otras disposiciones”.

Decreto 2591 de 1991. 19 de noviembre de 1992. "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

Decreto 2330 de 1998. 16 de noviembre de 1998. “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social”.

Decreto 2331 de 1998. 16 de noviembre de 1998. “Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias”.

Decreto 2702 de 1999. 30 de diciembre de 1999. “Por el cual se establece la metodología para la reliquidación de los créditos destinados a la financiación de vivienda de largo plazo denominados en moneda legal”.

Decreto 2703 de 1999. 30 de diciembre de 1999. “Por el cual se determina la equivalencia entre la Unidad de Valor Real (UVR) y la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), y se adopta la metodología para calcular el valor en pesos de la UVR”.

Decreto 2704 de 1999. 30 de diciembre de 1999. “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 546 de 1999, en lo relacionado con el Consejo Superior de Vivienda”.

Decreto 145 de 2000. 4 de febrero de 2000. “Por medio del cual se establecen las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo”.

Decreto 2670 del 2000. 22 de diciembre de 2000. “Por medio del cual se reglamentan los artículos 48 y 49 de la ley 546 de 1999 sobre el Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria”.

Decreto 3760 de 2008. 15 de septiembre de 2008. “Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la titularización hipotecaria, las sociedades titularizadoras y el régimen de financiación especializado de vivienda definido en la Ley 546 de 1999”.

Decreto 457 de 2014 “por el cual se organiza el Sistema Administrativo Nacional para la Educación Económica y Financiera y crea la Comisión Intersectorial para la Educación Económica y Financiera”.

Decreto 1077 de 2015. 26 de mayo de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”.

Decreto 729 de 2017. 5 de mayo de 2017. “Por el cual se modifica el Decreto 1077 de 2015, en relación con la definición de las condiciones para el acceso al Programa de Promoción de Acceso a la Vivienda de Interés Social- Mi Casa Ya”.

Conceptos y circulares

Superintendencia Bancaria (1994). Concepto Nº 94028399-1. 9 de diciembre de 1994.

_____. (1995). Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995).

_____. (1996). Circular Básica Jurídica. Circular Externa 007.

_____. (2004). Concepto No. 2004019684-1. 7 de mayo de 2004.

Superintendencia Financiera (2010). Circular externa 010. 4 de abril de 2008.

_____. (2010). Circular Externa 015. 30 de junio de 2010.

_____. (2011). Circular Externa 039. 6 de septiembre de 2011.

_____. (2005). Concepto 2004060067-4. 15 de abril de 2005

_____. (2004). Oficio 2004060067-2. 29 noviembre de 2004

_____. (2014). Circular 029. 3 de octubre de 2014.

_____. (2016). Circular 028. 3 de agosto de 2016.

_____. (2011). Circular 046. 8 de noviembre de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 66. 3 de enero de 2017

_____. Sentencia 13-055978-00001-0000. 30 de abril de 2013.

_____. Concepto 05063562. 13 de marzo de 2006.

_____. Resolución 13385 del 30 de abril del 2008.

_____. Resolución 43404 del 30 de octubre del 2008.

_____. Resolución 15420 del 25 de marzo del 2011.

_____. Resolución 38144. 26 de junio de 2012.

_____. Resolución 9149 del 20 de febrero del 2014.

_____. Resolución 61242 del 10 de octubre del 2014.

Secretaria de Hacienda Distrital. Concepto 1034. 21 de mayo de 2004.

Directivas de la Comunidad Europea

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo. 12 de diciembre de 2006. Publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Directiva 87/102/CEE del Consejo de la Unión Europea. 22 de diciembre de 1986. Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro en materia de crédito al consumo.

Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea. 5 de abril de 1993. Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. 23 de septiembre de 2002. Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Proyectos de normas

Asamblea Nacional Constituyente (15 de abril de 1991). Informe Ponencia sobre "Derechos Colectivos". Ponentes: Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, en Gaceta Constitucional nº 46.

Cámara de Representantes (12 de octubre de 2009). Exposición de motivos al Proyecto de Ley No. 371 de 2009 "Por la cual se dictan normas generales para regular un sistema especializado para la financiación de vivienda individual a largo plazo, se crean nuevos instrumentos de movilización del ahorro destinados a la financiación de vivienda, se dictan medidas relacionadas con el impuesto de urbanismo y construcción para incentivar el desarrollo de la construcción y se dictan otras disposiciones tendientes a disminuir los costos de las transacciones del sector habitacional".

Cámara de Representantes (8 de febrero de 2007). Exposición de motivos al Proyecto de Ley 201 de 2007 Cámara "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 'Estado Comunitario Desarrollo Para Todos' 2006 – 2010".

Proyecto de ley 082 de 2008 Senado/ 351 de 2009 Cámara. "Por medio de la cual se expide la ley de protección a los derechos de los consumidores".

Proyecto de Ley 039 de 2010 Cámara / 251 de 2011 Senado. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y dictan otras disposiciones.

Proyecto de Ley no.252/11 Senado, 089/10 Cámara, "por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones"

Proyecto de Ley No. 144/09. "Por la cual se expide el Estatuto del Usuario y el Consumidor."

Proyecto de Ley 351/09 Cámara, 82/08 Senado, "Por medio de la cual se actualiza el Decreto 3466 de 1982 y se dictan otras disposiciones (Estatuto del Consumidor)."

Proyecto de Ley estatutaria 81 de 2003 Cámara, “Por el cual se expide el Estatuto del Consumidor y del Usuario. [Estatuto del Consumidor]”; el Proyecto de ley Número en 115 de 2000 Cámara, 262 de 2002 Senado “Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y del Usuario. [Estatuto del Consumidor]”.

Proyecto de Ley interpretativa 26 de 2012 Senado por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el contenido y alcance de algunos artículos de la Ley 546 de 1999, Ley Marco de Vivienda, y se dictan otras disposiciones.

Proyecto de Ley 223 de 2012 Cámara, por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda. Gaceta del Congreso número 180 del 26 de abril de 2012.

Proyecto de Ley 143 de 2014 Cámara, por medio de la cual se modifica la Ley 546 de 1999 y se introducen medidas para fortalecer, profundizar y facilitar al acceso a la financiación en materia de vivienda y reducir los costos asociados.

Proyecto de Ley 100 de 2014 Senado, por medio del cual se adiciona un elemento de la esencia al contrato de arrendamiento de vivienda urbana.

Documentos de instituciones u organizaciones

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Informe Ponencia sobre "Derechos Colectivos". Gaceta Constitucional N° 58.

Banco de Pagos Internacionales (2016). Orientaciones sobre la aplicación de los Principios Básicos a instituciones relevantes para la inclusión financiera.

Banco Interamericano de Desarrollo (2011). Programa de Vivienda de Interés Social de Colombia: Una evaluación.

_____ y Corporación Andina de Fomento (2012). Educación financiera: un camino hacia la inclusión. BID. Washington D.C.

Banco Mundial (2012). Buenas prácticas para la protección del consumidor financiero. Washington D.C.

_____. (2009). The case for financial literacy in developing countries. Washington D.C.

Comunidad Económica Europea (14 de abril de 1975). Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores. Resolución del Consejo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. C 92/16.

Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos (2006). Nuevas Normas de Derechos Humanos: Aprendiendo de la Experiencia. Ginebra.

Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES (1990). Programa de Vivienda Social. No. 2484.

_____. (1991). Avances del programa de vivienda social. No. 2573.

_____. (2002). Evaluación del programa de subsidio familiar de vivienda de interés social. No. 3178.

_____. (2002). Bases de la política de vivienda 2002-2006: ajustes al programa de subsidio familiar de vivienda e incentivos de oferta y demanda para créditos de vivienda en UVRs. No. 3200.

_____. (2004). Bases para la optimización del programa de subsidio familiar de vivienda y lineamientos para dinamizar la oferta de crédito de vivienda de interés social. No. 3269.

_____. (2005). Metas y priorización de recursos presupuestales para atender a la población desplazada por la violencia en Colombia. No. 3400.

_____. (2007). Política de promoción del mercado de segunda vivienda. No. 3486.

_____. (2012). Importancia estratégica del Programa de Cobertura Condicionada para Créditos de Vivienda segunda Generación. No. 3725.

_____. (2013). Importancia estratégica del Programa de Subsidio Familiar de Vivienda Urbana en Especie. No. 3740.

_____. (2013). Importancia estratégica del Programa de Vivienda de Interés Prioritario para Ahorradores. No. 3746.

_____. (2015). Importancia Estratégica del Programa de Cobertura Condicionada de Tasa de Interés Para Créditos de Vivienda No Vis, Frech No Vis. No. 3848.

Centro de Estudios de la Construcción y el Desarrollo Urbano y Regional – Cenac (2012). El mercado de arrendamiento residencial en Colombia. Evolución de la tenencia de vivienda en Colombia.

Consumers International (marzo de 2011). Safe, fair and competitive markets in financial services: recommendations for the G20 on the enhancement of consumer protection in financial services.

Corporación Andina de Fomento (2012). La educación financiera en América Latina y el Caribe. Serie Políticas y Transformación Productiva No. 12.

_____. (2017). Crecimiento urbano y acceso a oportunidades: un desafío para América Latina".

Defensoría del Pueblo de Colombia (2001). ¿Qué son los Derechos Humanos? Red de Promotores de Derechos Humanos. Bogotá.

_____. (2016). Informe Alterno al Sexto Informe del Estado Colombiano ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2010 -2015.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. (2 de marzo de 2016). Encuesta Nacional de Calidad de Vida -ECV-. Comunicado de prensa.

_____. (8 de marzo de 2011). Financiación de vivienda. Boletín de prensa.

_____. (7 de marzo de 2012). Financiación de vivienda. Boletín de prensa.

____. (2009). Metodología Encuesta Nacional de Calidad de Vida. Colección documentos No. 85.

_____. (2009). Metodología Financiación de Vivienda. Colección Documentos No. 77. Bogotá.

_____. (2005). Censo General 2005.

Departamento Nacional de Planeación (1972). Plan Nacional de Desarrollo "Las Cuatro Estrategias". Bogotá.

_____. (1974). Plan Nacional de Desarrollo "Para cerrar la brecha". Bogotá.

_____. (1978). Plan Nacional de Desarrollo "Plan de integración social". Bogotá.

_____. (1982). Plan Nacional de Desarrollo "Cambio con Equidad". Bogotá.

_____. (1986). Plan Nacional de Desarrollo "Plan de Economía Social". Bogotá.

_____. (1991). Plan Nacional de Desarrollo "La Revolución Pacífica". Bogotá.

_____. (1994). Plan Nacional de Desarrollo "El Salto Social". Bogotá.

_____. (1998). Plan Nacional de Desarrollo "Cambio para Construir la Paz". Bogotá.

_____. (2002). Plan Nacional de Desarrollo "Hacia un Estado Comunitario". Bogotá.

_____. (2006). Plan Nacional de Desarrollo "Estado comunitario: desarrollo para todos". Bogotá.

_____. (2010). Plan Nacional de Desarrollo "Prosperidad para Todos". Bogotá.

ETO Consortium (2011). Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2014). Colombia: 100 años de políticas habitacionales. Bogotá.

_____. (2012). Informe de gestión al congreso junio 2011-mayo 2012. Bogotá.

Ministerio de Desarrollo Económico (25 de septiembre de 1990). Exposición de motivos al proyecto de ley por medio del cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de interés social y se establece el subsidio para la vivienda de la misma naturaleza.

_____. (1996). Colombia en Hábitat II. Informe para la cumbre mundial urbana. Bogotá.

Ministerio de Educación Nacional (2014). "Mi plan, mi futuro, mi vida: orientaciones pedagógicas para la educación económica y financiera".

Observatorio DESC (2008). Derecho a la vivienda y políticas habitacionales: informe de un desencuentro. Informe elaborado a partir de la Misión Oficial en el Estado Español del Relator Especial de Naciones Unidas por el Derecho a una Vivienda Adecuada.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-PIDESC.

_____. (1987). Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000. Resolución 42/191 del 11 de diciembre de 1987.

_____. (1996). Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos o Hábitat II.

_____. (1996). Declaración sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milenio. Resolución 25/2.

_____. (2003). Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor.

_____. (2016). Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor.

_____. Comité de los Derechos Humanos (1988). Observación General No. 16: El Derecho a la intimidad (artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

_____. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

_____. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1992). Observación General No. 4: El derecho a una vivienda adecuada (Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) del Comité de los Derechos Humanos.

_____. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997). Observación General No. 7: El derecho a una vivienda adecuada (Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos del Comité de los Derechos Humanos.

_____. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998). Observación General No. 9: La aplicación interna del pacto.

_____. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (20 de junio de 2017). Dictamen en el caso Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili contra España.

_____. Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos -ONU-HABITAT- (2003). Rental Housing, an essential option for the urban poor in developing countries. Nairobi.

_____. Consejo de Derechos Humanos (2008). Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari.

_____. Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos -ONU-HABITAT- (2010). El derecho a una vivienda adecuada.

_____. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). Ley Tipo de Defensa de la Competencia.

_____. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2016). Directrices para la protección del consumidor.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE– (1999), Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce.

_____. (2005). Recommendation on Principles and Good Practices for Financial Education and Awareness.

_____. (2005a), Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies, OECD Publishing.

_____. (2009). Consumer Education Policy Recommendations of the OECD'S Committee on Consumer Policy.

_____. (2009). Recommendation on Good Practices for Financial Education and Awareness relating to credit

_____. (2011). G20 high-level principles on financial consumer protection.

_____. (2011a). Measuring Financial Literacy: Questionnaire and Guidance Notes for Conducting an Internationally Comparable Survey of Financial Literacy.

_____. (2012). Guidelines on financial education at school.

_____. (2012). The Role of Financial Education in Financial Inclusion.

_____. (2015). México: transformando la política urbana y el financiamiento de la vivienda.

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (junio de 2013). Informe Nacional de Desplazamiento Forzado en Colombia 1985 a 2012.

Universidad del Rosario (2007). Política de vivienda: alcances y perspectivas. Fascículo 11 de la Colección Universidad, Ciencia y Desarrollo. Bogotá.