

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

López-Castro, Y. (2016). Viviendo bajo un contrato: la constitucionalización del derecho contractual. *Revista Jurídicas*, 13 (1), 82-99.
DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.6.

Recibido el 30 de marzo de 2016
Aprobado el 03 de junio de 2016

VIVIENDO BAJO UN CONTRATO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL*

YIRA LÓPEZ-CASTRO** |

RESUMEN

El derecho contractual no es un ámbito ajeno a las preocupaciones sobre la realización de derechos sociales como el de la vivienda. La celebración y ejecución de los contratos que permiten el acceso a la propiedad o tenencia de una vivienda son escenarios en los que los individuos y las familias disputan cotidianamente la exigibilidad de sus derechos habitacionales. En ese sentido, este trabajo analiza el impacto de la constitucionalización en las modalidades contractuales que permiten el acceso a la vivienda y en las herramientas que desde el derecho contractual ofrecen amparo a la tenencia habitacional en Colombia. Para alcanzar este objetivo, se presentan los elementos que le han servido a la jurisprudencia constitucional para pensar al derecho contractual de la vivienda como una garantía para la protección del derecho a la vivienda digna y adecuada.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización del derecho contractual, derecho a la vivienda, contratos de adquisición de vivienda, arrendamiento de vivienda, financiación de vivienda.

* Las ideas expuestas en este artículo surgen del trabajo doctoral dirigido por Camilo Rodríguez Yong, el cual hace parte del proyecto "Derecho contractual y de consumo en materia de vivienda" adelantado en el marco de las investigaciones del grupo de derecho privado de la Universidad del Rosario. Este documento es el resultado de la pasantía doctoral en el Department of Private Law en la Universidad de Tilburg (Holanda).

** Candidata a Doctora en Derecho. Docente Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
E-mail: yira.lopez@urosario.edu.co.
ORCID: 0000-0002-3852-3152.



LIVING UNDER A CONTRACT: THE CONSTITUTIONALIZATION OF CONTRACT LAW

ABSTRACT

Contract law is not a stranger to concerns about the realization of social rights such as housing space. The celebration and implementation of contracts that allow access to ownership or possession of a home are areas where citizens daily contesting the enforceability of their housing rights. In that sense, this paper analyzes the impact of constitutionalization in contractual arrangements that allow access to housing and tools from the contractual right under the housing offer tenure in Colombia. To achieve this objective, the author presents the contributions that Colombian constitutional jurisprudence has made the contractual right to think of housing as a guarantee for the protection of the right to decent and adequate housing.

KEY WORDS: constitutionalization of private law, right to housing, housing acquisition contracts, rental housing, housing finance.

INTRODUCCIÓN

El arrendamiento, el usufructo, el crédito hipotecario, el leasing habitacional y los contratos de adquisición son modalidades contractuales privadas que permiten el acceso a un lugar habitable. Por esta razón pensar en estrategias que permitan a las personas alcanzar la propiedad o la tenencia habitacional conduce a preguntarse, entre otros asuntos, por los instrumentos de protección que se derivan de tales contratos de vivienda.

Precisamente las garantías contractuales con las que cuentan quienes acceden a una vivienda, reflejan un ámbito cotidiano en el que se hace exigible el derecho a un techo decente. Quienes han logrado satisfacer sus necesidades habitacionales, discutieron o se adhirieron a las condiciones contractuales para residir en un inmueble, igualmente, se preocupan cotidianamente por el cumplimiento de los contratos para continuar disfrutando de su derecho a la vivienda.

Así las cosas, el contrato no es un instrumento ajeno a las preocupaciones sobre la realización del derecho a la vivienda. De hecho, algunos de los componentes del contenido normativo del derecho a la vivienda están relacionados con la celebración y ejecución de los contratos mediante los que se alcanza cualquier forma de tenencia habitacional.

Sobre tal punto, la Corte Constitucional al interpretar el derecho a la vivienda conforme a los parámetros de protección de derechos habitacionales establecidos en instrumentos internacionales ha incluido como elementos del derecho a la vivienda entre otros a la existencia de múltiples modalidades contractuales de acceso y a las garantías para asegurar la tenencia de un lugar habitable.

La concepción del derecho contractual como una garantía que permite la realización del derecho de la vivienda, altera algunas características tradicionales de los negocios jurídicos que permiten disfrutar de la propiedad o tenencia de un bien. Cuando el bien sobre el que se realiza una transacción es un inmueble para vivienda, algunas reglas de la teoría general contractual sufren transformaciones con el objetivo de proteger al consumidor; quien, en el modelo de acceso colombiano, logra este derecho en el mercado mediante transacciones con otros actores privados.

De este modo la configuración de los negocios jurídicos sobre la vivienda resulta problemática, pues enfrenta algunas ideas sobre cómo *debe ser* el derecho contractual de la vivienda defendidas por diversos actores tales como consumidores, acreedores y agentes económicos que participan en el mercado de inmueble.

Adicionalmente la determinación de un marco contractual especial para el acceso y la protección de la tenencia de vivienda es una preocupación estatal que puede

constatarse en la estructura gubernamental creada para atender las necesidades habitacionales de los ciudadanos, en la existencia de un sistema especializado de financiación de vivienda, en la promulgación de un profuso marco normativo relacionado con los contratos de vivienda y en las múltiples decisiones judiciales que en materia constitucional han delimitado algunas obligaciones contractuales concretas.

Las numerosas decisiones de la Corte Constitucional que aplican directamente la Constitución a los contratos de vivienda han creado nuevas formas de comprensión de las reglas vinculadas con la celebración y ejecución de los contratos de vivienda y con su contenido obligacional. De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha abierto el camino para que los desarrollos en materia de derechos sociales tengan incidencia en los contratos de vivienda.

En este panorama, el objetivo de este artículo de reflexión es analizar los insumos que le han servido a la jurisprudencia constitucional para pensar al derecho contractual como una garantía del derecho a la vivienda digna y adecuada. Además, el texto presenta las bases constitucionales para la construcción de un derecho contractual acorde con los derechos habitacionales y el modelo de derecho contractual defendido por la Corte Constitucional en los litigios sobre contratos de vivienda.

UN DERECHO CONTRACTUAL PARA LOS DERECHOS HABITACIONALES

La Corte Constitucional ha transitado por varios senderos para determinar la naturaleza y el contenido del derecho a la vivienda. Así, la jurisprudencia ha discutido asiduamente sobre los titulares del derecho a la vivienda y sus derechos habitacionales y sobre los responsables de su eficacia y sus obligaciones concretas. Tales discusiones han terminado por resignificar el derecho extendiéndolo a asuntos vinculados con las obligaciones del legislador contractual frente al derecho a la vivienda. Ello ha permitido la construcción de un derecho contractual de la vivienda altamente constitucionalizado.

La dimensión contractual de los derechos habitacionales

El artículo 51 de la Constitución está redactado con la estructura usual de reconocimiento de un derecho constitucional: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna”. Después de ello, el artículo señala los mecanismos a cargo del Estado para hacerlo efectivo mediante dos campos de regulación: planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación a largo plazo, los cuales pueden ser ejecutados mediante formas asociativas.

La Constitución coincidió con la política estatal de inicios de los noventa de concentrar el acceso a la vivienda en el mercado. El Estado fue dejando progresivamente el papel protagónico que desarrolló en buena parte del siglo XX como constructor, vendedor y financiador directo de la vivienda y pasó a tener a su cargo la obligación de fijar el marco general para que los particulares celebren los negocios sobre la vivienda y la de crear incentivos a la demanda con el objetivo de que se celebren el máximo de transacciones posibles en el mercado inmobiliario¹.

El texto del artículo 51 también privilegia a la propiedad como forma de acceso; por ello, siendo un bien costoso, el crédito se convierte en un elemento fundamental para la realización del derecho; de ahí que la Constitución mencione a la financiación como un medio que permite el derecho a una vivienda para todos. Asimismo, la Constitución acoge la concepción predominante de finales de los ochenta según la cual la realización de derechos sociales como la vivienda depende de los recursos que progresivamente genere el Estado para atenderla².

Ahora bien, es sabido que el contenido de los derechos no se limita a la interpretación literal de su texto en la Constitución. La Corte Constitucional, luego de considerar que el derecho a la vivienda no otorgaba un derecho subjetivo (sentencias T-251 de 1995, T-203 de 1999); que era un derecho asistencial (sentencias T-382 de 1993, T-258 de 1997) de desarrollo progresivo (sentencias T-423 de 1992, T-495 de 1995) que “solo produce efectos una vez se cumplan ciertas condiciones jurídico-materiales que lo hacen posible” (sentencia T-251 de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo), comienza a considerar que el texto del artículo 51 y su ubicación como derecho social resultan insuficientes para una completa caracterización del derecho.

Acudiendo a las observaciones generales No. 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (1991, 1997) y la Estrategia Mundial de Vivienda de la Asamblea General de Naciones Unidas (1988), la Corte comenzó a construir un derecho en el que los adjetivos ‘digna’ y ‘adecuada’ que acompañan a la vivienda comienzan a importar.

¹ La decisión de este modelo de mercado para el acceso a la vivienda no ha sido tomada en un solo momento. A este se ha llegado luego de un prolongado proceso en el que, con más fuerza desde finales del siglo XX, se concentró la totalidad del acceso en el mercado. Así, el modelo tiene como antecedentes el progresivo desplazamiento de las funciones que el Estado tenía sobre la construcción y la financiación. 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 tales 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 (Ceballos y Saldarriaga, 2008).

² La división entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales se refleja en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que fueron creados para reconocerlos. Así, en 1966, fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el cual apenas menciona a la vivienda como parte del derecho a un nivel de vida adecuada (artículo 11) e indica que los Estados se comprometen a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga[n], para lograr progresivamente” el alcance de los derechos (artículo 2).

A partir de la sentencia C-936 de 2003, en la que se examinó la facultad de los establecimientos bancarios para prestar servicios de leasing habitacional, la Corte ha acudido a los mencionados instrumentos especialmente a la Observación General No. 4; pues considera que esta contiene “algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional” (Corte Constitucional, sentencia T-1318 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto). Así, los instrumentos internacionales han sido utilizados como parámetros de constitucionalidad (Corte Constitucional, sentencias C-936 de 2003, C-444 de 2009, C-370 de 2014) y como herramienta interpretativa utilizada como *ratio decidendi* para establecer derechos habitacionales concretos (Corte Constitucional, sentencias T-1318 de 2005, T-403 de 2006, T-585 de 2006, T-1017 de 2007, T-544 de 2009, T-530 de 2011, T-314 de 2012).

Siguiendo lo establecido en la Observación General No. 4 la Corte ha indicado, en lo que respecta a la existencia de un marco legal sobre los contratos de vivienda³, que el Estado tiene la obligación de dictar una legislación sobre las modalidades contractuales para el acceso a la vivienda y sobre mecanismos que luego del acceso garanticen amparo durante la tenencia.

Asimismo, los individuos tienen derecho a contar con la posibilidad de optar entre diversas modalidades contractuales que les permitan acceder a la tenencia o la propiedad de un inmueble bajo condiciones acordes con sus necesidades y recursos. Ello implica que el legislador contractual tiene el reto de diseñar un menú de posibilidades contractuales de acceso y un sinnúmero de reglas que permitan que la celebración, ejecución y liquidación de los contratos se ajusten al derecho a una vivienda digna y adecuada. Esta obligación del Estado surge de la Observación General No. 4 que señala:

[...] la tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. (CESCR, 1991)

De esta manera se ha interpretado el contenido del derecho a la vivienda para incluir el derecho de las personas a contar con diversas modalidades contractuales de acceso y con mecanismos de protección contractual. Ello implica que el Estado

³ Varios son los derechos habitacionales que desarrolla la Observación General No. 4. Este documento menciona siete condiciones que configuran el derecho a la vivienda adecuada: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar y adecuación cultural. La Corte ha agrupado los componentes en dos: seguridad del goce de la tenencia (que incluyen asequibilidad y seguridad jurídica de la tenencia) y condiciones materiales (engloba a los demás componentes). Para el objetivo propuesto en este artículo, solo se referirán aquellos vinculados con las obligaciones del legislador contractual.

tiene dos obligaciones centrales relacionadas con el diseño de los contratos: (i) expedir un marco jurídico que incluya un menú de posibilidades de acceso y (ii) ofrecer garantías para que, en el momento de la celebración y luego del acceso, los individuos tengan mecanismos de protección contractual dirigidos a defender la tenencia de una vivienda habitable.

En este sentido, en desarrollo del contenido del derecho a la vivienda, la jurisprudencia ha vinculado al derecho de los contratos con las garantías para hacer realizable la vivienda. Así que los ciudadanos, en su rol de consumidores, deberían contar con mecanismos contractuales de protección a sus derechos habitacionales sin importar si son propietarios o tenedores. Como se estudiará a continuación, esta ubicación del derecho contractual como un elemento vinculado al derecho a la vivienda ha sido determinante para la construcción de un derecho contractual donde la jurisprudencia constitucional ha sido protagonista.

Construcción de un derecho contractual de la vivienda altamente constitucionalizado

En Colombia, el marco contractual para los derechos habitacionales se ha venido construyendo de manera gradual y dispersa. El legislador progresivamente ha adaptado las reglas de los códigos de derecho privado a modalidades contractuales cuyo objeto es la vivienda. Esto ha ocurrido con el mutuo, el arrendamiento, las adquisiciones en el marco de una relación de consumo y el leasing. Cuando estos contratos son celebrados sobre vivienda se encuentran sometidos a reglamentaciones que tienen un alto impacto social.

En el modelo colombiano de acceso a la vivienda es evidente la predilección por la vivienda como propiedad dejando relegadas otras formas de tenencia⁴. Comoquiera que la vivienda es un bien costoso, su adquisición se incentiva mediante financiación privada a largo plazo. De ahí que la Constitución se refiera a los sistemas de financiación adecuados como medio para alcanzar la vivienda pues, en un modelo que gira sobre la propiedad, el crédito se convierte en un elemento fundamental en la política de acceso.

Incentivados por diversos subsidios a la demanda que se combinan con endeudamiento y ahorro los ciudadanos pasan a ser propietarios deudores; consumidores de crédito ofrecido por instituciones financieras privadas, entidades en las que se ha confiado una parte fundamental del proceso para el acceso a la vivienda.

⁴ Por lo menos desde 1924, las políticas de acceso a la vivienda han girado sobre la financiación para la adquisición de la propiedad. En efecto, en ese año, puede ubicarse la creación del Banco Agrícola Hipotecario; luego, en 1932, la del Banco Central Hipotecario. En 1939 se creó el Instituto de Crédito Territorial. Con base en la formulación del “Plan las cuatro estrategias” se crearon en 1972 las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las cuales fueron eliminadas con la Ley 546 de 1999 en la que se establecen los criterios generales del sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo.

Este modelo donde se promueve la propiedad a crédito, la construcción, intermediación y financiación de la vivienda está fundamentalmente a cargo de los particulares, incluso cuando se trata de vivienda social. De esta manera, “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)⁵.

El marco jurídico de los contratos de vivienda es explicado así por la Corte Constitucional en sentencia C-936 de 2003:

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 comercial o, bien, particulares sujetos a la ley civil.

Las intervenciones constitucionales justificadas en la relación de los contratos con el derecho a la vivienda han significado que, en la estructura de los contratos, las cláusulas relacionadas con precio, intereses, plazo, sanciones estén acordes con el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad. Así pues, la protección contractual para quienes habitan una vivienda, debe estar especialmente intervenida por las autoridades. Al respecto, y a propósito de la revisión de las cláusulas sobre intereses, la Corte Constitucional ha indicado en sentencia C-955 de 2000 que:

[...] debe insistir la Corte en que, por ser el acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C.P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C.P.), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.), las 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.

⁵ En 1990, comienza en Colombia la etapa de política pública de vivienda denominada por la literatura “la concepción de mercado y los subsidios a la demanda (1990-2012)” “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).

Por su parte, la Corte Constitucional también se ha encargado de ajustar las reglas sobre los contratos a las necesidades de una vivienda digna y ha provocado la expedición de decisiones legislativas que han sido respuestas a desarrollos jurisprudenciales constitucionales sobre la materia⁶. Así, la Corte Constitucional se ha referido en sentencias de constitucionalidad a los plazos para el pago de los créditos hipotecarios (C-252 de 1998), a la forma en la que deben hacerse exigibles las cláusulas aceleratorias (C-664 de 2000, C-332 de 2001), a la forma de pactar las cuotas de los créditos y los intereses (C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999), a los derechos de los consumidores de crédito (C-313 de 2013), a las reglas aplicables al leasing habitacional (C-936 de 2003), al arrendamiento de vivienda (C-670 de 2004).

En este contexto los estímulos en favor de la inclusión financiera han sido el centro de la política pública, dejando relegados los mecanismos que aseguran la tenencia luego de que se ha entregado la titularidad de un inmueble habitacional a un ciudadano o a su familia. De ahí la importancia de fortalecer las herramientas de protección contractual que permitan la seguridad de la tenencia y de defender su revisión e interpretación a partir de los desarrollos constitucionales del derecho a la vivienda.

La necesidad de dirigir legislativa y judicialmente los contratos de vivienda también se refleja en la Estrategia Mundial de Vivienda en la cual se señala que:

“incumbe a los gobiernos crear un marco que facilite el buen funcionamiento del mercado de la vivienda. [...] Para satisfacer las necesidades de los grupos desfavorecidos y vulnerables, a los que los mercados no sirven de forma adecuada, es necesaria la intervención del gobierno”. Así se establece que los Estados deben tomar como medidas la de “revisar y ajustar periódicamente los marcos legislativos, financieros y normativos, incluidos los relativos a contratos.” (ONU, 1988)

Así las cosas, las reglas que conciernen a la protección del derecho a la vivienda atraviesan ámbitos contractuales civiles y comerciales que reclaman intervención estatal. Pensar en un sistema que permita a las personas acceder a cualquiera de las formas de tenencia de vivienda implica reflexionar sobre el papel del Estado en los contratos, al mismo tiempo que plantea diversas posibilidades para el empleo de herramientas y categorías desarrolladas usualmente por el derecho privado para concretar derechos como el de la vivienda.

⁶ De ello es muestra el sistema de financiación de vivienda que reclamó la Corte en la sentencia C-700 de 1999, los decretos que regulan el leasing habitacional y no habitacional que se señalaron en la sentencia C-936 de 2003. Algunas normas de la Ley Estatutaria de hábeas data y del Estatuto de Consumidor Financiero que extendieron las interpretaciones de la Corte sobre la mora y el prepagado de las deudas.

EL DERECHO CONTRACTUAL COMO GARANTÍA PARA ALCANZAR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Otro elemento del que se ha valido la jurisprudencia de la Corte Constitucional para transformar los contratos de vivienda es la adopción de un modelo de contrato sensible a las desigualdades materiales de los ciudadanos y a los principios constitucionales.

Los litigios constitucionales relacionados con los contratos de vivienda reflejan interesantes disputas sobre el papel del derecho contractual en la realización de los derechos sociales. Accionantes y demandados acuden a la perspectiva social del contrato o a los postulados del derecho contractual liberal para asociar al contrato con los derechos sociales o para rechazar la intervención constitucional en los acuerdos privados.

El contrato como un escenario solidario

La relevancia 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 intensa. En el mercado, los derechos de tenencia o propiedad se asignan mediante contratos gobernados por el derecho comercial o civil; sin embargo, ello no ha significado una barrera para que la jurisprudencia se pronuncie sobre asuntos contractuales aplicando a tales relaciones directamente la Constitución. Además, la Corte Constitucional ha indicado sobre las operaciones de compra y venta de inmuebles y de arrendamiento urbano que son realizadas tanto por empresarios como por no comerciantes que “la sujeción de estos a los estatutos civiles o comerciales, no impide una fuerte intervención estatal en dichas materias” (sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre).

Los reclamos de los ciudadanos que como consumidores encuentran en la libertad contractual una fuente de desigualdades que afecta la materialización del derecho a la vivienda, encuentran respaldo en la visión constitucional del derecho contractual que otorga relevancia a la función social y a la solidaridad en la comprensión de las relaciones negociales. Así, aunque la doctrina ha hecho importantes esfuerzos por diferenciar la constitucionalización del derecho contractual, el solidarismo contractual y la función social del contrato (Bernal, 2007; Mantilla, 2011; Calderón, 2013) pueden ser caracterizadas de la siguiente manera:

(i) el derecho contractual *debe* perseguir “el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común” (Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar) y “el equilibrio en los negocios y la protección de los más débiles” (Bernal, 2013, p. 8). (ii) La autonomía contractual se encuentra sometida

a la realización de fines socialmente valiosos que van más allá del respeto al orden público e implican la imposición de obligaciones derivadas de la solidaridad. Ello lleva a pensar el contrato como un ámbito en el que la solidaridad tiene la misma relevancia que la ‘endiosada’ autonomía contractual⁷.

(iii) El papel del Estado es el de gestionar “políticas sociales encaminadas a compensar los profundos desequilibrios que genera el desarrollo capitalista” (Calvo, 1993, p. 1022), ello implica la obligación que tienen las autoridades de crear herramientas para reconocer y remediar las desigualdades materiales.

(iv) Los jueces (constitucionales y ordinarios), lejos de tener un papel pasivo en la interpretación, tienen la función de velar por la efectiva protección de los derechos de las partes sin limitarse exclusivamente a la defensa del contrato.

Así, desde estas perspectivas, el contrato no es un escenario privado impenetrable. Por ello, mediante exámenes de constitucionalidad y de acciones de tutela, la Corte ha intervenido en el contenido obligacional de los negocios sobre vivienda interpretándolos a partir de la Constitución. En ambos tipos de decisiones la solidaridad más que ser analizada en abstracto como concepto político, se ha materializado en obligaciones concretas que vinculan a las relaciones contractuales con la protección del derecho a la vivienda.

Por ejemplo, en 1999 la situación de los deudores de créditos hipotecarios llevó a la Corte Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de algunas normas sobre los créditos de vivienda (sentencias C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999). Tales decisiones tuvieron como fundamento las nefastas consecuencias que para los deudores de créditos hipotecarios representó el cambio en la reglamentación de las tasas de interés y dieron origen a la expedición de la Ley 546 de 1999, que contiene el actual marco legal de la financiación de vivienda en Colombia.

Las sentencias de la Corte impactaron los contratos de mutuo para vivienda, pues ordenaron atar los créditos a la inflación y no a las tasas de interés como venía ocurriendo y declararon la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los mutuos para la adquisición de vivienda lo que implicó la imposición de obligaciones de reliquidación de los créditos pudiendo atarse a la UVR o a pesos según lo considerara el consumidor.

⁷ Resulta interesante la siguiente defensa a la idea de que el derecho comercial es de naturaleza pública y que por lo tanto es un “gran error” ‘endiosar’ la autonomía: “en el ámbito nacional, ya en 1943 Hernando Devis Echandía sostenía la tesis mucho más radical de que el derecho comercial es indiscutiblemente de interés general, que sus normas son de derecho público y en consecuencia es un gran error considerarlas como de derecho privado y, que en la evolución de esta rama del derecho esa naturaleza pública integrada en el concepto del orden público económico predomina sobre los criterios privatísticos y la por tanto tiempo endiosada autonomía de la voluntad” (Almonacid, 2007, p. 175).

De conformidad con lo indicado por la Corte, los deudores hipotecarios se encontraban en “una posición de absoluta indefensión” dado que para poder acceder a una vivienda deben aceptar los contenidos de los créditos los cuales les son impuestos “de modo que deben optar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo, ya que suscriben contratos por adhesión” (sentencia C-955 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández).

Por otra parte, en las acciones de tutela, la Corte ha indicado que los jueces constitucionales pueden intervenir en las relaciones contractuales particulares “cuando en el marco de una disputa de carácter contractual están en juego garantías y derechos reconocidos por la Constitución” (sentencia T-160 de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto). Así que, verificados los requisitos de procedibilidad de la tutela contra particulares⁸, la Corte ha analizado contratos de vivienda y asignado derechos y obligaciones entre las partes con base en la solidaridad. Ello porque

el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. (Corte Constitucional, sentencia C-237 de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria)

Con base en la solidaridad, la Corte en diversas sentencias ha interpretado las relaciones contractuales de vivienda para proteger a los consumidores cuando estos se encuentran en estado de indefensión por ser desplazados (T-212 de 2005, T-239 de 2013, T-246 de 2014), madres cabeza de familia (T-185 de 2012), portadores de VIH (T-170-05, T-905-07, T-1161 de 2001), sufrir graves afecciones de salud (T-1091 de 2005, T-490 del 2009, T-832 de 2010, T-086 de 2012), ser víctimas de desastres naturales (T-544 de 2009, T-530 de 2011) o ser personas de la tercera edad (T-136 de 2013).

Así las cosas, en la experiencia constitucional colombiana, han sido los asuntos contractuales que requieren ser atendidos con urgencia los que han sido

⁸ De conformidad con el artículo 86, la acción de tutela contra particulares procede cuando: el particular presta 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. Los requisitos de procedibilidad de la tutela contra particulares por asuntos contractuales han sido explicados así por la Corte: “el desarrollo jurisprudencial ha habilitado excepcionalmente el recurso a la acción de tutela contra particulares en controversias suscitadas a partir de una relación contractual, cuando el mecanismo ordinario de defensa no aparezca eficaz, dada su complejidad técnica, costos o tiempos de espera, para salvaguardar un derecho fundamental, especialmente en aquellos negocios jurídicos originados en el marco de un servicio público, caracterizado por una notoria asimetría entre las partes. En tan especialísimos eventos, el ejercicio de la acción de tutela no solamente resulta válido sino conveniente, en razón a la celeridad del procedimiento constitucional y a que 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” (Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio).

intervenidos constitucionalmente. La necesidad de proteger inmediatamente a los menos favorecidos ha sido central en la definición de las obligaciones derivadas de la solidaridad y esa necesidad puede presentarse de manera general en el caso del conjunto de deudores hipotecarios en medio de la crisis de finales del siglo pasado o en eventos de urgencia individual frente a consumidores que se encuentran en particulares estados de indefensión.

Se trata de asuntos en los cuales la necesidad de vivienda debe ser inmediatamente satisfecha. En estos casos de urgencia general o individual “la solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, sentencia T-520 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar).

Así pues, aunque la Corte ha indicado que los contratos con los consumidores de crédito para vivienda se caracterizan porque “respecto de su ejecución, la entidad financiera goza de posición dominante negocial” (sentencia T-423 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre), han sido especiales situaciones de indefensión las que han motivado su intervención.

El contrato como ámbito privado

En los litigios constitucionales, 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 donde los accionantes reclaman el derecho a la vivienda para discutir asuntos relacionados con contratos (Corte Constitucional, sentencias T-423 de 2003, T-136 de 2013, T-902 de 2013, T-328 de 2014) o en las intervenciones gremiales en procesos de constitucionalidad contra normas de derecho contractual de la vivienda (Corte Constitucional, sentencias 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). Allí se acude a los siguientes postulados del derecho contractual liberal para atacar la intromisión constitucional en los contratos:

(i) el derecho contractual *debe* tener como función la de facilitar que los particulares puedan realizar sus fines privados mediante la celebración de acuerdos. Por lo que debe brindar la seguridad suficiente para garantizar el respeto a las expectativas derivadas de tales acuerdos, de lo contrario las personas no celebrarían contratos.

(ii) Las personas en ejercicio de la libertad contractual⁹ pueden crear todo tipo de contenidos contractuales, siempre que no vulneren las leyes imperativas que establecen límites a la autonomía contractual.

(iii) 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 ello la teoría general del contrato se limita 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.

(iv) El juez ordinario es un árbitro sin iniciativa que solo puede intervenir en el contenido para asistir a las partes en casos de incumplimiento y para interpretar la manifestación de voluntad cuando es dudosa o ambigua siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil. El juez constitucional no es competente para analizar asuntos relacionados con contratos, pues estos involucran asuntos patrimoniales que no están relacionados con derechos constitucionales.

De esta forma, estos postulados entienden al contrato como el fruto de la libertad de las partes; como un lugar donde se transan asuntos patrimoniales en las esferas privadas de los individuos. El contrato pertenece a las partes y solo le está permitido entrar al juez ordinario para asistirles en casos de incumplimiento.

En efecto los acreedores e intermediarios, al intervenir en los litigios constitucionales, insisten en indicar que los asuntos contractuales no tienen relevancia constitucional y que son los jueces ordinarios quienes con base en el contrato y en su regulación deben resolver las controversias contractuales sobre la vivienda. Se muestran preocupados por la utilización de la acción de tutela para dirimir asuntos propios del contrato¹⁰.

Usualmente esta perspectiva asocia a la constitucionalización con un fenómeno inestable que perturba la seguridad jurídica. En ese sentido, es usual leer posiciones como las que señalan:

la tarea básica del desarrollo económico y social en Colombia ha estado seriamente amenazada debido a la llamada “inestabilidad

⁹ 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).

¹⁰ Un ejemplo, en medio de los cuantiosos que podrían presentarse, es esta contestación sustanciada por la Corte en la sentencia T-662 de 2013 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 mecanismo”.

jurídica”, agravada por el activismo de la Corte Constitucional que ejerció durante los años 1991-2000. Dicha Corte Constitucional decidió alterar la interpretación de Leyes sancionadas años atrás y acomodar a diversos artículos de la Nueva Constitución de 1991 principios de carácter populista, entendidos como aquellos que ordenan incrementar el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos. (Clavijo, 2001, p. 5)

Ahora bien, los supuestos de las perspectivas expuestas no son absolutamente opuestos porque cada una predomina en ciertos ámbitos dependiendo de la existencia de relaciones de igualdad o de asimetría. Así, la perspectiva liberal es la dominante cuando se trata de negocios celebrados entre profesionales en los que existe una mayor igualdad material. En estos contratos, el gobierno estatal limitado deja un significativo margen para que los particulares se ocupen de sus propios asuntos y puedan actuar libremente en esferas no reguladas. Allí, el derecho constitucional no tendría interés en intervenir y probablemente estaría de acuerdo en que el contrato como espacio construido por la autonomía contractual se sometiera a los postulados del derecho contractual liberal.

Este enfoque es el imperante en las últimas reformas al derecho societario y al régimen de garantías mobiliarias. Tales reformas derogaron normas imperativas que en el pasado buscaban la protección de alguna de las partes. El objetivo de la derogatoria era ‘simplificar’ y ‘flexibilizar’¹¹ la regulación por considerar que el orden público que las anteriores normas buscaba proteger ya no resultaba una justificación para limitar la autonomía y que, por tanto, las partes podrían disponer de lo que en otro momento se había considerado inderogable.

Por el contrario, cuando existe una mayor asimetría entre los contratantes, las perspectivas proteccionistas toman preponderancia. Así, estas visiones del derecho contractual dominan los recientes estatutos de protección al consumidor en Colombia donde se ha considerado que resulta importante la intervención mediante reglas de protección. En este caso, las facetas liberales del contrato están de acuerdo en que los consumidores merecen ser protegidos por reglas y jueces especializados (artículo 4, Ley 1480 de 2011) por lo que, frente a eventos de desigualdad en el mercado, las perspectivas coinciden en que los ciudadanos como consumidores se encuentran en una posición asimétrica.

Con base en ello, podría afirmarse que en las relaciones de igualdad material predominan las visiones liberales mientras que en los contratos en los que existe mayor asimetría toman preponderancia las perspectivas proteccionistas.

¹¹ Sobre las razones para derogar normas específicas de protección considerando conveniente ‘simplificar’ y ‘flexibilizar’ las disposiciones del Código de Comercio pueden analizarse las exposiciones de motivos al Proyecto de Ley 39 de 2007, que finalizó con la creación de la sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 del 2008); al proyecto de ley número 200 de 2012, que dio paso a la aprobación de la ley de garantía mobiliarias (Ley 1676 de 2013) y al proyecto de ley 070 del 2015.

Esto implicaría que las dos visiones no resultan antagónicas si los espacios en los que operan se encuentran diferenciados. Lo cierto es que, como supondrá el lector, la delimitación de los ámbitos de igualdad y el alcance de la aplicación de los postulados que fundamentan las perspectivas liberales y sociales no son asuntos sencillos. Los desacuerdos sobre el espacio que debe ocupar la libertad contractual, el papel de las autoridades legislativas y judiciales en su regulación y sobre la función del contrato están lejos de ser tranquilos.

Por tal motivo, en materia de contratos de vivienda, algunos consideran nefastas las intromisiones de los jueces en el mercado inmobiliario porque reflejan 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). En este 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).

Un caso que ejemplifica la resistencia de los intermediarios inmobiliarios a la visión constitucional del contrato y de las dificultades de armonizar las perspectivas liberales y las solidaristas son los litigios constitucionales relacionados con el debido proceso contractual que debían seguir las entidades acreedoras con ocasión de las medidas tomadas para conjurar la crisis hipotecaria. Tales decisiones comenzaron a dictarse hace más de 15 años y aún siguen emitiendo las mismas órdenes relacionadas con los cambios en las condiciones de los créditos de vivienda. En tales litigios los acreedores continúan señalando que sus actuaciones “no responden a una decisión arbitraria, por el contrario, éstas se fundamentan en el acuerdo suscrito” (Corte Constitucional, 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, T-768 de 2012, T-328 del 2014). De ahí que consideren que es la justicia ordinaria la indicada para resolver los asuntos derivados del contrato de mutuo para la adquisición de vivienda.

Así, parece entonces que la constitucionalización de los contratos de vivienda no ha tenido el impacto esperado en las prácticas de los acreedores quienes insisten en oponerse a la interpretación de los contratos a partir de la Constitución. Ello es explicado por Juan Jacobo Calderón (2013) quien al demostrar “el abismo” entre la jurisprudencia constitucional y los comportamientos reales de bancos, aseguradoras y empresas de medicina prepagada señala:

se trata en verdad, de un abismo entre las normas en el papel y las normas en la acción. Este abismo implicaría que, mientras se desdice y objeta la acción de la Corte Constitucional, las prácticas reales calificadas como inconstitucionales no sufren mayores quebranto. (p. 130)

CONCLUSIONES

El acceso a la vivienda se logra a través de la propiedad o de la tenencia y un individuo o su familia pueden alcanzarla mediante la celebración de varios tipos de contratos que ofrece el derecho privado contractual. Ello porque en Colombia, el modelo de acceso a la vivienda se alcanza a través de transacciones privadas realizadas por particulares en el mercado.

Es indudable que, por lo menos, en el papel, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha cambiado las reglas usuales del derecho contractual cuando se trata de contratos que se refieren a vivienda. En medio de las numerosas dudas generadas sobre la eficacia de la constitucionalización en la construcción de las reglas que gobiernan el derecho privado, los diversos esfuerzos jurisprudenciales sobre la realización del derecho a la vivienda y sobre su exigibilidad han impactado algunas bases de la teoría general del contrato y el contenido de los contratos tipo.

La Corte Constitucional ha utilizado como insumos para las transformaciones al derecho de los contratos de vivienda: (i) una visión amplia del contenido del derecho de la vivienda al cual ha llegado gracias a la utilización de instrumentos internacionales sobre derechos sociales y (ii) una visión del contrato sensible a las situaciones de urgencia de personas en estado de indefensión.

Diferentes formas de comprender lo que *debe ser* el derecho contractual, del espacio que *debe* ocupar la autonomía de las partes y del papel del legislador y de los jueces en los contratos se manifiestan en los litigios constitucionales sobre los contratos de vivienda. En todo caso si se hacen a un lado los desacuerdos sobre el alcance y las consecuencias de la constitucionalización del derecho contractual, principalmente relacionados con el apropiado vínculo entre la intervención judicial en los contratos y la autonomía de la voluntad, es posible afirmar que las últimas dos décadas de jurisprudencia constitucional han modificado la estructura del derecho de los contratos para la vivienda.

Cada una de las reglas legales, contractuales y las que surgen de las prácticas son el resultado de disputas entre actores con diversos intereses: comerciantes, agremiaciones financieras, consumidores de vivienda, jueces civiles y constitucionales, entidades estatales, organizaciones internacionales y creadores de política pública. Ello implica que el contenido del derecho contractual de la vivienda responda a contextos determinados que resultan de las voces de los actores que desde su ámbito crean reglas o influyen en la creación de las mismas. Por tal motivo, el derecho contractual de la vivienda no puede ser explicado únicamente como un conjunto objetivo de normas. Cada una de las reglas que limitan o guían la actuación de los particulares en el mercado de la vivienda tiene unas justificaciones económicas, sociales y políticas que determinan el acceso real de las personas a un techo digno.

Así pues, pensar el acceso a la vivienda desde el derecho contractual abre interesantes posibilidades al derecho privado para reconocer los requerimientos sociales del país en la actualidad. Las relaciones contractuales son un reflejo de las circunstancias diarias de las personas y de sus esfuerzos por alcanzar el derecho a la vivienda, por lo que preocuparse por ofrecer medidas contractuales de protección permite corregir las deficiencias de la mera autorregulación frente a las condiciones de eficacia de este derecho. Asimismo, analizar al derecho contractual como garantía para la realización de los derechos sociales de los consumidores de vivienda, contribuye a los intentos por hacer eficaces los derechos históricamente considerados de segunda generación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almonacid, J. (2007). Insumos para la cimentación de la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del trasplante jurídico. *Pensamiento Jurídico*, 20, 173-208.
- Banco Mundial. (2006). *Derechos de crédito y procesos concursales*. Washington, Estados Unidos: Banco Mundial.
- Bernal, M. (2007). El solidarismo contractual —especial referencia al derecho francés. *Vniversitas*, 114, 16-30.
- Bernal, M. (2013). *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.
- Calderón, J. (2013). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá, Colombia: TEMIS, Universidad del Rosario y Universidad de los Andes.
- Calvo, M. (1993). Transformaciones del derecho civil. En Bosch, J.M. (Ed.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*. Murcia, España: Universidad de Murcia.
- Ceballos, O. y Saldarriaga, A. (2008). *Vivienda social en Colombia. Una mirada desde su legislación 1918-2005*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.
- CESCR. (1990). Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html.
- CESCR. (1992). Observación General No. 4: El derecho a una vivienda adecuada (Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html.
- Clavijo, S. (2001). *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*. Bogotá, Colombia: Alfaomega.
- Ferri, L. (1969). *La autonomía privada*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Mantilla, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16, 187-241.
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2014). *Colombia: 100 años de políticas habitacionales*. Bogotá, Colombia: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.
- Núñez, A. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá, Colombia: LEGIS, Instituto de Desarrollo y Libertad.
- ONU. (1988). *Estrategia mundial de vivienda hasta el año 2000*. Nueva York, Estados Unidos: ONU.