

TENSIONES GENERADAS ENTRE EL DERECHO
A LA VIVIENDA DIGNA Y LAS NORMAS DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR INMOBILIARIO
DESDE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

TENSIONS GENERATED BETWEEN THE RIGHT
TO DECENT HOUSING AND CONSUMER
PROTECTION RULES INTERPRETATION
CONTRACT FROM REAL ESTATE

TENSIONS GÉNÉRÉES ENTRE LE DROIT À
UN LOGEMENT DÉCENT ET PROTECTION
DES CONSOMMATEURS RÈGLES
D'INTERPRÉTATION DE MARCHÉ IMMOBILIER

Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2014

Fecha de aprobación: 13 de enero de 2015

Jorge Mario Franco-Vélez¹

1 Abogado y candidato a magíster en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Docente investigador del grupo de investigación PÓLEMOS COL0111291. E-mail: jorge.franco@unisabaneta.edu.co

Resumen

El artículo realiza una revisión de los principales avances hermenéuticos que ha traído consigo la contratación con el consumidor inmobiliario a la luz del derecho a la vivienda digna, haciendo un recorrido por la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia nacional. El derecho a la vivienda digna ha aportado sensibilidad constitucional al derecho de consumidor, gracias a que la constitucionalización del derecho privado, ha reconocido al juez de tutela como garante de las relaciones generadas inclusive por particulares, donde el Código Civil deja de ser el centro normativo de regulación de las relaciones generadas entre particulares.

“El contrato es un remedio a la inconstancia de los espíritus débiles”

Descartes. Discurso del Método.

“El individuo normal del Código Civil se ha convertido, proporcionalmente, en alguien débil.”

René Savatier

Palabras clave

Derecho del consumidor, contratación, hermenéutica contractual, vivienda digna, constitucionalización del derecho privado.

Abstract

This article is a review of the major hermeneutics developments that has brought the engagement with the real estate consumer in the light of the right to adequate housing, making a tour of the doctrine, policy and national jurisprudence. The right to adequate housing has contributed constitutional sensitivity to the consumer Right, thanks to the constitutionalization of private law that has recognized the guardianship judge as guarantor of relations generated even by individuals, where the Civil Code is no longer the normative regulation center of the generated relations between them.

Key words

Consumer law Contract performance, decent housing, contractual Hermeneutics, Constitutionalization of the Private Law.

Résumé

L'article fait un examen de la principale progrès herméneutique a apporté aux consommateurs des contrats avec la propriété à la lumière du droit à un logement adéquat, faire un tour de la doctrine, des règlements et de la jurisprudence nationale. Le droit à un logement convenable a fourni droit constitutionnel à la sensibilité des consommateurs, grâce à la constitutionnalisation du droit privé, a reconnu le juge des tutelles en tant que garant de relations, y compris celles générées par les individus, où plus le centre normative du Code civil réglementation des relations entre les individus générés.

Mots-clés

droit de la consommation, constitutionnalisation du droit, recrutement, l'herméneutique contractuelles, un logement décent.

I. INTRODUCCIÓN

Los fenómenos sociales que han generado cambios en el campo jurídico contemporáneo actual, no necesariamente son los más evidentes y sonoros, como las problemáticas de orden público o de inseguridad, ya que a la par de éstos eventos evidentes, se pueden estar asumiendo otros riesgos para la sociedad en su conjunto sin prácticamente percibirlo, y que van creciendo de forma soterrada y subrepticia. Es en éste lugar imperceptible donde actúa la manipulación realizada por el sistema capitalista para generar mayor consumo de bienes y servicios.

Por lo anterior se hace necesario abordar los nuevos desafíos que ha generado la apertura de mercados, contraria a la anterior economía proteccionista y en exceso reguladora, que en últimas terminaba sometiendo las relaciones económicas al imperio de la ley. En la actualidad vemos como se requieren otras protecciones normativas diferentes a las del derecho común, que se queda corto frente a los nuevos daños generados en la nueva “sociedad de consumidores”.¹

Aunque al realizarse una lectura en relación con la apertura de mercados, pueden sacarse conclusiones positivas y negativas; donde la negativa probablemente se enfoque en considerar la libertad de mercados o sea, la poca intervención estatal en la economía, que otorga la oportunidad perfecta para que actores privados de gran poder se apropien de escenarios que solamente favorezcan sus intereses. Siguiendo ésta misma línea de libertad empresarial generada por la apertura que promueve el modelo económico capitalista, podemos decir que gracias a ella existe un espacio propicio para que se genere una brecha mucho mayor de superioridad detentada por los fabricantes, proveedores, comerciantes, oferentes frente a la debilidad de los consumidores. Debilidad esta que se genera por la denominada asimetría de la información y coloca en un lugar preferencial al contratante que cuenta con mayor conocimiento e información sobre los productos ofrecidos. Precisamente, el acceso a la información en la actualidad, es un elemento mucho más valioso que los mismos bienes tangibles de aparente superioridad pecuniaria. (Velandia, 2011)

Las conclusiones positivas de una libertad de mercados es que se permite una libertad de oferta y demanda de bienes y servicios, donde solo existe una intervención estatal

1 El concepto de sociedad de consumidores (o de consumo) ha sido definido por el sociólogo Zygmunt Bauman como “un conjunto específico de condiciones de existencia bajo las cuales son muy altas las probabilidades de que la mayoría de los hombres y mujeres adopten el consumismo antes que cualquier otra cultura”.

para la regulación de la competencia, diseño éste que tendría cabida en una competencia perfecta o ideal, donde existen numerosos compradores y vendedores plenamente informados respecto de un producto homogéneo, sin ningún tipo de obstáculos para que las empresas ingresen o salgan a largo plazo. En otras palabras, cada vendedor tiene una porción pequeña del mercado, el producto es igual y no existen muchas diferencias entre uno y otro. No existe asimetría de la información, y todos tienen acceso fácilmente a las bondades del producto. (Velandia, 2011) lo que en el contexto económico colombiano sería utópico.

En aras de la delimitación temática se ha decidido analizar exclusivamente el mercado de los bienes raíces y el estado actual en el que se encuentran las empresas constructoras e inmobiliarias, pues este sector no ha sido ajeno a todas las nuevas dinámicas de libertad económica en la que se desenvuelven todas las empresas en general y más en el entendido de que el sector de la construcción se ha caracterizado por ser un fuerte motor de la economía, pues de ahí parte el comercio a nivel inmobiliario, mercado que motiva un plexo normativo que no solamente se contiene en el Código Civil colombiano, sino que se ha ido alimentando, y a su vez actualizando, con distintas fuentes y ramas del derecho.

El fuerte vínculo existente entre el derecho de consumidor y el derecho contractual ha motivado el presente artículo, a su vez por la necesaria relación del derecho a la vivienda digna consagrado constitucionalmente en el artículo 51 y la protección a los consumidores inmobiliarios.

En gran medida la disciplina del derecho del consumidor es una revisión de la normativa contractual, lo que exige un replanteamiento de algunas herramientas interpretativas, tal como lo veremos más adelante, por lo cual procederemos a describir el anteriormente la categoría más amplia que abordaremos denominada la vivienda digna atendiendo al método de razonamiento deductivo que parte de lo general a lo particular.

II. EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

II.I DEFINICIÓN

Es pertinente para efectos de generar claridad, plantear la definición de los conceptos básicos propios del presente escrito, por lo cual iniciaremos con la definición de vivienda digna desde diferentes fuentes; el Diccionario de la Real Academia Española en su 23^a edición de octubre de 2014 (Real Academia Española, 2014) como el “*lugar cerrado y cubierto que se construye para que sea habitado por personas*”. Pero éste concepto sería incompleto pues el concepto de dignidad es el que le agrega la riqueza conceptual al derecho a la vivienda digna, pues a nivel internacional podemos observar como Colombia mediante la ley 74 de 1968 suscribió la aprobación del “Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales” (PIDESC). En dicho convenio, y particularmente en la Observación General número cuatro (4), párrafo 1 del artículo 11; se habla del estatus axiológico de una vivienda adecuada, pues si se reconoce el derecho humano a una vivienda adecuada, se estaría garantizando a su vez el disfrute de algunos de los demás derechos económicos, sociales y culturales. Siguiendo con la conceptualización del Comité, vemos como el derecho a la vivienda 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, sino más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. (Organización de Naciones Unidas (ONU), 1991). En consonancia con lo anterior, el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia consagra el derecho a una vivienda digna, excluyendo así el concepto de vivienda adecuada:

Artículo 51: Todos los colombianos tienen derecho a una 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 (Constitución Política de Colombia, 1991)

Donde a su vez, la Observación General 4 de la ONU contempla unos elementos que deben tenerse en cuenta para el goce efectivo de este derecho.

II.II ELEMENTOS DE UNA VIVIENDA PARA QUE SEA ADECUADA

Los elementos de una vivienda para que sea adecuada, según la Observación General número 4 citada anteriormente, serían los siguientes: a) Seguridad jurídica de la tenencia. b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. c) Gastos soportables. d) Habitabilidad. e) Asequibilidad. f) Lugar y g) Adecuación cultural. (Organización de Naciones Unidas (ONU), 1991)

Siguiendo con la idea anterior y citando al profesor Gerardo Pisarello, al hablarse de dignidad en la vivienda, o según como lo trata la Organización de las Naciones Unidas (ONU) vivienda adecuada, no se está afirmando que deben existir lujos, ya que la adecuación expone un lindero que no debe traspasarse, y que está contemplado en una normativa que haga posible contar con condiciones de habitabilidad, salubridad e higiene, pensando en un buen diseño, una distribución y una superficie que permita salvaguardar la intimidad personal y garantizar el normal desarrollo, con unas características de calidad, seguridad y durabilidad que proporcionen el resguardo. (Pisarello, 2003)

Dicho derecho a la vivienda digna se encuentra descrito entre los derechos sociales y culturales, donde dicha prerrogativa no solamente lo tienen los propietarios de un inmueble, sino también aquellos quienes no lo son.

Según la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, el derecho a la vivienda digna es un derecho fundamental del hombre, nacido de la vital necesidad de gozar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad. Esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad y otro derecho real o personal de disfrute. (Kemelmajer, Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, 1995)

II.III RASTREO JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LA VIVIENDA DIGNA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En Colombia solamente podríamos hablar de la vivienda digna como derecho fundamental en tres supuestos de hecho: Según las sentencias T- 176/13, T-966/07 y T-216A/08, en primer lugar cuando se trate de la vivienda para la población desplazada; en segundo lugar viviendas que se encuentren ante un riesgo inminente por estar en zonas de alto riesgo al tenor de lo dispuesto en la sentencia T- 175 de 2013 donde obró como magistrada ponente la doctora Maria Victoria Calle Correa, y por último, cuando hayan damnificados que requieran de una atención inmediata como es el caso de las afectaciones que traen consigo las olas invernales. (Sentencia T-1017/07: M.P Nilson Pinilla Pinilla)

Lo anterior, atendiendo a lo planteado en la Sentencia T-530 de 2011 donde obra como magistrado ponente el doctor Humberto Antonio Sierra Porto, y asumiendo una postura más cercana al ideario plasmado por nuestros Constituyentes y adicionalmente, más respetuosa de los compromisos adquiridos por nuestro Estado a nivel internacional, plantea la protección mediante la acción de tutela, en la que se afirma que el juez constitucional está llamado a intervenir en la inexistencia o deficiencia del desarrollo legal o reglamentario que hay en Colombia en materia de vivienda digna, especialmente cuando se trata de la protección a personas con debilidad manifiesta. En dicha sentencia se afirma que: *“dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo. Corresponderá de acuerdo con lo anteriormente expuesto, identificar –en atención a las circunstancias del caso concreto- si la pretensión debatida en sede de tutela hace parte de la faceta de defensa o de prestación del derecho, para en este último caso limitar su intervención a aquellos supuestos en los cuales se busque la efectividad de un derecho subjetivo previamente definido o en los que pese a la inexistencia de tal definición, la protección constitucional resulte necesaria de cara a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran sujetos que en razón de sus condiciones físicas, mentales o económicas requieren la especial protección del Estado”*.

Según lo anterior, vemos como el criterio de conexidad se va quedando atrás y el derecho a la vivienda digna va logrando dicho estatus, pues no se puede limitar el uso de la acción de tutela a la condición de pertenecer o no dicho derecho a la clasificación

traída por la Constitución Política en lo atinente a derechos fundamentales, donde inclusive la doctrina hablaba de derechos pertenecientes a diferentes generaciones, aunque según K.Vasak² las clasificaciones no son más que un medio pedagógico, carente de consecuencias sobre el valor y alcances prácticos de los mencionados derechos (Gialdino, 2012) Continuando con la línea discursiva del profesor Gialdino, apelando al principio de interdependencia, podemos decir que los derechos civiles y políticos ocupan una plaza superior a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, de consiguiente, quedarían rezagados a una suerte de congénita inaplicabilidad, no justiciabilidad y efectividad solo progresiva (...) La categorización de los derechos humanos presupone una persona ontológicamente fragmentable: si los derechos humanos son divisibles, será porque su titular también lo es. Y de tal manera será tratado.

Al igual en la sentencia T-544 de 2009 se muestra como la tutela no puede condicionarse, cuando están en riesgo derechos inherentes al ser humano, como la vida, la dignidad humana, la integridad personal. Así, por ejemplo, en el caso que se expone en la sentencia se evidencia la protección del derecho a la vivienda digna, dadas las circunstancias que intervienen en la limitación y vulneración de los derechos fundamentales de los niños, y de otros seres humanos para quienes su vivienda está en una situación de riesgo (Santana, 2012).

En publicación del periódico especializado *Ámbito Jurídico* del 11 de marzo de 2014 (*Ámbito Jurídico*, 2014) se informaron los alcances y variaciones que tendría el derecho a la vivienda digna, en concordancia con lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia T-583 de 2013, donde obró como magistrado ponente el Doctor Nilson Pinilla Pinilla y en la que se afirma que la tutela del derecho fundamental a la vivienda digna procederá de manera directa, sin necesidad de apelar a la conexidad.

En la misma sentencia se sostiene que *la dignidad en el disfrute real de la vivienda no se reduce a una concepción ideal, pues involucra la noción de “habitabilidad”, en condiciones de salubridad, funcionalidad, privacidad y seguridad, comportando responsabilidad de calidad, estabilidad y titularidad por parte del Estado y los urbanizadores.* (Sentencia T-583 de 2013)

2 Karl Vasak fue quien propuso en 1979 la tesis generacional en la que se dividen los derechos humanos, donde según Jose Aylwin, se habla de existencia de una primera generación de derechos humanos, denominados “derechos de la libertad”, hoy conocidos como derechos civiles y políticos. Se reconoce la existencia de una segunda generación de derechos humanos, denominados “derechos de la igualdad”, hoy conocidos como derechos económicos, sociales y culturales. Las nuevas realidades del presente siglo han dado origen a derechos nuevos: el derecho al desarrollo; al medio ambiente; a la paz; y los derechos de los consumidores, que se denominan “derechos de la tercera generación”. Esas generaciones de derechos se encuentran desarrolladas a partir de los ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

Vemos como en alguna literatura jurídica, profesores afirman que no se trata de un derecho fundamental, pero se podría acudir a la figura de la acción de tutela ya que su vulneración o desconocimiento podría acarrear la violación a la dignidad humana del hombre, su derecho a la vida. Por lo que desde una perspectiva de la negación de dicho derecho como derecho fundamental, el argumento radica en que no puede ser un derecho subjetivo para exigir en forma inmediata y directa pues el estado cumple su tarea facilitando la adquisición de la vivienda a sectores inferiores y medios de la población. (Olano, 2006)

II.IV DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Cada día vamos observando el papel protagónico de las constituciones, donde vemos la incidencia de la carta magna en las relaciones de carácter privado, pensamiento que podríamos decir atiende a un proceso de constitucionalización generado por un desarrollo paralelo de la internacionalización de los derechos humanos (Kemelmajer, 2007). Adicional a lo anterior, se evidencia la constitucionalización del derecho privado cuando en la intervención del juez de tutela se hace un control constitucional en normas que tienen un contenido de carácter privado, lo que presenta al respecto dos situaciones diferentes: por un lado la tradicional decisión mediante la cual simplemente se declara la constitucionalidad o no de una determinada norma, y la segunda, cuando el juez constitucional va un poco más allá, y de una y otra manera, procede a sustituir la norma, generando las denominadas sentencias sustitutivas. (Arévalo, 2012)

Desde una óptica diferente y pensando en otras posibilidades del juez de tutela, ante el derecho a la vivienda digna, y como a través de las sentencias integradoras se pueden integrar vacíos normativos y a su vez tutelar los derechos de sujetos que requieran de especial protección, donde para el tema que nos ocupa, podríamos afirmar que el consumidor es un débil jurídico, pues los atentados a los derechos de los consumidores son en sí mismos inconstitucionales a la luz del artículo 78 de la carta fundamental.

II.V PROTECCIÓN A CONSUMIDORES INMOBILIARIOS A LA LUZ DE LA VIVIENDA DIGNA. CASO: PÓLIZAS DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA VIVIENDA

Citando a modo de ejemplo algunos casos de protección a los consumidores inmobiliarios como el descrito en Sentencia C-444/09 de la Corte Constitucional, donde se plantea que la ley 3ra de 1991 en su artículo 40 es inconstitucional, pues se estaba excluyendo la norma que obliga a las constructoras a constituir las denominadas pólizas de estabilidad y calidad de la vivienda, produciéndose un vacío legislativo que significa una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social. (Sentencia C-444 de 2009, 2009) Lo anteriormente expuesto

es un ejemplo claro de una sentencia integradora, pues hace preservar la norma en el ordenamiento jurídico, 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. Ello bajo el principio de interpretación conforme a la Constitución. Además las constructoras a través de los contratos se blindaban jurídicamente sobre éste respecto.

Dicha modificación normativa, genera un daño en la categoría de consumidores denominada consumidores inmobiliarios, pues los mismos deben gozar en los términos del artículo 13 de la carta, de igualdad ante la ley, donde el estado además está en la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Además de comprometer el artículo 51 relativo a la vivienda digna, que ya se ha explicado someramente y 58 de la constitución concerniente al derecho de propiedad privada entre otros derechos.

Pero más específicamente en relación con los consumidores, la norma constitucional es clara en el artículo 78 al aseverar que:

“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.”

Si se derogare dicha norma, el régimen de responsabilidad de constructores de éste tipo de viviendas se vería menguado, pues no estarían asumiendo los riesgos económicos que genera dicha actividad comercial, propiciando en últimas un desequilibrio entre los productores (constructores) de viviendas y los consumidores de las mismas.

Aunque se intentó derogar el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989 mediante el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991, consideró la Corte Constitucional que el legislador, generaría con dicha derogación una desprotección al consumidor de viviendas nuevas de interés social, pues no se exigiría la constitución de la póliza de calidad y estabilidad a la que estaban obligados los constructores y en su defecto los vendedores de vivienda de interés social.

En el caso de marras vemos como el juez de tutela actuó como defensor del consumidor de vivienda nueva, pues sabía de antemano que en un caso como el planteado en la sentencia, las acciones de responsabilidad civil contractual o la acción redhibitoria no constituyen garantía alguna cuando una de las partes desaparece de la vida jurídica y no existe la posibilidad de demandarla, pues es frecuente que (...) *las familias una vez logrado el acceso a la vivienda se ven afectados por serios daños estructurales en sus inmuebles. En esos casos, se ven obligados a vivir en condiciones indignas y de amenaza constante a sus vidas, ya que no tienen la posibilidad de adquirir otro bien inmueble... Ante esta situación no existe la posibilidad que*

el constructor responda por estos perjuicios, ya que en la mayoría de los casos cuando las sociedades constructoras a su vez son las que venden el proyecto, se han disuelto para cuando los deterioros de las viviendas se hacen evidentes, o en muchos casos recurren a diferentes figuras para vender los proyectos a través de firmas comerciales distintas, de manera que no hay a quién demandar.

III. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR INMOBILIARIO DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL

III.I RELACIÓN DERECHO DEL CONSUMIDOR VS DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

Vemos en relación con lo anterior que, la protección efectiva de los derechos del consumidor no se encuentra únicamente garantizada por la consagración exclusiva de normativas que como la Ley 1480 de 2011, que apuntan solamente a la visión de protección al consumidor, sino que en el ámbito de la constitución política, al ser norma de normas y contar con una fuerte expansión, se pone de manifiesto la tarea de garantizar al consumidor su protección, por ende entraría en juego a través de la consagración de los derechos colectivos y del ambiente el gran reconocimiento que los consumidores tuvieron como clase, reconocimiento dado a través del artículo 78 de la carta.

Al hablar de los derechos personales y los derechos patrimoniales de los consumidores, podemos encontrar en los términos que plantea el profesor Rusconi, que los derechos personales de los consumidores se pueden enumerar como: el derecho a la salud, el acceso a bienes y servicios esenciales, pues en éste orden de ideas es un derecho esencial de los consumidores acceder a aquellos bienes que le permitan gozar de un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables, como puede ser el acceso a una vivienda digna, a una adecuada alimentación, atención en salud, servicios domiciliarios de calidad etc. (Rusconi, 2009) El acceso a éste tipo de derechos garantizan el acceso a esas condiciones mínimas y vitales, inherentes a la dignidad de las personas, y es aquí donde radica la conexidad entre el derecho del consumidor y el derecho a la vivienda digna, pues a mayor protección, mayor garantía de dignidad en la vivienda.

III.II TENSIONES GENERADAS ENTRE LA NORMATIVA SUSTANTIVA DE DERECHO PRIVADO (ESTATUTO DEL CONSUMIDOR) Y LA NORMATIVA SUSTANTIVA DE DERECHO PÚBLICO (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA)

Al hablar de tensiones existentes entre éstos dos polos normativos: normativa sustantiva de derecho privado y normativa sustantiva de derecho público, vemos como según la

sentencia T 222 de 2004 en la que se analiza el caso de los jueces de tutela interviniendo en las relaciones contractuales, se acercan inevitablemente, pues la Corte ha concluido que si halla la necesidad de *proteger derechos fundamentales, el juez constitucional puede alterar una relación contractual. Las condiciones y oportunidades de tal intervención no son igualitarias, estando sujeto el control constitucional a las condiciones analizadas en este apartado.* De suyo, lo anterior implica que no sólo las autoridades públicas están sujetas a los derechos fundamentales, y en general a los Constitucionales, sino que, conforme al sistema axiológico recogido en la Constitución, tales derechos también cobijan a los particulares.

Vemos como la acción de tutela frente a contratos, y más en el caso que nos ocupa, categoría denominada “relación de consumo”, puede ser una posibilidad alternativa, ya que el principio de libertad contractual debe tener límites, pues el ejercicio de la libertad contractual puede en algunos casos ayudar a colocar en situación de desventaja al consumidor, más aún si se parte de otro principio propio del derecho del consumidor, el cual es: la debilidad jurídica del consumidor. Debilidad que es evidente frente a la información que maneja el productor o proveedor.

Según como lo especifica el profesor brasileño Antonio Hermán V Benjamín, al derecho del consumidor en una perspectiva moderna, debe ser visualizado como un derecho de tráfico en masa, en el que la comprensión de sus sujetos se debe dar más en un plano colectivo que individual (Benjamín), y donde en estaríamos ante una gran preocupación que atiende el derecho del consumidor que es la de evitar se generen cláusulas contractuales abusivas. Lo anterior nos muestra como en un contrato que verse sobre un inmueble, si se generare una afectación al derecho a la vivienda digna, podríamos buscar que cesen las vulneraciones por vía de tutela.

IV. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL DE CONTRATOS CON EL CONSUMIDOR

Se debe partir de la base de una buena información precontractual, expresa y suficiente de quien se supone diseñó un contrato de adhesión o un contrato de libre discusión, pues es el mismo el que deberá informar al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. Éste es un elemento de buena fe y transparencia, pues quien redactó el contrato es quien sabe el alcance y verdadero significado de cada una de las cláusulas, (Cámara de Comercio, 2013) aunque el contrato debe ser redactado con toda la claridad y transparencia, al punto de que la interpretación muestre de forma clara las declaraciones de voluntad de los contratantes.

IV.I CÓMO SE INTERPRETA CONTRACTUAL Y NORMATIVAMENTE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES

A efectos de interpretar se deberá atender a lo previsto en la ley 1480 de 2011 que contiene un principio de interpretación, más exactamente en su artículo 34 al hablar de la

interpretación favorable, al decir que: *Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.*

No obstante, existen normas interpretativas para otros sectores como es el caso de los servicios financieros, las normativas de servicios públicos domiciliarios y los servicios de salud, donde se aplicará la norma más favorable al consumidor a falta de regulación especial. (Monsalve, 2013)

Las reglas generales de interpretación de los contratos entre privados, es regulada por el Código Civil en su libro cuarto, más específicamente de los artículos 1618 al 1624, donde se afirma que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, pero por tratarse de una norma especial, prevalece la normativa consumerista, pero vemos como la interpretación contractual cuenta además con una mirada constitucional que no debe ser dejada de lado, y que le pone límites a la autonomía de la voluntad. Es de aclarar que las reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 1968)

Vemos cómo jurídicamente tiene más importancia la interpretación denominada subjetiva, que se fundamenta en la intención de las partes contratantes, ya que en ocasiones sucede que el sentido literal de los conceptos resulta dubitativo o no coincide con lo que se presume haber sido la verdadera intención de los contratantes; por lo que se insiste, la verdadera voluntad de los interesados debe prevalecer sobre las palabras, pues todas las normas constitucionales son imperativas, tanto para las partes como para todas las personas y autoridades. (Moreno Ortiz, 2013)

Los contratos en tanto norma jurídica, si bien son la ley para las partes, no son la ley suprema para las partes. Por encima de los contratos, e incluso por encima de la propia ley, está la Constitución Política, al punto que ningún contrato puede celebrarse contraviniendo sus preceptos, mucho menos si se trata de derechos fundamentales. *No obstante, de lo que se trata ahora es de averiguar la intención de las partes, a la que para fines de la reflexión se deberá asumir clara e inequívoca, para que no sea menester acudir a otros criterios hermenéuticos, pues tiene en sí misma la capacidad de sobreponerse a los referentes hermenéuticos constitucionales* (Moreno Ortiz, 2013), lo que deja de presente que la constitución permea todas las relaciones contractuales del orden privado, pues el principio de supremacía de la constitución abre todas las puertas para que las relaciones privadas comporten un interés a las normas de derecho público, en especial de la constitución, pues se encuentra en una jerarquía de más alto nivel.

Por lo anteriormente descrito es válido plantear la pregunta: ¿el derecho a la vivienda digna como derecho fundamental justifica las revisiones de constitucionalidad de todos los contratos de naturaleza privada y más aún, en las que intervengan consumidores inmobiliarios?

V. CONCLUSIONES

Podemos concluir que el derecho del consumidor deroga los códigos de fondo como bien lo son el Código Civil y el Código de Comercio (Weingarten, 2013), pues se trata de una norma específica que deroga la general, además de ser la norma más favorable y específica para el consumidor, en éste caso consumidor inmobiliario.

Así mismo, en palabras de la profesora Weingarten, por tratarse de una norma de orden público de la ley, hace que queden derogadas no solo las convenciones de las partes sino también todos los principios subsidiarios de los Códigos Civil y de Comercio.

Dicha normativa específica entra en tensión con las normativas que sobre asuntos inmobiliarios existe, en la medida en que modifica lo relativo a la contratación por ser casi siempre de adhesión; además modifica lo preceptuado en relación con los vicios redhibitorios, la financiación inmobiliaria, la oferta y la publicidad, por lo que en atención a lo anterior deberán confeccionarse promesas de compraventa que atiendan a tales modificaciones normativas, lo que en la práctica no se está haciendo.

La Constitución Política y el Estatuto del Consumidor deben estar aliadas a la hora de interpretar las cláusulas abusivas e ineficaces normalmente presentes en los contratos de adhesión, pues el principio de “in dubio pro consumidor” presente en el artículo 26 inciso 2º y 34 de la Ley 1480 de 2011, aunado al artículo 78 de la Constitución Política, deben ser más fuertes que lo contratado por las partes siempre y cuando se identifiquen disposiciones que estén en contravía con el consumidor inmobiliario, por tratarse de un bien jurídico tutelado que está relacionado íntimamente al derecho a la vivienda digna. En éste caso un demandante podría invocar una nulidad de carácter absoluto, por tratarse en el entendido del artículo 1518 del Código Civil de un objeto moralmente imposible por ser prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Se considera que correrían con la misma suerte las cláusulas que disminuyan o exoneren de responsabilidad al constructor, comerciante inmobiliario o cualquier miembro de la cadena de producción como también las que limiten o exoneren al constructor o vendedor de la garantía que por vicios redhibitorios deba otorgar (artículo 1914 del Código Civil), acción redhibitoria que prescribe en un (1) año para los bienes inmuebles y se limita a un tiempo muy inferior o simplemente no se otorga³. Existen más cláusulas abusivas que se pueden evidenciar en la contratación

3 El término de la garantía legal para los bienes inmuebles según el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) contemplada en el artículo 8º, es de diez (10) años para la estabilidad de obra y de un (1) año para los acabados.

inmobiliaria, que se encuentran enumeradas en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, aunque en dicho estatuto se busca que la nulidad o ineficacia de una cláusula no afecte la totalidad del contrato.

Por todo lo anterior, deberá el estado asumir acciones que apunten más efectivamente a la protección de los consumidores en sus relaciones de consumo, pues de esa forma también se estaría cuidando el mercado, ya que es del resorte del Estado, tal como lo preceptúa el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, la dirección general de la economía, carta en la que se afirma que ésta intervendrá por mandato de la ley (...) en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes. (Constitución Política de Colombia, 1991). La intervención estatal es impulsada además por La Organización de las Naciones Unidas, donde a través de su Departamento de Asuntos Económicos y Sociales desarrolló las Directrices para la Protección al Consumidor, que asevera en su numeral 21 que:

“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”.

Vemos cómo el tema de abusos contractuales a través de contratos uniformes está presente en la agenda internacional, buscando de esa forma que los productores o proveedores no abusen de su posición favorable en el mercado, en la que cuentan con mayor conocimiento e información, limitando a través de los contratos la posibilidad de tutelar la vulneración al derecho a la vivienda digna, entre otros derechos.

Así el contrato sea la principal fuente de derechos y obligaciones, espacio en el que la autonomía de la voluntad entra a jugar su verdadero papel, es de entender que dicha autonomía tiene límites en la medida en que el consumidor esté contratando en contravía de sus propios derechos, y peor aún, sin ni siquiera saberlo.

VI. REFERENCIAS

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 16 de diciembre de 1968).

Constitución Política de Colombia. (1991).

Sentencia C-444 de 2009, C-444 (Corte Constitucional de Colombia 2009).

Ámbito Jurídico. (21 de marzo de 2014). *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 23 de marzo de 2015, de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140321-04tutela_del_derecho_fundamental_a_la_vivienda_digna_procede_de_/noti-140321-04tutela_del_derecho_fundamental_a_la_vivienda_digna_procede_de_.asp?CanV=115

Arévalo, G. I. (2012). *Bienes: constitucionalización del derecho civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Benjamín, A. H. (s.f.). *Gobierno de España: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*. Recuperado el 23 de enero de 2015, de Instituto Nacional del Consumo: http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/1992/EC24/EC24_01.pdf

Cámara de Comercio. (2013). Foro del Jurista. Recuperado el 25 de febrero de 2015, de Una mirada a la aplicación de la Ley 1480 de 2011: http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf

Gialdino, R. E. (2012). *Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Kemelmajer, D. C. (1995). *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*. Separata de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo.

Kemelmajer, D. C. (2007). *Constitucionalización del derecho privado de las personas*. En D. C. Kemelmajer, *Constitucionalización del derecho privado: actas del tercer congreso*. Bogotá: Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains .

Monsalve, Á. O. (2013). *Manual de Obligaciones*. Bogotá: Temis.

Moreno Ortíz, L. (2013). *El riesgo constitucional en la interpretación de los contratos*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Olano, G. A. (2006). *El derecho a la vivienda digna en Colombia*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (1991). *University of Minessota Human Rights Library*. Obtenido de <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm4s.htm>

Pisarello, G. (2003). *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción, el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Icaria Editorial.

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Real Academia Española.

Rusconi, D. (2009). Los derechos de los consumidores y usuarios. En D. Rusconi, *Manual de derecho del consumidor* (págs. 70-73). Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Santana, M. L. (2012). Avance Jurisprudencial del Derecho a la Vivienda Digna en Colombia. *Ratio Juris*, 37 - 60.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Weingarten, C. (2013). La defensa de los consumidores en el ámbito normativo. En C. Ghersi, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores* (págs. 39-53). Buenos Aires: La Ley.