3.ª ed.

Luis Gonzalo Baena Cárdenas

El *leasing* habitacional:

Instrumento para financiar la adquisición de vivienda

Universidad Externado de Colombia

El *leasing* habitacional:
instrumento para financiar la adquisición de vivienda

Luis Gonzalo Baena Cárdenas

El *leasing* habitacional:
instrumento para financiar la adquisición de vivienda

3.ª ed.

Universidad Externado de Colombia

Baena Cárdenas, Luis Gonzalo

El leasing habitacional : instrumento para financiar la adquisición de vivienda / Luis Gonzalo Baena Cárdenas. -- 3.ª ed. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

398 p. ; 21 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587721560

1. Crédito al consumidor -- Aspectos jurídicos -- Colombia 2. Compras a plazos 3. Sistemas de créditos 4. Sistema financiero -- Colombia 5. Vivienda – Aspectos económicos -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia **II** Título

347.51 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca
Julio de 2014

ISBN 978-958-772-156-0
e-ISBN 978-958-772-394-6

© 2014, 2006, 2003, LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS
© 2014, 2006, 2003, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: mayo de 2003
Segunda edición: enero de 2006
Tercera edición: agosto de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Dgital S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

Presentación 13

Primera parte
Marco jurídico e institucional del derecho a la vivienda digna

Capítulo primero
Aspectos fundamentales del derecho a la vivienda digna 21
I. El derecho a la vivienda digna dentro del marco constitucional 21
A. Contenido del derecho a la vivienda digna 21
II. Elementos del derecho a la vivienda digna 35
A. Condiciones de la vivienda 35
B. Seguridad en el goce de la vivienda 40

Capítulo segundo
El derecho a la vivienda digna en la Carta Política colombiana 45
I. Contenido del artículo 51 constitucional 45
II. Titulares del derecho a la vivienda digna 47
III. Los obligados por el derecho a la vivienda digna 50
IV. La vivienda de interés social 54

Segunda parte
Contextualización del *leasing* habitacional como instrumento jurídico y financiero para garantizar el derecho a la vivienda digna

Capítulo tercero
Aspectos generales del *leasing* 65
I. Generalidades 65
II. Terminología 67
III. Orígenes del *leasing* 69

IV. Finalidad del *leasing* 70
V. Concepto de *leasing* 71
VI. Algunas clasificaciones del *leasing* 72
A. *Leasing* operativo y *leasing* financiero 72
B. *Leasing* mobiliario y *leasing* inmobiliario 78
C. "*Lease back*" o "*retroleasing*" 84
D. *Leasing* sindicado 86
E. *Leasing* apalancado o "*leveraged leasing*" 86
F. "*Dry leasing*" y "*wet leasing*" 86
VII. Consideraciones en torno a la dogmática del *leasing* en el ámbito del derecho positivo: la debatida cuestión acerca de la naturaleza jurídica del *leasing* 87
VIII. El *leasing* financiero internacional y la Convención de Ottawa de 1988 95

Capítulo cuarto
El *leasing* en el ordenamiento jurídico colombiano 105
I. ¿Cómo se concibe el *leasing* en la legislación colombiana? 105
A. En el ordenamiento jurídico colombiano la noción de *leasing* o arrendamiento financiero no se corresponde con la definición que trae la Convención de Ottawa de 1988 113
B. A manera de colofón 115
II. El *leasing* en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿un contrato típico o atípico? 116
III. A la luz del ordenamiento jurídico colombiano y de la sentencia del 13 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, ¿cómo se debe llevar a cabo en la práctica el proceso de calificación e integración jurídica del *leasing*, considerando que la definición que desarrolla el artículo 2.2.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 no se ajusta a la verdadera naturaleza jurídica y función económica de esta modalidad contractual? 124
A. Planteamiento introductorio 124
B. La buena fe como fuente de integración del contrato 134
1. La conexidad contractual en las operaciones de *leasing* financiero 137
a. Efectos de la vinculación contractual 140
b. Subrogación de acciones a favor del usuario 152

c. Posibilidad de reconocer la acción directa al usuario frente al proveedor, independientemente de la subrogación convencional contenida en el contrato de *leasing* 165
C. Los usos comerciales como fuente de integración del contrato 170
D. Las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero 172
1. Control del contenido de las condiciones generales por la vía de la integración e interpretación contractual 183
E. La Convención de Ottawa de 1988 como fuente de integración del contrato 190
IV. Mercantilidad del *leasing* 192
V. Características del *leasing* según la legislación colombiana 193

Capítulo quinto
Elementos subjetivos y objetivos de las operaciones de *leasing* 197
I. Exhordio 197
II. Elementos subjetivos 198
A. Los bancos y las compañías de financiamiento comercial en su carácter de empresas de *leasing* 198
B. El usuario 200
C. Derechos y obligaciones de los bancos y de las compañías de financiamiento comercial y del usuario 201
1. Obligaciones de los bancos y de las compañías de financiamiento comercial 201
a. Obligación de entregar el bien objeto del contrato 202
b. Obligación de mantener la cosa en el pacífico disfrute del usuario 205
c. Obligación de transferirle al usuario el derecho pleno de propiedad del bien, si al vencimiento del término previsto para la duración del contrato aquél decide hacer uso de la opción de adquisición estipulada a su favor y paga su valor 208
2. Obligaciones del usuario 208
a. Pagar las cuotas periódicas a su cargo 208

b. Restitución del bien objeto del contrato 211
c. Contratar y pagar oportunamente los seguros que amparen el bien contra los riesgos de daño o destrucción total o parcial y, en general, pérdidas imputables a actos del hombre o de la naturaleza 212
III. Elementos objetivos de las operaciones de *leasing* 213
A. El contrato de compraventa 213
B. El contrato de *leasing*: contenido 221
1. La cesión del uso y goce 221
2. La opción de adquisición 222
C. Extinción del contrato 227
D. Efectos de los procesos de reorganización empresarial del usuario sobre los contratos de *leasing* financiero 227
IV. Problemas constitucionales acerca del régimen jurídico del *leasing* financiero en Colombia 231
A. La deslegalización 233
B. Contenido, alcances y límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República 236
C. Las normas del Decreto 913 de 1993 incorporadas al Decreto 2555 de 2010 240

Capítulo sexto
Régimen jurídico del *leasing* en el ámbito del derecho a la vivienda digna 245
I. Situación previa 245
II. El régimen jurídico especial del *leasing* habitacional. Desde la Ley 795 de 2003 hasta el presente 246
A. Definición de *leasing* habitacional 246
B. Críticas a la definición legal de *leasing* habitacional 253
C. Naturaleza jurídica del *leasing* habitacional: ¿un contrato típico o atípico? 257
D. Requisitos de forma del *leasing* habitacional 258
E. Elementos objetivos de las operaciones de *leasing* habitacional 260
1. Relaciones jurídicas que surgen de la operación de *leasing* habitacional 261
a. Obligaciones a cargo de los bancos y las compañías de financiamiento comercial derivadas de las operaciones de *leasing* habitacional 261

b. Obligaciones a cargo del usuario derivadas de las operaciones de *leasing* habitacional 283
c. Derechos a favor de los bancos y las compañías de financiamiento comercial derivados de las operaciones de *leasing* habitacional 298
d. Derechos a favor del usuario derivados de las operaciones de *leasing* habitacional 301
III. El incumplimiento del contrato de *leasing* habitacional 305
A. Incumplimiento del banco o de la compañía de financiamiento comercial 305
B. Incumplimiento del usuario 306
IV. Extinción del contrato de *leasing* habitacional 307
A. Causas normales de terminación 307
B. Resolución del contrato por incumplimiento 308
V. Los efectos del concurso de acreedores del usuario sobre los contratos de *leasing* habitacional 310
VI. El *leasing* habitacional y el contrato de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación 311

Capítulo séptimo
Calificación e integración jurídica del contrato de *leasing* habitacional 315
I. Planteamiento introductorio 315
A. Ausencia de dolo o culpa grave en la actuación de la entidad financiera 327
B. Cesión de acciones frente al constructor-vendedor 333
C. A manera de colofón 334
II. Contenido y alcances de la subrogación de acciones a favor del usuario 336

Capítulo octavo
Problemas constitucionales acerca del régimen jurídico del *leasing* habitacional en el ámbito del derecho a la vivienda digna: un ejemplo de cómo no se debe legislar 341
I. Planteamiento introductorio 341
II. Constitucionalidad del *leasing* habitacional como instrumento jurídico y financiero para acceder a la vivienda digna 343

III. Los artículos 2.28.1.1.1. y siguientes del Decreto 2555 de 2010 como parte del marco normativo del derecho a la vivienda digna 351
A. La Ley 546 de 1999 353
B. El Capítulo II de la circular externa 100 de 1995 originaria de la entonces Superintendencia Bancaria 358
C. Análisis de los artículos 2.28.1.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010 en el marco del derecho fundamental a la vivienda digna 360

Capítulo noveno
Tratamiento tributario y contable del *leasing* habitacional 379
I. Tratamiento tributario 379
II. Tratamiento contable 382

Bibliografía 391

Presentación

Nuestro interés por el estudio del *leasing* habitacional surgió desde mucho antes de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 795 de 2003 y de sus decretos reglamentarios, así como de los pronunciamientos sobre este particular efectuados por la Corte Constitucional en los términos de que dan cuenta las sentencias C-936 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett y C-894 de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Dicho interés ha obedecido y continúa obedeciendo al hecho de que el problema de la vivienda en Colombia, lejos de estar solucionado, constituye una realidad creciente en nuestras ciudades. Mientras otros derechos sociales, como por ejemplo, la educación, se encuentran razonablemente cubiertos por lo público, el derecho a la vivienda continúa sin poder ser ejercido por una parte importante de la población. La explicación no es jurídica sino política. Es más, si le echamos una mirada a la forma como desde tiempo atrás han evolucionado, desarrollado e implementado las políticas públicas adoptadas por los distintos gobiernos de turno en materia de vivienda, fácilmente podemos constatar cómo en Colombia no se ha podido superar la brecha, bastante grande por cierto, que aún persiste frente a la necesidad de incrementar el número de hogares propietarios de vivienda. Ciertamente, en esta materia se observan algunos falsos dilemas, *vb. gr.*, contrariamente al *telos* social, los distintos gobiernos han optado por no intervenir y, en su lugar, dejar que todo lo arregle la mano invisible del

mercado. El mercado "libre", en este caso, no solo no es la solución, sino que es una parte clave del problema. Sirva como ejemplo que en los últimos años, en algunas de las principales ciudades colombianas, a pesar de la baja en las tasas de interés, se ha experimentado una fuerte subida de los precios de los inmuebles destinados a vivienda, incluyendo la vivienda de interés social, con el correlato inevitable de superar la capacidad de endeudamiento de los potenciales adquirentes, lo que ha llevado a expulsar del mercado un segmento cada vez mayor de la demanda. Por consiguiente, tenemos un mercado de la vivienda en el que aparentemente existe una mayor oferta respecto de la demanda y en el que la oferta no coloca en el mercado el tipo de productos que demanda la mayor parte de la población, vale decir, viviendas a precios asequibles. En los últimos años hemos pasado por las tasas de interés de los créditos hipotecarios para vivienda quizá más bajas de los últimos tiempos y, sin embargo, las viviendas son hoy por hoy las más costosas de que se tenga noticia. En este contexto, la política de no intervención conduce indefectiblemente a una grosera violación de lo dispuesto por el artículo 51 CP.

Consecuentes con lo precedentemente expuesto, desde cuando salió al mercado la primera edición de este escrito nos hemos propuesto realizar una construcción acerca del *leasing* habitacional con un enfoque dogmático y práctico, pues estamos convencidos de que este instrumento jurídico y financiero, adecuadamente concebido y estructurado, constituye una alternativa de solución efectiva y eficaz a la problemática de la vivienda. En esa primera edición de este escrito abordamos el tratamiento que en el Decreto 913 de 1993 (actualmente incorporado en el Decreto 2555 de 2010) se le dispensa a la figura del *leasing* o arrendamiento financiero, procurando que la determinación de la naturaleza y características del *leasing* habitacional tuvieran una definición precisa en términos jurídicos y enfatizando en que, desde una perspectiva eminentemente jurídica, no

existe nada en lo fundamental que permita diferenciar un *leasing* que tenga por objeto inmuebles destinados a vivienda de un *leasing* que tenga por objeto, *vb. gr.*, cualquier activo productivo, pues en ambos casos el régimen jurídico que gobierna la operación es el mismo.

Con posterioridad, en la segunda edición, y con ocasión de los cambios institucionales y normativos realizados para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-936 de 2003, nos propusimos ampliar y enriquecer nuestro trabajo inicial, desarrollando de una manera más detallada algunos aspectos que fueron abordados en la primera edición, buscando con ello avanzar en la construcción doctrinal del *leasing* habitacional bajo un prisma que se conecte a la propia base y sustancia de la polémica relacionada con el derecho de todo ciudadano colombiano de acceder a una vivienda digna.

En esta nueva oportunidad hemos procedido a revisar en su totalidad las dos ediciones anteriores, con miras a aclarar algunos conceptos, ampliar otros y redactar de nuevo algunos pasajes para lograr una mayor claridad. Desde esta perspectiva, hemos considerado apropiado fincar el eje normativo sobre el que gira esta tercera edición en la necesidad de tratar de encontrarle solución a las dudas hermenéuticas que, cada día con mayor fuerza, se vienen presentando alrededor del contenido y alcance de la normatividad que regula el *leasing* habitacional, las cuales –a nuestro modo de ver las cosas– en buena parte se explican no solo por el hecho de que la legislación impulsada por el Gobierno Nacional a partir de la Sentencia C-936 de 2003, actualmente contenida en el Decreto 2555 de 2010, apostó por un modelo que no cumple con el objetivo de proteger el derecho a la vivienda digna, sino también por el método de contratación que en la práctica vienen utilizando los bancos y las compañías de financiamiento.

En efecto, como tendremos ocasión de demostrar, la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en materia

de *leasing* habitacional omite tener en cuenta el papel que cumple el crédito en el contexto de las operaciones de *leasing* habitacional y lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU denomina "gastos soportables" y "seguridad jurídica en la tenencia". Asimismo, tendremos oportunidad de demostrar cómo el método de contratación que en la práctica vienen utilizando los bancos y las compañías de financiamiento comercial lleva a que surja una figura contractual atípica, circunstancia que plantea dos problemas fundamentales a los que trataremos de encontrarle solución, a saber: el primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales las operaciones de *leasing* habitacional son admisibles y, por ende, deben considerarse válidas y eficaces, y el segundo en determinar cuál es la disciplina a la que tales operaciones financieras deben someterse y cómo deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias, dada la inadecuada reglamentación expedida por el Gobierno.

Hasta qué punto estos y otros factores están poniendo en tela de juicio la eficacia e idoneidad del *leasing* habitacional como instrumento jurídico y financiero para acceder a una vivienda digna es una cuestión de indiscutida importancia, máxime si se tiene en cuenta que, como principio rector de la política social y económica, el acceso a la vivienda digna de que trata el artículo 51 de la Carta Política no depende únicamente de su constitucionalización, sino también del tipo de regulación legal y reglamentaria que lo desarrolle.

En suma, pues, el eje normativo sobre el que gira este estudio es doble: de una parte, el derecho a la vivienda digna, como ya se ha apuntado, y de otra, el *leasing* como instrumento jurídico y financiero adecuado para garantizar el acceso a la vivienda digna. De esta suerte, la hipótesis de trabajo consiste en avanzar en la construcción doctrinal del *leasing* habitacional desde la perspectiva que brinda tanto el artículo 51 CP como la Sentencia C-936 de 2003 con miras a dotarlo de un marco jurídico coherente y ajustado a su

verdadera naturaleza y función económica, de manera que esta modalidad de contratación mercantil se constituya verdaderamente en un dinamizador de la política de vivienda.

Para los efectos propuestos, a lo largo de esta nueva edición nos dedicaremos a examinar, con el rigor que merece, el régimen jurídico que informa el *leasing* habitacional como un instrumento para acceder a la vivienda digna, de manera que frente a los difusos contornos que con carácter general presenta la actual regulación legal de esta especial modalidad de contratación mercantil, nos vimos abocados irremediablemente hacia la interdisciplinariedad con otras ramas del Derecho, en especial el Derecho constitucional y el Derecho del consumo y, por esta vía, a acompañar dicha regulación de los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en punto al contenido y alcances del artículo 51 de la Carta. La importancia de esta interdisciplinariedad no admite duda alguna, tanto más si se considera que ante la deficiente reglamentación del *leasing* habitacional los bancos y compañías de financiamiento no están interpretando el acceso a la vivienda digna con estricta sujeción a las pautas jurídicas establecidas en las disposiciones constitucionales que regulan la materia, como de ello da fe el método de contratación que en la práctica vienen utilizando.

En todo caso, debe quedar claramente establecido desde ya que con el análisis que nos hemos propuesto adelantar no pretendemos que la realidad imponga su lógica al Derecho, sino que procuramos impedir que el Derecho desvirtúe la realidad al regularla, pues tratándose del *leasing* habitacional, la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional hace que este instrumento de financiación, como figura jurídica, carezca de autonomía y de falta de cohesión, dada la inadecuación de la percepción de la realidad que el modelo jurídico transmite a lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-936 de 2003. En esta dirección, nuestra opinión es que el marco jurídico que resuelva la efectiva problemática actual del *leasing* habitacional debe construirse

con los muy diversos materiales que nos proporcionan tanto el Derecho constitucional como el Derecho mercantil y el Derecho del consumo.

Finalmente, debemos reiterar que con este estudio no pretendemos agotar el tema, sino tan sólo plasmar o recoger los conocimientos y experiencias acumuladas a través del ejercicio profesional y de la cátedra universitaria. También debemos reiterar el deseo de esta nueva edición que no sólo represente un aporte a la literatura jurídica, sino que constituya, además, una herramienta útil tanto para la administración pública como para los abogados, los profesores, los alumnos, los estudiosos de las ciencias jurídicas y el público en general.

PRIMERA PARTE
MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

CAPÍTULO PRIMERO
ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

I. El derecho a la vivienda digna dentro del marco constitucional

A. Contenido del derecho a la vivienda digna

La Constitución Política de Colombia proclama en el artículo 51, como principio rector de la política económica y social, el derecho a una vivienda digna[1]. Dicho precepto

1 El artículo 51 C.P. establece que "Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda". Por su parte el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. A su turno, el artículo 11, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

constitucional pertenece al postulado del Estado social que consagra el artículo 1.º *ibídem*, a cuyo tenor uno de los rasgos definidores de Colombia es constituirse como un Estado Social de Derecho. Del mismo modo, es necesario ponerlo en relación con el principio de igualdad material que se recoge en el artículo 13 *ejusdem*.

En tanto que digna y adecuada, la vivienda resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida segura, independiente y autónoma[2]. En esta dirección, la aceptación de la idea de vivienda como bien necesario y la importancia de su satisfacción se evidencian claramente tras su constitucionalización como derecho en los términos de que da cuenta el artículo 51 CP. Desde esta perspectiva, existe un amplio consenso en punto a que se trata de un derecho social de carácter prestacional[3] que el individuo

---

2 GERARDO PISARELLO. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, Barcelona, 2003, p. 25.

3 A este respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-530 de 2011, M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO, destacó que "[…] como ocurrió con los demás derechos económicos, sociales y culturales, desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional negó la iusfundamentalidad del derecho a la vivienda digna, señalando para el efecto, que se trata de un derecho de carácter prestacional cuyo contenido debe ser precisado en forma programática por las instancias del poder que han sido definidas con fundamento en el principio democrático, de conformidad con las condiciones jurídico materiales disponibles en cada momento histórico. […] Así, gran parte de los pronunciamientos en la materia califican la vivienda digna como un derecho asistencial del cual no es posible derivar derechos subjetivos exigibles en sede de tutela por cuanto su desarrollo sólo corresponde al legislador y a la administración. Argumentación que del mismo modo, acompañó desde etapas tempranas las consideraciones en relación con derechos como la salud, el trabajo, la educación, la seguridad social, entre otros derechos sociales y económicos. […] Pese a lo anterior, en situaciones de afectación clara de este tipo de derechos, la competencia del juez constitucional fue reivindicada con fundamento en el criterio de la conexidad, en desarrollo del cual se estableció que los derechos denominados de segunda generación podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre éstos y un derecho fundamental en atención a las circunstancias del caso concreto. […] De esta forma, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la vivienda digna –aun cuando éste no fuera considerado fundamental– siempre que la lesión de tal

ostenta frente al Estado para obtener algo que podría conseguir también de los particulares si contara con los medios financieros necesarios y si encontrara en el mercado una oferta suficiente; es decir, se trata de un derecho exigible frente a los poderes públicos y frente al resto de la sociedad[4].

Como lo refiere Gerardo Pisarello[5], el derecho a la vivienda digna comporta para los poderes públicos una

---

prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales *per se*, tales como la vida, la integridad física, la igualdad, el debido proceso, entre otros. Criterio que asimismo se ha mantenido latente en el análisis que en aras de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales realiza en cada caso el juez constitucional. […] Sin embargo, el criterio de la conexidad se advertía insuficiente en muchos casos en los que consideraciones de justicia y equidad tornaban necesario un pronunciamiento del juez de tutela que permitiera la protección del derecho a la vivienda digna. Esta situación condujo a la jurisprudencia constitucional a reconocer algunas hipótesis adicionales en las que pese al carácter no fundamental de este derecho, la acción de tutela resultaba procedente. […] En tal sentido, se sostuvo en primer término que cuando pudiera evidenciarse una afectación del mínimo vital, especialmente en personas que se encontraran en situación de debilidad manifiesta, la autoridad judicial en sede de tutela debía proceder –en forma en todo caso excepcional– a adoptar las medidas tendentes a conjurar la vulneración alegada […]".

4 A este respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-585 de 2006, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, destacó que "[…] el derecho a una vivienda digna –como derecho económico, social y cultural– será fundamental cuando (i) por vía normativa se defina su contenido, de modo que pueda traducirse en un derecho subjetivo; (ii) cuando su no satisfacción ponga en riesgo otros derechos de naturaleza fundamental, como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la integridad física, etc., y (iii) cuando se reclame la protección del derecho en cuestión frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales y de los particulares […]". En este mismo sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-530 de 2011, M. P.: Humberto Sierra Porto, destacó que "[…] si bien es cierto, el derecho a la vivienda digna –al igual que otros derechos sociales, económicos y culturales– se caracteriza por cierto grado de indeterminación en relación con las prestaciones que su satisfacción requiere, las cuales deben ser precisadas por las instancias del poder definidas con fundamento en el principio democrático, tal connotación no puede conducir a negar el carácter iusfundamental del mismo y tampoco a descartar de plano la procedencia del amparo constitucional cuando se advierta su vulneración […]".

5 Gerardo Pisarello. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, Barcelona, 2003, p. 20.

serie de obligaciones concretas que no se pueden posponer indefinidamente, tales como, por ejemplo,

> […] el deber de no impulsar políticas regresivas […], el deber de adoptar medidas de protección frente a abusos provenientes de otros particulares o de poderes privados, el deber de erradicar las discriminaciones arbitrarias, el deber de minimizar los desalojos forzosos o el de garantizar a los usuarios derechos de información y participación en los planes y programas públicos de vivienda […] La pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo […] Amenaza el derecho a la integridad física y mental […] Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad […] Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación ciudadana […][6].

A lo anterior conviene agregar que el derecho a la vivienda digna es un derecho que no puede ser interpretado en un sentido estricto o restrictivo; vale decir,

> […] no se puede equiparar en un sentido restrictivo con el refugio que resulta del mero hecho de tener un techo sobre la cabeza o con una simple mercancía accesible sólo para aquellos que puedan pagarla en el mercado. Por el contrario, debe considerarse como 'el derecho a vivir en alguna parte, con seguridad, paz y dignidad' […] Definir en qué consiste el derecho a una vivienda adecuada, qué otros derechos se vinculan a su satisfacción y qué obligaciones impone dicho contenido a los estados, constituye un paso fundamental para la mejor garantía y satisfacción efectiva de los recursos habitacionales […][7].

---

6 Ibíd., pp. 20 y 25.

7 Ibíd., p. 81. En este mismo sentido la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-530 de 2011, M. P.: Humberto Sierra Porto, señaló: "[…] En

El estudio acerca de la eficacia de este derecho requiere del análisis de su dimensión internacional. En este sentido huelga decir que existen numerosos textos internacionales que se refieren explícitamente a este derecho como un derecho

---

cuanto al derecho a la vivienda digna, esta Corporación ya había reparado en anteriores ocasiones en la existencia de obligaciones de índole positiva y negativa ligadas a su satisfacción. Así, en Sentencia T-1318 de 2005, tras sistematizar la jurisprudencia constitucional en la materia, la Corte advirtió la configuración de "*un derecho de defensa frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de particulares*" cuya protección podía ser reclamada en sede de tutela. […] Ahora bien, en la Sentencia T-585 de 2008 se reiteró la distinción efectuada en Sentencia T-016 de 2007, en relación con la fundamentalidad de los derechos y las vías por las cuales éstos pueden hacerse efectivos para a partir de tal diferenciación establecer de un modo más claro la competencia que corresponde al juez constitucional en cuanto a la protección del derecho a la vivienda digna se refiere. […] Así las cosas y retomando la división entre los mandatos de abstención y los mandatos de prestación necesarios para asegurar el goce del derecho a la vivienda digna, se indicó que la exigibilidad de éstos últimos en sede de tutela se encuentra en principio condicionada por la definición de derechos subjetivos que traduzcan prestaciones concretas a favor de las personas que alegan su vulneración. […] Como es evidente, los principales llamados a configurar los contenidos normativos en virtud de los cuales deberá ponerse en práctica el derecho a la vivienda digna son los poderes democráticamente constituidos para tal fin. Lo anterior por cuanto, el diseño de las políticas públicas necesarias para el efecto, conlleva la adopción de decisiones de gran trascendencia en relación con la distribución de bienes escasos en el panorama económico nacional y la consecuente determinación en cuanto a las prioridades en su asignación. Lo cual implica en cierta medida oponer excepciones a las leyes del mercado que, en términos generales, determinan la satisfacción de este tipo de necesidades. […] En este proceso de configuración de prestaciones concretas a favor de ciertos sujetos o categorías de ellos, tanto el legislador como la administración en sus distintos niveles deben atender al mandato de progresividad que relación con los derechos de segunda generación consagran la normativa y jurisprudencia internacionales y que a su turno, ha sido puesto en práctica por esta Corporación en diversas ocasiones. […] En estos términos, la faceta prestacional del derecho a la vivienda digna podrá dar origen por vía de transmutación a distintos derechos subjetivos concebidos en el marco de políticas públicas, las cuales a su vez, deberán idear mecanismos idóneos para asegurar la exigibilidad de tales derechos. Lo anterior no obsta para que en aquellas hipótesis en la cuales tales mecanismos de protección no existan o no puedan ser considerados eficaces en relación con el amparo del derecho fundamental a la vivienda digna en el caso concreto, el juez de tutela goce de plena competencia para adoptar las medidas que se requieran de cara a la garantía efectiva del mismo […]".

social y, a través de los medios de control establecidos para verificar el cumplimiento de sus disposiciones, se le otorga una determinada eficacia. Ciertamente, para estudiar la Carta Política colombiana deben ser analizados también los Convenios internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por Colombia, pues tal interpretación viene exigida por el artículo 93 de la Norma Fundamental. La principal fuente a tener en cuenta será el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Colombia y, en especial, las interpretaciones que acerca del parágrafo 1.º del artículo 11 de dicho tratado ha adoptado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas contenidas en la Observación General n.º 4[8].

Dicha Observación permite no solo clarificar el contenido del derecho a la vivienda digna sino, además, identificar las principales obligaciones que comporta su satisfacción. En cuanto al contenido de este derecho, la Observación General n.º 4 establece los siguientes lineamientos para que una vivienda pueda considerarse adecuada:

> […] 7. En opinión del Comité, 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 o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar,

---

8 A partir de la Sentencia C-936 de 2003 la Corte Constitucional, con el objeto de precisar el alcance y el contenido del derecho a la vivienda digna, ha recurrido al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, precepto que reconoce el derecho a una vivienda adecuada, cuyo contenido a su vez ha sido desarrollado por la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Este último instrumento internacional se ha convertido por esta vía en un referente interpretativo que permite dilucidar el contenido del artículo 51 constitucional. Cfr. las sentencias T-473 y T-408 de 2008, C-444 de 2009, T-199 y T-036 de 2010, y T-530 de 2011, entre otras.

> el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de 'vivienda adecuada' […] significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable […]".

Del mismo modo, el parágrafo 8 de la mencionada observación consagra algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de lo dispuesto por el artículo 51 de nuestra Carta Política. Así, identifica siete aspectos que se consideran como componentes invariables del derecho a la vivienda digna, los cuales se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.

En este contexto, el derecho a la vivienda digna no significa que el Estado esté obligado a construir viviendas para toda la población y que las personas que carecen de vivienda están legitimadas para solicitarlas automáticamente al Gobierno. En lugar de eso, el derecho a la vivienda digna comprende

> […] los derechos de los inquilinos; el derecho a la seguridad en la tenencia; el derecho a la regularización de la propiedad de la tierra; el derecho a la protección contra casos de discriminación arbitraria en el acceso a programas públicos; el derecho a no ser

> desalojado de manera ilegítima; el derecho a ser informado y consultado en materia de programas de vivienda o de planes de reforma urbanística; o el derecho a disponer de mecanismos administrativos y judiciales asequibles y efectivos en caso de que se produzcan vulneraciones del derecho a la vivienda […][9].

Con fundamento en la Observación General n.º 4, la Corte Constitucional[10] fijó como sigue los requisitos para que una vivienda sea considerada digna:

> En primer lugar, debe presentar condiciones adecuadas, las cuales dependen de la satisfacción de los siguientes factores, entre otros: (i) Habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio necesarios para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud. (ii) Facilidad de acceso a los servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de sus ocupantes. (iii) Ubicación que permita el fácil acceso a opciones de empleo, centros de salud y educativos, y otros servicios sociales, y en zonas que no pongan en riesgo la salud de los habitantes. (iv) Adecuación cultural a sus habitantes. […] En segundo lugar, debe rodearse de garantías de seguridad en la tenencia, condición que comprende, entre otros aspectos: (i) Asequibilidad, que consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda y de posibilidades de acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia, entre otros. […]. (ii) Gastos soportables, que significa que los gastos de tenencia –en cualquier modalidad– deben ser de un nivel tal que no comprometan la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de los habitantes de la vivienda. Para satisfacer este componente, el Estado debe, por ejemplo, crear subsidios para quienes no puedan sufragar el costo de la tenencia y sistemas de financiación que permitan a las familias acceder a la vivienda sin comprometer su vida en condiciones dignas, proteger a los inquilinos contra aumentos

---

9 Gerardo Pisarello. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., p. 83.
10 Sentencia T-585 de 2006, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

> desproporcionados en los cánones de arrendamiento y facilitar el acceso a materiales de construcción. (iii) Seguridad jurídica en la tenencia, que implica que las distintas formas de tenencia estén protegidas jurídicamente, principalmente contra el desahucio, el hostigamiento, o cualquier forma de interferencia arbitraria e ilegal […].

Tampoco el derecho a la vivienda digna equivale a un derecho a la propiedad o al derecho de propiedad. Por el contrario, como lo refiere el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,

> … el derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad, puesto que contempla derechos no vinculados con la propiedad y tiene como fin asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad. La seguridad de la tenencia, que es la piedra angular del derecho a una vivienda adecuada, puede adoptar diversas formas, entre ellas el alojamiento de alquiler, las viviendas cooperativas, los arrendamientos, la ocupación por los propietarios, el alojamiento de emergencia y los asentamientos improvisados. Como tal, no está limitada al otorgamiento de un título jurídico formal. Dada la amplia protección que brinda el derecho a una vivienda adecuada, prestar atención sólo al derecho a la propiedad podría en realidad conducir a la violación del derecho a una vivienda adecuada, por ejemplo mediante el desalojo forzoso de habitantes de tugurios situados en terrenos privados. Por otro lado, la protección del derecho a la propiedad podría ser fundamental para asegurar que ciertos grupos puedan disfrutar de su derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, el reconocimiento de la igualdad de derechos de los cónyuges a los bienes del hogar es con frecuencia un factor importante para asegurar que las mujeres tengan un acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada [...][11].

---

11 ONU / HABITAT. "El derecho a una vivienda adecuada", Folleto Informativo n.º 21.

A este mismo respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-936 de 2003 destaca que

> […] habida consideración de que el derecho a la vivienda digna no comporta exclusivamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda propia, resulta claro que diversos sistemas normativos se relacionan de alguna manera con el goce de este derecho. 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 […] Así, los intermediarios financieros y, en general quienes están dedicados a la captación y colocación de ahorro en el mercado financiero, pese a la fuerte intervención estatal en dicha actividad, están sujetos a las normas comerciales que regulan las distintas modalidades contractuales que aplican. Así, por ejemplo, créditos hipotecarios dirigidos a sufragar la adquisición de vivienda, son, desde el punto de vista comercial, contratos de mutuo con garantía real, altamente intervenidos. Lo mismo puede predicarse de los créditos de consumo que ofrecen las entidades bancarias o los contratos en materia fiduciaria que realizan las entidades autorizadas. Siempre, salvo contadas excepciones, se trata de operaciones mercantiles altamente intervenidas por el Estado. […] De igual manera, las operaciones de compra y venta de inmuebles o de arrendamiento urbano, que son realizadas tanto por comerciantes o por particulares. La sujeción de estos a los estatutos civiles o comerciales, no impide una fuerte intervención estatal en dichas materias, como se desprende de las leyes sobre arrendamiento urbano, las reglas locales sobre construcción de viviendas, oferta de los mismos, las actividades de las empresas inmobiliarias, etc. […].

El derecho a la vivienda digna no implica, tampoco, obligaciones inmediatas para el Estado. Por el contrario, es un derecho que se debe garantizar de manera progresiva. A este

respecto, la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-383 y C-747 de 1999, razonó diciendo:

> […] la Constitución establece el "derecho a vivienda digna" como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva. Por ello, el constituyente ordena al Estado la fijación de "las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho", así como el promover "planes de vivienda de interés social", y "sistemas adecuados de financiación a largo plazo". Es decir, conforme a la Carta Política no puede la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas ser considerada como un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado, sino que, al contrario de lo que sucedía bajo la concepción individualista ya superada, las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue, aún con el establecimiento de planes específicos para los sectores menos pudientes de la población, asunto éste último que la propia Carta define como de "interés social" […].

Con todo, este principio de progresividad

> […] no comporta una carta en blanco para la delación *sine die* de las obligaciones estatales en relación con el derecho […]. Por el contrario, supone al menos: […] a. Evitar las medidas deliberadamente regresivas en materia habitacional […] b. Dedicar el máximo de esfuerzos y el máximo de recursos disponibles a la atención del derecho, dando prioridad a los casos más urgentes […] c. Satisfacer, incluso en períodos de recesión, crisis o ajustes, al menos el contenido mínimo del derecho en cuestión […]"[12].

---

12 Gerardo Pisarello. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, cit., p. 103. En este mismo sentido, la Corte Constitucional, refiriéndose al derecho a la vivienda digna de la población desplazada por la violencia, mediante

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que los Estados tienen recursos limitados y que se requiere tiempo para garantizar a todas las personas el derecho a una vivienda adecuada; por consiguiente, si bien es cierto que no todos los aspectos del derecho a la vivienda digna pueden realizarse de manera inmediata, no

---

Sentencia T-068 de 2010, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Ch., expresó que "[…] el principio de progresividad se entiende, desde una perspectiva contraria, como la imposibilidad jurídica en la cual se encuentra el Estado de retroceder frente a la obligación que le plantea el artículo 48 de la Constitución de *"… ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley*". Esto significa que la potestad configurativa que le concede el mismo artículo (en la forma que determine la ley), en relación con las personas desplazadas, en el contexto de este principio plantea al Estado una doble exigencia: 1) de un lado, la necesidad de atender las crecientes e imperativas necesidades de estas personas que con el paso de los días se multiplican geométricamente, y 2) del otro, la exigencia perentoria de no retroceder, de no dar un paso atrás para menoscabar o desconocer los avances que en materia de derechos la población desplazada haya logrado alcanzar o el evitar tomar medidas que incidan en un mayor detrimento de su situación. […] Desde otra perspectiva, en razón de este mismo principio el Estado debe asumir, por una parte una actitud proactiva y diseñar proyectos y herramientas para evitar que la situación en que se encuentra la población desplazada por la violencia *sea más gravosa* y, por otra, inhibirse de, promover o ejecutar políticas y programas regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o de ejecutar medidas particulares para casos concretos, que clara y directamente agraven la situación de injusticia, de exclusión o de marginación en que se encuentra un grupo social desplazado y que, supuestamente, se intenta remediar. […] En este punto es necesario enfatizar que, aunque la Corte en la Sentencia T-025 de 2004 se refirió a la obligación del Estado de garantizar de manera inmediata los contenidos mínimos de los derechos fundamentales de carácter prestacional de la población desplazada, su responsabilidad no se agota allí, pues el mandato de progresividad contenido también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo de San Salvador –que hace parte del bloque de constitucionalidad–, obliga al Estado colombiano a seguir adoptando medidas que permitan, en un plazo razonable, que estas personan logren la plena satisfacción de los contenidos prestacionales de sus derechos. […] En consecuencia, y en virtud de este mismo principio, no puede el Estado argüir, ni insuficiencia presupuestal, ni falta de capacidad administrativa para tomar medidas que impidan o retrasen el avance progresivo para satisfacer los derechos de la población desplazada. Dicho impedimento o retroceso devendría contrario al mandato constitucional de garantizar el goce efectivo de los derechos de todos los desplazados […]".

es menos cierto que el Estado debe, como mínimo, demostrar que llevó a cabo todos los esfuerzos posibles, a partir de los recursos de que dispone, para mejorar la protección y promoción de este derecho. Los recursos disponibles se refieren a los existentes dentro del Estado así como los que puede suministrar la comunidad internacional mediante los programas de asistencia y cooperación[13].

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que el carácter progresivo de esas obligaciones "constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo"[14]. En el mismo sentido, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-507 de 2008, expresó que

> […] la Constitución admite que la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata. Por ello, dada la escasez de recursos, la satisfacción de los derechos sociales está sometida a una cierta "gradualidad progresiva" […][15].

---

13 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 2.1: "[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*" (cursiva fuera de texto).

14 Observación General n.º 3.

15 Sentencia C-507 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; spv: Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández. En esa ocasión la Corte Constitucional declaró inexequible una norma, por violar el principio de progresividad, en su versión de prohibición de regresividad injustificada. El precepto examinado, en la práctica, tenía la potencialidad de obligar a las universidades estatales del orden nacional a realizar unas destinaciones de recursos que antes de esa norma no estaban obligadas a hacer. Dado que eso suponía una afectación en la prestación del servicio misional, la Corporación juzgó que existía un retroceso. Como el retroceso no fue justificado, la norma fue declarada inexequible. Para

De acuerdo con lo dicho, aunque algunos elementos integrantes del derecho a la vivienda digna están sujetos a una realización progresiva, la verdad es que existen obligaciones a cargo del Estado que tienen un efecto inmediato, como sucede, *vb. gr.*, con el compromiso de garantizar que el derecho a la vivienda digna se ejerza sobre la base de la no discriminación. También existe la obligación inmediata de adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas, para garantizar, por ejemplo, que un número importante de personas no se vea privado de una vivienda básica. Si no puede hacerlo, el Estado debe demostrar que ha realizado el máximo de esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos de que dispone a fin de satisfacer, como cuestión prioritaria, esos niveles esenciales mínimos. Igualmente, si adopta una medida regresiva, es decir, que debilita la protección del derecho a una vivienda digna, tendrá que demostrar que ponderó cuidadosamente todas las opciones, consideró el efecto general de la medida sobre todos los derechos humanos y utilizó plenamente todos sus recursos disponibles.

Puesto que las medidas más viables para aplicar el derecho a una vivienda digna varían entre los Estados, los tratados internacionales no ofrecen prescripciones rígidas. El Pacto simplemente declara que la plena efectividad de los derechos que contiene debe lograrse

> … "por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas también ha declarado que ciertas medidas deben adoptarse

---

decidir señaló al respecto que "la medida reduce de manera sustantiva los recursos destinados a la educación superior. En estos casos, las autoridades competentes pueden demostrar que la medida no 'retrocede' los avances logrados en materia de educación superior. […] Sin embargo, nada de esto fue demostrado en el presente proceso".

> de manera inmediata, por ejemplo, para otorgar la seguridad jurídica de la tenencia a quienes carecen de esa protección; para observar eficazmente la situación en materia de vivienda, especialmente para averiguar la plena dimensión de la falta de hogar y de vivienda adecuada; para proteger contra los desalojos forzosos; y para brindar recursos efectivos apropiados, jurídicos o de otro tipo, para los casos de violaciones del derecho a una vivienda digna[16].

Por lo demás, la Observación General n.º 4 señala igualmente las obligaciones en materia de derechos habitacionales que los Estados deben atender, de acuerdo con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

II. Elementos del derecho a la vivienda digna

A. Condiciones de la vivienda

Bajo el concepto de condiciones de la vivienda se tienen los siguientes factores: habitabilidad; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; lugar y adecuación cultural.

1. Habitabilidad

En relación con este elemento, en la Observación General n.º 4 se lee:

> […] Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores

---

16 Cfr. ONU. "El derecho a una vivienda adecuada", Folleto Informativo n.º 21, Rev. 1.

> de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas. […] En directa relación con lo anterior, la vivienda debe garantizar el acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como los servicios públicos, su seguridad, como acceso a servicios de emergencia, y su nutrición, lo que implica que los planes de vivienda correspondan a debidos planes de desarrollo urbano. Tales planes de desarrollo deben asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la vivienda responda, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas. […] En los literales b, f y g del párrafo 8 de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados: […].

A partir de la anterior descripción, la Corte Constitucional[17] ha manifestado que

> […] la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir ele-

17 Sentencia C-936 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

> mentos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud. […].

En fin, con base en la descripción efectuada en la Observación General n.º 4, la Corte Constitucional[18] ha identificado dos elementos que configuran la habitabilidad: i. La prevención de riesgos estructurales[19],y ii. La garantía de la seguridad física de los ocupantes[20].

---

18 Sentencias T-530 de 2011, T-473 de 2008 y T-199 de 2010.

19 En la Sentencia T-325 de 2002, en la que se estudió la solicitud de protección de varias personas que habían adquirido unas soluciones habitacionales de interés social que presentaban fallas estructurales y que exteriorizaban grietas, hundimientos y humedad, "[…] la Corte Constitucional se acercó a la definición del concepto de ciudad y a las propiedades y los desafíos de la planificación urbana. Más adelante, admitió que dentro de dichos conceptos la vivienda tiene un lugar destacado, por ser la unidad preponderante de albergue humano y enseguida, enfocándose en la trascendencia de la actividad constructora, advirtió: 'En la actualidad la construcción de soluciones de vivienda para todos los estamentos sociales, generalmente se ha entregado a la iniciativa de los particulares. La construcción privada de vivienda, especialmente la dirigida al sector popular, infortunadamente se ha caracterizado por la falta de infraestructura adecuada de servicios, por condiciones precarias de construcción y por ilegalidad o extralegalidad. Es por eso que la obligación social del Estado impuesta por la Constitución Política, involucra a las autoridades de las ciudades y municipios para que actúe como contrapeso de la libre actividad privada de la construcción e impida los desafueros y abusos de esta, mediante la reglamentación y control de los procesos de urbanización' […] Además, la Sentencia T-325, previo a conceder el amparo de los derechos fundamentales, diferenció los diversos daños a los que se vieron sometidos los actores y también así, las acciones pertinentes para hacerle frente a cada uno de ellos en contra de la compañía privada de construcción y la administración municipal. En lo que se refiere a la acción de tutela, la Corte afirmó lo siguiente: 'En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el daño individual que se busca prevenir y proteger a través del amparo excepcional de tutela se encuentra relacionado con el derecho fundamental a la vida de los individuos que se encuentran habitando los inmuebles que fueron definidos como de "afectación alta" y que amenazan un desastre inminente. El hecho de que las viviendas no se hayan derrumbado y no haya ocurrido un suceso lamentable desde 1999, no descarta la posibilidad de que ocurra en el futuro. Precisamente las labores de prevención se encaminan a evitar que ocurran desgracias si

2. *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*

Al respecto, en la Observación General n.º 4 se expresa:

> […] Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos natu-

---

existen elementos de juicio suficientes para suponer que un movimiento telúrico puede echar por tierra fácilmente las construcciones, ¿qué fundamento lógico hace que la sociedad constructora descarte la ocurrencia del fenómeno natural en el futuro, cuando la ciencia y tecnología actual no puede pronosticar el lugar, el tiempo, ni la intensidad de los temblores?' […] Unos casos semejantes se estudiaron en las sentencias T-626 de 2000 [21] y T-190 de 1999. En los dos expedientes la solicitud de protección de los derechos fundamentales se presentó como consecuencia de la indebida ejecución de una obra pública que trajo como consecuencia la afectación de las viviendas de los accionantes, bien por presentar agrietamientos y fisuras o por la filtración de aguas negras […]".

20 Sobre este particular, en la Sentencia T-530 de 2011, M. P.: Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional precisó: "[…] En lo que toca específicamente con la obligación de reubicación, esta Corte, con base en las normas señaladas, ya la ha hecho exigible en sede de tutela en aquellos casos en que su ausencia vulnera los derechos fundamentales a la vivienda digna y a la vida de las personas que viven en zonas de alto riesgo. […] Así, en la Sentencia T-544 de 2009 se expresó que '*la Administración viola el derecho a una vivienda digna, en conexidad con la vida y con el mínimo vital, cuando no adopta las medidas adecuadas y necesarias para culminar oportunamente un proceso de reubicación de familias que se encuentran viviendo en condiciones de precariedad tal que pueden perder sus viviendas, bien sea por causas físicas o jurídicas*'. […] En forma similar, en la Sentencia T-036 de 2010, se concluyó que '*como es apenas obvio, la reubicación conlleva necesariamente la provisión de vivienda digna y adecuada. Sin embargo […] la administración municipal no ha provisto de vivienda digna a los accionantes, a pesar de tener pleno conocimiento de que residen en el sitio de alto riesgo […] como tampoco ha llevado a cabo su desalojo, ni ha tomado ninguna medida dirigida a la adquisición opcional del predio por parte del Municipio […] con el fin de eliminar el riesgo para la vida e integridad personal de quienes lo vienen ocupando. En fin, la negligencia y omisión del señor alcalde son evidentes y prácticamente absolutas, vulnerando de esta forma el derecho a la vivienda digna de los accionantes, que se torna fundamental por guardar conexidad con los derechos a la vida y a la integridad física, y que, por lo mismo, debe ser amparado por el medio más eficaz que en este caso es la acción de tutela*' […]".

> rales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia […].

3. Lugar

Al respecto, en la Observación General n.º 4 se expresa:

> […] La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes […].

4. Adecuación cultural

Sobre este particular, en la Observación General n.º 4 se lee:

> […] La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos. […].

A partir de los anteriores factores que determinan las condiciones de la vivienda la Corte Constitucional, en la Sentencia C-936 de 2003, concluye diciendo que

> […] el derecho a la vivienda digna implica, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona […].

B. Seguridad en el goce de la vivienda

Bajo el concepto de seguridad en el goce de la vivienda deben considerarse tres factores, según se desprende de la Observación General n.º 4 en comento. Ellos son: asequibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y "gastos soportables".

1. Asequibilidad

La asequibilidad consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia de la vivienda. Tal acceso ha de tener una especial consideración con los grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad, así como la especial protección obligatoria para las personas desplazadas y víctimas de fenómenos naturales[21]. Sobre este punto, en el literal e) del parágrafo de la Observación General n.º 4, antes mencionada se lee:

> […] e) *Asequibilidad*. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos termi-

21 Sobre este punto, cfr. Sentencia T-958 de 2001.