

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 18- 83548-00003-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad el 23 de febrero de 2018, en la cual solicita:

“(...) se me informe sobre la normatividad vigente (leyes decretos, conceptos resoluciones y demás normas) con relación A la protección asignada a su despacho sobre PROTECCION DEL CONSUMIDOR DE VIVIENDA y en particular sobre los siguientes temas:

- *Protección contractual,*
- *Publicidad engañosa,*
- *Clausulas (sic) oscuras*
- *Incumplimiento del contrato*
- *Clausulas (sic) abusivas*
- *Garantías y efectividad d ela (sic) garantía legal*
- *Responsabilidad de Inmobiliaria que promociona la venta de un proyecto, de la constructora y Ide (sic) la fiduciaria que traspasa los derechos fiduciarios sobre el inmueble al comprador*
- *Contratación de servicio que supone la entrega de un bien.”.*

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

En atención al tema de su consulta, le informamos que las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo disponen los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección al consumidor, tiene entre otras las siguientes facultades:

- Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.
- Adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.
- Imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación.
- Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.

En virtud de dichas competencias, entre otras, las funciones que cumple esta Superintendencia se relacionan con temas concernientes a las garantías de los bienes y servicios, así como, la verificación de la responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente, publicidad engañosa, indicación pública de precios y protección contractual en relación con las cláusulas abusivas.

En este orden de ideas, se procederá en primer lugar al desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial que corresponda realizar en torno al objeto de su petición como eje central.

3. GARANTÍA DE BIENES

La garantía se define en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 de la siguiente manera:

“Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...)

5. Garantía: Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto..”

Por su parte, el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 define la garantía legal de la siguiente manera:

Cra. 13 #27 - 00 piso 7 - Teléfono: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



“Artículo 7°. Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de *responder por la calidad, idoneidad, seguridad* y el buen estado y funcionamiento de los productos.”

De acuerdo con lo anterior, los elementos principales de la garantía son los siguientes:

- Una obligación por un determinado periodo de tiempo.
- A cargo del productor y proveedor de un producto, quienes responden solidariamente ante los consumidores.
- Tiene por objeto el garantizar el buen estado del producto y que el mismo cumpla con las condiciones ofrecidas y las exigidas por la ley en relación con la calidad, idoneidad y seguridad.

Según lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 en sus numerales 1°, 6° y 14, debe entenderse por:

“1. Calidad: Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él.

(...)

6. Idoneidad o eficiencia: Aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado.

(...)

14. Seguridad: Condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro.

(...)”

Por lo tanto, según lo expuesto, la garantía de los bienes y servicios está referida al cumplimiento de las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad en los términos que definidos por la ley, en consecuencia, las situaciones que impliquen el incumplimiento de las mencionadas características, propiciarán la responsabilidad del productor y/o proveedor.

3.1. Aspectos que incluye la garantía

El artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor- al consagrar los aspectos que incluye la garantía, indica:

“Artículo 11. Aspectos incluidos en la garantía legal. Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones:

1. Como regla general, reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los



repuestos. Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero.

2. En caso de repetirse la falla y atendiendo a la naturaleza del bien y a las características del defecto, a elección del consumidor, se procederá a una nueva reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o al cambio parcial o total del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía.

3. En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado.

4. Suministrar las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización de los productos de acuerdo con la naturaleza de estos.

5. Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio.

6. La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna.

7. Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el término establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el término de disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1 del presente artículo.

8. Las partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles que deban ser cambiados por efectividad de garantía, podrán ser de igual o mejor calidad, sin embargo, no necesariamente idénticos a los originalmente instalados.

9. En los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, repararlo, sustituirlo por otro de las mismas características, o pagar su equivalente en dinero en caso de destrucción parcial o total causada con ocasión del servicio defectuoso. Para los efectos de este numeral, el valor del bien se determinará según sus características, estado y uso.

Parágrafo. El Gobierno Nacional, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, se encargará de reglamentar la forma de operar de la garantía legal. La reglamentación del Gobierno, no suspende la aplicación de lo dispuesto en la presente ley”.

En relación con esta obligación establecida en el numeral 6 del artículo 11, la doctrina ha expresado:

“(…) la nueva ley hizo total claridad del derecho que le asiste al consumidor de reclamar la entrega, no solo material sino también jurídica cuando ella depende de un registro, de los bienes y servicios que adquiere. Además, la nueva ley agrega el concepto de oportunidad: si el expendedor se comprometió a entregar el bien o servicio en un momento dado y éste no cumple, el consumidor tiene todo el derecho



de pedir la devolución del dinero pagado y rescindir el contrato, además de la posibilidad de reclamar los posibles perjuicios causados.¹”

Tenemos entonces que, el consumidor tiene el derecho a exigir la entrega de los bienes y servicios que adquiere tanto material como jurídicamente, en este último caso cuando el bien está sometido a registro.

Además, la entrega debe ser oportuna, pues de no serlo, el productor, proveedor y/o expendedor estará obligado a hacer efectiva la garantía y el consumidor podrá exigir los posibles perjuicios causados.

3.2. Garantía de bienes inmuebles

En materia de inmuebles, el inciso final del artículo 8 de la Ley 1480 de 2011 ha fijado el término de garantía legal, diferenciando entre el término de la garantía de la estabilidad de la obra y el de la garantía de los acabados.

La norma en comento establece:

“TÉRMINO DE LA GARANTÍA LEGAL. El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor. El término de la garantía legal empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor.

De no indicarse el término de garantía, el término será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración.

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.

Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año.” (Resaltado fuera de texto)

Al respecto y en consideración a su petición, tenga en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.2.2.32.3.3 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*”, que compiló el Decreto 735 de 2013, por ser norma reglamentaria del



sector, al reglamentar la efectividad de las garantías, y que se transcribe a continuación:

“Artículo 2.2.2.32.3.3 Garantía legal de bienes inmuebles. En el caso de bienes inmuebles, para solicitar la efectividad de la garantía legal sobre acabados, líneas vitales del inmueble (infraestructura básica de redes, tuberías o elementos conectados o continuos, que permiten la movilización de energía eléctrica, agua y combustible) y la afectación de la estabilidad de la estructura, definidos en la **Ley 400 de 1997**, el consumidor informará por escrito dentro del término legal de la garantía, al productor o expendedor del inmueble el defecto presentado.

El productor o expendedor, entregará una constancia de recibo de la reclamación y realizará, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, una visita de verificación al inmueble para constatar el objeto de reclamo.

Parágrafo 1°. Cuando la solicitud de la garantía legal sea sobre los acabados y las líneas vitales, el productor o expendedor deberá responder por escrito al consumidor, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la visita de verificación del objeto del reclamo. Este término podrá prorrogarse por un periodo igual al inicial, cuando la complejidad de la causa del reclamo así lo requiera, situación que deberá ser informada por escrito al consumidor.

A partir de la fecha de la respuesta positiva dada al consumidor, el productor o expendedor reparará el acabado o línea vital objeto de reclamo, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la respuesta.

Si una vez reparado el acabado o la línea vital, se repite la falla, el consumidor a su elección, podrá solicitar una nueva reparación, la reposición del acabado o la línea vital afectados o la entrega de una suma equivalente al valor del acabado o línea vital afectados.

Parágrafo 2°. Frente a la reclamación por la afectación de la estabilidad de la estructura del inmueble, el productor o expendedor deberá responder por escrito al consumidor, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la realización de la visita de verificación señalada en el presente artículo. Este término podrá ser prorrogado por un periodo igual al inicial, cuando la complejidad de la causa del reclamo así lo requiera. En todo caso, deberá ser informado por escrito al consumidor.

A partir de la fecha de la respuesta positiva dada al consumidor y dentro del plazo que señalen los estudios técnicos que definan la solución a implementar, el productor o expendedor reparará el inmueble, restituyendo las condiciones de estabilidad requeridas conforme a las normas de sismo resistencia vigentes con que fue diseñado.

De no ser posible la reparación del inmueble ni restituir las condiciones de estabilidad que permitan la habitabilidad del mismo, el productor o expendedor del bien procederá a la devolución del valor total recibido como precio del bien. Para tal efecto, y en caso de existir crédito financiero, reintegrará al consumidor tanto el valor cancelado por concepto de cuota inicial así como la totalidad de las sumas de dinero canceladas por concepto de crédito a la entidad financiera correspondiente, debidamente indexado con base en la variación del IPC. Así mismo, deberá cancelar a la entidad financiera, el saldo total pendiente del crédito suscrito por el consumidor. Una vez realizada la devolución del dinero al consumidor y a la entidad financiera, se producirá la entrega material y la transferencia del derecho dominio del

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, www.sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



En caso de no existir crédito financiero, el productor o expendedor deberán reintegrar el valor total cancelado por concepto del bien, debidamente indexado con base en la variación del IPC.

En todo caso, el consumidor devolverá el inmueble libre de cualquier gravamen y deuda por concepto de impuestos, servicios públicos o cánones de administración.

La devolución del dinero se hará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que el productor o expendedor y el consumidor suscriban la escritura pública de transferencia de la propiedad del inmueble a la persona indicada por el productor o expendedor y siempre que se hubiere procedido con el registro de la correspondiente escritura. Los gastos de la escritura pública y registro correrán por cuenta del productor o expendedor.

Parágrafo 3°. *Para los bienes inmuebles, el término de la garantía legal de los acabados y las líneas vitales será de un (1) año y el de la estabilidad de la obra diez (10) años, en los términos del artículo 8° de la Ley 1480 de 2011."*

Por su parte la Ley 400 de 1997, contempla las siguientes definiciones:

"Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Acabados o elementos no estructurales. *Partes y componentes de una edificación que no pertenecen a la estructura o a su cimentación.*

(...)

18. Estructura. *Es un ensamblaje de elementos, diseñado para soportar las cargas gravitacionales y resistir las fuerzas horizontales.*

(...)

26. Líneas vitales. *Infraestructura básica de redes. Tuberías o elementos conectados o continuos, que permite la movilización de energía eléctrica, agua, combustibles, información y el transporte de personas y productos, esencial para realizar con eficiencia y calidad las actividades de la sociedad.*

(...)"

Sobre el particular, la doctrina ha realizado el siguiente análisis:

"En este sentido, la ley estableció una garantía mínima legal de 10 años para la estabilidad de la obra, y de un año para los acabados, término de que no puede ser disminuido en ningún caso. Sobre la estabilidad de la obra, ésta puede verse afectada principalmente por tres situaciones: problemas de suelos, problemas de materiales o problemas de construcción; los constructores y vendedores deberán responder por cualquiera de ellas.

Para los acabados, se debe responder no solo con los internos de la vivienda como puertas, ventanas, etc., sino también los que hacen parte de las zonas comunes, en caso de que el inmueble haga parte de una propiedad horizontal.²"

² Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, *Comentarios*



4. INFORMACIÓN QUE DEBE PROPORCIONARSE A LOS CONSUMIDORES

El artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 define la información en los siguientes términos:

"Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:
(...)

7. Información: **Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.**"
(Resaltado fuera de texto)

En similar sentido, el Capítulo II del Título II de la Circular Única de esta Entidad, establece:

"(...) las marcas, leyendas, propagandas comerciales y, en general, toda la publicidad e información que se suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimientos."

La obligación de información recae sobre el productor o proveedor, pues en virtud de su profesionalización o especialización, es él, quien conoce las características del bien o servicio que comercializa.

La información que debe proporcionarse al consumidor, tiene como finalidad que este tome decisiones de manera informada, con el fin de prevenir inconvenientes futuros que afecten la relación de consumo, pues esta está encaminada a que los consumidores dispongan de todos los instrumentos necesarios que le hagan posible la decisión de compra contando con una ilustración mínima.

A través de la información que se suministra al consumidor, también se consigue mitigar la asimetría que caracteriza las relaciones de consumo, por ello el productor o proveedor debe facilitar la información al consumidor de manera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, tal como lo establece el artículo transcrito.

Si la información que se brinda a los consumidores no cumple con los requisitos exigidos por la ley, habrá lugar a responsabilidad por parte de productor o proveedor a favor del consumidor, tal y como lo ha analizado la doctrina:

"En consecuencia, si la información que se suministra a los consumidores y usuarios resulta engañosa o insuficiente, por no ser cierta, completa, no ser

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



comprobable, clara (esto es, por no ser legible a simple vista, por ejemplo), comprensible, precisa o idónea, el productor y el proveedor serán responsables de los daños que causen a sus consumidores y usuarios. Inclusive, la información falsa o insuficiente, podrá hacerlos responsables por los daños al medio ambiente, cuando estos se deriven de la inadecuada disposición de sus productos por parte de consumidores o usuarios por falta de información adecuada. Debe recordarse que al tener que ser verificable corresponde al productor o expendedor la carga de prueba de la certeza de información.”³

4.1. Deber de información respecto a consumidores de bienes inmuebles destinados a vivienda

A través de la Circular Única de la Entidad, en su Título II, se han impartido instrucciones respecto de la información que debe suministrarse a los consumidores de bienes inmuebles destinados a vivienda, en los siguientes términos:

“2.16.1 Deber de informar

“En la información que se brinde en la etapa de preventas en la sala de ventas y en los brochures o plegables que se utilicen para promover la venta de proyectos inmobiliarios, se deberá informar el área privada construida⁽¹⁾, sin perjuicio de que se indiquen otras áreas, como el área privada libre o las áreas comunes de uso exclusivo⁽²⁾. Lo anterior sin perjuicio de que éstas puedan sufrir modificaciones como consecuencia directa de modificaciones ordenadas por la curaduría o la alcaldía competente en la expedición de la licencia de construcción.

“En caso de que no se identifique claramente el área que se está anunciando en la información o publicidad, se presumirá que es área privada construida.

“Cuando los parqueaderos de los propietarios estén ubicados en áreas comunes de uso exclusivo, se deberá informar a los consumidores que una vez constituida la propiedad horizontal, la asamblea de copropietarios, con la decisión de más del 70% del coeficiente de la copropiedad, podrá modificar la destinación de las áreas comunes de uso exclusivo.

“Así mismo, se deberá informar si el proyecto que se va a construir es o no por etapas, el valor aproximado de la cuota de administración de manera estimativa, el estrato socioeconómico que tendrá el inmueble (el cual podrá estar sujeto a modificación por parte del respectivo municipio o distrito), las características de las zonas de parqueo y, de manera general, las características de los muebles y equipos que se van a entregar y el tipo y calidad de los acabados.

“En caso de que el proyecto se realice por etapas, deberá indicar claramente qué zonas comunes se entregarán con cada etapa y el estimado de cuándo



se desarrollarán las etapas posteriores, sin perjuicio de que las fechas propuestas varíen.”

“(1) Ley 675 de 2001, artículo 3: “Área privada construida: Extensión superficiaria cubierta de cada bien privado, excluyendo los bienes comunes localizados dentro de sus linderos, de conformidad con las normas legales.”

“(2) Ídem, artículo 22: “Bienes comunes de uso exclusivo. Los bienes comunes no necesarios para el disfrute y goce de los bienes de dominio particular, y en general, aquellos cuyo uso comunal limitaría el libre goce y disfrute de un bien privado, tales como terrazas, cubiertas, patios interiores y retiros, podrán ser asignados de manera exclusiva a los propietarios de los bienes privados que por su localización puedan disfrutarlos.

“Los parqueaderos de visitantes, accesos y circulaciones y todas las zonas comunes que por su naturaleza o destino son de uso y goce general, como salones comunales y áreas de recreación y deporte, entre otros, no podrán ser objeto de uso exclusivo.

“Los parqueaderos destinados a los vehículos de los propietarios del edificio o conjunto podrán ser objeto de asignación al uso exclusivo de cada uno de los propietarios de bienes privados de manera equitativa, siempre y cuando dicha asignación no contraría las normas municipales y distritales en materia de urbanización y construcción.”

La Circular es clara en determinar la forma y los mecanismos mediante los cuales debe brindarse información sobre el área privada construida, sin que se entienda que la obligación debe limitarse a tales medios, es decir, establece que, en materia de información, como mínimo, se suministre en la etapa de preventas en la sala de ventas y en los brochures o plegables. De la misma manera, contempla que esa información pueda llegar a incluir otras áreas. La información puede ser modificada cuando sea ordenado por la curaduría o la alcaldía competente en la expedición de la licencia de construcción.

Esta Entidad ha dejado claro que la obligación está circunscrita a que se entregue la información acerca del “**área privada construida**”, acogiendo a la definición de la Ley 675 de 2011, la cual determina que es la “**extensión superficiaria cubierta de cada bien privado, excluyendo los bienes comunes localizados dentro de sus linderos, de conformidad con las normas legales**”.

El folleto de “*Recomendaciones y Advertencias para al Consumidor Colombiano*”, en relación con “*área construida*” define área construida:

“En esta superficie se incluirán todos los metros cuadrados que estén dentro del perímetro de la vivienda, incluye áreas de muros divisorios y de fachada, ductos y estructura (columnas o muros estructurales). Si se comparten paredes con algún vecino, el perímetro se mediará desde la mitad o eje del muro medianero.”

Esta definición tiene como objeto dar orientación al consumidor sobre la información que le sea suministrada en relación con el inmueble objeto de negociación, pero no se convierte por ese hecho en una definición de carácter vinculante, pues dentro de un proceso, sea administrativo o judicial, deberán examinarse las condiciones de negociación a efectos de determinar si existe una violación o no.



Los conflictos que se susciten frente a que es considerado como “*área construida*” serán del análisis del proceso que al efecto de manera particular se adelante, sin que sea viable, por medio de un concepto jurídico emitido con base en las atribuciones legales de esta Oficina se entre a definir el dilema planteado, pues excede nuestras facultades.

Tenga en cuenta que cuando esta Superintendencia se ha referido al tema de área privada construida, lo ha realizado en relación con el tema de información y no con la intención de emitir una definición de carácter legal sobre el asunto.

En refuerzo de esto, debe considerarse que la Ley 675, en su artículo 26 ha establecido la manera como habrán de determinarse los coeficientes de propiedad.

“Artículo 26. Determinación. Salvo lo dispuesto en la presente ley para casos específicos, los coeficientes de copropiedad se calcularán con base en el área privada construida de cada bien de dominio particular, con respecto al área total privada del edificio o conjunto.

“El área privada libre se determinará de manera expresa en el reglamento de propiedad horizontal, en proporción al área privada construida, indicando los factores de ponderación utilizados.

“Parágrafo. Para calcular el coeficiente de copropiedad de parqueaderos y depósitos, se podrán ponderar los factores de área privada y destinación.”

De manera generalizada la costumbre ha aceptado como definición de área construida la parte edificada que corresponde a la suma de las superficies de los pisos. Excluye azoteas, áreas duras sin cubrir o techar, áreas de las instalaciones mecánicas y puntos fijos, las áreas de los estacionamientos y equipamientos comunales ubicadas en un piso como máximo, así como el área de los estacionamientos ubicados en semisótanos y sótanos.

En tanto no exista una definición legal o contenida en una instrucción que tenga el carácter de vinculante, el tema deberá ser examinado dentro del eventual proceso que al respecto se adelante y donde las definiciones de la costumbre o las contenidas en folletos y demás literatura especializada serán medios de ayuda para el juzgador correspondiente.

5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL PRODUCTOR Y/O PROVEEDOR.

El artículo 10 de la Ley 1480 de 2011, establece la responsabilidad solidaria del productor y el proveedor, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Responsables de la garantía legal. Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos (...).” (Resaltado fuera del texto).

En relación con la responsabilidad solidaria, la doctrina ha manifestado:



“Como ya lo hemos señalado, la base fundamental de la adecuada protección al consumidor, radica en la solidaridad entre el productor y el comercializador tal como lo expresa este artículo 10. El consumidor no tiene por qué saber quién es culpable de que un producto sea defectuoso, ni tiene por qué buscar al responsable para reclamar por la garantía. Podrá acudir ante quien lo elaboró o quien lo puso en circulación indistintamente, y éste deberá cumplir con la garantía. Si el que respondió por la garantía no fue el causante del defecto del producto, podrá repetir contra quien tuvo la culpa.”⁴

Por su parte, la Corte Constitucional señaló:

“En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario. Este propósito constitucional no podría nunca cumplirse cabalmente si los supuestos de responsabilidad sólo pudieran darse entre partes de un mismo contrato, máxime si solo en pocos casos el fabricante pone directamente en la circulación el bien y lo coloca en manos del consumidor final. La responsabilidad del productor y del distribuidor surge ex constitutione y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. (...)

(...), la razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales.”⁵

Se infiere de lo anteriormente expuesto que la responsabilidad solidaria atenúa la asimetría con la que el consumidor actúa en el mercado, proporcionándole instrumentos que faciliten la satisfacción de las expectativas de calidad e idoneidad de los productos que adquiere.

5.1. Exoneración de la responsabilidad de productores y/o proveedores

El artículo 16 de la Ley 1480 de 2011, contempla:

“ARTÍCULO 16. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA GARANTÍA.
El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

1. Fuerza mayor o caso fortuito;
2. El hecho de un tercero;
3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y

⁴ Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”, Legis, Primera Edición, 2012, página 49

⁵ Sentencia C-114 de 2005, M.P. 870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia



4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano. **PARÁGRAFO.** En todo caso el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien.” (Resaltado fuera de texto).

En relación con las disposiciones del artículo transcrito, la Corte Constitucional manifestó:

“Cabe recordar en efecto que dentro del marco de las causales de exoneración a que se ha venido haciendo referencia, el productor puede ejercer eficazmente su derecho de defensa en el procedimiento que se adelante en su contra y demostrar que su situación se encuadra en una de esas causales, presentando argumentos, solicitando pruebas e impugnando las que se presenten en su contra, y controvirtiendo las decisiones que se tomen⁶.”

En consecuencia, tanto el productor como el proveedor están obligados a hacer efectiva la garantía de **los productos que ponen en circulación en el mercado**, sin que les sea posible oponerse, a menos que demuestren una causal de exoneración de su responsabilidad, las cuales están contempladas taxativamente en el artículo 16 del Estatuto del Consumidor.

6. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

Como se mencionó anteriormente, la publicidad engañosa es definida en el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, de la siguiente manera:

"Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:
(...)
*12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad **influir** en las decisiones de consumo.*
(...)"

El artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 determina la fuerza vinculante de la publicidad:

"Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad."

Así mismo, el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la publicidad engañosa y fija la responsabilidad por la misma:

⁶ Expediente D-4032, Acción pública de inconstitucionalidad, (13) trece de noviembre de dos mil dos (2002), M.P. Álvaro Tafur Galvis (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia



“Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

En este sentido, los anunciantes están obligados ante los consumidores por las condiciones objetivas que anuncian en la publicidad y, en consecuencia, serán responsables por los perjuicios que cause la publicidad engañosa.

En relación con la responsabilidad por la publicidad engañosa la doctrina ha considerado:

“(…) la responsabilidad por publicidad engañosa opera con la sola demostración de que la publicidad no corresponde a la realidad o que por ser insuficiente tiene la capacidad de inducir a error o confusión al consumidor. De igual forma, puede demostrarse que la publicidad ha sido diseñada, preparada o presentada de tal forma, o que ha omitido cierta información importante, que es capaz de producir engaño al consumidor para la adquisición de un producto en unas condiciones determinadas que no son reales. Lo anterior, aunado al hecho de que las causales de exculpación son regladas y limitadas a ciertas circunstancias, la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa se puede considerar como una responsabilidad estricta del anunciante. (...)”⁷

7. GUÍA PARA EL CONSUMIDOR EN EL SECTOR VIVIENDA

A través del artículo 75 de la Ley 1480 de 2011 se creó la Red Nacional de Protección al Consumidor, integrada por: las autoridades administrativas del orden nacional que tengan asignadas funciones de protección al consumidor, los consejos de protección al consumidor de carácter nacional o local donde existan, las alcaldías, las ligas y asociaciones de consumidores y la Superintendencia de Industria y Comercio, a la cual le corresponde ejercer la Secretaría Técnica, y, en tal condición, debe velar por su adecuada conformación y funcionamiento.

El objetivo principal de todos los integrantes de la Red Nacional de Protección al Consumidor consiste en procurar el fortalecimiento de la educación y capacitación



de los consumidores en relación con sus derechos y los tramites existentes para hacerlos efectivos.

En desarrollo de sus funciones y con el propósito de lograr el correcto funcionamiento de la Red Nacional de Protección al Consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio implementó el Programa Piloto “*Fondo de Proyectos de Protección al Consumidor –CONSUFONDO-*” con el fin de apoyar a través del financiamiento no reembolsable, iniciativas provenientes de universidades, ligas y asociaciones de consumidores y entidades territoriales (alcaldías y gobernaciones), orientadas a mejorar la situación actual de la protección al consumidor en el país..

En el año 2014 se divulgaron los lineamientos del programa entre los departamentos seleccionados para la implementación del programa, esto es, de Córdoba, Risaralda, Cauca, Tolima, Quindío y Bogotá, en virtud de que en dichas regiones operaron las primeras casas del consumidor.

De las iniciativas propuestas, fueron seleccionadas 7, entre las cuales se encuentra el proyecto presentado por la Universidad Sergio Arboleda, el cual se orienta al ***fortalecer el proceso de educación y divulgación de los derechos del consumidor desde el sector de la construcción.***

En atención a lo anterior, fue suscrito el convenio de asociación 922-2015 entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Universidad Sergio Arboleda a efectos de la elaboración y expedición por parte de esta última de la “*Guía para el Consumidor en el Sector Vivienda*”.

La “*Guía para el Consumidor en el Sector Vivienda*”, fue expedida con el fin de procurar el fortalecimiento de la educación y capacitación de los consumidores en relación con sus derechos y los tramites existentes para hacerlos efectivos en el caso específico del sector de la construcción de vivienda.

El contenido de la referida guía es acorde a las disposiciones de la Ley 1480 de 2011 --Estatuto del Consumidor- y sus disposiciones reglamentarias, esto es, el Decreto 735 de 2014, el cual fue compilado en el Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 “[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”.

8. CLÁUSULAS PROHIBIDAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

8.1. Cláusulas prohibidas

El artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos de adhesión:



“CLÁUSULAS PROHIBIDAS. En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.”

Para efectos de la interpretación del referido artículo, se debe tener en cuenta la definición que de los contratos de adhesión provee el mismo Estatuto en el numeral 4 del su artículo 5:

“4. Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.”

Es de resaltar que dicha prohibición resulta aplicable exclusivamente para los contratos de adhesión, sin embargo, y según se estudiará a continuación, la prohibición de las cláusulas abusivas aplica para la totalidad de contratos suscritos con consumidores.

Al respecto la doctrina consideró:

“Sin embargo, resalta que en la disposición del artículo 42 del Estatuto del Consumidor no se condiciona la calificación de cláusula abusiva a que ésta haga parte de un contrato de adhesión, o al carácter de condición general: sino que la única condición que se consagró fue la de que se produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, situación que debe ser valorada teniendo en cuenta todas las condiciones de la transacción particular que se analiza.”⁸

8.2. Cláusulas abusivas

Dentro de los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 a favor de los consumidores se encuentra el ser protegidos de las cláusulas abusivas, en este sentido el numeral 1.6 del artículo 3 de Estatuto del Consumidor dispone:

“1.6. Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley.”

Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas en el capítulo tercero de la Ley 1480 de 2011, específicamente en el artículo 42, dentro del cual se encuentra su definición y prohibición:

“CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

⁸ Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, Primera Edición, 2012, página 114



Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.” (Resaltado fuera de texto).

En relación con las cláusulas abusivas la doctrina ha considerado que existen principalmente dos tipos de éstas:

“(…) El listado obedece en general a una sistematización bajo dos categorías generales así:

1. *Cláusulas de desequilibrio entendidas como todas aquellas cláusulas que otorgan grandes ventajas al empresario profesional mas no simultáneamente al consumidor o aquellas cláusula (sic) que establecen ciertos pesos al consumidor mas no al profesional. En todo caso el factor común determinante es el desequilibrio.*

Ese desequilibrio puede ser sobre la disponibilidad del vínculo contractual o sobre el régimen de responsabilidad bien del consumidor o bien del empresario o profesional, como sucedería con las cláusulas contractuales que limitan o modifican acciones o derechos, o aquellas que incluso restringen el régimen común de la responsabilidad, o aquellas cláusulas que se pactan sobre la protección u otorgamiento de los derechos, como el de la interpretación o resolución unilateral del contrato, o que en últimas restringen la libertad contractual.

2. *El segundo grupo son las cláusulas sorpresa esta (sic) son todas aquellas que permiten una ejecución del contrato significativamente diferente a aquel que razonablemente se podría esperar, es así como el común denominador es la sorpresa.*

Como serian (sic) la sorpresa sobre el vínculo esto es aquellas que se aplican cuando se da una situación imprevista como sería una cláusula que permita la terminación unilateral de manera indeterminada y sin preaviso.

Incluso también podrían ser aquellas cláusulas sorpresa sobre el contenido contractual, como cuando se impone al consumidor que se soporte un contenido contractual incluso inesperado como cuando la adhesión se hace sobre cláusulas que no se han podido conocer antes de la celebración del contrato. O que se establezca que el precio lo definirá al momento de entrega del producto. O que se permita un iusvariandi injustificado o excesivo.

Finalmente se encuentran aquellas cláusulas sorpresa sobre la contraparte al permitir el cambio de la parte fuerte en un tercero incluso aunque vengán disminuidos los derechos del consumidor.⁹”

⁹ Gual Acosta Juan Manuel, *Perspectivas Globalizadas sobre el Control de las Cláusulas Abusivas*, en *Derecho del Consumo Problemáticas Actuales*, Gual Costa José Manuel y Villalba Cuellar Juan Carlos, Editorial Suarez - Universidad Santo Tomás, 2013, páginas 344 y 345. C., Colombia



Adicionalmente, el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 establece una lista de cláusulas abusivas que serán consideradas ineficaces de pleno derecho:

“CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
- 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;**
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.**
- 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
- 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*
- 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.*
- 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.” (Resaltado fuera de texto).*

Sobre el particular la doctrina ha señalado la doctrina antes citada:

“Finalmente además de los criterios genéricos de la buena fe objetiva y el desequilibrio normativo importante donde incluso se hace referencia a la transparencia contractual y la obligación de información, existe el criterio orientador de las listas sobre el cual se puede decir que este es rico con grandes listados negros, grises y en incluso blancos, cuya enumeración dentro del listado dependen en cada país de sus realidades (...)”¹⁰



Finalmente, el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 regula cómo se debe proceder en caso de que la ineficacia de las cláusulas abusivas no impida la subsistencia de un contrato:

“EFECTOS DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.”

8.2.1. La ineficacia de pleno derecho.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta la interpretación realizada por la doctrina de los citados artículos 42, 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011.

*“(…)
La Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la Ley 1328 de 2009 (Régimen de Protección al Consumidor Financiero) son leyes que ordenan sancionar las cláusulas abusivas con la ineficacia de pleno derecho. En la primera, sus artículos 42 y 43 indican expresamente la mencionada sanción. Sin embargo, a pesar de lo claro y expreso de sus normas, debe resaltarse que el artículo 44 pareciera abrir la puerta a una sanción adicional: la nulidad de la cláusula. (…)*

A pesar de lo expresado por el artículo 44 del estatuto, la cláusula abusiva debe sancionarse con la ineficacia de pleno derecho. Varios argumentos permiten sustentar dicha posición. Primero, si los artículos 42 y 43 se refieren exclusivamente a esa sanción, es razonable pensar que el legislador no tuvo intención de establecer una sanción de otro tipo. Segundo, el artículo 4 de la mencionada ley señala que sus normas deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor y que, en caso de duda, esta deberá resolverse en favor de este último. Por tanto, si la Ley 1480 de 2011 tiene como objeto la defensa del consumidor, la ineficacia de pleno derecho ofrecería una mayor protección a este, pues teóricamente no sería necesario acudir ante las autoridades para que se decretara la invalidez de la cláusula. (...)¹¹”

Respecto de esta misma situación también han expresado:

“Por último, la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, tiene un tratamiento impreciso del tema al referirse a la nulidad y a la ineficacia de pleno derecho como sinónimos. El artículo 44 dice: “La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces”. El artículo las trata como expresiones sinónimas que distan mucho de serlo. Afortunadamente una lectura completa y sistemática de la Ley 1480 permite, a partir de la revisión de los artículos 42 y 43, concluir que la inclusión de cláusulas abusivas en los

¹¹ Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas, Legis-Universidad del Rosario, primera edición, 2013, páginas 67 y 69



contratos es sancionada, en todos los casos, con ineficacia de pleno derecho. (...)¹²

Por lo cual, pese a la referencia que se realiza en el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011, debe entenderse, según se indica en los artículos 42 y 43 de dicha norma, que las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de consumo son ineficaces de pleno derecho.

La ineficacia de pleno derecho ha sido definida en los siguientes términos por la doctrina:

“(...) La fórmula pro non scripta o ineficacia de pleno derecho es entonces una sanción in limine con el que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto transgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado. (...)¹³

El efecto de la ineficacia de pleno derecho ha sido objeto del siguiente análisis:

“(...) la fórmula pro non scripta es una valoración negativa que se materializa al coincidir la realización del acto dispositivo transgresor con la descripción normativa que impone la effacement o borradura, es decir que esa tachadura se produce de inmediato por el poder de la misma norma y por consiguiente no requiere para su operancia de pronunciamiento judicial alguno. Sin embargo, el que opere de pleno derecho no impide que pueda ser atestada o contestada, de oficio o a petición de interesado, por el juez (...). De oficio puede y debe hacerlo el juez porque con su decisión estará reconociendo una situación jurídica que ha sido el resultado de la protección del interés público. (...)

La ineficacia de pleno derecho persigue además la conservación del negocio por ser un desarrollo del principio del favor negotii, razón por la cual sólo se borra aquella parte del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento y nunca destruye en su totalidad lo restante.

Con otras palabras, la fórmula pro non scripta se materializa en la parte del acto que contraviene el ordenamiento.

Por esta razón, la ineficacia de pleno derecho determina que no se produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales de la cláusula o pacto que se borra, aunque éste contenga todos sus elementos estructurales, porque se lo impide la destrucción automática que la norma impone. (...)¹⁴

De acuerdo con lo anterior, cuando en un contrato regulado por el derecho del consumo se incluya una cláusula de aquellas previstas en los artículos 42 y 43 de

¹² Valvuela Quiñones, Gustavo, Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia en: Perspectivas del Derecho del Consumo, directora: Valderrama Rojas Carmen Ligia, Universidad Externado, primera edición, 2013, página 427

¹³ Alarcón Rojas, Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Universidad Externado, primera edición, 2011, página 160.

¹⁴ *Ibidem*, páginas 161 y 162



la Ley 1480 de 2011, dichas cláusulas se tendrán por no escritas y no producirán efectos, sin que sea necesario que así lo declare un juez. Sin embargo, en caso de que se susciten diferencias entre las partes en torno a esta situación, es posible acudir a la jurisdicción con el fin de que así lo declaren.

En principio dicha consecuencia solamente se genera para la cláusula abusiva y podrá subsistir el contrato, siempre y cuando la eliminación de la cláusula ineficaz de pleno derecho no implique la eliminación de un elemento esencial para la existencia del contrato.

9. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden legal y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

Las normas aplicables en materia de protección al consumidor son la ley 1480 de 2011, sus disposiciones reglamentarias (Decreto 1074 de 2016) y las instrucciones proferidas por esta Superintendencia mediante su Circular Única.

Las disposiciones referidas contemplan temas de garantía, información que debe proporcionársele al consumidor de manera general y específicamente en el sector vivienda, protección contractual en relación con cláusulas abusivas y la responsabilidad de los productores y/o proveedores.

A modo de información también tenga en cuenta que en virtud de las funciones otorgadas por el artículo 75 del Estatuto del Consumidor, fue expedida la “*Guía para el Consumidor en el Sector Vivienda*”, con el fin de procurar el fortalecimiento de la educación y capacitación de los consumidores en relación con sus derechos y los tramites existentes para hacerlos efectivos en el caso específico del sector de la construcción de vivienda.

El referido documento puede ser de su interés y lo puede consultar en el link <http://www.redconsumidor.gov.co/42078>

En relación con la responsabilidad, en materia de consumo el productor y el proveedor son responsables solidariamente, lo cual implica que el consumidor puede reclamar sus derechos ante cualquiera de ellos. No obstante, la decisión que se tome dentro del proceso, no estará orientada a declarar un incumplimiento contractual, dado que esta no es la finalidad de la acción de protección al consumidor.



Así mismo debe considerarse que en virtud de la competencia residual¹⁵ de esta Superintendencia, en el caso de los consumidores de vivienda es necesario establecer si el acto de consumo se realiza bajo los lineamientos del contrato de fiducia, el cual está autorizado únicamente para entidades financieras, en especial las Sociedades Fiduciarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En efecto, el contrato de Fiducia está definido en el artículo 1226 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

“Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

“Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.” (Resaltado fuera de texto).

En relación con la fiducia inmobiliaria, ha manifestado la doctrina:

“En la denominada fiducia inmobiliaria clásica, por tratarse del esquema más utilizado, es posible reconocer tres etapas diferentes. La previa o preliminar destinada a revisar la documentación básica, como títulos, permisos de las autoridades, planos y estudios de factibilidad, pero, sobre todo, a la consecución de los inversionistas potenciales, esto es, las personas que estarán dispuestas a “comprar” en planos y que valiéndose del esquema fiduciario, pueden hacerlo sin riesgo alguno. En efecto, su vinculación supondrá inicialmente, comprometerse a poner la suma que según el flujo de fondos del proyecto está prevista como cuota inicial de los inversionistas, la cual será depositada en el fondo común ordinario, o invertida rentablemente, si el no existe, con instrucciones irrevocables de que, si al vencimiento de esta etapa se reúnen las condiciones previstas en el proyecto –y solo en ese caso- se trasladen los recursos con sus rendimientos a la caja del proyecto y se de comienzo a la siguiente etapa.”¹⁶ (Resaltado fuera de texto)

¹⁵ Numeral 22 artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 "(...) La superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

22. “Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes.”

¹⁶ Azuero Rodríguez Sergio, Contratos Bancarios su significación en América Latina, Legis, Quinta Edición,



En este orden de ideas, de encajar los hechos de su consulta en esta figura jurídica, la entidad competente para emitir eventuales pronunciamientos al respecto será la Superintendencia Financiera, la cual, en virtud de lo establecido en la Ley 1328 de 2009 “*Régimen de Protección al Consumidor Financiero*”, es la autoridad encargada del control y vigilancia en materia de protección al consumidor en dicho sector, en el entendido de que las competencias de protección al consumidor otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio son de carácter residual.

En cuanto al **ámbito contractual** y frente a la posible vulneración de sus derechos como resultado de la inclusión en los **contratos** de **cláusulas abusivas**, también son aplicables las normas de protección al consumidor, como ya fue manifestado en líneas anteriores.

De conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad privada, la estipulación de las cláusulas de un contrato depende de aquello que se haya pactado o acordado por las partes al momento de su celebración, siendo ellas las que determinan el contenido y alcance de sus acuerdos, según con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

No obstante, **cuando en un contrato regulado por el derecho del consumo se incluya una cláusula que pudiera resultar abusiva, ha de considerarse que existe un desequilibrio que acentúa la asimetría entre las partes de la relación de consumo, y le impone al consumidor un perjuicio de forma injustificada.**

El análisis de este desequilibrio debe incorporar las condiciones que de manera particular rodean el acuerdo, e igualmente, **tendrá que atenderse al listado de cláusulas ineficaces contenido en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, las cuales, no obstante estar incluidas en un determinado contrato, no tienen la virtud de forzar al consumidor a su cumplimiento.**

El pronunciamiento sobre la posible responsabilidad de productores y/o proveedores por la inclusión de una cláusula abusiva dentro de un contrato solo podrá darse dentro de un proceso de argumentación y debida motivación fáctica y jurídica, autónoma y libre - dentro de los límites de la Constitución y la ley - que sustente de manera lógica y razonable la decisión que la autoridad tome al respecto.

Los conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica los puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

También puede intentar la siguiente ruta:

- Desplegar la pestaña **normativa**, ubicada en la parte superior derecha de la pantalla.
- Elegir **doctrina**
- Seleccionar el buscador de **conceptos**



La búsqueda puede realizarse a través de los siguientes criterios: radicación, tema, subtema, área y rango de fechas.

En la página indicada anteriormente también puede consultar las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Adonia Aroca
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

