

**Garantías, cláusulas abusivas y protección
al consumidor inmobiliario en el contrato
de compraventa de vivienda**

Guarantees, abusive clauses and real estate consumer
protection in the home purchase contract

Autor: Juan Carlos Bravo

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2144>

Garantías, cláusulas abusivas y protección al consumidor inmobiliario en el contrato de compraventa de vivienda* ■

Guarantees, abusive clauses and real estate consumer protection in the home purchase contract ■

Garantias, cláusulas abusivas e proteção ao consumidor em contratos de compra de propriedade ■

Juan Carlos Bravo ^a
juanbravo2012@hotmail.es

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2022
Fecha de revisión: 8 de junio de 2022
Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2022

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2144>

Para citar este artículo:
Bravo, J. (2022). Garantías, cláusulas abusivas y protección al consumidor inmobiliario en el contrato de compraventa de vivienda. *Revista Misión Jurídica*, 15(22), 259 - 270.

RESUMEN

El objetivo del escrito es analizar los contratos de compraventa de vivienda a través de normas, derechos y deberes contemplados en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), así como en el Decreto 735 de 2013, sobre la efectividad de la garantía en el ordenamiento jurídico colombiano. Para tal fin se realizó un tipo de estudio exploratorio en el que concurren no solo una indagación doctrinal sobre leyes y jurisprudencia concerniente, sino también análisis de referencias prácticas, como el clausulado vigente ofrecido por las constructoras respecto a los deberes y derechos que le asisten al comprador. se evidenció que, en la actualidad, existen vacíos y abusos por parte de los vendedores de vivienda que no responden a los parámetros normativos que los rigen.

PALABRAS CLAVE

Bien inmueble; consumidor inmobiliario; garantía, cláusulas abusivas; protección al consumidor; contrato de compraventa.

* Trabajo resultado del proyecto investigativo para la obtención del título de Abogado, de la Universidad Libre.
a. Abogado (Universidad Libre); y Magíster en Derecho privado (Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora).

ABSTRACT

The objective of this brief is to analyze the contracts of sale of housing through the rules, rights and duties contemplated in the Consumer Statute (Law 1480 of 2011), as well as in Decree 735 of 2013 on the effectiveness of the guarantee in the Colombian legal system. For this purpose, an exploratory study was carried out, which included not only a doctrinal research on laws and jurisprudence concerning the subject studied, but also an analysis of practical references, such as the current clauses offered by construction companies regarding the duties and rights of the buyer. It became evident that, at present, there are voids and abuses on the part of home sellers that do not comply to the regulatory parameters that rule them.

KEYWORDS

Real estate; real estate consumer; guarantee; abusive clauses; consumer protection; sales contract.

RESUMO

O objetivo deste documento é analisar os contratos de venda de moradias através de regras, direitos e deveres previstos no Estatuto do Consumidor (Lei 1480 de 2011), assim como o Decreto 735 de 2013, sobre a eficácia da garantia no sistema jurídico colombiano. Para tanto, foi realizado um estudo exploratório no qual não só foi realizado um inquérito doutrinário sobre leis e jurisprudência, mas também uma análise de referências práticas, tais como as cláusulas atuais oferecidas pelas construtoras em relação aos deveres e direitos do comprador. descobriu-se que, atualmente, existem lacunas e abusos por parte dos vendedores domésticos que não respondem aos parâmetros regulatórios que os regem.

PALAVRAS-CHAVE

Imóveis; consumidor imobiliário; garantia; cláusulas abusivas; proteção ao consumidor; contrato de venda.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación está orientada a responder si, a la luz de la normatividad que regula la

protección al consumidor, existen o no abusos, vacíos o diferencias interpretativas que desamparen los derechos de los consumidores inmobiliarios, en la modalidad de compraventa de vivienda, en el ordenamiento jurídico colombiano, ello, partiendo de la realidad que, desde la perspectiva social y el desarrollo integral del ser humano, la vivienda es un bien material preciado de significativa importancia, toda vez que en este espacio la persona dedica gran parte de su vida a construir su hogar y proyectarse. Es un bien que se disfruta a largo plazo y de manera intrínseca, su gozo y uso están unidos a la tranquilidad, bienestar y al derecho de una vida digna. A partir de esta concepción es que el derecho a una vivienda digna es reconocido en el artículo 51 de la Carta Política de Colombia de 1991, con el cual el Estado ha pretendido que sea garantizada la protección de todo colombiano, considerando que, aunque no es un derecho fundamental, se debe proporcionar bajo condiciones de igualdad y dentro de un marco legal específico.

A pesar de no ser un derecho fundamental, goza de un trato especial, teniendo en cuenta que el Estado debe procurar una vivienda para la familia como núcleo esencial de la sociedad. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-149 de 2017 y T-420 de 2018, por ejemplo, ampara el derecho al mínimo vital de toda persona de la tercera edad, como también a la existencia de condiciones especiales de protección a las personas en condición de discapacidad y de las madres cabeza de hogar, con el fin de amparar el derecho que tiene toda persona a una vivienda digna, tal como lo ha interpretado la corporación en diversos fallos.

Teniendo como objetivo analizar los contratos de compraventa de vivienda a través de las normas, derechos y deberes contemplados en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), así como en el Decreto 735 de 2013 sobre la efectividad de la garantía en el ordenamiento jurídico colombiano, este escrito revisa la normatividad vigente, respecto de las responsabilidades contractuales que adquieren los constructores y compradores al realizar un negocio inmobiliario, que contenga las suficientes garantías de protección al consumidor en caso que se presenten prácticas indebidas y cláusulas abusivas por parte del vendedor. La realidad muestra dos ángulos contradictorios: uno, en el que al comprador se le entrega copia del contrato para su lectura y análisis, con el fin

de que realice las observaciones pertinentes; y, por otra parte, se le indica que el contrato de compraventa en sus condiciones y alcances no se puede modificar.

Considerando lo anterior, el trabajo está dividido en la primera sección (subtítulos 1 - 4) en la que se realiza un análisis de la aplicación del marco normativo de las garantías y protección del consumidor inmobiliario, a partir del estudio del contrato de compraventa de vivienda nueva, con el fin de determinar los derechos legales que tiene el comprador en caso de incumplimiento contractual durante y después del negocio jurídico, fijar la responsabilidad civil por parte del vendedor y determinar si las cláusulas abusivas relacionadas con precios, vicios ocultos y/o vicios redhibitorios, facultan al comprador para iniciar las acciones legales pertinentes en contra del vendedor.

En la segunda sección (subtítulo 5 - 8) se vincula la normatividad expuesta en la sección anterior a la realidad del contrato de compraventa de vivienda en Colombia, de manera que es posible evidenciar un vacío normativo, en razón a que no existen los suficientes mecanismos reales y oportunos que salvaguardaran el patrimonio de los ciudadanos, cuando se presentan fallas en los bienes adquiridos, tal como lo reseñó en su momento *Ámbito Jurídico* (2013) en su informe "El régimen de garantías de inmuebles, ¿útil o insuficiente?", respecto al desplome de una torre del Edificio Space de Medellín, situación que evidenció una serie de deficiencias e irregularidades no solo en la construcción, sino también en las garantías y la protección del consumidor inmobiliario, cuya responsabilidad recayó directamente sobre el constructor pero, al mismo tiempo, surgieron diversas dudas por parte de los compradores respecto a la exigibilidad de las garantías por los daños y perjuicios ocasionados.

EL CONSUMIDOR INMOBILIARIO

Desde la perspectiva del ámbito inmobiliario, se hace necesario precisar la importancia que tiene el comprador en la relación de consumo y su obligación contraída al comprar vivienda, por lo que se reseña al consumidor inmobiliario como aquella persona que adquiere una vivienda nueva para su goce y disfrute, con el fin de satisfacer sus necesidades o las de su familia.

En este sentido, refiere Ariza (2009):

[...] en el caso de los inmuebles hay por regla general una permanencia en el patrimonio del adquirente, pues no es usual, salvo en el evento de los profesionales que se dedican a comprar y vender propiedades, que un inmueble se adquiera y se transfiera inmediatamente, por lo que la noción de destino final excluye este caso, y además se deberá excluir del manto de las normas de protección al consumidor en el supuesto de que el inmueble sea objeto de una finalidad económica, lo que implica su aprovechamiento para fines industriales y comerciales, agregando que la norma colombiana condiciona que no esté intrínsecamente ligado a su actividad empresarial (p. 132).

Ahora bien, de manera puntual, la determinación y aceptación como consumidor inmobiliario es definida por la Ley 1480 de 2011 en los siguientes términos:

La persona o adquirente que va a disfrutar del bien y cuya compra no hace parte de un negocio o actividad comercial, sino que por el contrario esta vivienda ha sido adquirida para satisfacer una necesidad personal o familiar, donde existe una permanencia en el patrimonio del adquirente.

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR INMOBILIARIO

El Estatuto de protección al consumidor, en sus artículos del primero a quinto, brinda facultades jurídicas, legales y jurisdiccionales para que los consumidores de bienes inmuebles nuevos reciban productos con los estándares de calidad para vivir de forma digna y cómodamente, con la seguridad que el vendedor, con quien hubieran realizado el contrato de compraventa, cumpla con las normas y reglamentos para la construcción de dichos inmuebles.

Los alcances de esta normatividad encuentran más apoyo y amparo con la expedición de la Ley de vivienda 1796 de 2016, que se refiere al establecimiento de medidas dirigidas a la protección del consumidor inmobiliario, que sea posterior a los 10 años de garantía de la vivienda nueva, que presente afectación en la estructura por deficiencia del suelo y, ausencia de normas

antisísmicas, entre otros, casos para los cuales el vendedor está en la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio del comprador.

El no cumplimiento de estas especificaciones técnicas acarreará una infracción a la obligación de la garantía, en este caso, el inmueble adquirido que se presumirá como no habitable, tal como lo estipula el numeral 14 del artículo 5 de la ley en mención. En caso que el bien inmueble, pese a las reparaciones, siga siendo inhabitable o no llene las condiciones mínimas para una vivienda, el vendedor estará en la obligación legal de devolver el producto del contrato de compraventa del inmueble.

Dentro de este mismo marco jurídico, el Decreto 19 de 2012, en su artículo 185, exige a las empresas constructoras, de manera imperativa, que para adelantar actividades de construcción y venta de inmuebles nuevos destinados para vivienda debe dejar a disposición del comprador los documentos pertinentes para que este pueda hacer, si así lo considera, un peritaje o estudio previo sobre el bien que va a adquirir.

GARANTÍAS DE LOS BIENES INMUEBLES NUEVOS

Se aborda el tema de las garantías a partir de la precisión que la Ley 1796 de 2016 hace respecto a lo que es un inmueble y una vivienda nueva, considerando que esta última, es aquella edificación que permite desarrollar unidades para el uso habitacional y, cuyas divisiones resultantes se transfieran durante el periodo de cubrimiento del amparo patrimonial de que trata la ley. En tanto, el inmueble se refiere a la ubicación dentro del círculo catastral que registran las notarías y que cuentan con su respectiva licencia por parte de la curaduría.

Del mismo modo, se puede decir que la garantía es de significativa importancia en un contrato de compraventa de vivienda nueva, toda vez que se constituye en la única seguridad para el comprador o consumidor inmobiliario que su bien adquirido sea reparado o repuesto en caso de algún tipo de daño dentro de un determinado periodo de tiempo. Se destaca que la Ley 1480 de 2011 no es de carácter retroactiva, por consiguiente, los usuarios anteriores a la entrada

en vigencia de esta ley quedaron con inferioridad de derechos.

Respecto a la garantía legal y su término, el Estatuto del Consumidor prevé, en su artículo 7, que queda a cargo del constructor responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos. El artículo 8 del Estatuto del Consumidor prevé que el término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente, que para el caso en específico de los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, para los acabados un año y para lo demás, esta garantía podrá ser la anunciada por el constructor. Primeramente, el constructor podrá atender las garantías relacionadas con las griferías, los sistemas eléctricos, la ventanearía y demás materiales o artículos construidos que no intervengan con la estabilidad de obra o lo acabados. El término de garantía cuenta desde el momento en que se suscribe el acta de entrega del inmueble al comprador (*Guía para el consumidor...*, 2016).

En ese sentido, el Estatuto del Consumidor consagró un régimen de garantía legal, reglamentado por el Decreto 735 del 17 de abril de 2013, en el que se establece su término, los responsables y las constancias de recibo y reparación, entre otros aspectos.

Por otro lado, la Ley 1480 de 2011 incluye, dentro de los productos defectuosos, a los inmuebles que por errores en el diseño o construcción no ofrezcan la seguridad razonable, de tal forma que los daños derivados, como la muerte o las lesiones personales, generan responsabilidad administrativa y civil para el productor; sin embargo, su aplicación no favorece a los propietarios que adquirieron vivienda nueva antes de abril de 2012, por cuanto esta no tiene carácter retroactivo. Los consumidores que adquirieron vivienda antes de esta fecha solo tendrán un año de garantía como lo estipula la misma ley, por lo que al parecer se presenta una gran desventaja respecto de los alcances socioeconómicos de los consumidores, quienes han visto afectado su patrimonio por daños estructurales y los acabados de sus viviendas.

TÉRMINO DE LA DURACIÓN DE LA GARANTÍA LEGAL

El Estatuto del Consumidor es una herramienta legal que facilita la educación del consumidor, lo que favorece que, en los asuntos sustanciales de la ley, se da gran relevancia al régimen de calidad de las viviendas, la efectividad de las garantías de los bienes y servicios, así como la responsabilidad por daños cuando este se encuentre defectuoso.

De acuerdo con esta disposición y teniendo en cuenta los criterios de aplicación de los términos de garantía, no es posible que las partes fijen un término inferior, dado que este tiene consagración expresa en la ley. Esto quiere decir que el constructor está en la obligación de responder por las fallas estructurales por uso de materiales inadecuados, por la inapropiada utilización del suelo e incumplimiento de las normas antisísmicas, por un periodo de diez (10) años de duración de la garantía.

Al respecto, téngase en cuenta que la posibilidad de pactar un término inferior al de los diez (10) años no tiene sustento legal, puesto que, se reitera, dicho término es de aplicación obligatoria y se estipula así por el término de estabilidad de la obra, la cual, incluso tiene consagración expresa en el Código Civil. “No sucede lo mismo con el término previsto para los acabados de la obra, pues al no estar consagrados en una disposición distinta a la Ley 1480 de 2011, las partes podrán pactar, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, un término inferior a un año” (Valderrama, 2013, p. 46).

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

Es de notoria relevancia el hecho que en los contratos de compraventa de vivienda se continúen incluyendo cláusulas abusivas¹ que no contribuyen a la seguridad y confianza durante

1. Desde el punto de vista doctrinal la “Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares [...]. Pero incluso también puede haber cláusula abusiva tratándose de condiciones generales entre profesionales por cuanto habrá condición abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes” (Rengifo, 2004, p. 176).

la etapa de negociación, situación que amerita ser revisada en su contenido y alcance, con el fin de establecer si efectivamente existe control jurisdiccional sobre las mismas.

Se puede decir entonces, que una cláusula abusiva es aquella que supone la existencia de una práctica indebida que viola el principio de la buena fe del consumidor, haciéndole creer que todo está en regla y la negociación cumple con los estándares y requisitos exigidos, limitando el campo de acción del comprador y evadiendo responsabilidades que son de competencia del vendedor, especialmente en los casos de presentarse fallas estructurales, robos o siniestros. Estas situaciones dejan entrever un evidente desequilibrio entre las partes involucradas en el negocio jurídico, donde obligaciones, responsabilidades y beneficios obtenidos no guardan proporción para cada parte con justicia y equidad.

Por consiguiente, las cláusulas abusivas implican unas características formales y materiales, las cuales repercutirán en el análisis jurídico ante posibles sanciones por abusos, puesto que serán susceptibles de control jurisdiccional solo las cláusulas que revistan las particularidades que a continuación se formulan:

- Que hayan sido dispuestas solo por una parte (Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, 2 de febrero de 2001, expediente 5670), esto es, no pudieron ser negociadas, debieron ser impuestas por parte del predisponente al adherente sin que este tuviese posibilidad real o efectiva de discutir su introducción al contrato (Echeverri, 2011).

- Desequilibrio excesivo e injustificado entre los derechos y las obligaciones de las partes. Este puede generar una afectación al equilibrio económico fundado en el principio de reciprocidad de las obligaciones y no, por ejemplo, al de negociación (Acosta, 2015).

- Vulneración del principio de la buena fe. Se constituye al constatarse que la actuación de las partes carece de honorabilidad, probidad y pulcritud que, para este caso en concreto, será la inclusión de una cláusula que conlleva un desequilibrio normativo injustificado. Este asunto atañe especialmente a las prescripciones normativas establecidas en los artículos 83 de la

Constitución Política, 1603 del Código Civil y, 871 del Código de Comercio.

Así mismo, el artículo 1624 del Código Civil colombiano, de forma ilustrativa y en la interpretación de los contratos, ha previsto que en caso de ambigüedad las condiciones serán interpretadas en contra de quien unilateralmente las ha predispuesto. En esta discusión sobre la protección generalizada respecto de cláusulas abusivas, el análisis jurídico ha encontrado sustento en los jueces y magistrados de las altas cortes, quienes sobre este tema se han inclinado hacia el amparo de los principios de buena fe contractual, honestidad y lealtad con el propósito de fallar en condiciones de equilibrio y justicia entre las partes.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Los contratos de adhesión están vinculados de manera general con las relaciones de consumo, como es el caso de la compraventa de vivienda nueva. Existe la tendencia en el mercado inmobiliario de enmarcar las relaciones contractuales a las condiciones planteadas por quien ejerce más poder en la misma, situación que plantea que, en el proceso de negociación, la parte más fuerte ha definido por anticipado cuáles son las condiciones y responsabilidades para cada una de las partes involucradas en el contrato.

Bajo este tipo de contratación, las premisas de igualdad que se predicaban entre las partes intervinientes en una relación comercial clásica, pasan a ser reemplazadas por aquellas que parten de la asimetría que existe entre predisponente y adherente en cuanto al poder contractual y económico; en este caso, la parte que se adhiere al acuerdo no dispone ni de los recursos ni de los conocimientos que por el contrario sí tiene el comerciante, a raíz del ejercicio de su actividad en el mercado (Stiglitz & Stiglitz, 1985).

El debate doctrinal colombiano surgió en torno al tema del ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas plantea que: 1) estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión, pero en ellas se da una mayor posibilidad de presencia; y, 2) las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no

sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico (Valbuena, 2013).

Se hace la salvedad que en las esferas judiciales se entiende y se destaca la aplicación de los principios de buena fe, transparencia, responsabilidad, información adecuada y de equilibrar las relaciones entre productores y consumidores. El Estatuto del Consumidor se constituye en la herramienta para exigir las garantías necesarias en caso de cláusulas abusivas y para la protección al consumidor inmobiliario, orientando para que antes de emitir juicios se haga un análisis detallado del contrato.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATO DE COMPRAVENTA REAL DE VIVIENDA NUEVA

La compra de vivienda para una familia es de suma importancia para el presente y futuro de todos sus integrantes, razón por la cual se deben tener muy claros los pasos a seguir en el momento de firmar el contrato de compraventa, con el fin de identificar las garantías y las posibles cláusulas abusivas que puedan comprometer la transparencia y seguridad jurídica del negocio inmobiliario a realizar y afectar, con ello, la estabilidad de este activo tanpreciado en el desarrollo y crecimiento personal y familiar.

De ahí que, para ser más consistentes en el contenido y análisis de las cláusulas abusivas, se ha tomado un contrato de compraventa de vivienda nueva, firmado en el año 2016 con una constructora de Bogotá, destacando en el mismo las siguientes prácticas indebidas y cláusulas abusivas:

El contrato de compraventa de vivienda nueva aparece titulado.

Apartamentos VIS sin subsidio y con crédito - cuando en realidad el apartamento se compra de contado, esto se hace con el fin de justificar que cumple con el monto y la financiación por ser vivienda de interés social.

Una de las cláusulas dice que la escritura se firmará en la ciudad de Bogotá en la notaría acordada por los firmantes; sin embargo, en una comunicación posterior de la constructora se le indica al comprador a qué notaría debe presentarse para firmar, la hora y la persona encargada del trámite. Si este profesional no

se encuentra, no se puede adelantar trámite alguno, lo que obliga al comprador a sujetarse a las condiciones impuestas por la constructora, quitándole transparencia a la firma del contrato y posteriormente a la escritura, es decir, sujetando el negocio inmobiliario a las condiciones impuestas por ellos, en fecha posterior a la firma de la promesa de compraventa.

Mensaje de constructora adjuntando promesa de compraventa

Dom 9/10/2016 9:36 AM

Buen Día:

Señor (a) (s)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

*Reciban un cordial saludo, por medio del presente adjuntamos la promesa de compraventa del apto. XXX Torre XXX del proyecto XXXXXX, para su respectiva revisión y observaciones; **Recuerde que su compromiso es firmar la promesa de venta dentro de los 20 días calendario siguiente a este correo; según cláusula 6 del reglamento de pre-negociación firmado por usted (es).***

Es decir que la firma de la promesa de compraventa se debe realizar el día 1 de noviembre de 2016. Sin embargo, estas fechas no se cumplen, sino que, por el contrario, son modificadas permanentemente, presentándose un claro abuso en la determinación de estas.

Los compradores de la vivienda nueva hicieron llegar las siguientes observaciones a la constructora de acuerdo con el mensaje recibido:

Observaciones

CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. Se dice que se debe legalizar el crédito con la entidad bancaria a más tardar 15 días después de firmado el contrato de compraventa.

2. Sin especificaciones del inmueble prometido en venta. Pese a ello, en el apartamento modelo está publicado que el este tiene un poco más de metros cuadrados.

3. Se habla que los acabados y las especificaciones pueden ser cambiadas por la constructora y que el apartamento puede contar con especificaciones y acabados distintos a los que tiene dotados el apartamento modelo. Pero la constructora aseguró que eran estos los acabados con los que entregaban los apartamentos. Existe contradicción y cambio de reglas contractuales.

4. Sobre contribución por valorización, ¿qué valor es?, ¿a qué valorización se refiere?, y ¿por qué se debe pagar a la constructora en la fecha que se firme la escritura pública? (se debe cancelar es a la Secretaría Distrital o Municipal).

5. Las especificaciones de construcción del inmueble objeto de venta son las plasmadas en la promesa de compraventa que, para todos los efectos legales, hace parte integral del presente negocio de venta.

6. Se dice, por parte de la constructora, que al momento de firmar la escritura pública (sin haber recibido el inmueble) el comprador debe cancelar cuotas extraordinarias de la copropiedad, arreglos y otras contribuciones, siendo que para esa fecha todavía no se tiene posesión del inmueble y no se está disfrutando del mismo, sino hasta un mes después de la firma:

A. La suma equivalente al 10% sobre el valor de la venta tiene el carácter de Arras de Retracción; suma de dinero que se debe entregar a la constructora conforme a lo relacionado en el contrato de compraventa.

B. El promitente comprador declara recibir copia del presente contrato y de sus anexos y aceptarlos en su totalidad. Sin embargo, la constructora cambió la fecha de la firma para realizarla un mes después, sin haberse recibido estas copias.

C. Una de las cláusulas señala que la escritura se firmará en la ciudad de Bogotá, pero no especifica en qué notaría; posteriormente, le indican al comprador la notaría y señalan que el trámite debe realizarlo específicamente con determinada persona. Si esta persona no se encuentra, no se puede llevar a cabo la firma ni cierre del negocio, quitándole transparencia a la firma del contrato y posteriormente a la escritura. Es decir, condicionando el negocio

inmobiliario a las condiciones impuestas por ellos en fecha posterior a la firma de la promesa de compraventa.

D. Respecto a los gastos y derechos notariales, especificados en la promesa de compraventa, estos finalmente no se cumplen como estaban estipulados y se deben asumir en la notaría otros gastos no acordados, lo que obliga al comprador a cancelarlos en la notaría, lo que, a su vez, pone en grave riesgo el negocio inmobiliario.

E. En los pagos por derechos y gastos notariales se estipulan otros rubros que no habían sido contemplados durante la formalización del contrato de compraventa de vivienda, como son:

- a. Acto sin cuantía patrimonio – afectación, solo lo está asumiendo el comprador.
- b. Otro Acto sin cuantía afectación – solo lo está asumiendo el comprador.
- c. Beneficiencia sobre la venta – solo lo está asumiendo el comprador.
- d. Certificados de tradición y libertad – le corresponden al vendedor, en este caso lo está cancelando en su totalidad el comprador.
- e. Registro sobre la venta – lo está cancelando en su totalidad el comprador, cuando este se debe cancelar por partes iguales entre comprador y vendedor.

GASTOS CONTRACTUALES:

Pagar el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que se causen por motivo de los Derechos Notariales correspondientes a la Escritura Pública de Compraventa, con la cual se dé cumplimiento a la presente promesa, y con el cien por ciento (100%) de los gastos que se causen con motivo de Derechos notariales y de registro, por la cancelación a prorrata de la hipoteca en mayor extensión, en caso de que se constituya.

Los valores aquí mencionados no corresponden a los acordados en la cláusula de gastos notariales, por el contrario, se evidencia que el comprador asume un valor aproximado del 75% de los gastos e impuestos totales.

CLÁUSULA ABUSIVA - ENTREGA FÍSICA DEL INMUEBLE

En el contrato de compraventa la constructora especifica que:

La entrega se realizará con todas las anexidades, usos, costumbres y servidumbres de conformidad con el reglamento de propiedad horizontal, salvo en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito; o en eventos tales como la falta de suministro oportuno de materiales de construcción, incumplimiento de los contratistas que tienen a su cargo la edificación, demora en la instalación de los servicios de agua, energía eléctrica y gas por parte de las empresas Municipales, huelgas del personal del PROMITENTE VENDEDOR de la edificación, de sus contratistas o sus proveedores, sin que haya lugar a cobro de perjuicio o indemnización alguna a favor de los prometientes compradores.

Es claro que, en este contrato de compraventa de vivienda nueva, pese a que el vendedor presenta demora en la entrega, no está obligado a realizar pago alguno por daños y perjuicios, mientras que si es el comprador es el que no recibe a la hora que ellos señalan y en las condiciones estipuladas por el vendedor, da lugar a una multa. Y de la misma manera se entenderá que el inmueble fue entregado a total satisfacción por no haber asistido.

POSIBLES SANCIONES A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

El artículo 871 del Código de Comercio dispone que:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Ahora bien, tal como lo señala Rodríguez (2013, p. 63) en Colombia los tribunales no han dispuesto un procedimiento en concreto para acometer la labor de distinguir cuándo se está ante la presencia de una cláusula abusiva. Sin embargo, considera aquél que es pertinente tener

en cuenta la doctrina de la *unconscionability*², elaborada por la jurisprudencia norteamericana, al respecto de las *abusive clauses*, que vendría a ser el equivalente del control de las cláusulas abusivas en Colombia.

Por consiguiente, la sanción adecuada para estas estipulaciones, que no cuentan con una regulación expresa, en virtud de los requisitos de validez de una obligación, es la nulidad absoluta por contrariar normas imperativas, postura que también ha sido acogida por la doctrina (Echeverri, 2011; Laguado, 2003; Suescún, 2009). El siguiente interrogante se refiere a si tal nulidad debe recaer sobre la cláusula considerada como abusiva o sobre el contrato en su totalidad. Por virtud del principio de conservación del acto jurídico, el cual se consagra en el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 902 del Código de Comercio, solo en los casos en los que la cláusula abusiva verse sobre aspectos tan esenciales del contrato, que su remoción significaría un desequilibrio evidente, debería el juez declarar la nulidad absoluta de la totalidad del contrato. En los demás casos se preferirá la exclusión de la cláusula abusiva, por medio de la nulidad absoluta parcial del referido artículo, por contrariar las normas imperativas expresas y los principios contractuales ya referidos (Mezzasoma, 2014).

También cobra relevancia el tipo de sanción jurídica que más se ajuste al control jurisdiccional respecto de las cláusulas abusivas, considerándose que la nulidad absoluta parcial de la cláusula que se identifique como abusiva o vejatoria, por contravenir las normas imperativas constitucionales de no abusar del derecho (Constitución Política, art. 95) y de obrar con buena fe (Constitución Política, art. 83). La razón para que la ineficacia de la cláusula sea solo parcial se infiere del principio de conservación de los negocios jurídicos.

2. La falta de consideración (a veces conocida como trato / conducta desmesurada en Australia), es una doctrina en el derecho contractual que describe términos que son extremadamente injustos o abrumadoramente unilaterales a favor de la parte que tiene el poder de negociación superior, que son contrarios al bien conciencia. Por lo general, un contrato desmesurado se considera inaplicable porque ninguna persona razonable o informada estaría de acuerdo con él. Al autor de la conducta no se le permite beneficiarse, porque falta la consideración ofrecida, o es obviamente inadecuada, que hacer cumplir el contrato sería injusto para la parte que busca escapar del contrato.

En este sentido, y en aras de proteger a la parte débil de la relación contractual, es necesario abogar por un control judicial de las cláusulas abusivas que no cuentan con regulación expresa. Las herramientas de las que dispone el operador jurídico para determinar cómo sancionar una cláusula abusiva se encuentran dispersas en la legislación civil y comercial, estando amparadas bajo las normas constitucionales consagradas en el numeral primero del artículo 95 de la Constitución Política: es deber de todo ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; y en el artículo 83 de la misma, máxime si se enfatiza que la inclusión de una cláusula abusiva lo que comporta, en último término, es una vulneración o quebranto del principio de la buena fe.

A partir de este escenario, y de acuerdo con el contenido descrito en este artículo, el tema de los contratos de adhesión en Colombia no se encuentra reglamentados en el Código Civil ni en el Código de Comercio, lo que quiere decir que el control de las cláusulas abusivas se encuentra resquebrajado y en normas dispersas en el ordenamiento jurídico. De esta manera, es muy difícil realizar la interpretación correcta y coherente de los eventos sucedidos antes y después de formalizado el contrato de compraventa, que permita, a través del juicio y análisis jurisprudencial, fijar una sanción ejemplar.

Al momento de determinar diferentes alternativas para sancionar a los responsables de incorporar y sacar provecho con cláusulas abusivas, lo más sensato que se vislumbra es que se puedan enfrentar los posibles efectos negativos de este tipo de contratación con las normas ya existentes y lo contenido en el ordenamiento jurídico y expuesto por los jueces, tribunales y altas cortes, tomando como soporte el Código Civil y el Código de Comercio. Se destaca, en este sentido, el alcance que tiene la regla establecida en el artículo 1624 del Código Civil.

Esta alternativa podría aplicarse en Colombia, en la búsqueda de proteger al consumidor inmobiliario, poniendo en práctica los principios del derecho como la buena fe del adherente y el justo equilibrio contractual entre las partes involucradas, limitando que se ejerza más poder por alguna de las partes, lo que evitaría, de alguna forma, que se vean afectados alguno de los

principios con alguna cláusula vejatoria, leonina o abusiva. Es por esto, por lo que hay que tener en cuenta que la buena fe es un principio general del derecho, que no es susceptible de ser utilizado al acomodo de las partes, toda vez que sus raíces y esencia están incorporados en la Constitución Política, razón por la cual se constituye en una barrera para que, aquella parte que redacta el contrato pueda aprovecharse del adherente, incluso si media una relación privada³.

En atención a lo expuesto, el contenido y alcance de la jurisprudencia colombiana dan a entender que, en los negocios jurídicos de compraventa de vivienda nueva, los consumidores inmobiliarios pueden exigir garantías necesarias en caso de que se presenten cláusulas abusivas en los contratos, recurriendo al amparo de la Constitución y la Ley, especialmente del Estatuto del Consumidor; el Código Civil para fijar las responsabilidades contractuales y, del Código del Comercio para dar cumplimiento al negocio, todo ello mediante la elaboración del contrato de compraventa, el cual se formaliza y perfecciona una vez el comprador dé su consentimiento (contrato de adhesión), situación que no es ajena al vendedor y no lo exonera de su responsabilidad para responder por los daños y perjuicios causados por fallas en la construcción o imperfecciones en materiales y acabados. Estas, son entonces, garantías que el consumidor inmobiliario puede exigir por cláusulas abusivas, soportadas en los principios del derecho como la dignidad humana, el equilibrio contractual y la buena fe.

CONCLUSIONES

El consumidor inmobiliario en Colombia cuenta con un marco jurídico bastante extenso, el cual, en teoría, protege al comprador de vivienda y le permite acceder a la jurisdicción ordinaria para hacer valer sus derechos en procura de una vivienda digna, protección, promoción y garantía de la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores; por su parte, el decreto 735

de 2013, que establece la reglamentación de la construcción y los deberes que tiene el vendedor, quien, por regla general, ostenta una posición dominante en el contrato y lo establecido en la Ley 1796 de 2016 respecto a las medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda y el incremento de la seguridad de las edificaciones. Así mismo, se destaca el contenido del Código de Comercio, en su Título II, sobre la compraventa y la permuta; como también el Código del Civil sobre contratos, garantías y cláusulas abusivas.

Estas normas son de suma importancia para la protección de los derechos del consumidor inmobiliario, siendo este la parte más débil en la relación de consumo. Lo que busca esta normatividad es salvaguardar y proteger los derechos adquiridos del comprador y brindarle un soporte jurídico que le permita reclamar lo que le corresponde bajo el amparo de la constitución y la Ley. Es así como, durante el proceso que conlleva la realización del contrato de compraventa, coacciona a la parte fuerte del contrato para que suministre los documentos necesarios y cumpla con los requerimientos de obra y acabados, con el fin que el negocio de compraventa sea claro y transparente en su contenido y alcances.

Las prácticas indebidas y las cláusulas abusivas son incorporadas en la oferta de proyectos inmobiliarios que buscan: por un lado, desinformar al futuro comprador, haciéndole creer que todos los elementos integrantes del negocio cumplen con la normatividad que los rige y que la vivienda tiene los estándares adecuados para la construcción. Mientras que, por otro lado, se genera incertidumbre y confusión en el comprador en aspectos tan esenciales como la dotación del inmueble y características estructurales del mismo. Estas situaciones se pueden observar en el mismo contrato de compraventa en el que el vendedor limita su responsabilidad en caso de hurto o algún siniestro, declarando anticipadamente que no responde por sus incumplimientos o aquellas que incluyen barreras de salida donde difícilmente el consumidor puede reclamar, pese a que se evidencia en algunos casos la mala calidad de la obra, de los materiales y acabados y del servicio suministrado durante todo el proceso de contratación.

3. Se entiende la autonomía de la voluntad privada como aquella facultad o poder que se reconoce a los particulares para autorregular su vida negocial, resulta fácil comprender que aquella cobija la facultad de contratar o no contratar, escoger la persona con la cual se contrata, elegir el tipo de contrato que se utiliza, el medio o la forma de expresión, el contenido del negocio, o si se quiere, la configuración interna del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, J. (2015). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *Revista Díkaion*, 24(1), 12-35.
- Ariza, A. (2009). *Contratación inmobiliaria y defensa del consumidor*. Perrot.
- Código Civil Colombiano. Artículo 1624.
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-240. *Abuso de la posición dominante cuando están de por medio el ejercicio de la libertad contractual*.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-495. *Con la cual se ratifica su posición respecto al derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política*.
- Corte Constitucional (2003). Sentencia C-740. *Se falla sobre el derecho de propiedad privada: Declaración de extinción de dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-186 de 2011* (M. P. Sierra Porto Humberto Antonio: marzo 16).
- Corte Suprema de Justicia. (2002). SC de 13 dic, rad. n° 6462
- Corte Suprema de Justicia. (2001). *Sala de Casación Civil y Agraria, en sentencia de 2 de febrero*.
- Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Revista Opinión Jurídica*, 10(20), 125-144.
- *Guía para el consumidor en el sector vivienda*. (2016). Universidad Sergio Arboleda.
- Mezzasoma, L. (2014). Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano. *Vniversitas*, (128).
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Universidad Externado de Colombia.
- Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al Consumidor*. De Palma.
- Universidad Sergio Arboleda. (2016).
- Valbuena, G. (2013). *Reflexiones sobre el tratamiento de cláusulas abusivas en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Valderrama, C. (2013). *De las garantías una obligación del productor y el proveedor*. Universidad Externado de Colombia.