

## **JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Allegado los audios y videos solicitados en nuestro auto del 10 de febrero de 2020 (tres en total), procedente de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES, es del caso resolver sobre la solicitud de aclaración y adición del fallo dictado en este asunto el 23 de octubre de 2019, pedimento presentado por el gestor judicial de la parte demandada, según escrito obrante a folios 47 a 51 de este cuaderno, no sin antes hacer alusión a lo reseñado en nuestro auto antes citado. Veamos:

**1.** La parte demandante, al inicio de la audiencia (primer video) celebrada el día 23 de enero de 2019 solicitó la declaratoria de Nulidad de lo actuado en cuanto a la extensión del término concedido a la pasiva y, por ende, en su sentir al estar la contestación de la acción, proposición de excepciones y solicitud de pruebas fuera de término, no podían tenerse en cuenta las pruebas por éste solicitadas.

A tal pedimento, el abogado delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio, luego de escuchadas las partes, niega la nulidad impetrada, auto respecto del cual la parte demandante interpone recurso de apelación, señalando la Superintendencia respecto a esto que concede el recurso en el efecto devolutivo y que de conformidad con el artículo 322 del Código general del Proceso, al finalizar la audiencia hará el pronunciamiento correspondiente, auto el que fue notificado en estrados.

El video dos (2) finaliza con las alegaciones de las partes y al inicio del video tres (3) advierte que no existe ninguna causal de nulidad, procediendo a dictar sentencia, al finalizar de la cual aduce que la apelación concedida comprende la del auto que negó la nulidad.

En este orden de ideas, y como en la sentencia del 23 de octubre de 2019, no se hizo alusión a la nulidad propuesta, es del caso en el ejercicio de lo preceptuado por el artículo 132 de Código General de Proceso hacer pronunciamiento en sede de segunda instancia con respecto de la nulidad señalada. Al efecto:

Fundó la nulidad alegada la parte demandante en que la parte demandada presentó la contestación de la acción de forma extemporánea y, por lo tanto, no podía decretarse las pruebas por esta solicitadas, petición respecto de la cual el funcionario de primera instancia negó la nulidad al considerar que la defensa se había ejercido en tiempo.

Veamos, mediante auto del 26 de julio de 2018 No. 00076335 emanado de la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, se admitió la demanda disponiendo notificar a la parte demandada, advirtiéndole que cuenta con el término de 20 días siguientes al de la notificación para ejercer su derecho a la defensa, como se consignó en el ordinal TERCERO del mismo, bajo las previsiones del artículo 369 de Código General de Proceso.

A la parte demandada, se le notificó mediante aviso de notificación, remitido a su dirección física por correo certificado 4-72 el que aparece recibido el 1 de agosto de 2018, como consta al folio 137 del cuaderno 1 del expediente.

Luego mediante auto 00083713 del 15 de agosto de 2018, la Superintendencia corrige el auto admisorio de la demanda disponiendo en el punto tercero del mismo que se debe notificar a la demandada tanto este auto como el admisorio en los términos dispuestos en el numeral tercero de aquel.

La Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, remite por correo certificado 4-72 AVISO DE NOTIFICACIÓN, como consta al folio 139 y 140 del cuaderno 1, el que fue recibido por la pasiva el día 31 de agosto de 2018; con este aviso le notifica tanto el auto admisorio de la demanda como el auto por el cual se corrigió aquel; además el día 27 de agosto de 2018 envía la misma notificación al correo electrónico [info@garzonholquin.com](mailto:info@garzonholquin.com), de la demandada.

Establece el artículo 291 del Código General de Proceso que si registran varias direcciones la notificación se puede surtir en cualquiera de ellas preceptuando el artículo 292 ibidem que *"...la notificación se considerara surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino."*

En este caso refiriéndonos a la notificación remitida de forma electrónica como consta al folio 142 del cuaderno 1 del expediente, la misma fue entregada el 27 de agosto de 2018, por

lo que el término para contestar la demanda y en sí ejercer el derecho a la defensa, venció al finalizar el día 25 de septiembre de 2018.

Si contamos los términos a partir de la entrega física de la correspondencia como figura a folios 139 y 140 del cuaderno 1 del expediente, esto es el 31 de agosto de 2018, el término para contestar la demanda y excepcionar venció al finalizar del día 1 de octubre de 2018.

Se constata en el sublite que, la parte demandada dio contestación a la demanda y propuso excepciones previas, mediante escritos radicados el día 25 de septiembre de 2018 como aparece a folios 143 y 157 del cuaderno principal del expediente, de lo que deviene que la presentación de los mismos se hizo en tiempo.

Por lo tanto, no se configura nulidad, por este aspecto, como tampoco irregularidad capaz de enervar la acción, imperando así la confirmación de la decisión de primera instancia, cuando en la audiencia del 23 de enero de 2019, negó la nulidad propuesta por la parte demandante.

**2.** Emerge del fallo materia de apelación, que las excepciones propuestas por la pasiva no tuvieron eco jurídico, siendo uno de los sustentos de la impugnación planteada por la parte demandada el que no se hizo pronunciamiento puntual en torno a la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, la que finca en que la Superintendencia remitió directamente el aviso de notificación, sin previamente enviar la citación para la notificación personal prevista en el numeral tercero del artículo 291 del Código General de Proceso. Razón por la que considera se configura la causal alegada la que propuso a título de excepción de mérito en el escrito mediante el que describió el traslado de la demanda.

Establece el numeral octavo del artículo 133 del Código General de Proceso que es nulo en todo o en parte cuando no se práctica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, entre otras, señalando el párrafo único de tal disposición que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si oportunamente no se impugnan.

De otro lado establece el numeral cuarto del artículo 136 de la obra en referencia que hay lugar al saneamiento de la nulidad, *"Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa."*

En este caso, emerge de la actuación que efectivamente la Superintendencia en cuanto a la notificación del auto admisorio de la demanda de protección al consumidor, de trámite verbal, no agotó la práctica de la notificación personal a que se contrae el artículo 291 del Código General del Proceso, sino directamente realizó la notificación por aviso bajo los parámetros del artículo 292 ibidem.

Si bien tal circunstancia, se erige en una irregularidad, la misma no es de tal talante que haya afectado el derecho a la defensa de la pasiva, pues nótese que esta dio contestación a la demanda, en tiempo, y por lo tanto la notificación así surtida cumplió su finalidad, cual era trabar la litis.

Así las cosas, no hay lugar a la nulidad planteada por la parte demandada, pues finalmente se cumplió la finalidad de la notificación no vulnerándose el derecho a la defensa.

**3.** En lo que aviene al pedimento de aclaración y adición de la sentencia presentado por el gestor judicial de la parte demandada quien señala que el fallo de primera instancia se definió exclusivamente con base en el análisis de la información y la publicidad engañosa, que se concretó en el numeral tercero por lo que no procede una doble condena por las mismas causas o razones, ordenándose la devolución de lo pagado excesivamente por concepto de metraje faltante en el inmueble objeto del proceso con su correspondiente indexación, por lo que, demostrado el faltante dentro del apartamento 201 del edificio Verona de la 60 de la ciudad de Popayán, resuelve confirmar la decisión de la Superintendencia.

Que acorde con ello, se infiere que procede la restitución del dinero por el metraje faltante frente al demandante por haberse incurrido en publicidad engañosa.

No obstante, al revisar la sentencia de primera instancia el numeral tercero de la misma, no se refiere a la condena por la publicidad o información engañosa a favor del consumidor, sino que corresponde a la de pagar una sanción pecuniaria a favor de la

Superintendencia de Industria y Comercio en una suma altísima y desproporcionada.

Incongruencia acompañada de la frase “*no procede una doble condena*”, genera falta de claridad que influye en la parte resolutive, pues en la apelación no se alegó la doble condena, sino la ilegalidad de la multa prevista en el numeral tercero del fallo de primera instancia, aspecto que no fue resuelto.

Que el Juzgado en segunda instancia, no resolvió aspectos expresamente solicitados, refiriéndose a las peticiones que definieron la imposición de una sanción económica a favor de la SIC que fueron ordenadas por el fallador de primera instancia a partir de hechos no discutidos en el proceso, no conocidos por la urbanizadora que nunca tuvo la oportunidad de defenderse.

Que las peticiones sobre las que solicita expresamente el pronunciamiento, se contienen en el escrito de recurso de apelación en el capítulo segundo numeral 2.2., en los sub-numerales 2.2.4., 2.2.5., pues se declaró la existencia de cláusulas abusivas, petición que no fue solicitada por el demandante y la que se usa, ilegalmente, como fundamento para ordenar una multa desproporcionada y arbitraria; que la urbanizadora nunca supo que en la demanda se le atribuyeran cargos por violación al régimen de cláusulas abusivas, por lo que no se defendió frente a ello y, sorpresivamente en el fallo de primera instancia se decidió planteando argumentos de cláusulas abusivas, los que además usó para aplicar circunstancias de agravación en contra de la urbanizadora.

Aspectos estos sobre los que no se pronunció el fallo de segunda instancia, pues solamente se revisó y resolvió sobre un aspecto de la decisión a favor del consumidor lo que en este no se discute pero de una consideración ambigua referente a la condena sancionatoria y la condena que ordena la restitución del dinero al consumidor favorecido, dejando de lado la revisión y decisión sobre la ilegalidad de la declaración de existencia de cláusulas abusivas las que, además de no haber sido controvertidas por la urbanizadora, al no haber sido objeto de debate, se usaron para definir criterios de agravación al momento de graduar la sanción económica que se impuso por la SIC a su favor, lo que igualmente ocurrió con el uso del criterio de garantía para efectos sancionatorios.

Ahora bien, en palabras de la Dra., Liana Aida Lizarazo Vaca Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, dadas en la ponencia presentada en el Segundo encuentro de Autoridades Jurisdiccionales en Materia de Competencia Desleal y Derechos de Propiedad Industrial, realizado en la ciudad de Pereira en marzo de 2015, señaló en torno a la configuración de las cláusulas abusivas que:

La Corte Suprema de justicia ha señalado que las cláusulas abusivas son "(...) todas aquellas que, aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo" (art. L-132-1, Code de la consommation Francia; artículo 1469 bis Codice Civile italiano) "importante" (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 -modificada por leyes 24/2001 y 39/2002- España), "manifiesto" (Ley 14/7/91 Bélgica), "excesivo" (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o "exagerado" (C.D. del Consumidor del Brasil),"sustancial y no justificado" (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las "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", en cuyo caso "[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza", no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho" (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12 ), prohíben estipular"

Agrega que, de acuerdo a lo anterior, el legislador propende por la protección de la parte a quien se le cause un desequilibrio injustificado **y por ende corresponderá al juez dilucidar si en el negocio jurídico existe aquél en perjuicio del consumidor, así como deberá verificar las demás condiciones del contrato.** Lo anterior, por cuanto la norma expresó de forma general los elementos que deben observarse para considerar las cláusulas abusivas y en consecuencia será cada caso en concreto el que determine si tal conducta reprochada se presenta o no.

El numeral 10 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011, prevé que *"Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los Jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias. No procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. La misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria."*

Deviene de lo expuesto que le compete al Juez determinar la existencia del desequilibrio injustificado en la relación contractual y por ende si converge a la configuración de las cláusulas abusivas, caso en el cual de demostrarse serán ineficaces de pleno derecho.

Circunstancia que en el sublite tuvo lugar, pues para emitirse el fallo el Juez de conocimiento analizó la relación contractual, determinando la existencia de la cláusula abusiva, para poder llegar a la conclusión arribada en el fallo materia de inconformidad.

No de otra manera podía tomarse tal determinación ya que, necesariamente, para dilucidar el punto objeto de litigio debió acudir a la relación contractual, no siendo ella una condición accidental sino necesaria que indefectiblemente no podía pasar por alto, análisis que condujo a la determinación de la configuración de la cláusula abusiva, por lo tanto ineficaz de pleno derecho, definiéndose esta circunstancia como *"La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido."*

En cuanto a la imposición de la multa que aduce el apelante se hizo con fundamento en la cláusula abusiva, que agravó

su monto, es de notar que los supuestos para su imposición, contenidos en el numeral 10 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011, en manera alguna contempla que para su aplicación sea más gravosa cuando se consolide la existencia de una cláusula abusiva; la norma expresa que *Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los Jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias, sin que textualmente limite o agrave el monto de la multa por la existencia o no de la cláusula abusiva. Nótese que, para la imposición de esta, basta con que la decisión final fuere favorable al consumidor y, de allí en adelante, se gradúa su monto atendiendo la gravedad del hecho, reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, entre otras no siendo estas circunstancias o condiciones limitativas más cuando la misma disposición remite a las demás circunstancias que se demuestre en la litis.*

En este orden de ideas, y si bien, por cuanto la decisión final fue favorable al consumidor para efectos de la imposición de la multa, se deben tener en cuenta las circunstancias de agravación debidamente probadas, la gravedad del hecho lo que da lugar a la dosificación del monto objeto de multa, pero igualmente, ha de ponderarse que existen, igualmente, circunstancias atenuantes respecto de la conducta de la pasiva, promovidas por la misma actora, quien conoció con anterioridad a la firma de la escritura y entrega del bien adquirido: los planos del predio donde se discrimina el área total privada y común; la información que recibió de la Curaduría Urbana 1, lo que fue ratificado por el testimonio recepcionado en tal sentido; el conocimiento posterior de la modificación de las áreas del predio materia de adquisición, lo que condujo a la modificación del precio del bien, frente a lo que no hizo reparo alguno; la suscripción del contrato de la promesa de compraventa y finalmente la de la Escritura Pública que perfeccionó aquélla en la que se discriminó lo adquirido, siendo concedor de ello, pues antes de su firma leyó su contenido, al punto que como lo señala en el hecho cuarto del literal 'c', del escrito de demanda, antes de la firma de la escritura inquirió al representante de la demandada sobre la diferencia de las áreas existentes, con las informadas, publicitadas y contenidas en la Promesa de Venta, la explicación que dice se le dio en tal sentido, y no obstante ello, suscribió el documento, sin reparo alguno; el hecho de que, si para el momento en que se firmó la escritura, daba a entender su

inconformismo respecto a las medidas o áreas del bien adquirido julio 18 de 2017 y, no obstante ello suscribió el documento.

Circunstancias anteriores, que conducen indefectiblemente a corroborar la atenuación frente a la dosificación del monto de la multa a imponer, pues se infiere que el mismo demandante mantuvo en error al demandado, al suscribir la venta sin objeciones serias, al menos no en ese momento, persistiendo en el negocio, por lo que debe accederse a la aclaración y adición de la sentencia, en el siguiente sentido:

Aclarar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia del 23 de octubre de 2019, en el sentido de que se confirma la decisión de primera instancia excepto en lo relativo a la imposición de la multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Adicionar un ordinal SEGUNDO a la parte resolutive de la sentencia del 23 de octubre de 2019, así:

**SEGUNDO.** MODIFICAR la multa impuesta a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el sentido de que la misma lo es únicamente por haber prosperado la acción respecto del consumidor, imponiéndose la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Teniendo en cuenta que respecto al presente asunto se presento una acción de tutela, que fue fallada en proveído del 25 de agosto de 2020 emanada de la SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., en la que se concedió el amparo deprecado, por secretaría ofíciase a tal superioridad comunicando el cumplimiento de la orden constitucional y, para el efecto, remítasele copia del presente proveído.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO  
JUEZ**