

JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Decide el Juzgado, en cumplimiento del fallo de tutela del 5 de marzo de 2021 proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de casación Civil en la acción de tutela 110012203000202001422-0, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, frente a la sentencia del 22 de enero de 2019 proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el proceso de Acción Jurisdiccional de Protección al Consumidor adelantado por DARIO ALBERTO GUEVARA, en contra de URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S.

ANTECEDENTES:

1. Darío Alberto Guevara, a través de apoderado judicial, presenta ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR en contra de la URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., para que, con citación y audiencia, se declare la conculcación al régimen de protección al consumidor al incurrirse en INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA, pues fue insuficiente, no verás ni idónea frente a las áreas del apartamento 201 del Edificio VERONA, induciendo en error al consumidor.

2. Consecuencialmente el demandante pidió que se ordene:

a) PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: la declaración en el sentido que la sociedad demandada vulneró el régimen de protección al consumidor por realizar información y publicidad engañosa en torno a las áreas del apartamento 201 del edificio Verona, induciendo en error al comprador.

b) PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: se declare que la sociedad demandada vulneró el régimen de protección al consumidor por realizar información y publicidad engañosa en torno a las áreas del apartamento 201 del edificio Verona, induciendo en error al comprador.

c) SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: se declare que la sociedad demandada vulneró el régimen de protección al consumidor por

realizar información y publicidad engañosa en torno a las áreas del apartamento 201 del edificio Verona, induciendo en error al comprador.

d) SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: la declaración de que la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., por la información y publicidad engañosa, generó perjuicios derivados del pago de intereses al BANCO ITAU COLOMBIA CORPBANCA S.A., en la suma de \$5'207.333.00 M/cte, sobre el valor de \$45'722.665.00 M/cte, pagados en exceso.

e) TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: la declaración que la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., vulneró el régimen de protección al consumidor al no garantizar la calidad del apartamento 201 del edificio Verona por la información y publicidad engañosa.

f) PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA: que se le condene a la sociedad demandada, al pago de la suma de \$45'722.665.00 M/cte, la que se debe entregar debidamente indexada, como compensación por la diferencia entre los metros publicitados e informados, con los realmente escriturados del área privada, área privada libre y parqueadero número 10.

g) PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA: que se condene a la sociedad demandada al pago de la suma de \$45'722.665.00 M/cte, a título de efectividad de la garantía por la calidad atribuida mediante la información y publicidad del apartamento 201 y parqueadero adicional 10 del Edificio Verona.

h) SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA: se condene a la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., al pago de la suma de \$5'207.333.00 M/cte, a título de indemnización de perjuicios "*por información y/o publicidad engañosa*", derivados del pago de intereses señalados en la segunda pretensión principal.

i) TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE CONDENA: se condene a la sociedad demandada a pagar en favor del SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO 150 salarios mínimos mensuales vigentes, conforme al artículo 58 de la ley 1480 de 2011.

3. Como fundamentos fácticos en los que apoya sus pretensiones, expone que: la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., promovió la construcción de un proyecto de vivienda denominado EDIFICIO VERONA ubicado en la carrera 10 No. 18N-60 de la ciudad de Popayán – Cauca, siendo anunciado como una inversión de lujo con acabados de alta gama.

Que DARIO ALBERTO GUEVARA, manifestó su intención de adquirir un apartamento TIPO 1, específicamente la unidad privada 201, al que se le atribuye inicialmente la dimensión de área privada de 189.27 metros cuadrados y área privada libre de 9.91 metros cuadrados, que corresponde a dos patios internos que únicamente le pertenecen a este apartamento; un parqueadero incluido de 13.86 metros cuadrados – parqueadero número 9, por un precio total de \$478'614.00 M/cte y, además, el demandante – comprador, adquiere otro parqueadero de las mismas dimensiones numerado como 10, por un valor adicional de \$20'000.000.00.

El 15 de noviembre de 2014, la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., informó al comprador DARIO ALBERTO GUEVARA que, por cambio de diseño, el área privada se afectaría, disminuyendo su dimensión a: 183.93 metros cuadrados, permaneciendo los parqueaderos con las mismas áreas. Por lo que existe una diferencia de 5.34 metros cuadrados en el área privada inicialmente anunciada, modificándose el precio, quedando en la suma de \$475'110.546.00 M/cte, lo que fue aceptado por el comprador – demandante, quien el 1º de agosto de 2016 suscribió el CONTRATO DE COMPRAVENTA del apartamento 201, parqueaderos 9 y 10, estipulándose que el área privada del apartamento era de 183.93 metros cuadrados; área privada libre de 9.91 metros cuadrados y área de los garajes de 13.86 metros cuadrados cada uno, siendo el total del precio la suma de \$485'000.000.00 M/cte determinada así: apartamento y garaje 9: \$465'000.000.00 M/cte, garaje 10: \$20'000.000.00.

El 18 de julio de 2017 se suscribió la escritura pública de venta de tales inmuebles No. 2384 en la Notaría 2ª del Círculo Notarial de Popayán, otorgándose hipoteca a favor de ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. no obstante, en la misma fecha (18 de julio de 2017) antes de la firma de la escritura, el demandante requirió verbalmente a la demandada, sobre las diferencias existentes en las áreas informadas y contenidas en la promesa de compraventa, con las plasmadas en el proyecto de Escritura, por lo que le indicaron que la diferencia correspondía a los muros

perimetrales del apartamento, los que no pueden ser escriturados al ser zonas comunes.

Que, en dicha escritura se consagró como área privada del apartamento 201, así: "*AREA PRIVADA CONSTRUIDA: 166.19 METROS CUADRADOS. ÁREA PRIVADA LIBRE 9.77 M2. TOTAL AREA PRIVADA CONSTRUIDA 175.96 (...) PARQUEADERO 9: AREA: 12.58 METROS CUADRADOS (...) PARQUEADERO 10: AREA: 12.62 METROS CUADRADOS (...)*"

Que contrario a ello, la promesa de venta, publicidad e información en cuanto al área privada, se anunció que para los apartamentos tipo 1, tienen un área privada o habitable de 183.93 metros cuadrados y un área libre de 9.91 metros cuadrados.

Concluye que, entre las áreas publicitadas, informadas y contenidas en el contrato de promesa de compraventa, con las relacionadas en la escritura pública 2384 de 2017 y las reales del apartamento 201 y parqueadero 10, existe una diferencia de 17.74 metros cuadrados, a razón de \$2'463.494.00 M/cte el metro cuadrado, da un total de \$43'7032.393.00 M/cte.

En cuanto al área privada libre de 9.91 metros cuadrados, con la contenida en la escritura pública, existe una diferencia de 0.14 metros, siendo el valor del metro cuadrado \$1'210.898.00 M/cte, da una consecuencia económica de \$169.526.00 M/cte.

Respecto al parqueadero 10, fue informada y publicitada en 13.86 metros cuadrados y la contenida en la Escritura referenciada es de 12.62 metros cuadrados, existiendo una diferencia de 1.24 metros cuadrados; siendo el valor del metro de \$1'492.537.00 M/cte, para una consecuencia económica de \$1'850.746.00 M/cte.

En total, señala que corresponde a la suma de \$45'722.665.00 M/cte.

Que el 28 de septiembre de 2017, recibió la factura de venta en la que se le reitera la información engañosa, donde se señala que la unidad tiene un área privada de 183.93 metros cuadrados, más un área libre privada de 9.91 metros cuadrados y el parqueadero adicional número 10 de 13.86 metros cuadrados, manteniendo en error al consumidor sobre la real dimensión habitable o privada de los bienes.

Por ello, el 2 de noviembre de 2017, presentó reclamación directa, por las diferencias de área, siéndole respondido el 22 de enero de 2018 que la cadena de acontecimientos dados alrededor de la venta, es cierta y no ven elementos de discusión; además con anterioridad a la reclamación directa, en reiteradas oportunidades realizó reclamación verbal, lo que es aceptado por la demandada en el aparte final de la respuesta donde le indican que le agradecen por su paciencia y que el punto ha sido tratado de forma directa y en las reuniones de propietarios que ha tenido, pero, a pesar de aceptar la veracidad de los hechos en cuanto a la reclamación, no fueron acogidas sus pretensiones en cuanto a la devolución del dinero e indemnización de perjuicios e intereses que se pueden haber causado.

Agrega que solamente hasta el 14 de abril de 2018, se hizo entrega formal del apartamento 201 objeto de la acción.

4. La sociedad demandada URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S. se opuso a las pretensiones de la acción, señalando que la misma es improcedente, por cuanto el debate no corresponde a infracciones al régimen de protección al consumidor, lo que no es de competencia de la Superintendencia.

Señala que el demandante se encuentra en desacuerdo con una aparente diferencia en las áreas de los inmuebles adquiridos; apartamento 201 y parqueaderos 9 y 10 del edificio Verona ubicado en la carrera 10 No. 18N-60 de la ciudad de Popayán, los que, a su juicio, no corresponden a las áreas inicialmente ofrecidas.

Que el conflicto versa sobre un asunto contractual, perfeccionado mediante escritura Pública, cuyas discrepancias se deben ventilar a través de acciones contractuales civiles ante un Juez de la República, no tratándose de un asunto que tenga en su causa infracciones a normas de información y publicidad establecidas en el Estatuto del Consumidor, siendo evidente que en este tipo de negocios no se verifica un elemento indispensable para la formación de la relación de consumo, siendo el presente caso una manifestación del poder contractual de cada uno, el que fue plasmado en el título escriturario.

Aclara que, en la etapa inicial de los proyectos inmobiliarios, no se encuentran definidas las áreas concretas, trabajándose con proyecciones en planos, información aproximada con la que se empieza a difundir el proyecto para determinar su

viabilidad, sometiéndose luego, a la concesión de licencias de urbanismo, donde las áreas y sus componentes se determinan por la autoridad, pudiendo variar y, a partir de tal información final y oficial se levantan los regímenes de propiedad horizontal, lo que no es caprichoso para cada urbanizador.

Que un inmueble a pesar de contar con un área total que paga el comprador, no significa que toda se pueda usar o habitar, tratándose de áreas necesarias para la construcción y funcionalidad del bien, pues si no existiere no podría contar el inmueble con separaciones, ductos, acabados y otras funcionalidades. Por ello, dentro el área privada hay espacios reales, pero no usables como es el área privada común y espacios donde van los linderos y divisiones que no son habitables y sin embargo forman parte del área del inmueble.

Que el artículo 3° de la ley 675 de 2001, define que las áreas privadas de un inmueble se dividen en: áreas privadas construidas y áreas privadas libres, así:

"Área privada construida: Extensión superficial cubierta de cada bien privado, excluyendo los bienes comunes localizados dentro de sus linderos, de conformidad con las normas legales.

"Área privada libre: Extensión superficial privada semidescubierta o descubierta, excluyendo los bienes comunes localizados dentro de sus linderos, de conformidad con las normas legales."

Que los bienes inmuebles se determinan por tres tipos de áreas consistentes en: 1. Área privada construida que corresponde a la dimensión privada cubierta del bien; 2. Área privada libre, esto es la dimensión privada descubierta o semi-descubierta, y 3. Área común localizada dentro de los linderos del bien privado.

En este caso, el demandante, señala que pagó por un área que no le dieron, desconociendo que tal área cuenta con espacios técnicos que no ve materialmente, pero le permiten el goce del inmueble. Olvidando que la venta se hizo como cuerpo cierto, lo que implica la renuncia a reclamar sobre cualquier discrepancia en el área convenida como lo previene el artículo 1889 del C.C.

A pesar de la adquisición como cuerpo cierto, el comprador recibió toda la información completa sobre el inmueble que adquirió, obteniendo la misma cuando se acercó al escuchar sobre el proyecto en la etapa inicial y posteriormente conoció los términos de la negociación cuando ya se contaba con las definiciones urbanísticas y posteriormente con la licencia expedida por la Curaduría urbana, además en la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio en el numeral 2.16.1., indica que en la información que se brinda en la etapa de preventas en la sala de ventas y brochures o plegables, se deberá informar el área privada construida, sin perjuicio de que se indiquen otras áreas, como la privada libre o las comunes de uso exclusivo, ni que puedan sufrir modificaciones como consecuencia directa de las ordenadas por la Curaduría o alcaldía competente en la expedición de la licencia de construcción.

Que el señor Guevara, se acercó a la Urbanizadora para solicitar información frente al proyecto a desarrollar, siendo evidente que se estaba en la fase inicial del proyecto y solo se contaba con la información proyectada y no definitiva en diseño en planos, solicitando una cotización con base en los planos, la que se realizó el 4 de noviembre de 2014, sobre el apartamento 201 y parqueaderos 9 y 10, proyectándose en ese entonces para el apartamento: un área privada de 189.27 mt² y un área privada libre de 9.91 mt². Conociendo el comprador que se trataba de una proyección pues aún no se contaba con Licencia Urbanística, indicándole que podría sufrir algunas modificaciones.

Que en desarrollo del proyecto las áreas de varios apartamentos se redujeron y entre ellas la del 201 que pasó del área proyectada de 189.27 mt² a una de 183.93 mt² y un área privada libre de 9.91 mt², variando el precio del apartamento a la suma de \$465'110.546.00, lo que fue puesto en conocimiento del comprador, por lo que no se faltó al deber de información. Continuando con el proceso de adquisición con la voluntad el señor Guevara.

Se suscribe la Promesa de compraventa, el 16 de agosto de 2016, en la que se proyectó que el área construida del apartamento sería de 183.93 mts² y los parqueaderos 9 y 10 de 13.86 mts² cada uno, aclarando que en la promesa se estableció un área total, sin hacer sin discriminar en los componentes del área, manteniéndose incluidas en total las áreas privadas comunes, que hacen parte del espacio y del área privada total que debe pagar cualquier comprador, a pesar de que no sean justamente

habitables, por estar incluidos en esos espacios los linderos, los ductos o funcionalidades que permiten la construcción y división de la unidad, ni se expresó a cuanto correspondían las áreas privadas libres.

Luego, el 30 de diciembre de 2016 se suscribe el reglamento de propiedad Horizontal, en el que se determinan conforme a las licencias urbanísticas, las áreas de las unidades residenciales, reglamento en el que se excluyó el área correspondiente a los bienes comunes localizados dentro de los linderos de cada apartamento, quedando así, solo el área privada construida, que para el apartamento 201 se discriminó así:

Área privada construida: 166.19 mts²

Área privada libre: 9.77 mts²

Total área privada: 175.96 mts²

Para los parqueaderos: el número 9 con un área de 12.58 mts² y, para el número 10 un área de 12.62 mts².

Que el 18 de julio de 2017, se formalizó la compraventa mediante la Escritura Pública 2384, en la que se consignó el área del apartamento y parqueaderos, no sin haber convenido que la compraventa se haría como cuerpo cierto. Además, si bien en la escritura la dimensión se determinó con el área privada de cada inmueble, a fin de calcular el área real del apartamento y parqueaderos se debe sumar el área común localizada en el interior del bien, lo que la Curaduría no discriminó, siendo para el apartamento el área común de 17.76 mts², por lo que el área total construida del apartamento adquirido por el demandante es de 193.51 metros cuadrados, lo que corresponde con el área ofrecida en la promesa.

Argumentaciones, por las que se opone a las pretensiones de la acción, las que solicita se declaren infundadas.

Hace referencia a los hechos de la acción, con las aclaraciones correspondientes, señalando que el Banco ITAU CORBANCA COLOMBIA S.A., giró el cheque materia de la hipoteca hasta el 18 de agosto de 2018, un mes después de firmada la escritura, no siendo cierto que ni el día que se llevó a cabo la firma de la escritura, ni durante el tiempo previo a ello, el demandante requiriera ni manifestara reparo alguno frente a la aparente

diferencia en el área informada en las cotizaciones del apartamento, la estipulada en la promesa de compraventa ni en la escritura.

Agrega que, el señor GUEVARA como primer comprador del proyecto, tuvo acceso y conocía de cada una de las actuaciones y trámites realizados en desarrollo del mismo; tuvo acceso al proyecto de licencia radicado en la Curaduría Urbana número 1 de Popayán, a la Escritura contentiva del reglamento de propiedad horizontal en la que quedaron estipuladas las áreas de cada apartamento; un borrador de la escritura 2384 de 29017 contentiva de la venta entre las partes, sin que existiera manifestación de inconformidad. Siendo así, que leyó aceptó y firmó la escritura de venta sin reproche alguno.

Lo cierto es que las áreas del apartamento 201 ofrecido al demandante y sobre las que pagó la suma de \$485'000.000.00 M/cte, corresponden a las entregadas por la Urbanizadora, no siendo cierto que haya inducido en error al consumidor como lo pretende, quien quiere apoyarse en un juicio errado en la definición de las áreas y en la negación de haber adquirido como cuerpo cierto.

Que las áreas ofertadas corresponden a las que consta el apartamento, lo que se evidencia del informe técnico de medición, en el que se determinó que área actual es de 193.51 metros cuadrados. Además, en la Escritura Pública de Compraventa, se determinó que las áreas de los inmuebles eran las siguientes:

Área privada construida: 166.19 mts², Área privada libre: 9.77 mts², Total área privada construida: 175.96

Parqueadero 9: área de 12.58 mts²

Parqueadero 10: área de 12.62 mts².

Las que corresponden a las áreas privadas. Pero el área total del apartamento, no solo se compone del área privada, sino también se debe tener en cuenta la correspondiente a los muros perimetrales, que hacen parte y componen la unidad residencial, pues no tendría sentido comprar un apartamento sin los mismos, que si bien comparten su uso entre cada unidad residencial de la unidad y la zona común del edificio deben ser valorados como parte del área del inmueble y, si en la escritura no se determinaron tales áreas (muros perimetrales y columnas), ello no implica que el

inmueble no tenga el área ofrecida y menos que el comprador haya pagado por un apartamento y parqueaderos de menor extensión.

Reitera que, no es cierto que las áreas informadas en la publicidad con las contenidas en la promesa de compraventa no sean las indicadas en la escritura de Compraventa. Además, la adquisición se hizo como cuerpo cierto. Si bien existe una diferencia de 0.14 metros cuadrados en el área privada libre, obedece a que las determinadas en la promesa de compraventa eran áreas proyectadas, pues al momento del desarrollo de la construcción, las dimensiones podrían presentar pequeñas variaciones dada la distribución de áreas, instalación de acabados y recubrimientos de la misma área libre. Situación que era de conocimiento del demandante comprador, quien participó activamente en la construcción. Hace referencia a que la venta se hizo como cuerpo cierto bajo los parámetros del artículo 1889 del Código Civil.

En síntesis, argumenta que no existió publicidad engañosa, ni que la información contenida en la factura de venta lo fuere, sin que en ningún momento se haya pretendido engañar al comprador.

Argumenta que es cierto que el comprador solicitó el 2 de noviembre de 2017 explicaciones frente a la aparente diferencia entre las áreas, siéndole respondido el 22 de enero de 2018, indicándole que las existentes entre las proyectadas en la cotización, la promesa de compraventa y la escritura de venta, obedecían a las áreas de muros, paredes y columnas que hacen parte del inmueble, pero de uso compartido. Respuesta en la que nunca se aceptó la veracidad de los hechos expuestos por el comprador.

Recalca que el presente asunto, no versa sobre la efectividad de la garantía, pues la información de áreas no son elementos atribuibles a la calidad del inmueble, confundiendo los conceptos de información, calidad y garantía legal.

Propone como excepciones de mérito, las que denominó

1. LA PRESENTE DEMANDA NO SE TRATA DE UN ASUNTO DERIVADO DE INFORMACIÓN ENGAÑOSA Y NO TIENE NINGÚN FUNDAMENTO BAJO LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. 2. SE TRATA DE UNA VENTA COMO CUERPO CIERTO LO CUAL NO PUEDE SER DESECHADO POR LA PARTE COMPRADORA Y MUCHO MENOS VENTILADO ANTE LA SIC. 3. LA URBANIZADORA

GARZÓN HOLGUIN S.A.S. NO INFRINGIÓ LAS NORMAS DE INFORMACIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY 1480 DE 2011. 4. LA PUBLICIDAD EMITIDA POR LA URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN NO ES ENGAÑOSA Y NO DETERMINÓ LA DECISIÓN DE LA COMPRA. 5. FRENTE A LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA PRESUNTA INFRACCIÓN. 6. EL ATRIBUTO DE CALIDAD DEL INMUEBLE NO PUEDE SER ATRIBUIDO A LAS ÁREAS DE ÉSTE. 7. LA CONTROVERSIA DE LAS ÁREAS DE LOS INMUEBLES NO PUEDE SER ASUMIDA COMO UN INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA.

Además, propone la NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN SURTIDA MEDIANTE AVISOS 18-187272-2 y 18-187272-5 y OBJETA el juramento estimatorio.

5. La parte demandante a la contestación de la pasiva se opone, señalando que las excepciones fueron presentadas de manera extemporánea. Al margen de ello, señala que la falta de competencia pretendida solicitada como excepción previa, no corresponde técnicamente a ello, pues lo pretendido es el desconocimiento de la existencia del objeto de la litis, esto es, la existencia de la información o publicidad engañosa y subsidiariamente, la vulneración de la garantía legal, lo que no atañe a aspectos del orden orgánico como son los factores de competencia.

En cuanto a las excepciones de mérito sobre aplicabilidad de normas civiles y comerciales para los asuntos de consumo – venta como cuerpo cierto en contra de las de información y publicidad del estatuto del consumidor, señala que la Ley 1480 de 2011, es de orden público, la que en su artículo 4º consagra expresamente, cuando se debe acudir de manera excepcional a las normas generales reiterando que la información contenida en el contrato de venta debe ser informada de manera anticipada y expresa, lo que hace patente la vulneración al régimen de protección al consumidor, pues, lo no informado según el artículo 37 del estatuto del consumidor es ineficaz y nunca nace a la vida jurídica, debiendo atenderse lo signado en la instrucción contenida en el artículo 2.16.1. de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En torno a los perjuicios el demandante ha sufrido dos de ellos, determinados como la suma pagada en exceso como

consecuencia de la información y publicidad engañosa y, los intereses pagados al Banco por tal suma.

6. En la audiencia celebrada el día 23 de enero de 2019, se agotaron las etapas correspondientes, fracasando la conciliación, se negó la nulidad invocada por la parte accionante, se evacuaron las pruebas de las partes y se escuchó en alegaciones de conclusión a las mismas, profiriéndose la correspondiente sentencia en la que se declaró que la URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S. incumplió el régimen de protección al consumidor, ordenándole la devolución a favor del actor de la suma de \$45'722.665.00 M/cte, debidamente indexados, por concepto del metraje faltante en el inmueble objeto de la litis, se impuso multa a cargo de la sociedad demanda en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales y la pertinente condenación en costas a cargo de la parte demandada.

7. En la misma audiencia señalada, se concedió el recurso de APELACIÓN que fuera interpuesto por ambas partes demandante y demandado.

8. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En la audiencia celebrada el 23 de enero de 2019, por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES, empieza por aclarar a las partes, que es distinto el área total al área privada construida, pues las normas, testigos y peritos traídos por la accionada al proceso, establecen distinción entre área privada construida, área privada libre y áreas comunes de uso exclusivo, las que sumadas pertenecen al área total.

Resalta la circular externa No. 6 del año 2012, establece una obligación de información en cabeza de las constructoras y sociedades que promueven este tipo de proyectos en el sentido de que deben informar claramente, específicamente, oportunamente a los consumidores el área privada construida del inmueble, y en el evento de que se no se informe debidamente el área privada esta se presumirá como área privada construida.

Si se aceptara el argumento que ha presentado la parte demandada, frente a que el área total que le fue prometida 193 metros y no 183 que fue lo entregado al demandante; además el valor de los inmuebles se establece según el área privada construida, pues es lo que lleva a un consumidor a adquirir un inmueble y, dentro de ese valor de valorización del área privada

construida, está inmerso el costo que puede venir del área privada libre o las áreas comunes de uso exclusivo, de lo cual reitero que esta sintetizado no solamente en la circular única, sino inclusive hizo apreciación el testigo Gerardo Antonio Rivera López.

Resalta igualmente que publicidad engañosa no es lo mismo de una falla de calidad e idoneidad y, en este caso, la adquisición del inmueble sobre planos, los consumidores tienen que ser conscientes, que puede que no se llegue al punto de equilibrio, puede haber modificaciones o retrasos en la entrega del inmueble adquirido, tanto es así que la norma citada, establece una obligación de advertir a los consumidores que puede haber modificaciones.

Concluyendo que, en casos como este, para la Superintendencia no existiría publicidad engañosa en el evento que hayan modificaciones en el área, puesto que en ese caso por efectividad de la garantía, es un deber de las constructoras entrar a realizar la reparación, la que se basa en el artículo 11 del estatuto del Consumidor la que precisa que se debe hacer una compensación económica, es decir que si hizo falta unos metros del apartamento que fueron ofrecidos, la sociedad vendedora debe proceder a reintegrar al demandante, compensar proporcionalmente el valor del metraje faltante. De igual manera en el evento de que el inmueble quedara más grande de lo que se le haya ofrecido puede cobrar un valor adicional, siempre y cuando se le permita al comprador verificar si puede o no asumir ese mayor valor, sin que haya lugar a cláusula penal.

Precisa que las áreas comunes de uso exclusivo no son de propiedad de los consumidores o del propietario del inmueble privado, de conformidad con la ley 675 de 2001, independiente de que puedan disfrutar de esas áreas comunes.

En consecuencia, señala que, respecto a la publicidad engañosa, no se encuentra probada tal pretensión y por ello demostradas las excepciones 1 y 4 de la contestación de la demanda, pues era de conocimiento de las partes que se haría una modificación en la construcción, lo que fue aceptado.

Que, sí aparece probado una falla de calidad e idoneidad en el bien objeto de la litis y una falla en la información, pues la sociedad demandada demuestra un incumplimiento normativo, pues conforme a la Circular externa 6 de 2012, pues debió informar

debidamente el área privada construida del inmueble, según la publicidad que aparece al folio 43, no siendo debidamente informada y, según esta publicidad la sociedad demandada debía entregar 183.93 metros cuadrados de área privada construida en el inmueble y la misma parte accionada con la prueba pericial aportada, confesó que el área construida es menor a la ofrecida, esto es 166.31 metros cuadrados, por lo que la sociedad demandada está en la obligación de rembolsar el metraje que tuvo que pagar el demandante y, en este punto, la Superintendencia encuentra probado el valor estimado por la parte demandante el que aparece en la operación matemática realizada al folio 42, resaltando que los valores pretendidos en restitución es con base en el valor del metro cuadrado que tuvo que asumir para adquirir el inmueble. Por ello, en cuanto a los metros cuadrados que hacen falta o no le fueron entregados la Superintendencia encuentra que el valor devolver es la suma de \$45.722.665.00, resaltando que a este punto la parte demandante alego la falta de metraje en los parqueaderos 9 y 10, aspecto sobre el que la sociedad demandada no hizo reparo concreto, que desvirtúe la alegación de la actora, por lo que la suma a devolver da un total de \$45'722.665.00, quedando así superadas las excepciones de mérito numeradas como 3, 5, 6 y 7.

En cuanto a la venta como cuerpo cierto donde se señala que el consumidor está obligado a recibir lo que le sea entregado y esto es totalmente arbitrario, las que no pueden ser aplicadas a este tipo de contratos, pues hay normas que obligan al constructor a entregar el bien con base en planos y de las características que han sido ofrecidas, independientemente del hecho que puedan haber modificaciones, pero, no quiere decir que le puedan entregar lo que a bien tenga la constructora, por lo que esta cláusula se torna abusiva al haber un desequilibrio contractual, por lo que esta excepción tampoco es de recibo.

En consecuencia, la Superintendencia encuentra probadas las pretensiones del demandante ante una falla de calidad e información, ordenando a la demanda el reembolso de la suma de \$45'722.665.00, indexada a la fecha en que se verifique el pago, da cumplimiento a lo normado por el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, por cuanto la demandada está incumpliendo un deber legal de informar debidamente el área privada construida, que debió dar efectividad a la garantía y proceder a realizar el reembolso pagado de más, por los metros que hicieron falta en el inmueble y además, se incurre en cláusulas abusivas, por lo que impone una multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la pertinente

condenación en costas a cargo de la pasiva, entre otras decisiones de la sentencia.

DE LAS APELACIONES:

PARTE DEMANDANTE: Impugna la decisión en cuanto a las decisiones desfavorables de las pretensiones de la demanda, pues considera que, sí hay publicidad engañosa, al presentarse información falsa e inexacta, demostrándose que si hay perjuicios derivados del pago de intereses por el mayor metraje en el crédito hipotecario.

PARTE DEMANDADA interpone recurso, el que sustentará con posterioridad, lo que es admitido por el funcionario de instancia

Se allega escrito de sustentación del recurso, por la pasiva, en el que reafirma lo expuesto en el escrito de contestación de la acción, señalando como reparos frente a la decisión cuestionada: **(i)** la competencia de la SIC, **(ii)** la adecuación típica para adecuar la legalidad de las declaraciones y condenas, **(iii)** el correcto entendimiento de los supuestos normativos que sirvieron de base a la condena, **(iv)** la debida motivación del fallo, de suerte que cada una de las declaraciones guarden armonía con los razonamientos y pruebas y, **(v)** la improcedencia de la sanción administrativa.

Reafirma que no hubo información engañosa; que en la sentencia de primera instancia se hacen afirmaciones que evidencian la carencia de comprensión del negocio, lo que condujo al señalamiento de la configuración del engaño; tratándose de un juicio contraevidente, por falta de valoración de las pruebas aportadas, pues se asumió y decidió con fundamento en aspectos de calidad y efectividad de la garantía, lo que es ajeno al debate, declarándose además, la existencia de cláusulas abusivas lo que no fue pedido por el demandante, no siendo competente la SIC para ello, al estar fuera del alcance de la jurisdicción de protección al consumidor. Determinación ilegal para ordenar una multa desproporcionada y arbitraria, aplicándose ilegalmente, circunstancias de agravación que endurecen injustamente la sanción administrativa, siendo inadecuado y escaso el análisis del principio de *consumidor racional* para determinar la existencia de la relación de consumo. Agrega la inconformidad en cuanto a la devolución del precio, por cuanto no se probó en el expediente que el demandante no hubiere recibido el total del área atribuida por la

vendedora, concluyendo erradamente, que, en su criterio, no se le dio información suficiente por haberse desglosado el área privada, pues, además, se trasladó toda la carga de la prueba a la pasiva, sin que exista dentro del expediente o norma legal, que el precio del inmueble, se establezca a partir del área privada construida como lo sostuvo el fallador de primera instancia.

Insiste en la violación al debido proceso como consecuencia de la indebida notificación del auto admisorio de la demanda y consecuencialmente a la legítima defensa y principios de legalidad y tipicidad.

**DEL FALLO PROFERIDO EL 5 DE MARZO DE 2021,
POR LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA
DE CASACIÓN CIVIL EN LA ACCIÓN DE TUTELA
110012203000202001433-02.**

En dicho fallo la Honorable Corte: "*...deja sin efectos las decisiones de 23 de octubre de 2019 y 3 de septiembre de 2020, dictadas por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá...y se le **ORDENA** que, en su lugar...vuelva a pronunciarse sobre la apelación con observancia en las consideraciones acá expuestas. (...)*"

En la parte considerativa de la decisión, se indicó por el estamento superior, que **(i)** no se indicaron las razones por las que hubo engaño de parte de la censora, ni se aclararon los motivos por los que el delegado de la Superintendencia se equivocó; **(ii)** no se hizo alusión a la valoración probatoria en cuanto a las declaraciones rendidas por el funcionario de la Curaduría Urbana No., 1 y de la Notaría ni sobre el dictamen pericial y plano oficial, "*...de cara a la falta de calidad, idoneidad e información sobre el bien o la publicidad engañosa, aún cuando la querellante en su impugnación adujo que se habían analizado de forma errónea. Tampoco indicó la razón por la cual les restaría valor probatorio a éstos.*"; **(iii)** nada se manifestó sobre la falta de competencia de la Superintendencia para resolver el asunto, aunque ello también fue objeto de alzada, situación que igualmente ocurrió con el análisis del principio del consumidor racional y aplicación de la circular externa 65 de 29012, como el traslado de la totalidad de la carga probatoria en cabeza de la constructora; **(iv)** se trasgreden los artículos 281 y 328 del C.G. del P., al omitirse motivar en debida forma la decisión, por lo que **(v)** con independencia de que el nuevo análisis que se realice dentro del proceso, pueda o no variar la decisión criticada, se deberá sustentar, amplia, clara y suficientemente las razones que

soportan la postura para acoger o no la totalidad de los argumentos expuestos en el remedio vertical.

CONSIDERACIONES:

1ª. Convergen en este asunto los presupuestos procesales para la formación y normal desarrollo del proceso, recayendo la competencia en este Estrado Judicial al tenor del numeral 2º del artículo 33 del C.G. del P., las partes son plenamente capaces, representadas por apoderados legalmente constituidos para el efecto, cuenta con capacidad procesal para la reclamación de sus derechos, la demanda reúne las exigencias legales y el trámite del asunto en conflicto – protección de los derechos de los consumidores - se encuentra debidamente reglamentado en la ley 1480 de 2011, sin que se advierta causal alguna de nulidad, lo que permite decidir de fondo el litigio.

2ª. El punto objeto de discordia referido en esta litis, converge a la celebración a posteriori de un contrato, el que está precedido de una serie de circunstancias, opiniones y consultas, perspectiva desde la cual el contrato consolidado contiene el punto final de los desacuerdos, fase en la que se pueden presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, si no ajustan su conducta al principio secular de la buena fe.

Por ello, el legislador previó en el artículo 863 del Código de Comercio, que las partes *"...deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."*

"...De allí, como lo expresó la Corte, que "... no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual -o parte de la precontractual-" (Sent. 2 de agosto de 2001. Exp.) Así que - y para abordar sin pérdida de momento el punto al que se quería llegar-, independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. (...)"¹

¹ Sentencia del 13 de diciembre de 2001 Corte Suprema de Justicia – Sala de casación Civil. M.P. Dr. Manuel Ardila Velásquez. Exp. 6775.

3ª. Versa el punto en discordia objeto de litigio, en que la sociedad demandada URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., incurre en información y publicidad engañosa, al informar y publicitar de forma insuficiente, carente de veracidad e idoneidad, las áreas del apartamento 201 del Edificio Verona ubicado en la carrera 10 No. 18N-60 de la ciudad de Popayán – Cauca, pues no entregó ni escrituró las áreas ofertadas por el apartamento ni por los garajes 9 incluido en el precio ofertado y garaje 10 (adicional) del mismo edificio.

Como pruebas de la responsabilidad de la pasiva en la etapa precontractual, se aportaron a los autos la publicidad documental dirigida al público en general, obrante a folios 30, 34 y 43 del cuaderno principal, documentales mediante las que se oferta la venta de las unidades inmobiliarias que conforman el edificio Verona, respecto de las que, específicamente el apartamento 201 se ofrece con un área privada de 189.27 metros cuadrados y un área privada libre de 9.91 metros cuadrados.

Indicándose que el área total del apartamento es de 193,84 metros cuadrados, su precio total, incluido el parqueadero 9 es de \$465'110.546.00 M/cte y un garaje adicional el número 10 con un área de 13.40 metros cuadrados, con un costo de \$20'000.000.00 M/cte.

4ª. En el concepto 102074 del 19 de mayo de 2015 emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio, a una consulta similar al caso aquí planteado, señaló:

"...De otra parte, 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. (...)

"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. (...)"

El artículo 3° de la ley 675 de 2001, define:

"Área privada construida: *Extensión superficial cubierta de cada bien privado, excluyendo los bienes comunes localizados dentro de sus linderos, de conformidad con las normas legales.*

Área privada libre: *Extensión superficial privada semidescubierta o descubierta, excluyendo los bienes comunes localizados dentro de sus linderos, de conformidad con las normas legales.*" (Resaltado no es del texto)

5ª. Consiste la información o publicidad engañosa en una forma de publicidad que suele incluir información equivocada o claramente falsa sobre un bien o servicio en particular, con intención de generar confusión en el público y alterar su comportamiento como consumidor.

Por lo tanto, veamos hasta donde en este asunto se configura la misma.

a) De las **documentales obrantes a folios 30, 34 y 43** del cuaderno principal, mediante las que se oferta y cotiza el valor de la venta de las unidades inmobiliarias que conforman el edificio Verona, respecto de las que, específicamente el apartamento 201 se ofrece con un área privada de 189.27 metros cuadrados y un área privada libre de 9.91 metros cuadrados.

Indicándose que el área total del apartamento es de 193,84 metros cuadrados, su precio total, incluido el parqueadero 9 es de \$465'110.546.00 M/cte y un garaje adicional el número 10 con un área de 13.40 metros cuadrados, con un costo de

\$20'000.000.00 M/cte, de lo que se infiere que se trata del área privada construida, pues no se hace alusión a los bienes comunes localizados dentro de sus linderos.

b) contrato de promesa de compraventa suscrito el 1° de agosto de 2016 entre la URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S. como promitente vendedora y DARIO ALBERTO GUEVARA como promitente comprador, donde la primera promete vender y el segundo promete comprar el apartamento 201 y los parqueaderos 9 y 10; proyectándose el apartamento -tipo- con un **área construida** de 183.93 metros cuadrados, **un área privada libre** de 9.91 metros cuadrados y los parqueaderos 9 y 10 con un **área de construcción** proyectada de 13.86 metros cuadrados cada uno.

No se hace en el documento de promesa de compraventa discriminación alguna respecto a bienes comunes localizados dentro de los linderos de ninguno de los bienes materia de la promesa de venta, por lo que conforme al artículo 3° de la ley 675 de 2001, tanto el área construida como el área privada libre declara en tal contrato, no tiene afectación de bienes comunes.

En este entendido, en torno al contrato de promesa y en especial aquel en que se promete celebrar una compraventa de bienes raíces, desde antes de la expedición del decreto 960 de 1970 como después, la Sala de Casación Civil ha venido reiterando que en lo tocante a la determinación del contrato prometido -requisito exigido en el numeral 4° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que subrogó el 1611 del Código Civil²- juega crucial papel que sus elementos esenciales –lo que excluye los naturales y accidentales- estén fijados en el precontrato, porque a fin de cuentas lo que se busca es que la promesa no resulte fuente de disputas por no saberse a ciencia cierta qué es lo que las partes se obligaron a hacer, o lo que es lo mismo, sobre qué versa el contrato prometido.

En este caso el contrato de promesa de compraventa, reúne los requisitos esenciales del mismo, **(i)** consta por escrito; **(ii)** los contratantes son capaces jurídicamente, no se demuestra lo contrario; **(iii)** el tiempo en que se va a cumplir lo pactado; **(iv)** La individualización de la obligación, esto es se determinó

² ARTICULO 1611. (subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887). La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: ...

4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales...”

específicamente los bienes inmuebles objeto del contrato, por su ubicación, áreas y linderos, consistentes en: apartamento 201 y los parqueaderos 9 y 10; proyectándose el apartamento con un **área construida** de 183.93 metros cuadrados, **un área privada libre** de 9.91 metros cuadrados y los parqueaderos 9 y 10 con un **área de construcción** proyectada de 13.86 metros cuadrados cada uno.

c) El 18 de julio de 2017, se suscribió la **escritura Pública de Compraventa**, en la que se refleja que el apartamento 201 objeto de la venta, cuenta con un área construida de 166.19 metros cuadrados, un área libre de 9.77 metros cuadrados, para un total de 175.96 metros cuadrados; parqueadero 9 con un área de 12.58 metros cuadrados y parqueadero 10 con un área de 12.62 metros cuadrados. Medidas las que difieren de las prometidas en venta.

d) De los interrogatorios de parte vertidos en el proceso, se desprende que: que el día de la firma de la Escritura y ante la diferencia de áreas ofertadas con las realmente entregadas, aduce el demandante que en la misma fecha llamó a la representante de la demandada, para que le aclarara lo señalado en torno a las áreas de los bienes, pero ésta le informa que ello fue en razón a decisión de la Curaduría. Además, agrega la demandada, que, dentro de las áreas de construcción entregadas y reflejadas en la escritura, se encuentran las zonas comunes, correspondientes a divisiones, muros y demás, que no son de posible utilización del adquirente, es decir que sobre ellas no puede colocar muebles y demás.

Los partes se mantienen en sus dichos expuestos el uno en el líbello de la demanda y la otra en el escrito de contestación de la acción y proposición de excepciones.

e) testimonio rendido por ANA RUBY VASQUEZ, quien informa trabajar en la Notaría 2ª de Popayán, siendo sus funciones la de elaboración de escrituras, quien manifiesta que el señor Guevara concurrió a la Notaría y le solicitó un borrador de la escritura antes de su firma, pues tenía una duda frente a las áreas, aduce no recordar bien; borrador en el que aparecen los datos relacionados con áreas y demás es el proyecto de la escritura. Que el señor Guevara no solicitó escritura de aclaración a la misma. Que la persona lee la escritura y si esta de acuerdo la firma, manifiesta que no solicitó aclaración alguna a la misma. Que las áreas se anotan de acuerdo al reglamento de propiedad horizontal, donde aparecen además las áreas comunes que son parte de la

construcción, pues las mismas se encuentran, así no aparezcan en la escritura, siendo el área esencial, ya que sin las paredes y muros no existiría el apartamento. Por lo demás, informa sobre el trámite interno de la Notaria que se debe adelantar para la elaboración protocolo y firma de la escritura.

f) Gerardo Antonio Rivera, en su testimonio manifiesta ser ingeniero civil, trabaja como perito evaluador y supervisor de obra con entidades distintas de la aquí demandada. Informa que no es lo mismo el área privada construida con el área total de un inmueble, pues además hay área privada libre, áreas comunes y dentro de las comunes áreas esenciales.

Normalmente, el área física es la sumatoria del área privada construida, el área libre, las zonas comunes, es el área física, además el área común llamada como común esencial, y corresponde a columnas, muros, los que no hacen parte del área privada, pero forma parte del área física, que en el caso de los peritos, por ejemplo el Agustín Codazzi lo pide, debe darse el valor de las áreas privadas no las áreas comunes las que son esenciales y forman parte del inmueble, pero el área privada es la que se debe valorar. Cuando se hace la venta de un apartamento en el valor del área privada se encuentra el área común. Ratifica lo expuesto en el informe técnico obrante a folios 229 a 234 y 254 a 265 del cuaderno principal. Aclara que el área privada construida es la parte interna del inmueble excluyendo las áreas comunes.

g) testimonio rendido por OSCAR DAVID IBARRA FLOREZ, quien es interrogado sobre el informe técnico obrante a folios 229 a 234 y 254 a 265 del cuaderno principal, quien explica el reconocimiento físico realizado al apartamento 201 a fin de rendir el experticio, al que aduce no tuvo acceso, pues no contaban permiso del propietario, pues nunca lo solicitaron y se realizó sobre otro apartamento que es similar.

Señala que el área privada construida corresponde al área que está bajo techo, el área privada libre corresponde a patios cerrada y el área común construida se entiende como lo que configura la parte estructural y divisoria de la edificación, muros, parte estructuras, ductos y demás. Frente al apartamento 201, se remite a los datos que aparecen en el informe técnico. Que no midió el área de los parqueaderos.

Que el área común construida no se incluye dentro del área privada, por cuanto esas áreas hacen parte esencial de la

edificación. Son áreas que afectan la copropiedad de los demás. Esa área común claro que hace parte del apartamento, es la que está delimitando el apartamento como habitaciones, baños sala, para efectos de habitabilidad del inmueble hace uso de esas áreas. El área común claro que se debe cobrar, pues al no existir el área común no existiría el apartamento. Que el área total del apartamento era de 193.51 metros cuadrados.

h) en torno a la declaración del Curador Urbano 1, es de anotar que, en ninguno de los cds, allegados al diligenciamiento aparece recepcionada la misma.

i) Del dictamen denominado como INFORME TÉCNICO LEVANTAMIENTO LASER TRIDIMENSIONAL DE APARTAMENTO 201, EN EDIFICIO TORRE VERONA, POPAYÁN MEDIANTE ESCÁNER LASER TERRESTRE, obrante a folios 229 a 234 y 254 a 265 del cuaderno principal, se desprende que el apartamento cuenta con un AREA PRIVADA CONSTRUIDA de 166.31 metros cuadrados, AREA PRIVADA LIBRE de 9.44 metros cuadrados; AREA COMÚN CONSTRUIDA de 17.76 metros cuadrados para un total de área construida de 193.51 metros cuadrados.

6ª. Teniendo en cuenta las pruebas antes relacionadas y que las excepciones de mérito propuestas como: **1. LA PRESENTE DEMANDA NO SE TRATA DE UN ASUNTO DERIVADO DE INFORMACIÓN ENGAÑOSA Y NO TIENE NINGÚN FUNDAMENTO BAJO LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. 2. SE TRATA DE UNA VENTA COMO CUERPO CIERTO LO CUAL NO PUEDE SER DESECHADO POR LA PARTE COMPRADORA Y MUCHO MENOS VENTILADO ANTE LA SIC. 3. LA URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S. NO INFRINGIÓ LAS NORMAS DE INFORMACIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY 1480 DE 2011. 4. LA PUBLICIDAD EMITIDA POR LA URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN NO ES ENGAÑOSA Y NO DETERMINÓ LA DECISIÓN DE LA COMPRA. 5. FRENTE A LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA PRESUNTA INFRACCIÓN. 6. EL ATRIBUTO DE CALIDAD DEL INMUEBLE NO PUEDE SER ATRIBUIDO A LAS ÁREAS DE ÉSTE. 7. LA CONTROVERSIA DE LAS ÁREAS DE LOS INMUEBLES NO PUEDE SER ASUMIDA COMO UN INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA,** las hemos de analizar en un solo bloque al estar correlacionadas.

7ª. Al efecto, como lo dijimos con antelación, versa la acción al imputársele a la pasiva, que incurrió en información y publicidad engañosa, al informar y publicitar de forma insuficiente, carente de veracidad e idoneidad, las áreas del apartamento 201 del Edificio Verona ubicado en la carrera 10 No. 18N-60 de la ciudad de Popayán – Cauca, pues no entregó ni escrituró las áreas ofertadas por el apartamento ni por los garajes 9 incluido en el precio ofertado y garaje 10 (adicional) del mismo edificio.

Se entiende como publicidad engañosa, la que suele incluir información equivocada o claramente falsa sobre un bien o servicio en particular, con intención de generar confusión en el público y alterar su comportamiento como consumidor. También es entendida como publicidad engañosa la omisión de ciertos datos o características del producto en el espacio publicitario.

8ª. La competencia para el conocimiento de esta clase de acciones, se le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, teniendo entre otras facultades las de: **(i)** Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor; **(ii)** adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales; **(iii)** imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación **(iv)** impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.

Por lo tanto, es la Superintendencia la competente en primera instancia para el conocimiento de las acciones cuando de protección al consumidor se trata.

9ª. Surge del material probatorio reseñado, que la sociedad demandada promocionó la venta de los apartamentos que conforman el edificio VERONA (fls. 33, 76 cd. 1), publicitando los denominados como TIPO 1 a los que corresponde el apartamento 201, con un área habitable de 183.93 metros cuadrados y área privada libre de 9.91 metros cuadrados (fls. 71, 76 cd. 1).

Publicidad la que se enmarca dentro de lo definido por el artículo 3º de la ley 675 de 2001, como área privada construida,

pues no se hace especificación a que comporte bienes comunes localizados dentro de sus linderos.

Situación que igualmente aconteció al suscribirse la PROMESA DE COMPRAVENTA, en la que se especifica que los bienes prometidos vender por la pasiva y comprar por la activa, corresponden al apartamento tipo – 201 – la proyección de un área de 183.93 metros cuadrados, área privada libre de 9.91 metros, para un total de área de 193.84 metros cuadrados y los parqueaderos 9 y 10 con un área de construcción proyectada de 13.86 metros cuadrados cada uno. (fls. 63 a 70 cd. 1), señalándose en el aparte final de la cláusula primera que la descripción *"...es conforme al esquema de ventas ofrecido y publicado. (...)"*.

Si bien en la promesa de compraventa, se discriminan las dependencias de que se compone el apartamento 201, con sus terminados pactados, e igualmente se hace mención a las zonas comunes, mismas que fueron discriminadas, puntualmente así: *"...(vii) ...cuenta con ascensor, zona húmeda: sauna-turco, gimnasio, lobby con dos salas de espera, parque interior con mobiliario, video citófono y área de recepción (...) iluminación, zonas verdes, juegos infantiles (...)"*(fl. 65 cd. 1), sin que dentro de ninguna de las cláusulas que componen la promesa se haya hecho referencia a que dentro de los linderos de los bienes materia de la promesa de venta existieren bienes comunes.

En torno a las áreas, lo único que aparece pactado, diferente a las medidas indicadas de los bienes objeto de compraventa, es el contenido del parágrafo único de la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa, en el que se indica que: *"...no obstante las cabidas y linderos lo que se promete en venta se determina cuerpo cierto, conocido y determinado conforme a los planos del proyecto denominado que se han informado al promitente comprador de tal forma que cualquier diferencia que pueda resultar entre las áreas reales y las aquí estipuladas no dará lugar a reclamo posterior alguno. (...)"*

En suma, y hasta este punto, se demuestra que efectivamente lo prometido en venta corresponde al apartamento 201 con un área privada de 189.27 metros cuadrados, un área privada libre de 9.91 metros cuadrados y los parqueaderos 9 y 10 con un área de 13.40 metros cuadrados cada uno, sin que se haya especificado que dentro de los linderos de los bienes existieren zonas comunes y, por lo tanto, se sujeta a lo prevenido por el artículo 3° de la Ley 675 de 2001.

10ª. Posteriormente mediante la suscripción de la escritura Pública 2384 del 18 de julio de 2017 ante la Notaría 2ª del Circulo Notarial de Popayán-Cauca, da cuenta la misma que las áreas del apartamento, área libre y garaje fueron modificadas así: APARTAMENTO 201: ÁREA PRIVADA CONSTRUIDA 166.19; AREA PRIVADA LIBRE: 9.77, PARA UN TOTAL DE ÁREA PRIVADA CONSTRUIDA DE: 175.96 METROS CUADRADOS.

EL PARQUEADERO 9 CON UN ÁREA DE: 12.58 METROS CUADRADOS.

EL PARQUEADERO 10 CON UN ÁREA DE: 12.62 METROS CUADRADOS.

Áreas anteriores, las que son diferentes en menor extensión de las publicitadas, prometidas y dadas en venta.

Diferencia la que se pretende explicar y se funda las excepciones de mérito propuestas, por parte de la sociedad demandada en el hecho de que la disminución del área de los bienes prometidos en venta, tuvo su génesis en **(i)** la instrucción dada por la Curaduría Urbana No. 1 de Popayán y, con independencia de ello, **(ii)** en el hecho de haberse realizado la venta por cabida.

Respecto a lo primero, no obstante que la Honorable Corte Constitucional, en el fallo de tutela, aduce que se debe analizar el testimonio del Curador, como se anotó anteriormente, el mismo no fue recepcionado en las audiencias de pruebas, tratando la pasiva de suplir su aseveración con el documento – PROYECTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL del EDIFICIO VERONA, en el que se especifica con respecto del APARTAMENTO 201: que tiene un área privada construida de 166.19 metros cuadrados, un área privada libre de 9.77 metros cuadrados, para un total de área privada de 175.96 metros cuadrados; un área común construida de 17.88 metros cuadrados.

En cuanto a los parqueaderos, en el mismo documento se señala que el número 9, cuenta con un área construida de 12.58 metros cuadrados y un área común construida de 0.78 metros cuadrados; el parqueadero número 10, cuenta con un área construida de 12.62 metros cuadrados y un área común construida de 0.74 metros cuadrados.

Tal documento aparece recibido por la Curaduría Urbana No. 1 de Popayán el 25 de julio de 2016, bajo el radicado 408 (fl.

253 cd. 1), de lo que se infiere que para el momento en que se suscribió el CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA, el día PRIMERO (1º) DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016), la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., engaño al consumidor – demandante, al prometerle vender UN ÁREA MAYOR, y le vendió, UN ÁREA MENOR de la prometida, es decir, lo hizo con conocimiento de causa, pues desde antes de la firma de la promesa sabía que las áreas eran menores de lo prometido.

Tal situación, respecto a las áreas, es corroborada por el mismo dictamen pericial- informe técnico que fue allegado por la pasiva a la audiencia de pruebas.

11ª. Basta lo anterior, para concluir que efectivamente la sociedad demandada incurrió en vulneración al régimen de protección al consumidor al incurrir en publicidad engañosa y, por lo tanto, en esta medida deben prosperar las pretensiones de la demanda, la negativa de las excepciones de mérito propuestas y consecuentemente la confirmación de la sentencia objeto de impugnación, sobre este aspecto.

12ª. No así, en lo que atiene la venta POR CABIDA, pues ello no es aplicable en este caso, dado que ha señalado la jurisprudencia sobre este aspecto:

"...En verdad y esto derrumba fatalmente las pretensiones de la actora, la compraventa de que se trata se formalizó ad corpus, puesto que la que se hace en consideración a la cabida, está reservada para los predios rústicos como expresamente prevé el inciso 1º del artículo 1887 del Código Civil. Y es natural que así sea, porque la comprobación física de lo que se va a adquirir es bastante fácil en tratándose de bienes inmuebles urbanos que el interesado puede inspeccionar previamente sin mucho riesgo de equivocarse en cuanto al área y demás características, a diferencia de los predios rurales respecto de los cuales la conformación topográfica puede llevar a la formación de conceptos errados sobre su extensión. (...)

la venta por cabida, en el supuesto de que se estuviera frente a un contrato sobre inmueble rural, no depende solamente de que la escritura pública haga una referencia a su extensión. Se requiere que las partes contratantes hayan precisado que el móvil

*esencial del pacto radica en ella, porque no va implícita en el mismo.*³ (Resaltado no es del texto)

Jurisprudencia la que es aplicable en el presente caso, dado que los linderos de los bienes inmuebles urbanos dados en venta al aquí demandante fueron debidamente determinados, por sus linderos y medidas, respecto de los que no hay asomo de duda y, por lo tanto, no es procedente la venta por cabida. Y tan cierto es, que la determinación de los bienes dados en venta es muy sencilla, que se identificaron las medidas y áreas de los predios objeto de litigio, sin necesidad de ingresar a los mismos, como lo informó, en su declaración el arquitecto OSCAR DAVID IBARRA FLOREZ, quien suscribe el informe técnico aportado (fl. 254 cd. 1).

13ª. Igualmente ha de aclararse la decisión de primera instancia, en cuanto a lo expuesto en la parte motiva, no lo refleja la resolutive, al declarar la existencia de una CLÁUSULA ABUSIVA y concretamente la relativa al pacto contenido en la Escritura Pública de Compraventa referente a que la venta se hizo como cuerpo cierto, pues ello desborda la competencia de la Superintendencia, en el entendido que de una parte no se cuestiona el contrato como tal, sino la inconformidad versa sobre la conculcación de derechos de protección al consumidor, al incurrirse como ya lo vimos, en violación al régimen del consumidor por publicidad engañosa, la que demostrada: conlleva a la devolución de las sumas a que haya lugar, pago de perjuicios en la medida de su demostración e imposición de las multas correspondientes en caso de que se hayan causado. Pero en manera alguna, le compete definir sobre la legalidad o no de un contrato, no obstante su facultad de fallar en situaciones administrativas ultra, extra y mínima petita, su revocatoria o nulidad total o parcial, pues ello es de conocimiento exclusivo de la justicia civil ordinaria, aspecto sobre el que la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, siendo Magistrado Ponente el Dr., Alejandro Martínez Caballero, advierte que no le es dable a la Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

También, impera la aclaración, pues se itera, no lo refleja la parte resolutive, en lo que respecta a que la

³ Sentencia del 13 de julio de 2010 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira – Sala de Decisión Civil y de Familia. M.P. Dr. Fernán Camilo Valencia López. Exp. 66-170-31-03-001-2007-00092-01

Superintendencia apoya la orden de devolución del dinero, por las áreas no entregadas, con motivaciones de calidad y efectividad de la garantía, circunstancias que efectivamente no fueron materia de pretensión, pues lo solicitado en el líbello de la demanda se apoya en la PUBLICIDAD ENGAÑOSA que originó la alteración del comportamiento del consumidor – demandante. Publicidad engañosa, la que como vimos al analizar la prueba correspondiente, incurrió la sociedad demandada, pues a sabiendas que no podía prometer en venta los inmuebles ya referidos por las áreas publicitadas y contempladas en el contrato de promesa de compraventa, pues antes de suscribirlo, había radicado ante la Curaduría Urbana No. 1 de Popayán, el documento – PROYECTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL del EDIFICIO VERONA, en el que se plasmaron áreas menores de las publicitadas, ofertadas y prometidas en venta.

Por lo que, es de reiterar, como lo analizamos con antelación en este mismo proveído, que la decisión no se apoya en circunstancias de calidad de los inmuebles ni efectividad de garantía alguna, sino en lo expuesto por la vulneración a los derechos del consumidor por publicidad engañosa. Aunado a ello, la sanción pecuniaria impuesta por la SIC, tiene su génesis en lo normado por el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, cuando establece que *"Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales: (...)*

10. 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. 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. (...)"

Caso éste donde, precisamente, se ha demostrado que a sabiendas y con conocimiento de causa, se publicito y firmó posteriormente, la venta de unos bienes inmuebles por unas áreas distintas de las realmente solicitadas ante la Curaduría Urbana, con detrimento de los intereses de los consumidores inmobiliarios y por ende debidamente justificado el monto de la sanción impuesta a la pasiva, por el funcionario de primera instancia.

14ª. Finalmente, en cuanto a la inconformidad propuesta por el actor frente al reconocimiento de condena solicitada en cuanto al pago de los intereses cancelados al Banco ITAU COLOMBIA CORPBANCA, en cuantía de \$5'207.333.00 M/cte respecto de la suma de \$45'722.665.00 M/cte y los que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda y hasta que se verifique el pago, es bueno traer a colación lo señalado en la jurisprudencia, dado que en este asunto se reconoció a favor del actor la devolución de la suma de dinero al metraje faltante, debidamente indexada con base en el IPC. Al efecto:

"...La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente. Es natural que en épocas de relativa estabilidad monetaria se aplique el principio nominalista en todo su vigor. Sin embargo, cuando la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario adquiere proporciones mayores, el nominalismo deja de ser una opción adecuada en términos de justicia y equidad. Como puede observarse, en Colombia la constancia no ha sido precisamente la de establecer mecanismos de corrección monetaria por vía de Ley, lo que ha llevado a la necesidad de acudir a mecanismos de indexación fundados en principios constitucionales como la equidad, la justicia y la reparación plena. Revisada, estudiada y analizada la Directiva acusada, encuentra la Sala que, en efecto, ella se ajusta a los principios y reglas propios de la Actualización Monetaria, ya que en ella no se prevén multas adicionales o sanciones diferentes a las previstas en el Decreto Ley 2610 de 1979. Lo único que hace la Directiva cuestionada es ajustar, actualizar, corregir a valor presente unos valores que por el paso del tiempo se encuentran depreciados, lo que obedece a la aplicación de los principios de justicia y equidad. (...)" (CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente Dra. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ. Sentencia 30 de mayo de 2013 Exp. 25000-23-24-000-2006-00986-01)

Por lo que en manera alguna riñe con la legalidad, el reconocimiento de la suma reclamada como intereses, los que fueron demostrados se han cancelado por el actor, y los que se sigan causando hasta el momento en que se verifique la devolución del dinero por el metraje faltante, aspecto sobre el que se ha de adicionar el fallo objeto de censura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia del 23 de enero de 2019, proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en el sentido de indicar que el incumplimiento al régimen de protección al consumidor por parte de la sociedad URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S. es por haber trasgredido lo inherente a publicidad engañosa.

SEGUNDO. ADICIONAR el ORDINAL SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia del 23 de enero de 2019, proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en el sentido de ORDENAR a la URBANIZADORA GARZÓN HOLGUIN S.A.S., que en el mismo término indicado en este ordinal, pague al demandante DARIO ALBERTO GUEVARA, la suma de \$5'207.333.00 M/cte a título de intereses causados y cancelados, sobre la suma de \$45'722.665.00 M/cte y los que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda y hasta que se verifique el pago, conforme a lo analizado en precedencia.

TERCERO. ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia del 23 de enero de 2019, proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en el sentido de declarar NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, acorde con lo analizado en la parte motiva.

Igualmente se adiciona, en el sentido de que la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, no tiene las facultades para declarar la validez o no del contrato de compraventa

contenido en Escritura Pública, pues ello le compete a la justicia ordinaria, como en antecedentes se dejó expuesto.

CUARTO. En lo demás, se CONFIRMA la sentencia del 23 de enero de 2019, proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

QUINTO. Sin costas en la instancia por no aparecer causadas.

SEXTO. Remítase copia del presente fallo a la HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL, para acreditar el cumplimiento de la orden dada en el fallo proferido el 5 de marzo de 2021, en la acción de tutela 110012203000202001433-02.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO
JUEZ