

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila

Radicación: 110013199001-2018-12441-01 (exp. 4853) y
110013199001-2018-03483-01

Demandante: Diseño y Estilo Inmobiliario Ltda.

Demandado: ICL Desarrollo Urbano y otros

Proceso: Verbal

Trámite: Apelación sentencia

Apelante: Demandante

Decisión conforme al sentido del fallo de 4 de julio de 2019

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Decídense los recursos de apelación formulados en contra de las siguientes sentencias: *a)* 31 de enero de 2019, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en el proceso verbal de Diseño y Estilo Inmobiliario Ltda. contra Bereber SAS e Inversiones & Construcciones Lujo S. en C. (ICL Desarrollo Urbano); y *b)* de 30 de octubre de 2018, de la misma entidad en el proceso verbal de Diseño y Estilo Inmobiliario Ltda. contra Muñoz Vanegas y Cía. S. en C. e Inversiones & Construcciones Lujo S. en C. (ICL).

ANTECEDENTES

1. Proceso 110013199001-2018-12441-01.



1.1. Pidió el demandante se declare que las demandadas violaron las normas de protección al consumidor, por publicidad engañosa, y por tanto, se les condene a reembolsarle \$290.880.000, entregados como parte del precio sobre el lote 337 del proyecto “*Entrelagos Condominio Campestre fase II etapa quinta – manzana 39*” en Villavicencio (Meta), indexados desde el 13 de agosto de 2013 hasta su pago, más perjuicios y costas; se les sancione con multa de 150 smlmv conforme a la ley.

1.2. Según la demanda y la subsanación, el resumen de los hechos fue que, a finales de 2012 la actora recibió publicidad (volantes, folletos) sobre venta de lotes en el proyecto citado, y en la sala de ventas le mostraron el video “*la libertad de vivir en el llano*”, que presentada imágenes de una extensión de 100 hectáreas urbanizada, con zonas comunes, piscinas, spa, gimnasios, jacuzzis, cafeterías, canchas de tenis y vóley playa, reservorios, muelle con servicios náuticos y la llamada casona del lago, restaurante, parques y otros. También el “*Fuerte Apache*”, un centro de diversiones para niños con piscina y tobogán, caballerizas, senderos para cabalgatas, el entorno natural y ecológico de la llanura.

Le informaron que el dueño de los terrenos era Bereber SAS, del predio San Andrés, quien tramitaba la licencia para parcelar y construir el condominio Entrelagos PH, lo que la hacía productora del bien ofrecido y sujeto pasivo de la acción del consumidor.

El 22 de noviembre de 2012 celebró promesa de compraventa del lote 337, fase II, etapa once (11), manzana treinta y nueve (39), con Inversiones & Construcciones Lujo S. en C., modificado con otrosí de 13 de agosto de 2013. El precio fue de \$290.880.000, que fueron cancelados en la segunda fecha en mención, y se pactó el 30 de junio



de 2014 para suscribir la escritura en la Notaría 8ª de Bogotá, a las 10:00 a.m., y así proceder con la entrega material del inmueble. Sin embargo, en esa fecha solo ella asistió a la notaría, e hizo constancia de comparecencia, verificó que el predio San Andrés, no había sido desenglobado y aún figura como propietaria Bereber S.A.S.

Ante sus reclamos las demandadas guardaron silencio, el proyecto solo avanzó en un 20% y se suspendió, sin ser factible que se le entregue y escribure el lote 337 por poco avance. Otros consumidores también han demandado, con la inspección judicial que como prueba anticipada practicó el Juzgado 8º Civil Municipal de Villavicencio.

1.3. Bereber SAS se opuso y formuló las excepciones que denominó: *caducidad de la acción; falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de relación de consumo; inexistencia de publicidad engañosa por ella; inexistencia de solidaridad entre ella e ICL.* Defensas que sustentó en que el término de caducidad de un (1) año debe contarse desde el 30 de junio de 2014, fecha en que debía otorgarse la escritura pública. Afirmó que es impropio calificarla como productora o proveedora, dado que fue ajena a las actividades de urbanización, publicidad y contratación. Explicó que por el objeto social de la demandante, no hay relación de consumo.

Inversiones & Construcciones Lujo S. en C. en liquidación judicial (ICL), replicó con las excepciones de: *caducidad de la acción; inexistencia de publicidad engañosa; esta sociedad demandada (ICL S. en C.), se encuentra en liquidación judicial.*

Las fundamentó en que la acción propuesta el 4 de abril de 2018, es tardía, puesto que el hecho se configuró el 30 de junio de 2014. La publicidad dada a la demandante era lo que se iba construir, solo que por problemas financieros la empresa no pudo cumplir. Se le abrió



proceso de liquidación judicial desde el 15 de febrero de 2018, antes de iniciarse este litigio, donde la actora deberá reclamar sus derechos.

1.4. La Superintendencia (SIC), en el proceso 2018-12441-01, por sentencia anticipada, declaró prescrita de la acción de protección al consumidor y denegó las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas por no aparecer causadas.

Para decidir estimó que si bien los demandados adujeron caducidad, lo técnico es prescripción, según la ley 1480 de 2011. Se alega infracción para escriturar y entregar el inmueble, de ICL a la demandante el 30 de junio de 2014, según el contrato y el otrosí, desde cuando se adujo incumplimiento. De allí que la acción está prescrita porque la demanda se presentó el 4 de abril de 2018, más de un (1) año después.

Rechazó la alegación de la demandante, alusiva a que la entrega del predio se difirió hasta 2020, según conversaciones con ICL, puesto que en la inspección realizada por el Juzgado Civil Municipal de Villavicencio, se determinó claro incumplimiento por esa empresa.

2. Proceso 110013199001-2018-03483-01 (acumulado).

2.1. En este otro proceso pidió la actora similares pretensiones, pero respecto de un contrato distinto por el lote 210 del mismo proyecto inmobiliario, en la quinta etapa, manzana 22 y \$215.200.000 como precio a reembolsar, más perjuicios por \$15.000.000.

En este caso, a diferencia del primer proceso resumido, en lugar de Bereber SAS, había sido demandada Muñoz Vanegas y Cía. S. en C., como propietaria del terreno donde se ubica el mencionado lote 210.



2.2. Los hechos tienen análogo contexto al del primer expediente, con la precisión de que es otro predio, cuya promesa se suscribió el 13 de agosto de 2013, para que la escritura se otorgara el 31 de marzo de 2014 en la Notaría 8ª de Bogotá, además que la reclamación la realizó la actora el 28 de febrero de 2018.

2.3. Muñoz Vanegas y Cía. S. en C. planteó las excepciones que tituló: *ausencia de causa para demandar, cargo del perjudicado de evitar o mitigar el daño* y cualquier otra que se pruebe.

También propuso como previas las excepciones de *prescripción y falta de legitimación en la causa*, respecto de las cuales la SIC se abstuvo de decidir las, en auto de 2 de octubre de 2018, con el pretexto de no ser previas en el nuevo CGP dichas defensas.

Por su parte, ICL en liquidación no contestó la demanda.

2.4. En el proceso acumulado, la SIC declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de Muñoz Vanegas y Cía. S. en C.; declaró que ICL vulneró los derechos del consumidor, y le ordenó que en 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, reembolse \$215.200.000 indexados, por el precio que la demandante pagó por el inmueble.

Expuso la entidad que la vulneración de derechos del consumidor no fue por publicidad engañosa, sino por efectividad de la garantía, porque no hubo entrega del bien raíz prometido; y es inviable la caducidad, por ser de prescripción el término del art. 58-3 de la ley 1480 de 2011.

LOS RECURSOS DE APELACIÓN



Frente al fallo del proceso **2018-12441-01**, la demandante expresó, en resumen, las siguientes críticas:

- a)* La sentencia desatendió el concepto de obligaciones de tracto sucesivo. Su derecho no culminaba con la escritura de compraventa y la entrega, puesto que los demandados debían terminar todas las obras de urbanismo, que desarrollaban por etapas y finalizarían en 2020, según la licencia respectiva, circunstancia que sería demostrada con las pruebas decretadas pero que no se alcanzaron a practicar.
- b)* El juzgador no analizó la responsabilidad solidaria contractual y extracontractual de los demandados, pues obvió que Bereber SAS, no solo es dueña del predio de mayor extensión, sino que a ella se le concedió la licencia simultánea de parcelación y construcción, razón por la que es productor, al tenor de la ley del consumidor.

En el proceso **2018-03483-01**, ICL expuso lo siguiente:

- a)* Si se admitiera que según el art. 58-3 de la ley 1480 de 2011 hay prescripción y no caducidad, así Muñoz Vanegas y Cía. S. en C., no esté legitimada por pasiva, formuló la excepción, que debió analizarse y está probada porque la demanda se interpuso después de un año.
- b)* No se tuvo en cuenta la conducta procesal de la demandante por su inasistencia a la audiencia inicial (art. 205 del CGP).
- c)* Interpretar la demanda es improcedente, porque lo pedido se basó en publicidad engañosa, no en efectividad de la garantía.



Además, se omitió que la demandada está en liquidación en la Supersociedades.

d) Faltó el requisito de procedibilidad de conciliación previa, que fue respecto de Muñoz Vanegas y Cía. S. en C., pero no frente a ICL.

CONSIDERACIONES

1. Reunidos los aspectos de forma y revisados los procesos descritos en los antecedentes, recuérdase que en uno de ellos (2018-12441), la sentencia anticipada acogió la excepción de prescripción y denegó las pretensiones, mientras que en el otro (rad. 2018-03483), el *a quo* accedió a las súplicas de protección del estatuto del consumidor.

Frente a esas decisiones, los recursos de apelación son opuestos, pues en el primero la demandante controvierte la prescripción que se decretó de modo antelado, para que se continúe con la actuación procesal; en el expediente acumulado, en contraste, apeló la codemandada ICL en liquidación, para que se revoque la sentencia de la SIC que, con base en las normas especiales de ese ordenamiento, acogió las pretensiones de la demanda.

Examinados ambos recursos y sus legajos, bajo el prisma de la continencia de la causa, dada la comunidad fáctica que los une y que reclama una decisión uniforme, el Tribunal estima prioritario determinar, como cuestión central, si los negocios jurídicos en que se fundan las demandas, se trataron de verdaderas relaciones que otorgaron a la demandante la calidad de consumidor y, por consiguiente, si pueden estar bajo el manto protector de la ley 1480 de 2011 (estatuto del consumidor), pues de no ser así, quedarían



excluidos de esa órbita normativa por ser asuntos del derecho contractual común.

2. Con todo, antes de responder ese interrogante, es necesario asentar que este juez de segundo grado está habilitado para proveer sobre esos aspectos, pues la aplicación del régimen especial del consumidor, es asunto de legalidad que, como tal, debe analizarse de oficio (*iura novit curia*), como quiera que las relaciones jurídicas deben gobernarse por el dispositivo legal previsto por el legislador de manera concreta, tanto más en tratándose del régimen específico contemplado en el derecho moderno para proteger a los consumidores, que es de linaje imperativo, como establece el inciso primero del art. 4º de la ley 1480 de 2011: “*Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley.*”

Dentro de esa concepción, es puesto en razón que el estatuto del consumidor, examinadas sus reglas especialmente protectoras, solo pueden aplicarse a las relaciones de consumo, mas no a las situaciones ajenas, que son propias del derecho común.

Tal aplicación restringida, por cierto, no es de poca monta, pues antes bien, el carácter imperativo del dispositivo defensor se desliga de la conmutatividad propia de la contratación privada, fundada esta en la igualdad de las partes, pero que ya no muestra observancia en las relaciones de consumo.

De donde aflora inviable dejar de lado ese tema de legalidad, so pretexto de los límites del juez de apelación por los reparos concretos (*tantum devolutum quantum appellatum*), por cuanto esas restricciones, ciertamente ordenadas en los artículos 320 y 328 del



Código General del Proceso, operan “*sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*”, cual agrega de modo contundente ese precepto 328.

3. Despejado, pues, el sendero procesal comentado, cumple anotar que la respuesta al cuestionamiento central antes planteado, es que la actora carece de la invocada calidad de consumidor en los casos concretos de estos procesos, toda vez que los negocios de promesa de compraventa en que ella funda sus pretensiones de resguardo, de ninguna forma le otorgan la calidad de usuario final de los productos objeto de los pre-contratos, a voces del art. 5º, numeral 3º, de la ley 1480 de 2011. Así, al truncarse la acción de protección especial que contempla tal ordenamiento tuitivo de las relaciones de consumo, es necesario que para ambos procesos se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, pues en buenas cuentas, a la demandante le falta la calidad de consumidor que invocó.

Esta declaración, que por demás procede mediante sentencia anticipada, echa por tierra las pretensiones de las dos demandas, sin que sea menester analizar los otros medios exceptivos.

De ese modo, la sentencia anticipada absolutoria del proceso 2018-12441 se confirmará en cuanto denegó el *petitum*, pero por la carencia de legitimación, también prevista en el art. 278, inciso 3, numeral 3, del CGP, como hipótesis de fallo adelantado. En cambio, la sentencia condenatoria de ICL en el proceso acumulado (2018-03483), se revocará para en su lugar denegar las pretensiones, asimismo por falta de legitimación en la causa, de manera oficiosa (art. 282, inciso 1º, del CGP.), por los iguales fundamentos que pasan a exponerse.



4. Para desarrollar el anterior argumento, empíezase por recordar que las normas del estatuto del consumidor solo pueden aplicarse a negocios jurídicos de consumo, de manera que resulta impracticable su empleo en otro tipo de relaciones, pues así emana de varias reglas allí contenidas, como el art. 2, bajo cuyo tenor, se regulan *“los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores...”* (inc. 1), a más de que esas normas *“son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley”* (inc. 2°).

4.1. Como lo ha dicho esta Sala¹, cabe tener presente que la libre competencia económica es una atribución básica dentro de un sistema político que consagra y garantiza la propiedad privada, la libertad económica y de empresa, dentro de los límites del bien común (art. 333 de la Constitución), pese a que el fuerte crecimiento de la población y el desarrollo constante de nuevas tecnologías en las últimas décadas, ha traído una gigantesca ola de producción y comercialización de bienes y servicios, en serie y masiva, que en la moderna economía global ha avasallado a los consumidores, quienes suelen ser la parte débil en la vastedad comercial creada, con la consecuente necesidad de regulación de los mercados, mediante la fijación de normas de auxilio concernientes a esos ámbitos.

En ese contexto, se protege con particular énfasis al consumidor, como partícipe crucial pero normalmente frágil en aspectos tales como la asimetría en la información, o la desigualdad jurídica y material ante los proveedores de productos y servicios; apoyo

¹ TSB, SC, sentencia de 8 de marzo de 2019, exp. 1100131990012017-68056-01.



mediante normas de rango constitucional y legal, por fuera de las reglas tradicionales del derecho privado, basadas en la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica formal, lo que no acontece en las relaciones de consumo. Así, el artículo 78 de la Constitución Nacional dispone que: *“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”*.

4.2. De ahí que la ley 1480 de 2011 consagra un conjunto de normas que amparan al consumidor, en cuanto a que los bienes y servicios que se ofrezcan en el mercado cuenten con estándares mínimos de calidad e idoneidad, se les brinde información *“completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”* (numeral 1.3, art. 3º), como también que pueda obtener una *“reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos”* (numeral 1.5, art. 5º), para cuyo propósito, a más de poder tomar con libertad y reflexión las decisiones en la adquisición de bienes y servicios, tenga a su disposición acciones judiciales especiales, ante el juez ordinario o las Superintendencias de Industria y Comercio y Financiera, en pro de una solución acaso más expedita para las controversias, que suelen acontecer en el colosal espectro de la moderna contratación mercantil.

4.3. Empero, el estatuto limita su ámbito de aplicación a *“las relaciones de consumo”* y *“la responsabilidad de los productores y proveedores”* (artículo 2), de lo cual resulta esencial definir qué se entiende como consumidor.

En ese orden, establece el numeral 3º del artículo 5º de la ley 1480 de 2011, que consumidor es *“[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado*



producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (se resaltó).

Tal concepto comprende a las personas naturales o jurídicas, como *consumidor final* que haya adquirido el producto o servicio, para satisfacer una necesidad suya, que a su vez puede darse en su esfera privada, familiar o doméstica y empresarial, con la importante salvedad de que esa carencia, que se colma con el producto, *no esté intrínsecamente ligada* a su actividad económica. Verbigracia, un colegio que adquiere un sistema de software para optimizar su operación administrativa, pues su actividad se centra en el servicio de educación²; o la microempresa de textiles que instala un sistema de vigilancia y seguridad en sus dependencias, dado que tal producto no está ligado intrínsecamente a la actividad comercial que desarrolla.

En el punto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia que conserva vigencia, determinó que *“siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto – persona natural o jurídica – persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio”*, pues sólo puede catalogarse como consumidor *“a quien sea destinatario final”*, en tanto que el uso o la adquisición *“esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor”*, aunque puede vincularse de algún modo a su objeto social.

En la misma sentencia, la Corte precisó que el *“destinatario final”* es quien adquiere los productos o servicios con el fin de *“utilizarlos o*

² En un caso similar, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Cas. Civil, profirió la sentencia STC11346-2018 de 5 de septiembre de 2018, exp. 11001-02-03-000-2018-02298-00.



consumirlos él mismo”, esto es, para que queden en su ámbito personal, familiar o doméstico “sin que vuelvan a salir al mercado”; y que la calificación de consumidor depende de “a). la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio; y b). la adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial”³.

La Corte Constitucional explicó que la noción de consumidor cambió progresivamente, pues *“luego de desecharse la clasificación productor (especialista) - consumidor (profano)”*, se llegó a entender como consumidor, en la ley 1480 de 2011 *“(i) al destinatario final, que mediante (ii) un acto de consumo, busca (iii) la satisfacción de una necesidad intrínseca, (iv) no en el ámbito de una actividad económica propia, reubicándose el desequilibrio en la relación productor y/o expendedor, de una parte, y consumidor, de la otra”⁴.*

La doctrina también confluye en estimar que las reglas especiales del consumidor solo pueden aplicarse a quienes estén revestidos de esa calidad⁵. De similar forma se pronuncia el profesor Mauricio Velandia, quien reitera que el ordenamiento del consumidor *“está diseñado para salvaguardar a un sujeto calificado específico. Es decir, sólo será benefactor de estas normas quien tenga la calidad de consumidor, nadie más”⁶.*

4.4. Es que tampoco luciría ecuánime que quien carezca de la condición de consumidor, pretenda aprovecharse de las ventajas que el orden jurídico, en particular la ley 1480 de 2011, ha querido instituir a favor de ese sujeto regularmente indefenso, entre las cuales

³ CSJ, SCC, sentencia de 3 de mayo de 2005, exp. 5000131030011999-04421-01.

⁴ Sentencia C-909 de 2012.

⁵ Dante D. Rusconi. *Derecho del Consumo, problemáticas actuales*. Ed. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2014, pp. 99 a 117.

⁶ Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición, 2011, pág. 427.



pueden recordarse: un listado de varios derechos tendientes a la protección, como la información, las garantías, la indemnidad, etc. (art. 3); la interpretación más favorable de las normas y de los contratos (arts. 4, inc. 3º, y 34); adecuadas cláusulas generales de la contratación en los negocios de adhesión, sin obligación de permanencia mínima (arts. 37 y ss.); prohibición de cláusulas que generen desequilibrio o abusivas y su ineficacia de pleno derecho (arts. 42 a 44); posibilidad de retracto (art. 47); acciones especiales de protección (arts. 56 y ss.), con facultad del juzgador para resolver “*de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita,...*” (art. 58-9).

5. Acorde con ese dispositivo jurídico, la demandante no puede tener la calidad de consumidora, dado que las relaciones fácticas esgrimidas no permiten ver en forma alguna que ella hubiese actuado como usuaria final, en los negocios jurídicos de promesa de compraventa antes anotados, de dos inmuebles, con independencia de la naturaleza preparatoria de esos actos, pues sobre esto es factible admitir que también pueden acontecer vulneraciones para los derechos de los consumidores, en la etapa precontractual, que es cuando se forma la voluntad y el contrato, como ha reconocido la doctrina⁷.

Justamente, la demandante aspiraba adquirir, en los términos fijados en las promesas de compraventa, los lotes 337 y 210 del proyecto “*Entrelagos Condominio Campestre fase II, etapa quinta – manzanas 22 y 39*”, en Villavicencio (Meta), pero ni en esa etapa previa, ni en la futura de los contratos prometidos que se frustraron, podía alcanzar

⁷ Villalba Cuéllar, Juan Carlos. *La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano*. En revista de derecho privado, No. 32, enero-junio de 2017. Univ. Externado de Colombia.



la categoría de consumidor, de atender que el propósito de la negociación no permitía disponer los inmuebles “*para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial*”, que no “*esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*” (art 5º, num. 3º, de la ley 1480 de 2011).

Eso emana de su objeto social, que consiste en: “*a) la administración por cuenta propia o ajena de bienes raíces; b) la celebración del contrato de comisión para comprar o vender inmuebles; c) las representaciones inmobiliarias; d) la adquisición de bienes inmuebles para usufructuarlos, administrarlos, arrendarlos y eventualmente enajenarlos a cualquier título; e) formar parte como gestora o accionista de empresa unipersonal; f) actividades varias*” (folios 15 vto. y 16 del cuad. 1).

Es que bien vistas las cosas, ese objeto social no acompasa con la adquisición de predios habitacionales, rodeados de servicios recreativos y de esparcimiento, para dedicarlo a su actividad empresarial, lo cual deja ver que no podían estar destinados para la satisfacción de su necesidad como empresa, por ejemplo, sus oficinas, sino que más bien tenían que ser para revenderlos o explotarlos económicamente dentro de su objeto (v.g. arrendarlos).

Naturalmente que hay una evidente diferencia entre el disfrute o empleo de los dos (2) inmuebles de carácter familiar, situados en un condominio, para una necesidad propia o privada de una compañía comercial que precisamente es de explotación inmobiliaria, o para dedicados a su funcionamiento corporativo.

En otras palabras, la intención de comprar esos dos (2) bienes raíces en un condominio campestre, no tenía cómo armonizar con una necesidad propia de la compañía demandante como destinatario final,



porque no podían ser para instalar allí sus oficinas o dedicarlas a sus labores operativas, antes bien, el propósito de comprar estaba acorde con la actividad económica propia de su objeto, esto es, la explotación económica de esos inmuebles, bien para venta o arrendamiento.

En síntesis, la demandante no acreditó en forma alguna que los lotes cuyas promesas de compraventa celebró, eran para su actividad empresarial, verbigracia para su propio funcionamiento y, por tanto, carece de la calidad de usuaria o destinataria final de los productos que pretendía adquirir.

6. De ese modo puestas las cosas, como en estos asuntos la demandante no posee la calidad de consumidor, le es imposible acceder a la rodela jurídica que prevé la normatividad especial para esa clase de sujetos de especial protección comercial.

Y esa misma falencia, esto es, la ausencia de condición de consumidor, lleva de modo indefectible a la falta de legitimación en la causa por activa, pues bien sabido es por enseñanza inveterada de la jurisprudencia, que esta figura es un presupuesto sustancial que mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y desarrollo regular del proceso, ya que como dice Chiovenda, según concepto acogido por la Corte Suprema de Justicia, “*la legitimatio ad causam* consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”.

Por eso, ante la ausencia de legitimación en cualquiera de las partes el juez debe desatar el litigio en el fondo, mediante sentencia desestimatoria de la demanda, que no inhibitoria, punto que se ha



explicado porque, si *“una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surgen entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva”*⁸

Entonces, como la legitimación no es aspecto formal sino sustancial, en su ausencia el fallo debe ser absolutorio.

Por supuesto que si la actora no posee la acción del consumidor, no hay como declararla extinguida, como tampoco es menester pronunciarse sobre las otras excepciones, por simple sustracción de materia.

Ahora bien, de acuerdo con la citada regla del art. 378 del CGP, la falta de legitimación en la causa también es susceptible de declararse por sentencia anticipada *“en cualquier estado del proceso”*, razón por

⁸ G.J. CXXXVIII, 364/65; reiterado, entre otras, en casación civil de 14 de agosto de 1995, exp. 4268.



la cual, aquí se hará por el Tribunal. Inferencia que permite confirmar la denegación de las pretensiones en el proceso 2018-12441, pero con modificación de la excepción declarada. Decisión igual será en el otro proceso 2018-03483, en que se revocará la sentencia para denegar las pretensiones por los mismos motivos.

En los dos procesos se condenará en costas de ambas instancias, a la demandante, acorde con las previsiones del artículo 365, numerales 1º, 3º y 4º, del CGP.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil Cuarta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

1. Modifica los numerales 1º y 3º de la sentencia de 31 de enero de 2019, del proceso **99001-2018-12441-01**, los cuales quedarán así:

1. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa invocada por Bereber S.A.S.

3. Condenar en costas de primera instancia a la parte demandante.

Confirma el referido fallo en todo lo demás.

2. Revoca la sentencia de 30 de octubre de 2018, en el proceso **99001-2018-03483-01**, y en su lugar, resuelve:



1. *Declarar probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa.*
 2. *En consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.*
 3. *Condenar en costas de primera instancia a la demandante.*
- 3. Condena en costas de segunda instancia a la parte apelante, las cuales se liquidarán conforme al art. 366 del CGP. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de \$3.500.000.**

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
MAGISTRADO

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA *SDLUU UOTO.*

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADA

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

SALVAMENTO DE VOTO

REF. Acción de protección al consumidor de Diseño y Estilo Inmobiliario Ltda., contra Bereber S.A.S., Muñoz Vanegas y Cia S en C. e Inversiones & Construcciones Lujo S en C ICL Desarrollo Urbano.

Exp.: 11001 3199 001 2018 12441 01
11001 3199 001 2018 03483 01

Muy respetuosamente salvo el voto frente a la sentencia de segunda instancia por las siguientes razones.

1. Sea lo primero advertir que considero inadecuada la acumulación de los procesos de la referencia, en tanto que no se cumplen las condiciones que ordena el artículo 148 del Código General del Proceso para que esta figura proceda.

En efecto, el numeral 3º de dicho canon, prevé que: *“las acumulaciones en los procesos declarativos procederán **hasta antes** de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial”*. Sin embargo, en el caso de estudio se advierte que la acumulación, ordenada de oficio, se hizo durante el desarrollo de una de las audiencias del artículo 327 del CGP, es decir después de la oportunidad legal que para el efecto dispuso el numeral 3 del artículo 148 del CGP.

2. Ahora bien, en referencia con la apelación No. 2018 12441 01 estimo que la resolución del recurso debió atender a lo declarado en la sentencia anticipada que encontró probada la prescripción de la acción,

Salvamento de voto Proceso Verbal No. 001-2018-12441-01 y 2018 03483 01

bajo el entendido de que el artículo 58, numeral 3º de la Ley 1480 de 2011, consagra esa figura, y no la de caducidad. Al paso que en el expediente 2018 03483 01, se debió decidir acerca de los reparos específicos propuestos ante esta instancia, según lo ordenan los artículos 320 a 328 del CGP.

Lo anterior, si en cuenta se tiene que las providencias apeladas le fueron desfavorables a los recurrentes en temas específicos y en eso precisamente se centró la fundamentación de sus recursos, sin que el fallo hubiese hecho mención alguna a la legitimación en la causa del demandante o la calidad de consumidor que ahora echa de menos la sentencia de la Sala, para declarar la falta de legitimación en la causa por activa.

De ese modo, estimo que el fallo del cual me aparto, desconoce la competencia del Tribunal en segunda instancia, de conformidad con los artículos 320 y 328 de Código General del Proceso, conforme los cuales *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante”*, al paso que *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”* (Subraya fuera de texto).

Por dicho motivo, los recursos de apelación debieron resolverse exclusivamente de cara a los reparos elevados, en tanto que debe respetarse el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, es decir que en la segunda instancia el fallador debe ceñirse a los puntos expuestos o resueltos en la sentencia, sin estudiar aspectos que aquella no tocó, so pena de incongruencia de la decisión.

Salvamento de voto Proceso Verbal No. 001-2018-12441-01 y 2018 03483 01

3. Así, en uno de los casos, bajo los estrictos límites del recurso de apelación, considero que la sentencia debió resolver de fondo si se trata de un tema de prescripción o de caducidad y abordar si, propuesta la caducidad, puede entenderse como prescripción.

Lo anterior, en la medida que el término que consagra el numeral 3° del artículo 58 de la ley 1480 de 2011, hace referencia a un plazo prescriptivo, cuya ocurrencia debió ser alegada.

Tal afirmación se encuentra acertada, en razón a lo establecido en el inciso 2° del numeral 6° del artículo 58 *ejusdem*, a cuyo tenor “*La Superintendencia de Industria y Comercio adelantará las gestiones pertinentes para individualizar y vincular al proveedor o productor. Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda...”*, de donde se desprende que la norma categóricamente contempló tal plazo como de prescripción y no de caducidad.

Recuérdese que conforme al artículo 2513 del Código Civil, es obligatorio alegar la prescripción para beneficiarse de ella, exigencia consignada igualmente en el artículo 282 del C.G.P. entendiéndose, además, que al no invocarse se renuncia a esa figura (art. 2514 C. Civil), siendo esto último lo realizado, tácitamente, por la aquí apelante, quien en aquel proceso no propuso la excepción de prescripción.

La Corte Suprema de Justicia, ha sostenido al respecto que “(...) *la ley le prohíbe al juez reconocer o negar la prescripción de manera oficiosa, desde luego que se requiere que el interesado la alegue, por cuanto aducirla o no incide sólo en la disposición de su propio derecho; y es por ese mismo carácter que la ley procesal civil señala términos preclusivos para que el demandado la invoque, de suerte que si no lo hace, o **si no contesta la demanda** o en su respuesta no aduce la correspondiente excepción, o si no la propone en el proceso ejecutivo, para citar*

Salvamento de voto Proceso Verbal No. 001-2018-12441-01 y 2018 03483 01

*sólo unos pocos ejemplos, posteriormente no podrá hacerlo, pues la circunstancia de dejar precluir esa oportunidad sin proponerla es tanto como renunciar a la misma, lo cual, por tratarse de un acto en el que se involucra un interés puramente privado, ningún atentado se gesta contra el mentado orden público (...)*¹ (subraya fuera de texto).

En otro pronunciamiento, ese alto tribunal resaltó que “(...) la *sentencia absolutoria puede resultar incongruente cuando declara probadas sin alegación de parte, cualquiera de las excepciones denominadas por la doctrina como ‘propias’, es decir, las de prescripción, nulidad relativa y compensación. En consecuencia, el fallo judicial a pesar de ser totalmente absolutorio puede caer en inconsonancia cuando decide al margen de los lineamientos fácticos alegados por las partes, o cuando el juzgador declara excepciones sobre las cuales carece de facultades inquisitivas (...)*”².

Por tal motivo, la discusión en esta instancia estaba limitada a tal aspecto, es decir, si a pesar de haberse alegado la caducidad, podría entenderse que se trataba de una prescripción, y si esta se encuentra o no acreditada.

4. De otro lado, y en el caso en el que se adelantó el proceso y se dictó sentencia habiéndose agotado todas las etapas procesales, no podría de oficio por la Sala decretarse la falta de legitimación en la causa del demandante, porque como ya lo advertí era un punto que no fue materia de reparo y en el cual la Sala no podría adentrarse so pena de incongruencia de la decisión.

Y es que, la demandada ICL Desarrollo Urbano, en este juicio no contestó el libelo y lo peor es que al momento de la fijación del litigio, cuando las partes quedaron vinculadas por tal actuación de cara a que se decidiera una controversia relacionada con el derecho de consumo, ninguna de las partes se apartó de lo allí convenido.

¹ CSJ. SC de 14 de mayo de 2008, expediente No. 11001-31-03-031-1999-01475-01

² CSJ. SC de 24 de noviembre de 2006, exp. 9188, reiterada en sentencia de 16 de mayo de 2011, exp. 2000-00005-01

5. De todos modos, como ya lo anoté, considero que en ninguno de los casos acumulados podía declararse de oficio la falta de legitimación en la causa de la demandante Diseño y Estilo Inmobiliario Ltda., por escapar de la órbita de la apelación y porque ese hecho no está cabalmente acreditado en el expediente.

Como se sabe, la ley 1480 de 2011 (art. 5, num, 3º) define al consumidor o usuario como “toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica (...)”.

La aquí demandante es una persona moral cuyo objeto social, entre otras, abarca actividades como la de “administración por cuenta propia o ajena de bienes raíces, la celebración del contrato de comisión para comprar o vender inmuebles, la adquisición de bienes inmuebles para usufructuarlos, administrarlos, arrendarlos y eventualmente enajenarlos a cualquier título (...)”, sin embargo esa eventualidad, por sí sola, no permite concluir que a la promesa de venta que celebró la actora, no le resultan aplicables las normas del estatuto del consumidor.

Una persona jurídica puede ser consumidor, pues la norma lo que exige es que actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

Lo que sucede es que en ocasiones no es fácil determinar que actos quedan dentro de este ámbito empresarial o profesional.

Salvamento de voto Proceso Verbal No. 001-2018-12441-01 y 2018 03483 01

El punto es que el consumidor -persona jurídica-, puede tener esa condición, si adquiere los bienes con fines distintos a los que caracterizan el tráfico económico de la empresa.

Así por ejemplo, una persona jurídica puede en su calidad de consumidor adquirir un inmueble con la finalidad de utilizarlo para el establecimiento del domicilio social de la sociedad, y no para comercializarlo, caso en el cual tiene la calidad de consumidor.

El problema que se presenta en los Tribunales es el atinente a la carga de la prueba, en tanto que para que esa sociedad sea cobijada por las leyes de consumo, desde mi punto de vista no requiere probar la finalidad con que adquirió el bien en esas circunstancias.

Es la parte demandada la que debe acreditar que el bien se incorporó en los procesos empresariales.

En efecto, tratándose del derecho de consumo la carga de la prueba tiene manejo especial, pues si bien es el demandante el que tiene que probar los hechos relevantes de los que conforme al ordenamiento, se desprenda el efecto jurídico solicitado en la demanda. También lo es que, con frecuencia, como en el caso señalado tendría que probar hechos negativos, por ejemplo, que no compró el bien con fines comerciales.

Es por ello que en materia de consumo no se pueden aplicar las estrictas reglas del Código General del Proceso, sino que debe acudir a la distribución más realista de la carga de la prueba sobre la base de la inversión de ésta; por ejemplo, la ley presume que los bienes de consumo se han utilizado correctamente y arroja sobre el empresario la carga de demostrar que esa presunción no tiene fundamento. El Código General del Proceso, así lo autoriza.

Adicionalmente la ley del consumo contiene una disposición que permita flexibilizar en beneficio de los consumidores la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba. Así lo señala el artículo 4 que señala: *“ARTÍCULO 4o. CARÁCTER DE LAS NORMAS. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley. Sin embargo, serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor. **Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.** En lo no regulado por esta ley, en tanto no contravengan los principios de la misma, de ser asuntos de carácter sustancial se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil. En materia procesal, en lo no previsto en esta ley para las actuaciones administrativas se le aplicarán las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y para las actuaciones jurisdiccionales se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en particular las del proceso verbal sumario”.*

El solo hecho de que la empresa demandante haya comprado un bien inmueble, ello no implica que lo haya comprado con la finalidad de comercializarlo o con la intención de lucrarse de su enajenación o ampliar el proceso de producción o comercialización destinado el mercado.

De ello no hay prueba alguna en el expediente la cual hubiera podido obtener el demandado con el interrogatorio de parte al actor.

Lo que ocurre es que el bien hubiera podido ser adquirido para satisfacer las necesidades de la empresa comercial, vivienda de sus directivos, por ejemplo, es decir, sin el propósito de disponer del mismo para integrarlo a un proceso de comercialización a terceros.

Es decir, en este proceso no está acreditado el propósito final del bien, asunto que no podía presumir el juzgador so pretexto de la legalidad, pues en mi sentir tal actuación contradice no solo el principio de la carga de la prueba, sino también el de que en caso de duda se estará a la interpretación más favorable al consumidor *pro e indubio pro consumatore*.

Así, al no haber prueba que permita concluir que el negocio excede el ámbito de aplicación de la ley del consumidor, esta debió aplicarse, máxime cuando la contraparte nada dijo al respecto y en la audiencia inicial ambas partes aceptaron la aplicación de las normas del derecho de consumo.

Aunado a ello, estimo que la presunción de la que parte la sentencia, en el sentido de que debido al objeto social de la persona jurídica convocante, esta no puede ser considerada como consumidor, habría podido ser desvirtuada por la demandante a lo largo del proceso, lo que no se le permitió por lo que el proveedor así lo consideraba, tenía la carga de demostrar que en la relación comercial establecida no se daba la cadena de consumo.

De ahí que, en el caso de la sentencia anticipada, esa conclusión no podía darse sin el debate probatorio pertinente, ya que la sociedad Bereber S.A.S. propuso la excepción de "inexistencia de la relación de consumo" lo cual debió acreditar, sin que se hubiese permitido a causa de la sentencia anticipada en la que se declaró la prescripción un debate en tal sentido.

Pero en la demanda que culminó con sentencia definitiva (2018 0348301) ha debido observarse que esa controversia ni siquiera se planteó, lo que se desprende desde la fijación del litigio, etapa en la

Salvamento de voto Proceso Verbal No. 001-2018-12441-01 y 2018 03483 01

que, sin pronunciamiento alguno del demandado, se dejó sentado que el problema jurídico a resolver era establecer *si se vulneró el derecho del consumidor en materia de efectividad de la garantía, o si por el contrario se incumplió en una publicidad o información engañosa, como fue solicitado por la demandante.*

Esa situación, insisto, impedía abordar el estudio del tema de la calidad de consumidor, pues como es sabido, el proceso debe centrarse en dilucidar los hechos que han sido materia de controversia y no aquellos en los que exista plena conformidad de las partes.

Y es que la acción del consumidor, pese su naturaleza especial, no escapa a las reglas del procedimiento civil (Art. 4°, L. 1480/2011), razón por la cual, correspondía a los opositores presentar su manifestación ante los hechos de la demanda, so pena de presumirse ciertos los mismos (art. 96 del CGP).

Por las anteriores razonamientos, es que considero que en ninguna de las demandas acumuladas procedía la declaratoria de oficio de la falta de legitimación en la causa, como se declaró en esta instancia.

6. Finalmente considero que las normas del derecho del consumo se aplican también a los negocios jurídicos como los puestos a consideración en juicio, a saber, la promesa de compraventa.

No puede pasarse por alto que la protección al consumidor es relevante incluso *“en la fase de tratos previos o tratativas, comoquiera que allí se*

Salvamento de voto Proceso Verbal No. 001-2018-12441-01 y 2018 03483 01

forma la manifestación de voluntad del consumidor³. Como lo ha sostenido la doctrina, la protección es de vital importancia⁴:

“dado que la relación precontractual de consumo entre el promotor inmobiliario o constructor y el consumidor inmobiliario tiende a ser más prolongada que en la celebración de otros contratos; esto en razón a que los constructores y promotores inmobiliarios utilizan frecuentemente mecanismos precontractuales para garantizar que los potenciales compradores queden obligados frente a la venta de las unidades habitaciones ofrecidas. Dichos mecanismos garantizan a estos oferentes la consecución de puntos de equilibrio financiero que permitan costear y ejecutar correctamente la obra, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos las ventas se hacen “sobre planos”, es decir, como venta de cosa futura. Así en la génesis del iter contractual entre comprador y vendedor de una unidad de vivienda nueva identificamos, desde la fase precontractual, figuras con las que se encontrará el consumidor inmobiliario, tales como: una factura de venta con la que normalmente el futuro comprador entrega un dinero inicial para reservar el inmueble; un contrato de fiducia inmobiliaria, dado que el constructor con frecuencia constituye una fiducia para la gestión de los recursos dedicados al proyecto inmobiliario; la promesa de contrato por medio de la cual las partes se obligan a celebrar la compraventa de un cuerpo cierto; y finalmente, el contrato de compraventa. Todas esas figuras jurídicas quedan cobijadas tanto por las normas generales y especiales del derecho privado que le son aplicables como por las normas de protección al consumidor, generales y especiales”.

En los anteriores términos dejo consignadas las razones de mi disentimiento.


LIANA AÍDA LIZARAZO VACA
Magistrada

³ Lorenzetti, R.L. *Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, 73 y 200. Cita extraída del artículo “La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho Colombiano” publicado en la revista de derecho privado No. 32 Enero-Junio de 2017.*

⁴ Juan Carlos Villalba Cuéllar. *La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho Colombiano” publicado en la revista de derecho privado No. 32 Enero-Junio de 2017.*