

**RESPONSABILIDAD DE LAS CONSTRUCTORAS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO  
DEL CONTRATO DE PROMESA DE VENTA, CON OCASIÓN DE LAS CLÁUSULAS  
ABUSIVAS Y/O LEONINAS EN COLOMBIA**

**RESPONSIBILITY OF THE CONSTRUCTION COMPANIES FOR BREACH OF THE  
PROMISE OF SALE CONTRACT, OCCASION OF ABUSIVE AND/OR LEONINE  
CLAUSES IN COLOMBIA.**

Diana María Salazar Campos<sup>1</sup>

Angela María Valencia Orrego<sup>2</sup>

**Resumen**

Con motivo del desarrollo tecnológico, industrial, comercial, entre otros; surgen alternativas para que los consumidores accedan a los bienes y servicios que se ofrecen por los productores y/o distribuidores, así como las facilidades que tienen los interesados en adquirir inmuebles que se proyectan construir, toda vez que las constructoras brindan una serie de posibilidades que resultan atractivas y, por ende, cautivadoras a quienes desean ser propietarios de la vivienda nueva ofertada; sin embargo, en la etapa precontractual, las constructoras han diseñado el respectivo modelo de contrato de promesa de venta, redactado de tal forma que solo se adapte a las necesidades de la misma, dejando a un lado las del consumidor, quien generalmente debe adherirse a este sin opción de modificarlas, aunque puedan ser consideradas cláusulas abusivas, e incluso no generadoras de responsabilidad de la constructora frente al incumplimiento por parte de la misma al contrato de promesa de venta.

---

<sup>1</sup>Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, estudiante de Especialización Derecho de Daños Responsabilidad Pública y Privada Universidad Libre de Pereira.

<sup>2</sup>Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, estudiante de Especialización Derecho de Daños Responsabilidad Pública y Privada Universidad Libre de Pereira.

**Palabras clave**

Cláusulas abusivas, constructoras, contrato de promesa de venta, incumplimiento, responsabilidad

**Abstract**

On the occasion of technological, industrial, commercial and real estate development, among others; alternatives arise for consumers to access the goods and services offered by producers and /or distributors, as well as the facilities that those interested in acquiring properties that are planned to be built, since the construction companies offer a series of possibilities that they are attractive and, therefore, captivating those who want to own the new home offered; However, in the pre-contractual stage, the constructors have designed the respective pre-contract model, written in such a way that it only adapts to the needs of the same, leaving aside those of the consumer, who must adhere to this pre-contract without the option of modify them, although they may be considered abusive clauses, and even not generating the responsibility of the construction company against the breach by the same to the contract of sale promise.

**Keywords**

Responsibility- construction- breach – promise of sale contract- unfair terms

## **Introducción**

Es común ver que las constructoras realicen la preventa sobre planos de los bienes inmuebles, buscando de esta manera que las personas, puedan acceder a los mismos; con ello las constructoras obtienen parte del capital para finalizar sus obras, y las personas, ganan un porcentaje de valorización del inmueble; sin embargo, esta preventa sobre planos, da lugar a que el pretense adquirente firme un precontrato, al cual generalmente se adhiere, dado que previamente la constructora ha diseñado el respectivo modelo, cuyo contenido le beneficia en todo sentido, y protege de cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento al contrato de promesa de venta por parte de la misma.

En ese sentido, en los eventos en los que exista incumplimiento por parte de las constructoras, bien sea en el tiempo de entrega, en el precio, entre otras; aspecto sobre el cual se centra el presente artículo, las denominadas cláusulas abusivas y/o leoninas pactadas en la relación jurídica trabada entre vendedor y comprador, benefician y protegen a la constructora, de tal manera que las personas quedan desprotegidas y en ocasiones imposibilitadas a presentar cualquier tipo de acción legal correspondiente.

En este orden de ideas, se ha realizado un análisis de dos casos, en los cuales se advierten algunas de las cláusulas abusivas más utilizadas por las constructoras en los contratos de promesa de venta, lo cual deja entrever un estado de vulnerabilidad o desventaja de las personas frente a las constructoras; asimismo, como la responsabilidad de estas se limita a que los casos en que se presenten las cláusulas abusivas lleguen a una autoridad competente, de lo contrario la responsabilidad queda impune.

La presente investigación adquiere relevancia, toda vez que produce un impacto a nivel jurídico, social y académico. Desde la perspectiva jurídica, existe un aporte al tema de la contratación, referente a la mejora en las condiciones de la misma entre constructoras y personas; asimismo, una disminución de controversias de carácter contractual.

Finalmente, se advierte el impacto social y académico de la investigación, debido a que por un lado, la expansión de sus resultados representa la posibilidad para que la comunidad en general conozca los derechos de los cuales son acreedores al momento de ser parte en un contrato de promesa de venta suscrito con una constructora; por otro lado, tiene que ver con la adquisición de conocimientos y habilidades que permiten visualizar los aspectos a mejorar en el tema de la contratación con las constructoras, de tal forma que esta no genere una desventaja para ninguna de las partes.

### **Descripción del problema y metodología**

En Colombia la mayoría de las personas buscan comprar bienes inmuebles, ya sea apartamentos o casas, como una de las expectativas más importantes a nivel familiar; es por esto que las constructoras ofrecen diferentes alternativas y posibilidades que resultan atractivas para los compradores; sin embargo, en la etapa precontractual, las constructoras han diseñado el respectivo modelo del precontrato, olvidando la responsabilidad social que deben tener con las personas, toda vez que este se encuentra redactado de tal forma que solo se adapte a las necesidades de la misma, dejando a un lado las del consumidor, quien generalmente se adhiere a este precontrato, quedando en una situación de desventaja frente a la constructora.

En este orden de ideas, el problema del presente proyecto radica en que las personas quedan en un estado de vulnerabilidad o desventaja frente a las cláusulas consideradas abusivas de los contratos de promesa de venta que suscriben con las constructoras, al momento de acceder a los bienes inmuebles propuestos por estas; toda vez que las constructoras se aprovechan del desconocimiento, las necesidades y el afán de las familias por adquirir una vivienda, ya que cuando un consumidor decide comprar un inmueble, lo hace con base en el precio y las condiciones del inmueble; es decir, los aspectos económicos del contrato y no los jurídicos.

El presente proyecto, tiene una orientación jurídica, y la metodología utilizada es la documental o cualitativa, la cual según Ruiz (2012) constituye una estrategia que permite: “Investigar los fenómenos sociales en el que se persiguen determinados objetivos para dar respuesta adecuada a unos problemas concretos a los que se enfrenta esta misma investigación” (p. 23); asimismo: “Parte de los datos para intentar reconstruir un mundo”. (Ruiz, O, 2012,p. 23) en el presente caso, se parte del análisis de dos casos donde se advierten algunas de las cláusulas abusivas más utilizadas al momento de redactar el contrato de promesa de venta.

En el mismo sentido, el método utilizado en la presente investigación es el explicativo, toda vez que de acuerdo con Sampieri (2006) este: “Pretende establecer las causas de los eventos, sucesos o fenómenos que se estudian.” (p.126), y no solo estudia un tema o sus características, sino que profundiza en el mismo, explicando por qué ocurre y las condiciones en que se da, en el presente caso la responsabilidad de las constructoras frente al incumplimiento del contrato de promesa de venta, con ocasión de las cláusulas abusivas y/o leoninas.

## **Fundamentación teórica**

Previo a la presentación de los resultados o hallazgos de este artículo, se partirá del análisis de las principales teorías referentes a la investigación, con el fin de tener una idea general y poder llegar a las conclusiones; por lo tanto, las teorías corresponden a las de responsabilidad civil contractual, contrato de promesa de venta y cláusulas abusivas.

### **1. Teorías referentes a la responsabilidad civil contractual**

Para poder analizar las diferentes teorías sobre responsabilidad civil contractual, primero se debe conocer el significado de la palabra “responsabilidad” desde siempre según Adame (1998) deriva del verbo responder, y: “Esta se da cuando una persona, dueña de sus acciones, ha de dar cuentas a otras personas por el incumplimiento de sus deberes y las consecuencias que se deriven de ello.” (p. 121)

Ahora bien, en lo referente a la responsabilidad civil contractual, Reglero Campos (2008) considera que el criterio determinante de esta reside en la imputación, exponiendo: “Un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable” (p.52).

Asimismo, la responsabilidad civil contractual de conformidad a lo indicado por González (2013) se puede configurar como un deber de indemnizar donde existe un derecho de crédito del que es titular o acreedor, el perjudicado; y un deber de prestación del que es deudor, el responsable. Puede ser que este sea el mismo autor del daño, responsabilidad por “hechos

propios” y cabe que la responsabilidad recaiga sobre una persona distinta del autor del daño, responsabilidad por “hechos ajenos” (p.3).

De conformidad con los artículos 2056, 2060 numeral 3 y 2351 del Código Civil Colombiano, la responsabilidad civil contractual es aquella que se deriva de la celebración de un contrato, en virtud del cual una parte se obliga a construir determinada obra y la otra a pagar una remuneración; así mismo, la responsabilidad de las constructoras se acorta a estos artículos.<sup>3</sup>

Por su parte, los artículos 2060 y 2351 hacen referencia a la responsabilidad civil contractual, específicamente, por parte de las constructoras; es importante indicar que esta se encuentra muy limitada, toda vez que se acorta a estos artículos en el Código Civil Colombiano.<sup>4</sup>

Derivado de lo anterior, se puede indicar que los elementos de la responsabilidad civil son los sujetos, el hecho generador, que corresponde a la acción u omisión, la imputación, la cual atañe

---

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 2056. <INDEMNIZACION POR INCUPLIMIENTO>**. Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.

El presente artículo indica en qué situaciones se presenta la responsabilidad, dejando claro que cuando una de las partes no ejecute lo convenido o se retarde en su ejecución hay lugar a reclamar perjuicios.

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 2060. <CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS POR PRECIO ÚNICO>**. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

...3. Si el edificio parece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.

**ARTÍCULO 2351. <DAÑOS CAUSADOS POR RUINA DE UN EDIFICIO CON VICIO DE CONSTRUCCIÓN>**. Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3a. del artículo 2060.

al factor de atribución, el nexo causal y el daño. Frente a los anteriores elementos hay muchas teorías por analizar; sin embargo, para efectos del presente artículo se dará una definición puntual de nexo causal y daño.

En este orden de ideas, según Patiño (2008) el nexo causal se entiende como:

La relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla como responsable como consecuencia de su acción y omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa -efecto. (p.193)

Finalmente, para Bustamante (1998) el daño o menoscabo se define como la lesión de un bien o de un patrimonio en su aspecto económico, pecuniario o material como consecuencia directa de un hecho atribuible al autor.

## **2. Teorías referentes al contrato de promesa de venta**

Por otro lado, otra de las figuras jurídicas que se plantea estudiar es el contrato de promesa de venta, esta tiene una connotación relevante dentro de los negocios de propiedad raíz, toda vez que corresponde a uno de los primeros actos que los contratantes suscriben al momento de obtener la vivienda.

Según Pérez Fernández del Castillo (1990) el contrato de promesa de venta: “Ha sido denominado de diferentes maneras a saber; contrato preparatorio, precontrato, contrato preliminar, ante contrato, petición de contrato, opción e incluso contrato in contrahendo” (p.268)



sin embargo, para el desarrollo del presente artículo se utilizará el término contrato de promesa de venta.

El contrato de promesa de venta lo define Rocha Diaz (1974) como el: “Acuerdo de voluntades mediante el cual los sujetos se comprometen a la celebración posterior de un contrato de compraventa en unas condiciones estipuladas y en un plazo determinado”<sup>5</sup>. (p.623). Este contrato es el utilizado por las constructoras para asegurar que el interesado aporte un capital previo para la adquisición del bien inmueble, lo cual permite a la constructora capitalizarse y concluir los trabajos de construcción.

En el mismo sentido, este acuerdo de voluntades, según su naturaleza tiene las siguientes características; es típico, toda vez que se encuentra regulado en la legislación colombiana; contiene obligación de hacer, ya que tiene como objeto, comprometer a las partes en la realización de un negocio futuro; bilateral, porque requiere de dos extremos contractuales dispuestos a comprometer su voluntad en los términos del acuerdo; es conmutativo o sinalagmático, según Peña Nossa (2012) :“Debido a que cada una de las partes adquiere compromisos que deben ser cumplidos al tenor de los acuerdos estipulados en el mismo” (p.202); el contrato de promesa de venta al ser conmutativo, genera obligaciones y cargas contractuales que deben ser equivalentes y recíprocas para ambas partes, sin dejar a ninguno de los contratantes en condiciones de desventaja.

---

<sup>5</sup> De conformidad con el artículo 1611 del Código Civil colombiano, el contrato de promesa de venta cumple con los requisitos de validez y existencia esenciales de todos los contratos, los cuales son; que la promesa conste por escrito, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 <sic [1502](#)> del Código Civi, que la promesa contenga un plazo o condición que fije le época en que ha de celebrarse el contrato, y que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Adicionalmente, Peña Nossa (2012) indica que otros de los atributos del contrato de promesa de venta, es que sea un contrato oneroso, ya que versa sobre valores económicos; consensual, porque busca el acuerdo de las partes para su constitución; principal, toda vez que es independiente de cualquier acuerdo previo; finalmente, es preparatorio, ya que su celebración tiene un interés determinado, el cual es celebrar un contrato de compraventa de cosa futura, o sea que se puede decir que esta celebración es una etapa en el perfeccionamiento de este contrato.

En este orden de ideas, es importante mencionar que el contrato de promesa de venta, se compone de unas cláusulas que lo identifican, las cuales son esenciales, naturales y accidentales; las primeras, permiten el nacimiento a la vida jurídica del contrato y se refieren a los requisitos del artículo 1502 del Código Civil Colombiano.<sup>6</sup>

Por otro lado, se encuentran las cláusulas naturales, las cuales son inherentes al contrato de promesa de venta, tales como; el objeto, el precio, el plazo, la forma y lugar de pago, y la cláusula que conste que el bien inmueble que se va a adquirir se encuentra libre de cualquier tipo de gravámenes. (Rafael Rojina Villegas y Rafael Rojina Villegas, 2006).

---

<sup>6</sup> **ARTÍCULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>**. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Finalmente, las cláusulas accidentales, las cuales no pueden afectar la naturaleza del contrato y refuerzan sus condiciones, tales como; la cláusula penal, la cual según Ataya, Figueroa & Gamarra (2016):

podría decirse que es un acuerdo dentro del contrato que funciona como un seguro para las partes en cuanto al incumplimiento que pudiera llegar a presentarse, el cual, atendiendo los postulados de la buena fe, debe ser equilibrado y correlacionar con el valor del negocio, así como también estar contemplado en ambos sentidos, ya que si solo se fijase para uno de los extremos contractuales podría llegar a constituirse en una cláusula abusiva.

Las cláusulas abusivas corresponden a una de las principales temáticas del presente artículo; por lo tanto, se analizará más adelante.

Otras de las cláusulas accidentales de conformidad a lo indicado por Carrillo & Armas (2012), corresponde a las arras las cuales: “Son una figura que permite a las partes retractarse o abstenerse de realizar la celebración del contrato” (p.28). Estas pueden ser de retractación o confirmatorias y se encuentran reguladas en los artículos 1859 y 1861 del Código Civil Colombiano, respectivamente.

Ahora bien, no se puede dejar a un lado en el tema de las cláusulas lo indicado por Posada (2015), quien señala que en el ordenamiento jurídico colombiano se han identificado diversas clases de cláusulas que implican beneficios desmedidos, injustos e injustificados a favor del predisponente, y que colocan al adherente en una situación de mayor debilidad, este tema es parte central del presente artículo, toda vez que aunque el contrato de promesa de venta, según las características ya analizadas no corresponde a un contrato de adhesión, en la práctica se

refleja cómo algunas de sus cláusulas pueden constituirse como abusivas, y como las personas son por excelencia un adherente en las relaciones pre-contractuales en su deseo de adquirir vivienda.

### **3. Teorías referentes a las cláusulas abusivas**

Por último, la firma de un contrato de promesa de venta entre las personas y una constructora implica un riesgo para las personas que se traduce en el peligro de abuso en el contenido de las cláusulas que le son impuestas por las constructoras. Esta situación ocurre frecuentemente en los contratos inmobiliarios y estas cláusulas se denominan abusivas.

En este sentido, es importante indicar que en el derecho colombiano, los promitentes compradores que firman un contrato de promesa de venta, ostentan la calidad de consumidores, y quedarán sometidos al régimen de protección establecido en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), esta normatividad en su artículo 42 define a las cláusulas abusivas como: "Aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos" (Estatuto del Consumidor, 2011).

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-909/12, define a las cláusulas abusivas como aquellas que: "En función de su contenido, en condiciones generales o como adhesión, esto es, al no ser debatida y concertada, contravenga la buena fe en perjuicio del consumidor, por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes"<sup>7</sup>. Cabe resaltar, que el juzgamiento de las cláusulas abusivas es de

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia. (07 de noviembre de 2012). Sentencia C-909/12. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

orden constitucional, y esta corporación, expone que es deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC129-2018, alude a los requisitos de las cláusulas abusivas, e indica que corresponden a los siguientes:

- a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

Si se cumplen los anteriores requisitos, se considera ineficaz una estipulación, al evidenciar un desequilibrio contractual.

De acuerdo con Posada Torres (2015) las características generales de las cláusulas abusivas son las siguientes: en primer lugar, que la cláusula sea predispuesta, esto ocurre cuando es impuesta por el predisponente, en otras palabras, se trata de una cláusula que no es negociada por las partes.

En segundo lugar, que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato, para ello, Posada Torres (2015) afirma que:

El concepto de equilibrio contractual se encuentra estructurado sobre dos dimensiones: una económica y otra jurídica, en atención a las dos finalidades que cumple el contrato: como instrumento económico, que permite el intercambio, y como instrumento jurídico, a través del cual las partes fijan las reglas a las que se someterán voluntariamente para dirigir sus comportamientos hacia la satisfacción recíproca de sus intereses individuales. (p159)

En tercer lugar, el mismo autor señala que el desequilibrio generado sea injustificado, es decir, que no cualquier desequilibrio implica la existencia de cláusulas abusivas, sino que este debe ser relevante y debe alterar el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes.

Finalmente, que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe, el cual no solo impone a las partes tener conciencia e intención de obrar correctamente durante todas las etapas del contrato; sino, también, el deber de actuar de manera leal, honesta y transparente en todas las etapas: “Para asegurar la satisfacción tanto de sus propios intereses individuales como de los del otro contratante” (Posada, Torres, 2015).

### **3.1 Cláusulas abusivas más utilizadas en los contratos de promesa de venta suscritos entre personas y constructoras**

En el derecho del consumo según Gual (2009) la protección al contratante vulnerable que generalmente es el consumidor, nace como parte de la necesidad de evitar o controlar los riesgos propios de la contratación en masa, que por excelencia utiliza la figura del contrato de promesa de venta suscrito con las constructoras. (Gual 2009).

Es por lo anterior, que el artículo 43 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), establece las cláusulas abusivas que son ineficaces de pleno derecho, y en caso de que alguna de estas se encuentre plasmada en un contrato celebrado con un consumidor, se entenderá que la cláusula es abusiva de manera objetiva.

En la actualidad, existen tantas cláusulas abusivas como contratos elaborados por las constructoras, que son las que comúnmente preparan los contratos de promesa de venta; lo cual

advierte que en la práctica común de las constructoras se hace caso omiso a la normatividad, toda vez que se encuentra que estas cláusulas son utilizadas frecuentemente.

Es el caso de las cláusulas establecidas en el artículo 43, numeral 5 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), la cual se considera abusiva porque establece que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado.

En la práctica del sector inmobiliario es frecuente encontrar esta cláusula específicamente al momento en que las constructoras incumplen con la entrega en tiempo y forma de los bienes inmuebles.

Un asunto concreto que refleja lo anterior, es el correspondiente al promovido por la ciudadana Adriana Álvarez Peláez Vs. Constructora Alpes S.A., mediante el cual, la accionante acude a la justicia arbitral debido a un incumplimiento de las obligaciones contraídas por el promitente vendedor (la constructora) consistente en la no firma de la escritura pública de venta y entrega del inmueble.

En el presente caso, la árbitro resuelve, entre otras cosas, declarar la resolución del contrato, por haberse demostrado que ambos contratantes incumplieron lo pactado en la promesa de compraventa.

En este sentido, la arbitro indica que la promitente vendedora incumplió el contrato por cuanto ni entregó el inmueble ni firmó la correspondiente escritura pública, ni estuvo presta a hacerlo en los términos en que el contrato especificó; asimismo, la parte promitente compradora a pesar de haber logrado la condición de adquirir la aprobación del crédito tal como se había pactado en la promesa de compraventa, y que por si fuera poco en su condición de parte

compradora emitió sendos pagares, a pesar de todo ello la compradora tampoco allegó al proceso la certificación de la notaria donde conste que efectivamente se presentó a la hora y fecha acordada a firmar la correspondiente escritura pública de venta...(caso Adriana Álvarez Peláez Vs. Constructora Alpes S.A, 2009).

Si bien el asunto referido data del 2009, fecha en la cual no entraba en vigor el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), lo cierto es que pone en evidencia la presencia de las cláusulas abusivas en los contratos de promesa de venta suscritos entre las personas con las constructoras; específicamente, la correspondiente al incumplimiento con la entrega en tiempo y forma de los bienes inmuebles por parte de las constructoras; asimismo, como la responsabilidad de las constructoras se limita a que la controversia llegue a una instancia competente para dirimir, o a que la persona encargada se base en requisitos de forma para declararla.

Anteriormente en Colombia los contratos de promesa de venta únicamente se encontraban regulados por el Código Civil Colombiano; actualmente, estos se rigen por las normas civiles y el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011); por lo tanto, dichos contratos deben ajustarse a lo prescrito en el código y cumplir con las normas de protección al consumidor.

Por otro lado, es habitual encontrar la cláusula establecida en el artículo 43, numeral 9 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), la cual es abusiva porque presume cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.



La anterior cláusula se presenta específicamente al momento en que las constructoras fijan el precio en el modelo de contrato de promesa de venta, toda vez que estas se legitiman contractualmente para reajustar el valor del inmueble, el cual debe ser fijo y único.

Un caso concreto que refleja lo anterior, es el correspondiente a la Resolución número 39305 de 2017, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, mediante la cual la accionante (consumidora) denuncia un posible incumplimiento por parte de una constructora, entre otros, al numeral 9 del artículo 43 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) por la inclusión en el contrato de promesa de venta de la siguiente cláusula abusiva:

**SEGUNDA. PRECIO:** El precio total de la venta prometida se ha convenido entre las partes en la suma de: **PESOS (\$ ) mcte. EL (LOS) PROMITENTE (S) COMPRADOR (ES), cancelará (n) AL PROMITENTE VENDEDOR** así:

Una cuota inicial del (20%) sobre el valor pactado de compra, o sea la suma de: **PESOS MCTE (\$ )**, la cual cancelará así: **PESOS (\$ ) MCTE**, el saldo de la cuota inicial o sea la suma de **PESOS MCTE (\$ )**, **que deberá consignar en cuotas mensuales y estos no pueden ser inferior al 2% del valor de la cuota inicial pactada del 20% (...)** La cuota inicial deberá estar cancelada en su totalidad para la firma de la escritura y entrega de la respectiva vivienda. **El incumplimiento en el pago de las cuotas mensuales en (2) ocasiones, durante el transcurso de la presente negociación, hasta la entrega de la vivienda, dará motivo suficiente para que el PROMITENTE VENDEDOR, reajuste el valor de la venta de la vivienda hasta en un seis (6%); en igual forma, cuando la valorización de las viviendas durante el proceso de construcción, supera el 20% del valor de la venta, EL PROMITENTE VENDEDOR, podrá reajustar el valor de la anterior en un 6% el valor inicial pactado...** (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 39305, 2017)

La Superintendencia de Industria y Comercio indicó que la anterior cláusula da lugar a que el consumidor soporte un posible desequilibrio injustificado en detrimento de sus intereses y su patrimonio; asimismo expresó que el 40% de las quejas recibidas del proyecto objeto del

litigio, también podrían estar relacionadas con las cláusulas estudiadas en la resolución referida. (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 39305, 2017). En consecuencia, imputó la responsabilidad a la constructora y le dio la razón a la accionante.

Derivado de lo anterior, se advierte que, en la etapa de firma de contrato de promesa de venta entre personas con las constructoras, las cláusulas abusivas no están ausentes; por el contrario, son frecuentes en la práctica y actualmente son sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio; es decir, si bien existe la ley, lo cierto es que en la práctica las constructoras hacen caso omiso a la misma.

Adicionalmente, se advierte que la responsabilidad de las constructoras frente al incumplimiento del contrato de promesa de venta con ocasión a las cláusulas abusivas y/o leoninas se encuentra limitada a los casos que llegan a una autoridad competente para dirimirlos, pero, ¿qué sucede con los casos que no llegan hasta esta instancia? o con los que llegan, pero la persona encargada de resolverlos se limita a algún requisito de forma para poder declarar una responsabilidad como es el caso ya referido de la ciudadana Adriana Álvarez Peláez Vs. Constructora Alpes S.A.

Teniendo en cuenta lo anterior, se resalta la importancia de la protección que se le debe dar a las personas en la fase precontractual, ya que como lo indica Lorenzetti (2009) es: “Allí donde se forma la manifestación de voluntad del consumidor” (pp 73 y 200), y que, dado el uso de las cláusulas abusivas redactadas por las constructoras este último necesita una especial protección por su estado de vulnerabilidad.

## **Resultados o hallazgos**

Uno de los principales hallazgos encontrados en la presente investigación, tiene que ver con que existen diferentes teorías, jurisprudencia y normas que fundamentan el presente artículo de reflexión, las cuales son; teorías sobre responsabilidad civil contractual, el contrato de promesa de venta y las cláusulas abusivas y/o leoninas.

Para empezar, en lo referente a la teoría de responsabilidad civil contractual, esta parte de la definición de responsabilidad, permite conocer la existencia de los diferentes elementos que la conforman, tales como: los sujetos, el hecho generador, la imputación, el nexo causal y el daño. Asimismo, como la responsabilidad civil contractual se encuentra establecida en los artículos 2056, 2060 numeral 3 y 2351 del Código Civil Colombiano.

Al mismo tiempo, de la teoría del contrato de promesa de venta se desprende sus diferentes denominaciones, naturaleza, características, atributos y cláusulas que lo identifican, tales como: las esenciales, naturales, accidentales y las cláusulas abusivas que no faltan en los referidos contratos. Adicionalmente, los requisitos esenciales del contrato de promesa de venta establecidos en el artículo 1502 del Código Civil Colombiano.

De la misma forma, acerca de la teoría de las cláusulas abusivas, se advierte que en Colombia la principal definición se encuentra en el artículo 42 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), y de esta se desprenden sus principales características objeto de diferentes teorías, tales

como: que la cláusula sea predispuesta, que genere un desequilibrio jurídico en el contrato, que este sea injustificado; finalmente, que sea contraria al principio de la buena fe.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Justicia, definen las cláusulas abusivas y los requisitos de las mismas; lo anterior, en las sentencias C-909/12 y SC129-2018 respectivamente.

Cabe destacar que, se realizó el análisis de dos casos; el primero correspondiente a Adriana Álvarez Peláez V/S Constructora Alpes S.A de 2009, en el cual se identifica la cláusula establecida en el artículo 43, numeral 5 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), la cual se considera abusiva porque expresa que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado.

El segundo caso correspondiente a la Resolución 39305 de 2017, en el cual se identifica la cláusula establecida en el artículo 43, numeral 9 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), la cual es abusiva porque presume cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.

De los anteriores casos se advierte que a pesar de la existencia de las diferentes normas como son el Código Civil Colombiano y el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), en la práctica de las constructoras es frecuente la utilización de las cláusulas abusivas en la redacción de sus contratos de promesa de venta.

Al mismo tiempo, se deja entrever que la responsabilidad de las constructoras frente al incumplimiento del contrato de promesa de venta con ocasión a las cláusulas abusivas y/o leoninas se encuentra limitada a los casos que llegan a una autoridad competente para dirimirlos.

Ahora bien, de los casos estudiados y analizados se tienen que son dos; sin embargo, en la práctica jurídica, se advierte que las constructoras se aprovechan del desconocimiento de los consumidores para someterlos a condiciones desventajosas, castigando fuertemente los incumplimientos de su parte, pero liberando a la constructora en caso de una responsabilidad a la que incurra esta.

Adicionalmente, si bien la normatividad que regula el presente tema, no es tan amplia, esta es clara; no obstante, evidentemente en la práctica las constructoras omiten dichas normas, lo cual se advierte en los contratos de promesa de venta de las mismas, los cuales en su contenido presentan diferentes cláusulas abusivas; lo anterior deja entrever que se requiere de la aplicación estricta de estas normas, para que no quede limitada la responsabilidad de las constructoras; por el contrario, cuando se infrinja la norma, se apliquen las sanciones correspondientes.

Por último, y no por ello menos importante, se debe tener en cuenta que la mayoría de colombianos obtienen su vivienda a través de los proyectos que ofrecen las constructoras, esto por los beneficios que conlleva para ambas partes; por lo que es menester la protección que se le debe brindar a las personas en la fase precontractual, dado el uso de las diferentes cláusulas

abusivas redactadas por las constructoras en esta, dejando a la persona en un estado de vulnerabilidad.

### **Conclusiones y recomendaciones**

De acuerdo con los hallazgos encontrados en el desarrollo del presente artículo, se puede concluir lo siguiente:

Existe diferente jurisprudencia que se encarga de definir las cláusulas abusivas, así como sus características; asimismo, se advierte que el juzgamiento de estas cláusulas es de orden constitucional, y la Corte Constitucional expone que es deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En el mismo sentido, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran diferentes normas tales como: el Código Civil Colombiano y el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), las cuales regulan la responsabilidad de las constructoras, así como el contrato de promesa de venta suscrito entre las personas con estas; sin embargo, las constructoras en la práctica hacen caso omiso a dichas normas, toda vez que se evidenció el uso frecuente de las cláusulas abusivas por parte de las mismas en la redacción de sus contratos de promesa de venta.

En este orden de ideas, se evidenció el estado de vulnerabilidad o desventaja de las personas frente a las cláusulas abusivas de los contratos de promesa de venta que suscriben con las constructoras; es por ello que cobra importancia la protección que se le debe dar a las personas en la fase precontractual.

Por consiguiente, se recomienda que las constructoras en el ejercicio de sus funciones, tengan responsabilidad social y ética empresarial con las personas que adquieren sus bienes inmuebles; asimismo, que estas den un cumplimiento estricto e innegociable a dicha responsabilidad, teniendo en cuenta que aunque su fin es con ánimo de lucro, en muchos casos se está tratando con el mayor sueño de las personas y con el derecho fundamental a que tengan una vivienda digna de conformidad al artículo 51 de la Constitución Política de Colombia; y es habitual encontrarse con constructoras que con el uso de las cláusulas abusivas en sus contratos de promesa de venta violan estos principios.

Adicionalmente, se recomienda que las constructoras en Colombia envíen para revisión y posterior aprobación a un órgano competente, el respectivo modelo de contrato de promesa de venta que utilizan; por ejemplo, en el caso de Bogotá D.C, estos contratos comunmente son enviados a la Secretaría del Habitat. En consecuencia, las personas tendrían la facultad de exigir la respectiva autorización del documento al cual van a adherirse.

Por último, se sugiere que las personas que pactan contratos con inmobiliarias conozcan cuáles son sus derechos, para que en la fase de negociación con las constructoras no permitan que les impongan las cláusulas abusivas, las cuales no están permitidas por las normas, o en caso de que se lleguen a ver inmersos en una situación de esas puedan demandar los contratos por las acciones o vías legales correspondientes en Colombia.

Como consecuencia de lo anterior, se evitan situaciones que dejen en desventaja a alguna de las partes contratantes e incluso que se vulneren derechos con las diferentes cláusulas que se acuerden. Asimismo, permite una mejora en las condiciones contractuales entre personas y constructoras; por lo tanto, una disminución de controversias de carácter contractual.



## **Bibliografía**

Adame, J. (1998). *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill.

Ataya, A., Figuera, C., & Gamarra, H. (2016). *La compraventa de cosa futura, una herramienta jurídica para la obtención de vivienda en Colombia*. Universidad Cooperativa de Colombia Sede Arauca, Facultad de Derecho.

Bustamante, A, J. (1998). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ed.

Abeledo-Perrot..

Carrillo, A., & Armas, M. (2012). *El Incumplimiento del Contrato de promesa de Compraventa y sus Consecuencias Jurídicas* (tesis de pregrado). Universidad Regional Autónoma de los Andes “Uniandes”. Ecuador.

Código Civil Colombiano. (2020) 44 ed. Bogotá: Legis.

Corte Constitucional de Colombia. (07 de noviembre de 2012). Sentencia C-909/12. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (06 de diciembre de 2018). Sentencia SC129-2018. [MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]

Gual, J. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución.

*IUSTA*. Número 30., Recuperado de

<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3055>

González, R. (2013). Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVI (2013) 203-214 / ISSN: 1133-3677.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Cuarta Edición. México D.F: Mcgraw hill.

Patiño, H. (2008). Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia.  
*Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración*. n.º 14. 193-217.  
Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898>

Peña Nossa, L. (2012). *Contratos mercantiles*. Bogotá: Temis- Santo Tomás.

Pérez Fernández del Castillo, B. (1990). *El contrato de promesa*. México: Recuperado de  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4048>

Posada, Torres. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* n.º 29. 141-182. Recuperado de  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>

Reglero, Campos, L. (Coord.). (2008). *Conceptos generales y elementos de delimitación en Tratado de responsabilidad Civil*. Pamplona: Thomson Aranzadi.

Rocha Diaz, S. (1974), Contrato de Promesa. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Número 6, 621-636. Recuperado de  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/6/pr/pr19.pdf>

Ruiz, O, J. (2012), *Metodología de la investigación cualitativa*. Quinta edición. Universidad de Deusto, Bilbao.

Superintendencia de Industria y Comercio. (05 de julio de 2017). Resolución 39305.

