



**Consumidor inmobiliario de vivienda: la prevención y la reparación del daño
originado en las fallas de las edificaciones**

Kímberly espinosa

Trabajo de grado presentado para optar al título de Magíster en Derecho

Tutor

Verónica María Echeverri Salazar, Magister en Derecho.

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2021

Cita	(Espinosa, 2021)
Referencia	Espinosa, K (2021). <i>Consumidor inmobiliario: la prevención y la reparación del daño originado en las fallas de las edificaciones</i> [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Maestría en Derecho, Cohorte X.

Grupo de Investigación Derecho y Sociedad.



Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: Jhon Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Luquegi Gil Neira.

Jefe departamento: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Agradecimientos

A la Universidad de Antioquia, cuyas aulas espero habitar por siempre, por inculcar en mí el espíritu crítico y compromiso social que motivó el interés por esta investigación. A mi directora de investigación, por la paciencia y el apoyo académico y emocional.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	5
2.1 El surgimiento de los derechos del consumidor	5
2.2 Los derechos del consumidor en Colombia	9
2.3 La protección del consumidor en relación con las fallas de las edificaciones destinadas a vivienda	13
2. LA RELACIÓN DE CONSUMO INMOBILIARIO DE VIVIENDA.....	16
2.1 El consumidor inmobiliario de vivienda.....	17
2.2. El productor y proveedor inmobiliario de vivienda.....	21
2.3. El inmueble destinado a vivienda como bien de consumo	26
2.3.1 Estructura.....	27
2.3.2 Acabados.....	29
2.3.3 Elementos no estructurales	31
2.3.4 Líneas vitales	33
3. INSTRUMENTOS PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO AL CONSUMIDOR ORIGINADO EN LAS FALLAS LAS EDIFICACIONES	34
3.1 El proceso de licenciamiento de las edificaciones.....	34
3.2 Control urbanístico	46
3.3 Supervisión técnica independiente	49
3.4 Certificación técnica de ocupación y autorización de ocupación de inmuebles ...	52
3.4.1 Certificación técnica de ocupación	54
3.4.2 Autorización de ocupación de inmuebles.....	55
3.5 Conclusiones sobre la protección del consumidor inmobiliario de vivienda en el marco de los instrumentos para la prevención del daño originado en las fallas de la construcción	57
4. INSTRUMENTOS PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO AL CONSUMIDOR ORIGINADO EN LAS FALLAS DE LAS EDIFICACIONES.....	62
4.1 La garantía legal	62
4.2 La garantía legal de inmuebles en Colombia	65
4.2.1 Aspectos que comprende la garantía legal.....	65
4.2.1.1 Calidad.....	67
4.2.1.2 Idoneidad	71

4.2.1.3	Seguridad	72
4.2.2	Responsables de la garantía legal.....	78
4.2.3	Términos de garantía legal.....	82
4.2.4	La garantía legal y la responsabilidad objetiva.....	87
4.2.5	Acciones derivadas de la garantía legal en materia de derechos del consumidor..	88
4.2.5.1	Acciones populares y acciones de grupo.....	89
4.2.5.2	Acción de protección al consumidor para la efectividad de la garantía.....	91
4.2.5.2.1	Presupuestos y alcances de la acción	92
4.2.5.2.2	Requisito de procedibilidad.....	93
4.2.5.2.3	Legitimación de la acción	93
4.2.5.2.4	Cargas probatorias	94
4.2.5.2.5	Competencia.....	95
4.2.5.2.6	Caducidad de la acción	95
4.2.5.2.7	Trámite de la acción.....	95
4.2.5.2.8	Acción de protección al consumidor para la efectividad de la garantía de inmuebles	96
4.2.5.3	Acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos.....	100
4.2.5.3.1	Naturaleza de la responsabilidad por productos defectuosos.....	101
4.2.5.3.2	Elementos estructurantes de la responsabilidad por daños por productos defectuosos.....	102
4.2.5.3.2.1	El defecto del bien.....	103
4.2.5.3.2.1.1	Defectos de diseño.....	104
4.2.5.3.2.1.2	Defectos de fabricación o construcción	105
4.2.5.3.2.1.3	Defectos de embalaje, información o presentación	105
4.2.5.3.2.2	El daño.....	106
4.2.5.3.2.3	El nexo de causalidad	107
4.2.5.3.3	Requisitos de procedibilidad	108
4.2.5.3.4	Legitimación de la acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos.....	108
4.2.5.3.5	Competencia y trámite de la acción.....	111
4.2.5.3.6	Caducidad de la acción	112
4.2.5.3.7	Responsabilidad por productos defectuosos en materia de inmuebles.....	113
4.2	Garantía decenal	115

4.3	Amparo de perjuicios patrimoniales	121
4.3.1	Características de los mecanismos de amparo	127
4.3.2	Tipos de mecanismos de amparo	128
4.4	Conclusiones sobre la protección del consumidor inmobiliario de vivienda en el marco de los instrumentos para la reparación del daño originado en las fallas de la construcción	131
5.	CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES	137
6.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES	142
	ANEXOS.....	147

RESUMEN

Hechos como los ocurridos con los edificios Space (2013) y Bernavento (2018) en la ciudad de Medellín, han puesto de relieve las actuaciones indebidas de los constructores frente al consumidor en cuanto a la calidad y seguridad de las edificaciones que se están desarrollando en el país.

Estas circunstancias, y los altos índices de edificabilidad en Colombia, generan un llamado a observar desde un punto de vista jurídico los procedimientos que se llevan a cabo en torno a la construcción de una vivienda, y los derechos que tienen los consumidores cuando se presentan fallas en las edificaciones.

El análisis de estos procedimientos y derechos se estructuró desde un punto de vista preventivo y de reparación del daño, atendiendo en lo preventivo a todas aquellas actividades o mecanismos que se implementan desde la concepción del proyecto inmobiliario hasta su entrega al consumidor; y en los mecanismos de reparación, aquellos orientados a devolver a los inmuebles las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, frente a los daños o defectos, que se presenten en los diversos elementos que lo componen, además de aquellos instrumentos orientados a la devolución de lo pagado, cambio del bien o la indemnización al consumidor inmobiliario, cuando no es posible la reparación o se cumplen los presupuestos de ley para solicitar tal cambio o devolución.

Desarrollado este análisis bajo el método de análisis-síntesis, se concluye que si bien existe en Colombia un marco de regulación tendiente a la protección del consumidor, que puede aplicarse al sector inmobiliario y ayudar a crear criterios de interpretación favorables al consumidor, lo cierto es que las leyes 400 de 1997 y 1480 de 2011 han adoptado algunas definiciones sobre conceptos como estructura y acabados de las edificaciones, que pueden dar lugar a que los consumidores inmobiliarios de vivienda no tengan una garantía suficiente para todos aquellos elementos que no corresponden a la estructura de la edificación y que pueden ser fundamentales para su habitabilidad. Esto puede representar que no se haga efectivo el derecho de los consumidores a tener una reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos.

Se destaca que el contenido de la norma de sismo resistencia en Colombia NSR-10 puede ofrecer una importante garantía de seguridad en las edificaciones, y que con la Ley 1796 de 2016 (Ley de vivienda segura) se avanzó en la adopción de algunas medidas para la protección del comprador de vivienda; sin embargo, en ella se encuentra una clara tendencia a dejar el control urbanístico en cabeza de agentes particulares, respecto de los cuales no se tomaron medidas adecuadas para garantizar su independencia de los constructores y dueños de las obras, lo cual puede generar efectos sobre las condiciones de calidad y seguridad de los inmuebles destinados a vivienda.

Palabras clave: consumidor, vivienda, daños, construcción, Ley 1796 de 2016.

ABSTRACT

Facts such as those that occurred with the Space (2013) and Bernavento (2018) buildings in the city of Medellín, have highlighted the improper actions of the builders against the consumer in terms of the quality and safety of the buildings that are being developed in the country.

These circumstances, and the high buildable rates in Colombia, generate a warning to observe from a legal point of view the procedures that are carried out around the construction of a house, and the rights of the consumers when there are failures in the buildings.

The analysis of these procedures and rights was structured from a preventive and damage repair point of view, taking into account, in the preventive view, all those activities or mechanisms that are implemented from the conception of the real estate project to its delivery to the consumer; and in the damage repair mechanisms, those aimed at returning the buildings the conditions of quality, suitability and safety, against damages or defects, which appear in the various elements that compose them, in addition to those instruments aimed at the return of what was paid, exchange of the good or the compensation to the real estate consumer, when the repair is not possible or the requirements of law are fulfilled to request such change or refund.

Developing this analysis under the analysis-synthesis method, it is concluded that although there is a regulatory framework in Colombia aimed at consumer protection, which can be applied to the real estate sector and help to create interpretation criteria beneficial to the consumer, the truth is that laws 400 of 1997 and 1480 of 2011 have adopted some definitions on concepts such as structure and finishes of buildings, which may lead to real estate consumers of housing not having a sufficient guarantee for all those elements that do not correspond to the structure of the building and that can be fundamental for its habitability. This may represent that the right of consumers to have a comprehensive, timely and adequate reparation of all the damages suffered is not realized.

It is highlighted that the content of the earthquake resistance rule in Colombia NSR-10 can offer an important guarantee of safety in buildings, and that with Law 1796 of 2016 (Safe House Law) progress was made in the adoption of some regulation for the protection of the home buyer; however, there is a clear tendency to leave urban control in the head of private agents, with respect to whom adequate measures were not taken to guarantee their independence from the builders and owners of the works, which can generate effects on the quality and safety conditions of the properties intended for housing.

Keywords: consumer, housing, damage, construction, Law 1796 of 2016.

1. INTRODUCCIÓN

Adquirir una vivienda es tal vez uno de los mayores anhelos de muchas personas y familias, y al mismo tiempo es una de las mayores inversiones que pueden realizar en su vida. Es por eso, que hechos como los ocurridos con los edificios Space (2013) y Bernavento (2018) en la ciudad de Medellín, han puesto de relieve las actuaciones indebidas de los constructores frente al consumidor en cuanto a la calidad y seguridad de las edificaciones que se están desarrollando en el país.

Estas circunstancias, y los altos índices de edificabilidad que hay en Colombia¹, generan un llamado a observar desde un punto de vista jurídico los procedimientos que se llevan a cabo en torno a la construcción de una vivienda, y los derechos que tienen los consumidores cuando se presentan fallas en las edificaciones.

Es por esto, que el objetivo de este trabajo se ha diseñado en torno a analizar los mecanismos de protección al consumidor inmobiliario de vivienda en el ordenamiento jurídico colombiano, esto desde un punto de vista preventivo y desde un punto de vista de la reparación de los daños originados en las fallas de la construcción.²

Para estos efectos, en primera medida se realizará una contextualización sobre el derecho del consumidor, destacando la importancia de su protección como un sujeto que se encuentra en una situación de debilidad negocial frente a los productores y proveedores. Esta contextualización finalizará con una decantación de aquellos derechos que se consideran se le deben garantizar a los consumidores en relación con la calidad y seguridad de las edificaciones.

Abordado esto, se procederá entonces con la descripción de lo que hemos denominado la relación de consumo inmobiliario de vivienda, esto es, aquella relación en la cual un consumidor adquiere

¹ En el año 2019 se aprobaron en Colombia 18.141.407 m² para la construcción de vivienda, correspondientes al desarrollo de 206.653 unidades de vivienda, de las cuales 97.474 unidades correspondieron a vivienda de interés social, y 109.179 unidades a vivienda diferente de interés social (Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE-, 2020, p. 19)

² Es importante destacar que el consumidor en materia de adquisición de vivienda puede estar expuesto a diversos riesgos, que se pueden presentar en la etapa precontractual o de formación del contrato (sobre todo en relación con los deberes de información de los profesionales), en la etapa contractual, y en la etapa post contractual; sin embargo, se aclara que la protección que aquí se analiza, está relacionada con las fallas de la edificación.

un inmueble destinado a vivienda, y esta es construida y vendida por un profesional de la actividad inmobiliaria. En este apartado se dedicará un análisis individual al consumidor inmobiliario de vivienda, al productor y proveedor de los inmuebles destinados a vivienda, y finalmente se realizará una descripción de los inmuebles como bien de consumo, desarrollando cada uno de los elementos que componen por regla general una edificación.

Teniendo entonces el panorama de la relación de consumo inmobiliaria, se desarrollará el análisis de los que, para efectos de este trabajo, han sido denominados instrumentos para la prevención del daño originado en las fallas de las edificaciones. En este capítulo se abordarán todas aquellas actividades que se despliegan desde que se concibe el proyecto inmobiliario hasta que se entrega al consumidor; entre estas actividades se presentan especialmente: el proceso de licenciamiento de las construcciones, el control urbanístico, la supervisión técnica, la certificación técnica de ocupación y la autorización de ocupación de inmuebles. Al finalizar este capítulo se presentarán algunos comentarios sobre la protección del consumidor inmobiliario en el marco de los instrumentos para la prevención del daño.

Posteriormente se presentarán los que se han denominado: instrumentos para la reparación del daño originado en las fallas de las edificaciones. En este capítulo se realizará una descripción de aquellos instrumentos o mecanismos orientados a devolver al inmueble las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad después de ocurridas las fallas o daños en cualquiera de los elementos que lo componen; además se abordarán aquellos instrumentos orientados a la devolución de lo pagado, cambio del bien o la indemnización al consumidor inmobiliario, cuando no es posible la reparación o se cumplen los presupuestos de ley para solicitar tal cambio o devolución.

En este capítulo se abordará el régimen general de garantías en materia de derechos del consumidor, y las garantías específicas en materia de inmuebles en el ordenamiento jurídico colombiano, y posteriormente, en los capítulos siguientes, se analizará la responsabilidad decenal del constructor establecida en el artículo 2060 del Código Civil colombiano, y el amparo de perjuicios patrimoniales que ha sido creado en la Ley 1796 de 2016 como mecanismo de traslado de los riesgos o destinación de patrimonio para cubrir los perjuicios derivados de la ruina actual o potencial de los inmuebles. En el apartado final de este capítulo, con base en el concepto de

protección al consumidor inmobiliario, se presentarán algunos comentarios y críticas sobre la forma en que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico colombiano estos instrumentos para la reparación del daño.

Tanto en capítulo destinado a los instrumentos preventivos como en aquel destinado a los instrumentos para la reparación del daño, en lo correspondiente, se hará un especial análisis de aquellos mecanismos que fueron implementados en la Ley 1796 de 2016 o Ley de vivienda segura (en adelante Ley 1796), la cual surgió en gran medida a raíz de lo ocurrido con el Edificio Space en Medellín, y cuyas medidas están orientadas a la protección del comprador de vivienda.

En un apartado final, se realizarán unas breves conclusiones y propuestas en torno a la forma en que está concebida la protección del consumidor inmobiliario de vivienda en Colombia, en relación con los instrumentos para la prevención y para la reparación del daño originado en las fallas de las edificaciones.

Esta investigación se desarrolló a través de un enfoque cualitativo, ya que estuvo centrada en actividades de análisis y descripción de corte dogmático, partiendo de descripciones de marcos normativos y realizando una explicación e interpretación de los mismos apoyada en fuentes doctrinales. Las normas y la doctrina que sirvieron de base para este trabajo, se acompañan para obtener el resultado final, de las experiencias personales de la investigadora y las ideas y conceptos que surgieron de discusiones con expertos.

La técnica de la investigación utilizada fue documental (rastreo documental, análisis de contenido y análisis intertextual) y los documentos objeto de análisis fueron: normas, jurisprudencia, doctrina e informes institucionales realizados por el Gobierno Nacional.

Estos documentos fueron organizados y sistematizados en carpetas digitales, que fueron distribuidas según su adecuación a las categorías diseñadas para la investigación. La recolección y generación de la información que surgió del análisis documental, fue consignada en fichas bibliográficas diseñadas para tal efecto.

El análisis documental, aunque preponderante en la investigación, fue acompañado por una técnica conversacional, ya que se realizaron algunas entrevistas a profesionales de la ingeniería civil y la

arquitectura con el fin de obtener algunos conceptos y claridades a nivel técnico, necesarios para el desarrollo de la investigación, y medir su percepción sobre la forma en que está regulados algunos aspectos de la reglamentación urbanística e inmobiliaria en Colombia.

Finalmente, el método de la investigación implementado fue de análisis-síntesis, pues con la investigación se pretendía realizar una descomposición de todo el marco normativo relacionado con la protección del consumidor inmobiliario, para analizar cada uno de sus procesos y componentes y establecer conclusiones sobre la forma en que está regulado; esto para luego analizar si estos procesos y componentes están adecuados a la protección del consumidor, de manera que, se partió de una serie de presupuestos normativos, para obtener una serie de conclusiones.

2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2.1 El surgimiento de los derechos del consumidor

Las circunstancias que dieron lugar al surgimiento de los derechos del consumidor, se encuentran necesariamente ligadas a la revolución industrial que se produjo desde mediados del siglo XVIII, ya que los procesos de transformación económica que se desencadenaron en esta época, generaron la concentración de capitales y los cambios en las tendencias de producción, pasando de economías de base agrícola a economías de base industrial, facilitando entre otras cosas la consolidación del capitalismo.

Esta transformación y la acumulación de capitales, aceleró los procesos de producción generando elaboración de bienes en masa, llevando al mercado muchos más bienes de lo que este demandaba, originando así lo que se ha conocido como sociedades de consumo.

Señala Martínez De Aguirre (1994, p. 36), que estas sociedades de consumo generaron varias consecuencias, entre ellas, un cambio en las estructuras de producción, de manera que las empresas ya no producían teniendo como base la necesidad o demanda del mercado, sino que fue el mercado el que debió adaptarse a la producción de las industrias, esto se logró (y se logra en la actualidad) a través de la captación de consumidores mediante la utilización de nuevas técnicas de mercadeo y publicidad, y por el fácil acceso a los mecanismos de financiación; todo esto facilitado además por la reducción de la vida útil de los bienes (obsolescencia programada).

Para este autor, la incorporación de nuevos métodos de producción, lleva a que intervengan diversos actores en la fabricación y comercialización de los productos, lo que genera un mayor distanciamiento entre quien produce y el destinatario final; y a su vez, genera en muchas ocasiones un desconocimiento del producto por parte del distribuidor que se lo traslada al consumidor bajo estas circunstancias.

Como otra consecuencia de la revolución industrial, se presenta también la sofisticación de algunos productos, que dados los procesos de innovación, se hacen más especializados y, por ende, el

consumidor posee poca información sobre ellos, en contraposición al productor o proveedor que se encuentran en su esfera de dominio.

La revolución industrial trajo consigo un tránsito del feudalismo al liberalismo económico, y la masificación del contrato (por la masiva producción y comercialización de bienes y servicios), de manera que se generó también un tránsito de los contratos de libre discusión a la contratación masiva mediante mecanismos jurídicos de contratación estandarizada y condiciones generales de los contratos.

Estos nuevos mecanismos jurídicos eran utilizados por la necesidad de una optimización y economía de las estructuras empresariales, lo cual en cierta medida se justifica pues frente a la comercialización masiva de productos se hace prácticamente imposible disponer las condiciones contractuales particulares para cada bien o servicio.

[E]l impulso de la masificación contractual que proviene del lado de las empresas tiene dos tendencias: una saludable; que consiste en racionalizar los medios o instrumentos jurídicos de colocación de productos en el mercado; otra, que tiene un efecto concentrador que, al unirse al espíritu de lucro consustancial a la empresa privada, puede llevar al abuso de la posición de predominio en el mercado, al utilizar aquellos mecanismos de racionalización contractual para sacar provecho indebido de ellos. (Vega Mere, 2001, p. 534).

Estos abusos de posición de posición dominante predominantes durante la revolución industrial encontraban sustento en un modelo de estado liberal predominante para la época, el cual se encontraba edificado bajo los postulados de la voluntad, la autonomía y la igualdad formal entre los individuos, de manera que el estado no podía intervenir en las relaciones negociales aunque “existiese desproporción entre las prestaciones: eso era lo querido por las partes. No importaba si, en los hechos, existían diferencias reales entre la condición económica de los contratantes.” (Vega Mere, 2001, p. 530).

De esta manera, primaba la visión tradicional de la formación contractual donde dos partes discuten libremente y bajo una idea de igualdad las condiciones del mismo, donde no hay imposiciones ni abuso de posiciones.

A estos principios de libertad e igualdad, según la concepción dominante de la época, se llegaba a través del uso exclusivo de la razón humana, los cuales devinieron en una de las ideas fundamentales que se desarrollaban a partir de la racionalidad humana: la autonomía de la voluntad. (Echeverri Salazar, 2010, p. 131).

En el modelo liberal de contrato, solo se consideran como límites del orden público la seguridad, la salud y el control, este se instauró bajo una creencia de que la libre concurrencia económica conduce a una armonía social de carácter autorregulativo. (Rivero Sánchez, 2001, p. 166). Primaba el ideario de un mercado de competencia perfecta, donde los comerciantes competirían en términos de calidad y servicio para captar a los consumidores de sus bienes o servicios, no preocupaba la ética de las acciones, ni la solidaridad, la justicia o la igualdad material.

El modelo liberal se construyó bajo el principio de mínima intervención del estado: los actores del mercado concurrían a este bajo un criterio de racionalidad e igualdad. No se tenía en cuenta la capacidad que un agente pudiera tener para imponerse a otro por su conocimiento o capital; esto bajo la idea de que la competencia entre los agentes promovería el mejoramiento de la oferta y calidad de los bienes y servicios que se ponían en el mercado. Se tenía así, una libertad e igualdad meramente formales.

Sin embargo, las realidades económicas de la época, generaban la necesidad de construir una nueva teoría con un enfoque que tuviera en consideración las diferencias estructurales entre las partes, ello implicaba necesariamente la intervención estatal en la economía, lo cual representaba un reto significativo en el siglo XVIII y XIX donde primaba la ya descrita concepción del liberalismo clásico.

Se requería una solución acorde a las nuevas realidades económicas y sociales, pero esta suponía una “alteración radical de los presupuestos socioeconómicos del Derecho de obligaciones tradicional, y determina la falta de aptitud del mismo para hacerles frente.” (Martínez De Aguirre, 1994, p. 38). Esta solución debía formularse bajo el entendimiento de que “el contrato compromete el interés social; es un instrumento de colaboración y de convivencia; cumple una función y debe

adaptarse al orden público económico profesado por el Estado en el que la autonomía privada no es el único cimiento, ni se basta a sí misma, especialmente cuando hay diferencias sociales irreductibles.” (Vega Mere, 2001, p. 537).

Con este panorama, la solución requerida no implicaba solamente la creación de una modalidad especial para la contratación, sino el surgimiento de nuevas instituciones y postulados acordes con la realidad socioeconómica impuesta por la revolución industrial y el capitalismo, lo que hacía necesaria una reforma a toda la teoría general del contrato y a los paradigmas tradicionales del derecho de las obligaciones, y más particularmente del concepto de la autonomía de la voluntad privada.

Esta solución, este cambio, fue facilitado por el cambio del modelo de Estado Liberal, al modelo de Estado Social y Estado de Derecho; lo que a su vez, llevó al traslado de un modelo de “contrato liberal” a “contrato social”. Así lo plantea Rivero Sánchez (2001):

El modelo del contrato liberal, que rigió prácticamente en todo el siglo XIX, comienza a resquebrajarse en la primera mitad del siglo XX, debido a una serie de factores tales como las dos guerras mundiales, que generaron grandes cantidades de miseria (de todo tipo), y la depresión de los años 30. Estos factores, cuyas consecuencias se sintieron a nivel mundial, unidos a otros de naturaleza local, tales como las luchas obrero campesinas que permitieron el desarrollo de una población altamente combativa que se lanzó a la lucha por alcanzar una serie de importantes reivindicaciones sociales, acabó por derrumbar el edificio del contrato liberal, para dar paso a lo que podría denominarse un modelo “social” de contrato, donde el término social da la idea de un contrato sensibilizado (cuando menos en parte) con relación a las reivindicaciones de los sectores de la sociedad menos favorecidos económicamente (p. 169).

La intervención estatal, también conocida para estos efectos como dirigismo contractual, empezó a presentarse a través de diversas manifestaciones a nivel legislativo (con la ampliación de la determinación de las normas de orden público respecto de las cuales no se podía pactar en contrario) y judicial (con la introducción de la posibilidad de que los contratos fueran revisados

cuando por circunstancias sobrevinientes e imprevisibles se hiciera excesivamente más oneroso para uno de los contratantes. (Echeverri Salazar, 2010, p. 137)

Este nuevo modelo de contrato social creció y se desarrolló en el ámbito y bajo la protección del Estado Social de Derecho, en el entendido de que el Estado debe procurar por conseguir un ideario de solidaridad, libertad e igualdad material, no meramente formal, de sus ciudadanos, atendiendo a las circunstancias en que las condiciones sociales y económicas los llevan a concurrir al mercado.

De esta manera, la aparición del ideario del Estado Social de Derecho, traería consigo una serie de postulados de protección de los sujetos más débiles, que abriría camino a la creación de una nueva categoría de ciudadano: el consumidor.

2.2 Los derechos del consumidor en Colombia

En Colombia, el desarrollo de la protección al consumidor tiene como uno de sus primeros antecedentes, la expedición de la Ley 73 de 1981, mediante la cual se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la república para dictar normas tendientes a establecer un control sobre la “distribución o venta de bienes y servicios y al establecimiento de las sanciones y procedimientos”. Estas facultades contenían nueve aspectos diferentes, entre los que se destacan mecanismos para establecer la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de los bienes y servicios que ofrecen en el mercado, las condiciones para venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación, y la responsabilidad de los productores por las marcas y leyendas que exhibieran en los productos o por la propaganda comercial de los mismos.

En ejercicio de las facultades otorgadas mediante la Ley 73 de 1981, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto Ley 3466 de 1982, conocido como el Estatuto del Consumidor, el cual estuvo vigente hasta el año 2011. En él, se establecieron normas orientadas a regular la calidad e idoneidad de bienes y servicios, y las garantías de los mismos, igualmente se regularon aspectos relacionados con marcas, leyendas y propaganda comercial, con fijación de precios al público, la responsabilidad de los productores por la calidad e idoneidad, la prestación de servicios que requieren la entrega de un bien, los sistemas de financiación y el régimen de sanciones administrativas; además de ello,

mediante este Decreto, se le atribuyeron facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio para el control de los bienes y servicios puestos en el mercado y la protección del consumidor. Se destaca especialmente de este Estatuto, el establecimiento de una responsabilidad objetiva y solidaria del productor y proveedor frente al consumidor por la garantía mínima presunta regulada en el artículo 29 del mismo.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se tuvo por primera vez una consagración de rango constitucional de los derechos de los consumidores. El artículo 78 de la carta, introdujo en nuestro ordenamiento algunos mandatos para regular las relaciones entre los productores y proveedores, y los consumidores³. Si bien no se encuentra de manera explícita, de estos mandatos se puede sustraer de manera implícita un mandato de protección a los consumidores y un reconocimiento de ellos como sujetos de especial protección.

El artículo 78, introducido en el capítulo de los derechos colectivos y del ambiente, señala:

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.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

³ En relación con las condiciones de desigualdad entre empresarios y consumidores, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, señaló lo siguiente al justificar la redacción del artículo 78 citado: “Tradicionalmente los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. (...) Frente a esta situación de debilidad, el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público en favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo abuso de sus condiciones de indefensión o subordinación. (...) Al elevar la protección de los consumidores y usuario a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional. (Asamblea Nacional Constituyente de 1991, 1991, p. 4)

Como puede observarse, esta disposición reconoce la clara desigualdad que existen entre empresarios (productores y proveedores) y los consumidores; y en esa medida, representa un mandato general de protección al consumidor.

La protección del consumidor en sí misma comporta un principio⁴, siendo el que detenta mayor supremacía en el marco del derecho del consumo. En el caso colombiano, este principio puede ser abstraído a partir de la lectura del artículo 78 constitucional, que dispone mandatos de regulación, responsabilidad y participación en favor de los consumidores.⁵

El principio de protección al consumidor ostenta una fuerte función informadora del ordenamiento jurídico colombiano en materia de consumo, ya que señala los sentidos que deben conducir las diferentes ramas del poder público para dotar de contenido el sentido social del reconocimiento de los consumidores como sujetos débiles de las relaciones de comercialización que surgen en el mercado.

Frente al principio de protección al consumidor la Corte Constitucional ha señalado que este comporta “límites a la libre capacidad normativa del legislador, que no puede arbitrariamente fijar los riesgos y cargas entre el perjudicado y el productor para los efectos de establecer la responsabilidad.” (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)

El principio de protección al consumidor entonces, es la hoja de ruta para la creación y materialización de un campo de protección a favor del consumidor, que esté orientada a conseguir una igualdad material entre éste y los productores y proveedores.

⁴ Los principios son especies de normas. Si bien en diversos doctrinantes pueden observarse diferentes conceptualizaciones acerca de lo que debe entenderse como un principio del derecho, puede señalarse que existe cierto consenso para señalar que los principios son “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.” (Alexy, 1988, p. 143, como se citó en Atienza Rodríguez & Ruiz Manero, 1991, p. 108)

⁵ Para abstraer dicho principio, esta disposición debe interpretarse en consonancia y de manera armónica con la Ley 1480 de 2011 en su totalidad, y en especial con lo preceptuado en su artículo primero, especialmente su inciso inicial, que dispone como objetivo de la ley “proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”.

En el reconocimiento de principio de protección al consumidor resulta representativo el entendimiento que la Corte Constitucional ha dado al derecho de consumo, reconociendo que la Constitución instituye un campo de protección para el consumidor “inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas.” (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)

El alto tribunal ha reconocido al consumidor como una categoría de persona que debe ser objeto de especial protección, indicando que:

La Constitución en relación con ciertas categorías de personas - menor, adolescente, anciano, mujer cabeza de familia, trabajador, indigente etc. - dispone un tratamiento de especial protección. En unos casos se persigue reforzar el respeto a la dignidad de la persona humana, sobre todo tratándose de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta o que por su condición de extrema fragilidad pueden ser objeto de abusos por los demás. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado. (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)⁶

El mandato de protección constitucional del consumidor, que ha sido reconocido jurisprudencialmente como acaba de evidenciarse, se reafirma en la Ley 1480 de 2011 (en adelante Estatuto del Consumidor o Ley 1480), el cual procura regular las relaciones de consumo, con un enfoque orientado a las dinámicas y características actuales que se presentan en el marco de las relaciones de consumo.

A grandes rasgos, podemos señalar que el Estatuto del Consumidor presenta en su desarrollo un catálogo de principios y derechos de protección del consumidor, regula la responsabilidad de los

⁶ Sentencia donde se resolvió una demanda de constitucionalidad instaurada en contra del artículo 11 (garantía mínima presunta) y 29 (procedimiento para hacer efectiva de la garantía) del Decreto 3466 de 1982 (Estatuto del Consumidor vigente hasta el año 2011).

productores y proveedores frente a los consumidores y establece una serie de reglas orientadas a la protección contractual del consumidor; todo esto, acompañado de un régimen sancionatorio que debe aplicarse en caso de producirse su incumplimiento.

De nuestro actual Estatuto del Consumidor debemos destacar el principio de irrenunciabilidad en materia de relaciones de consumo. Este principio se funda en lo dispuesto en el inciso inicial del artículo cuarto de la Ley 1480 de 2011, que señala que las normas contenidas en dicha ley son de orden público, y en consecuencia, dispone que cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la ley.

Debe recordarse que las normas de orden público constituyen mandatos imperativos y en consecuencia no puede pactarse en contrario, y en caso que así se hiciera, estos pactos serán ineficaces.

Tratándose en el caso del derecho de consumidores y usuarios de un régimen tuitivo o protectorio, el carácter de orden público de sus normas es fundamental y determinante para su efectividad, y provoca la nulidad de los actos que se hubiesen celebrado su contravención. Ello así por cuanto sus principios no son susceptibles de ser transados, ni modificados, ni disminuidos, aun cuando medie la voluntad del usuario. (Tambussi, 2016, p. 71)

Por esto, se puede aseverar que los derechos reconocidos en favor del consumidor son de carácter irrenunciable, y tiene como finalidad salvaguardar los derechos colectivos e individuales de los consumidores.

2.3 La protección del consumidor en relación con las fallas de las edificaciones destinadas a vivienda

Como se señaló, en el Estatuto del Consumidor, se han dispuesto una serie de principios y derechos para la protección del consumidor. Algunos de los principios consagrados pueden

observarse de manera literal o por abstracción de sus normas, en cuanto a los derechos específicos de los consumidores, el artículo tercero del Estatuto, señala los siguientes: 1. Derecho a recibir productos de calidad. 2. Derecho a la seguridad e indemnidad. 3. Derecho a recibir información. 4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa. 5. Derecho a la reclamación. 6. Protección contractual. 7. Derecho de elección. 8. Derecho a la participación. 9. Derecho de representación. 10. Derecho a informar. 11. Derecho a la educación. 12. Derecho a la igualdad.

Ahora, para efectos de este trabajo, el cual está enfocado en analizar la protección del consumidor en relación con las fallas de las edificaciones destinadas a vivienda, se tendrá que esta protección estará dada en la medida en que se garanticen los siguientes derechos:

1. Derecho a la seguridad e indemnidad. Este derecho se encuentra señalado en el numeral 1.2 artículo tercero del Estatuto del Consumidor, y comporta el “Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores”.

Este derecho guarda estrecha relación con el principio consagrado en el numeral primero del artículo primero que dispone la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.

En relación con este derecho, tendremos entonces que se protegerá al consumidor de inmuebles destinados a vivienda en la medida que se garantice que todos los procesos de producción y comercialización de los inmuebles ofrezcan condiciones de salud y seguridad para sus habitantes, de manera que, una vez se entregue el inmueble, no represente riesgo para la vida, salud o integridad física del consumidor.

2. Derecho a recibir productos de calidad. Este derecho está consagrado en el numeral 1.1 del artículo tercero del Estatuto del Consumidor, e implica “recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado”. En esa medida, de cara al consumidor de vivienda, el inmueble debe ofrecer

todas las condiciones aplicables en materia de garantías, especialmente en relación con la calidad, idoneidad y seguridad⁷.

3. Derecho a la reclamación. Este derecho señalado en el numeral 1.5 del artículo tercero del Estatuto del Consumidor, comporta la posibilidad de “Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito...”.

En relación con el consumidor inmobiliario de vivienda, tendremos entonces que el derecho de reclamación estará dado por: (i) la posibilidad de reclamar ante los productores y proveedores inmobiliarios, (ii) el derecho a obtener las reparaciones, restituciones o cualquier indemnización que resulte procedente de acuerdo con las normas aplicables a la materia y dependiendo del daño, falla o afectación que presenten los inmuebles, (iii) la facultad de acudir ante las autoridades judiciales o administrativas para obtener las reparaciones, restituciones o indemnizaciones señaladas en el ítem anterior.

Estos tres derechos entonces, constituirán el marco que consideraremos como protección al consumidor inmobiliario para efectos de esta investigación, y en esa medida, serán la vara con la cual se medirán las regulaciones en materia de prevención y reparación del daño al consumidor inmobiliario de vivienda.

⁷ Sobre este tema ahondará ampliamente en el capítulo cuarto de este informe.

2. LA RELACIÓN DE CONSUMO INMOBILIARIO DE VIVIENDA

En el marco de una economía de mercado, las relaciones de consumo son el resultado de la comercialización de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades e intereses humanos. Es por ello, que entre el profesional que ejerce el comercio y el consumidor, surge una relación de complementación y dependencia, en la cual se generan beneficios para ambas partes, produciendo además un impacto social por los efectos dinamizadores en la economía.

En el caso colombiano, la relación de consumo en sí misma no se define por el objeto de un contrato, sino por las calidades de las partes, de manera que se parte de un criterio subjetivo, y es en virtud de dicha calidad que se define la aplicación del derecho de consumo. Pese a que en nuestro Estatuto del Consumidor no se encuentra una definición de la relación de consumo, por abstracción de sus normas podemos definirla como una relación económica y jurídica que surge como consecuencia de la puesta en el mercado de un bien o servicio por parte de un comerciante, a raíz de la cual se generan obligaciones frente a los destinatarios finales esos bienes o servicios.

[C]uando hablamos de relaciones de consumo, no nos referimos solamente a los contratos y sus efectos circunscriptos a la definición clásica de *“acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”* (...) sino también a vinculaciones que pueden generarse a partir de un contrato o no, pero que remiten a una circunstancia de consumo, cuyas características e implicaciones de orden social y económico son fundamento de la intervención del Estado y de su relevancia. (Pérez Bustamante, 2004, p. 9)

La relación de consumo, es entonces una relación que surge en virtud de la comercialización de bienes o servicios, entre empresarios (productor y proveedor) y los consumidores, que podrán o no, ser parte de un contrato, por lo que no pueden ser equiparables las relaciones de consumo a los contratos de consumo, pues el contrato implica un acuerdo de voluntades; y el derecho de consumo prevé consecuencias jurídicas incluso en escenarios donde hay ausencia de contrato, pues otorga la calidad de consumidor a personas que pueden ser beneficiarias o afectadas por el producto o servicio sin haberlo adquirido.

Que una relación sea de consumo, trae como consecuencia que le sean aplicables las normas propias del negocio jurídico de que trate, pero también, y de manera preferente, una serie de normas orientadas a equilibrar la relación y a establecer generalmente prerrogativas en favor de la parte débil de la relación, y obligaciones a cargo de la parte que se encuentra en mejor posición.

Una relación de consumo particular siempre deberá ser analizada desde la perspectiva de los sujetos intervinientes y los productos objeto de consumo, con el fin de determinar los agentes sobre los cuales se establecerán derechos y obligaciones, y el alcance de las mismas.

Para los efectos de este trabajo, que tiene como finalidad analizar la protección del consumidor inmobiliario de vivienda en Colombia, se tiene entonces que deberá describirse la relación de consumo inmobiliario de vivienda desde las siguientes partes y objeto: (i) el consumidor inmobiliario de vivienda, (ii) el productor y proveedor inmobiliario de vivienda, y (iii) el inmueble destinado a vivienda como bien de consumo. A continuación entonces se desarrollan estos tres componentes de la señalada relación.

2.1 El consumidor inmobiliario de vivienda

Para llegar a un concepto de consumidor inmobiliario, debemos en primera medida abordar el concepto de consumidor de manera general. Juan Marcos Rivero lo define como a una persona física, que adquiere bienes o servicios, de quien realiza estas prestaciones como actividad habitual, a cambio de un precio, para el consumo o disfrute personal. (Rivero Sánchez, 1997, p. 51)

Como puede observarse, Rivero circunscribe la calidad de consumidor únicamente a las personas naturales o físicas, de manera que elimina la posibilidad de incluir dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas. Igualmente, este autor destaca el carácter habitual de la actividad de quien actúa como profesional de la actividad comercial, y además, limita la calidad de consumidor a los contratos onerosos en los cuales se adquiere un bien o servicio que ha de ser utilizado o disfrutado por el mismo adquirente.

Esta visión del doctrinante en mención puede resultar altamente restrictiva para abarcar los alcances de las consecuencias que pueden surgir en el marco de la producción y comercialización de bienes y servicios en el mercado, pues pueden existir escenarios en que personas jurídicas por las condiciones particulares de sus relaciones comerciales requieran la protección del derecho del consumidor, y también puede ocurrir que hayan personas que sufran efectos adversos derivados de la comercialización de bienes o servicios sin que haya sido parte contractual en sus adquisiciones.

Por otro lado, para Lorenzetti (2003) la noción de consumidor “se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor de una obligación o con un contrato en particular. Engloba a una cantidad de contratos disímiles, de actos jurídicos unilaterales y de hechos jurídicos”. (p. 16) De esta definición, podemos destacar, que lo se resalta es el acto de consumo, sin que este dependa del contrato en sí mismo y pueda abarcar incluso a quienes no hayan tenido una relación directa en la adquisición de bien o servicio.

Para el caso colombiano, la definición de consumidor la encontramos en el numeral tercero del artículo quinto de la Ley 1480 de 2011, que señala que consumidor es:

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. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Teniendo en cuenta los múltiples componentes o requisitos que ofrece la definición colombiana de consumidor, abordaremos entonces cada uno de estos componentes para comprender mejor sus alcances.

Tenemos en primera medida, que en relación con los sujetos, en Colombia pueden ser consideradas como consumidores tanto las personas naturales como jurídicas. Así, nos encontramos frente a una definición inclusiva que se basa en el reconocimiento de que las personas jurídicas también pueden

estar en situaciones de indefensión, desequilibrio de información y ausencia de poder de negociación.

Como segundo aspecto tenemos, que para tener la calidad de consumidor en Colombia se requiere ser el destinatario final de los bienes o servicios puestos en el mercado por los productores y proveedores, de manera que, se considera consumidor a aquel que está en último eslabón de la cadena de producción y comercialización. De esta manera, no se exige ser el adquirente o contratante para tener la calidad de consumidor.

Al respecto Stiglitz & Stiglitz (1994) señalan:

[R]esulta factible afirmar que consumidor es la persona; individual o jurídica, ubicada al agotarse el (al final del) circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio. Ello significa que queda excluido del concepto, el consumidor industrial o revendedor, ya que se halla en el mercado en un nivel similar, o próximo, al del fabricante, y compiten entre sí.

En cambio, el consumidor que requiere protección, es aquel que carece de intenciones que apunten a que el bien o el servicio, continúen su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución o prestación.” (Stiglitz & Stiglitz, 1994, p. 113)

Como tercer elemento de la definición de consumidor, tenemos los verbos que deben caracterizar el comportamiento de las personas para considerarse consumidores. Al respecto la definición en comento señala que consumidor será quien adquiera, disfrute o utilice un determinado producto (bien o servicio). Tenemos entonces que no importa que la adquisición se haya realizado a título oneroso o en el marco de un contrato, solo es necesario que la persona natural o jurídica que haya de considerarse consumidora sea la destinataria final del producto.

Por último, como uno de los requisitos para adquirir la calidad de consumidor, tenemos la finalidad del consumo, y en este sentido la definición contenida en el numeral tercero del artículo quinto de

la Ley 1480 de 2011, señala que esta calidad surge siempre y cuando el bien haya sido adquirido o recibido para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica. En esa medida se tiene como consumidor al “destinatario final de un bien para su empleo con fines personales, familiares o profesionales (es decir, en función de un uso, y no de su cambio, o transformación para el cambio).” (Martínez De Aguirre, 1993, p. 35). De modo que, aquellos que se vean directamente reflejados en el objeto social o actividad económica, excluyen la calidad de consumidor.

Esto es comprensible en la medida en que un empresario que adquiere un producto que se ve incorporado directamente en su objeto social, realiza esta actividad de manera habitual, lo que le puede otorgar mayores posibilidades de negociación, además de tener el conocimiento del producto, lo cual reduce considerablemente las asimetrías de la información y demás elementos que conducen al desequilibrio contractual.

Habiendo abordado los aspectos que comprende la definición de consumidor en el caso colombiano, se desciende ahora al concepto de consumidor inmobiliario de vivienda.

Debemos destacar en primera medida, que los inmuebles pueden tener destinaciones residenciales o de vivienda y comerciales. Inicialmente consideraríamos que el inmueble destinado a vivienda es el tipo que por excelencia decantaría la calidad de consumidor inmobiliario, pues la vivienda, en su esencia misma es adquirida para la satisfacción de necesidades propias y familiares.

Sin embargo, pueden existir escenarios en los cuales una persona adquiere un inmueble que sea destinado a vivienda, pero no la adquiera para su disfrute personal o familiar sino para obtener una renta de ella, sin que ello implique necesariamente desarrollar una actividad económica en torno a esto, o bien, puede surgir otro escenario en el cual un comerciante, sea persona natural o jurídica, adquiera un inmueble de características y uso comercial, pero dicho inmueble no esté directamente relacionado con su actividad económica o el objeto social de su empresa. En esa medida, estas adquisiciones podrían generar que bajo estos supuestos, estas personas tengan la calidad de consumidores aunque no se trate de un inmueble destinado a vivienda para su uso personal o familiar.

Pese a estos alcances que puede tener el consumidor inmobiliario en Colombia, para efectos de este trabajo, el análisis se centrará en el consumidor inmobiliario de vivienda, atendiendo principalmente a las razones que dieron origen a esta investigación las cuales fueron destacadas en su introducción.

En esa medida, tendremos que consumidor inmobiliario será aquella persona natural o jurídica que como destinataria final adquiera, disfrute o utilice un bien inmueble destinado a vivienda para satisfacer una necesidad propia o familiar.

Por supuesto que la calidad de consumidor inmobiliario y la consecuente aplicación del derecho de protección al consumidor, también dependerá de que el inmueble haya sido construido o comercializado por uno o más agentes que tengan la calidad de productores o proveedores, calidad sobre la cual se ahondará a continuación.

2.2. El productor y proveedor inmobiliario de vivienda

Frente al consumidor, esto es, en el otro extremo de la relación de consumo, encontramos al profesional de la actividad comercial que pone en el mercado los bienes y servicios a partir de los cuales surge esta relación.

En el marco normativo colombiano, las obligaciones e imposiciones que surgen de la protección del consumidor han sido destinadas a dos categorías de actores o profesionales: los productores y proveedores.

El artículo quinto de la Ley 1480 de 2011 en su numeral noveno define como productor a “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.”

Por su parte, el numeral 11 de este mismo artículo define al proveedor como “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.”

De estas definiciones es importante hacer énfasis en la profesionalización u organización que debe caracterizar a los productores y proveedores. Frente la característica de la profesionalización⁸ tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

[L]a profesionalidad del productor que lo hace experto en las materias técnicas científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras particularidades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a reestablecer el Equilibrio perdido.” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 25899 3193 992 1999 00629 01, MP Pedro Octavio Munar Cadena, 2009)

A partir de las definiciones de productor y proveedor antes señaladas, debemos destacar que la amplitud y multiplicidad de los verbos que describen esas calidades, provocan que sea complejo pensar en un escenario en que actor que haga parte de la cadena de producción y comercialización de un producto, y no se encuentre inmerso en dichos verbos, de manera que se abarca desde la misma concepción y diseño del producto, hasta su comercialización y entrega al destinatario final. Esto implica entonces, que en el caso colombiano, hay una concreta orientación a incluir a toda la cadena de producción y comercialización de los productos como obligados a garantizar la protección del consumidor.

Y esta orientación está acompañada con una determinación de una responsabilidad solidaria entre productores y proveedores (principalmente en materia de garantía legal y responsabilidad por productos defectuosos como se verá más adelante). Esta solidaridad es necesaria, dado que el

⁸ Por su parte, Juan Marcos Rivero define al profesional como una persona (natural o jurídica) que realiza una actividad económica de manera habitual por el pago de un precio, el cual está en situación de ventaja, por factores tales como el grado de especialización, la racionalidad, la afinidad con el derecho, la impersonalidad y la acumulación de recursos materiales. (Rivero Sánchez, 1997, p. 129-126)

consumidor no conoce ni tiene acceso al proceso de producción y comercialización del producto, y en consecuencia, para él puede resultar compleja la identificación de los responsables por las fallas o defectos de los productos. Esta identificación resulta aún más difícil cuando se trata de productos respecto los cuales se involucran múltiples actores en diversos grados para su desarrollo.

Una muestra de ello, puede encontrarse claramente en el sector inmobiliario, pues dada la forma en que se desarrollan actualmente los proyectos inmobiliarios, surgen diversas etapas con el relacionamiento de múltiples actores, que pueden resultar inmersos en la categoría de productores y proveedores como veremos a continuación.

No existe un criterio único en relación con las formas, procedimientos o fases en que se desarrolla un proyecto inmobiliario, esto dependerá de múltiples factores, entre ellos, su dimensión, ubicación, destinación, inversión de recursos, entre otros.

El proyecto involucra un proceso mediante el cual se ejecutan las diferentes fases de su desarrollo, en las que las tareas, la gente y las organizaciones evolucionan a medida que se avanza hacia los objetivos y desarrollo del mismo. La reunión de dichas fases conforma el ciclo de vida de un proyecto. (García Reyes, Echeverry Campos, & Mesa Hernández, 2013, p. 23)

Este ciclo de vida del proyecto está constituido por dos etapas principales que son el desarrollo del proyecto, y la vida útil del proyecto. La etapa de desarrollo consta, a su vez, de tres fases que son la concepción/factibilidad, el diseño y la construcción/implementación. Cada una de estas involucra un proceso, o procesos, que van progresando a medida que transcurre el desarrollo del proyecto. Terminada la construcción/implementación, se tiene un producto que permite satisfacer la necesidad que originó al mismo. En este punto inicia otra etapa principal que es el de la vida útil. (García Reyes, Echeverry Campos, & Mesa Hernández, 2013, p. 29)

Así como hay diversas fases en el ciclo de vida del proyecto, igualmente en un proyecto de construcción de edificaciones se pueden identificar diferentes tipos de actores, entre otros encontramos:

- El dueño o el cliente.
- Los que desarrollan una labor profesional o de trabajo en el proyecto. En forma particular, el gerente del proyecto, así como las diferentes áreas funcionales y los recursos humanos involucrados en ellas.
- Los que suministran recursos para el desarrollo del proyecto: recursos monetarios, materiales, etc.
- Los que son afectados por el desarrollo del mismo: vecinos, compradores o usuarios, autoridades de la ciudad, etc.
- Las autoridades que van a autorizar su desarrollo y vigilar su correcta ejecución. (García Reyes, Echeverry Campos, & Mesa Hernández, 2013, p. 27)

Ahora, la tarea a desarrollar es, tratar de identificar cuáles de los actores que intervienen en el ciclo de vida de los proyectos tienen la calidad de productores y proveedores frente al consumidor, atendiendo al marco de las definiciones proporcionadas en los numerales noveno y decimoprimeros del artículo quinto de la Ley 1480 de 2011.

En consecuencia, podemos destacar como productores a todos aquellos que intervengan en el proceso de concepción, diseño, construcción⁹ y transformación del inmueble, hasta que surge como bien terminado susceptible de ser comercializado, destacando especialmente a¹⁰:

⁹ El numeral noveno del artículo cuarto de la Ley 400 de 1997 define al constructor como “el profesional, ingeniero civil o arquitecto, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de una edificación.” Por su parte, el capítulo A.13.1 de la NSR-10 (modificado por el Decreto 945 de 2017) define al constructor de una forma más amplia, así: “Es el profesional, ingeniero civil, arquitecto, constructor en arquitectura e ingeniería o ingeniero mecánico (solo para estructuras metálicas o prefabricadas), con matrícula profesional vigente y facultado para este fin, bajo cuya responsabilidad se adelanta la dirección de la construcción de la edificación y quien suscribe la solicitud de licencia en la calidad prevista en el Formulario Único Nacional para la Solicitud de Licencias Urbanísticas y Reconocimiento de Edificaciones.”

¹⁰ La calidad de productor o proveedor frente al consumidor, surge sin perjuicio del régimen de responsabilidad profesional que tienen cada uno de los actores que intervienen en los proyectos constructivos. Al respecto podemos destacar lo preceptuado en el capítulo A.1.3.14 de la NSR-10 (modificado por el Decreto 945 de 2017) que señala: “De conformidad con lo establecido en los artículos 2060 y 2061 del Código Civil, los artículos 4, 15, 18 y 19 de la Ley 400 de 1997, estos tres últimos modificados por los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 1796 de 2016, respectivamente, la responsabilidad de los diseños o estudios, construcción y supervisión técnica independiente de los diferentes elementos que componen la edificación, así como la adopción de todas las medidas necesarias para el cumplimiento del presente Reglamento NSR-10, recae en los profesionales que elaboran los diferentes diseños y quienes adelanten las funciones de revisión independiente, construcción y supervisión técnica independiente, según las definiciones contenidas en el capítulo A.13 del presente Reglamento NSR-10, o la norma que la adicione, modifique o sustituya. En caso, de que la edificación perezca o amenace ruina, por vicios del diseño, revisión independiente, construcción y/o supervisión técnica independiente, los profesionales que adelanten tales labores además de la responsabilidad disciplinaria

- (i) Aquellos actores que intervengan en los estudios y diseños del proyecto inmobiliario, entre ellos podemos ubicar al mismo constructor que puede realizar estas actividades directamente o a través de terceros que le prestan servicios.
- (ii) Aquellos actores que desarrollen labores constructivas, sea el mismo constructor o un delegado o subcontratistas, y los que realicen la supervisión de dichas labores.

Por otro lado, como proveedores inmobiliarios podemos identificar a:

- (i) El propietario del predio o enajenador de vivienda¹¹, que puede ser o no, el mismo constructor. Se le cataloga de esta forma en la medida que propicia o genera los recursos para su desarrollo, y adicionalmente transfiere los inmuebles resultantes del proyecto inmobiliario.
- (ii) Todos aquellos ofrezcan o comercialicen los bienes inmuebles del proyecto inmobiliario.

Debe aclararse que esta identificación de productores y proveedores inmobiliarios es meramente tentativa pues esta calidad solo podrá surgir dependiendo del tipo de proyecto inmobiliario, la forma en que se desarrolle y las labores o actuaciones que despliegue cada actor.

Finalmente, en este punto debemos destacar que el desarrollo de la actividad inmobiliaria en Colombia está limitada por una serie de requerimientos en cuanto a la necesidad de contar con profesionales que avalen el diseño y ejecución del proyecto inmobiliario (como se verá en el capítulo siguiente), sin embargo, no existe en Colombia ningún tipo de limitación en cuanto a la libertad de empresa en materia constructiva, de manera que, cualquier persona natural o jurídica

contenida en la Ley 842 de 2003 modificada por la Ley 1325 de 2009 para el caso de ingenieros; y la Ley 435 de 1998 para el caso de los arquitectos, podrán ser vinculados a las investigaciones que en materia civil y penal se adelanten, por las actuaciones u omisiones en el desarrollo del proyecto.”

¹¹ El numeral segundo del artículo segundo de la Ley 1796 lo define como enajenador de vivienda nueva a “quien detente la propiedad del predio según títulos de propiedad y pretenda trasladar por primera vez las unidades habitacionales.”

puede adelantar proyectos constructivos, aunque no acredite suficiencia financiera o experiencia relacionada.

2.3. El inmueble destinado a vivienda como bien de consumo

El Código Civil colombiano en su artículo 656 define los inmuebles o bienes raíces como “las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.”

Ahora, teniendo en cuenta que este trabajo tiene por enfoque los inmuebles construidos, es decir, los edificios, nos adentraremos a las definiciones que de este concepto nos ofrece la normativa colombiana.

Los edificios son “construcciones¹² relativamente permanentes que se levantan sobre un pedazo de terreno para que sean habitables.” (Ching, Onouye, & Zuberbuhler, 2014, p. 2), igualmente pueden ser definidos como “la conjunción física de una serie de sistemas y subsistemas que deben estar necesariamente relacionados, coordinados e integrados entre sí, y con la forma tridimensional y la organización espacial del edificio en su conjunto.” (Ching, Onouye, & Zuberbuhler, 2014, p. 22)

El numeral 14 de la Ley 400 de 1997 define la edificación como una “construcción cuyo uso primordial es la habitación u ocupación por seres humanos.”¹³

Ahora, atendiendo a que el enfoque de este trabajo está orientado a los inmuebles destinados a vivienda, es importante acudir a las definiciones que nuestra legislación nos ofrece al respecto. El

¹² La construcción puede ser entendida como un “Proceso de ejecución de un edificio que se inicia con la preparación del solar, pasa por todas las operaciones de edificación y montaje, y termina con la fase de acabados.” (Ching, Diccionario visual de arquitectura. Segunda edición. , 2015, p. 65)

¹³ Por su parte, la Ley 675 2001 (Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal) dispone una acepción de edificio consistente en más de una unidad independiente. Esta Ley señala en que su artículo tercero que un edificio es una “Construcción de uno o varios pisos levantados sobre un lote o terreno, cuya estructura comprende un número plural de unidades independientes, aptas para ser usadas de acuerdo con su destino natural o convencional, además de áreas y servicios de uso y utilidad general. Una vez sometido al régimen de propiedad horizontal, se conforma por bienes privados o de dominio particular y por bienes comunes.”

numeral tercero del artículo segundo de la Ley 1796 definió la vivienda nueva como una edificación que “permite desarrollar unidades para el uso habitacional”

En los inmuebles destinados a vivienda podemos ubicar diversos elementos que tienen funciones específicas para que inmueble cumpla con su finalidad, esto es, permitir la habitación de personas. Entre estos elementos podemos ubicar: (i) la estructura, (ii) los acabados, (iii) los elementos no estructurales que no son acabados, y (iv) las líneas vitales. A continuación nos detendremos sobre cada uno de ellos.

2.3.1 Estructura

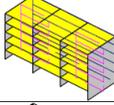
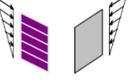
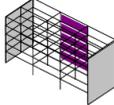
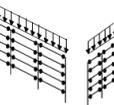
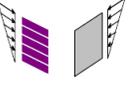
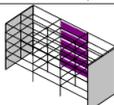
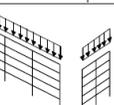
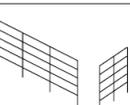
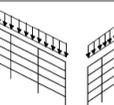
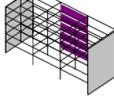
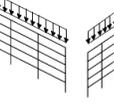
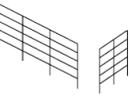
Se tiene que la estructura de la edificación es el “ensamblaje de elementos, diseñado para soportar las cargas gravitacionales y resistir las fuerzas horizontales”, esto de acuerdo con el numeral 18 del artículo cuarto de la Ley 400 de 1997.

La estructura es un “un sistema de partes interconectadas e interrelacionadas” (Ching, Onouye, & Zuberbuhler, 2014, p. 14) Igualmente, la estructura puede ser comprendida como un sistema que se corresponde con una “unión estable de elementos diseñados para que funcionen como una unidad que soporta y transmite al terreno las cargas correspondientes, de una forma segura y sin exceder la resistencia de cada uno de los elementos.” (Ching, Onouye, & Zuberbuhler, 2014, p. 2)

Un sistema estructural hace posible la forma de un edificio y sus espacios, de un modo similar a como nuestro esqueleto da forma a nuestro cuerpo y soporta nuestros órganos y tejidos.” (Ching, Onouye, & Zuberbuhler, 2014, p. 14)

Concretamente, el sistema estructural de un edificio consiste en la unión estable de una serie de elementos estructurales, diseñados y contruidos para soportar y transmitir las cargas aplicadas al terreno de una forma segura, sin exceder las tensiones admisibles de cada uno de los componentes. Cada uno de los elementos constituyentes de la estructura tiene un carácter unitario y muestra un comportamiento único bajo una determinada carga. (Ching, Onouye, & Zuberbuhler, Manual de estructuras ilustrado, 2014, p. 22)

Vale destacar que no existe una única forma de estructuras de las edificaciones, estas pueden variar dependiente del sistema utilizado y los materiales que sean implementados, al respecto en el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 (en adelante NSR-10), podemos encontrar diversos sistemas estructurales de resistencia sísmica, entre ellos: de muros de carga¹⁴, combinados¹⁵, pórticos¹⁶ y duales¹⁷, como vemos a continuación.

SISTEMAS ESTRUCTURALES DE RESISTENCIA SÍSMICA			
SISTEMA		CARGAS VERTICALES	FUERZAS HORIZONTALES
MUROS DE CARGA			
COMBINADO			
			
PÓRTICO			
DUAL			

Tomado de: Reglamento Colombiano de
Construcción Sismo Resistente

NSR-10 (Colombia. Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes, 2010, p. xxvi)

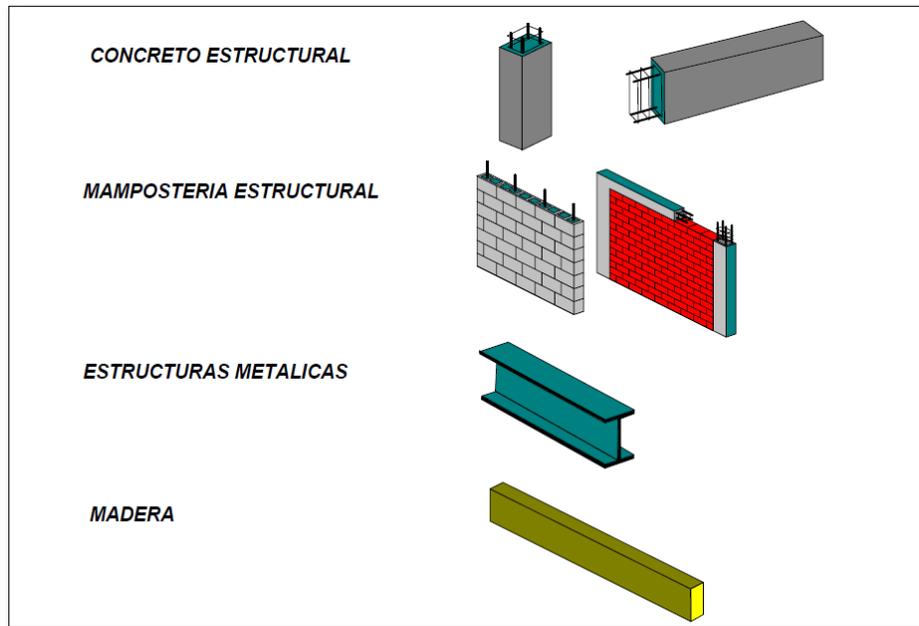
¹⁴ NSR-10. Capítulo A.3.2.1.1 — Sistema de muros de carga — Es un sistema estructural que no dispone de un pórtico esencialmente completo y en el cual las cargas verticales son resistidas por los muros de carga y las fuerzas horizontales son resistidas por muros estructurales o pórticos con diagonales.

¹⁵ NSR-10. Capítulo A.3.2.1.2 — Sistema combinado — en el cual: (a) Las cargas verticales son resistidas por un pórtico no resistente a momentos, esencialmente completo, y las fuerzas horizontales son resistidas por muros estructurales o pórticos con diagonales, o (b) Las cargas verticales y horizontales son resistidas por un pórtico resistente a momentos, esencialmente completo, combinado con muros estructurales o pórticos con diagonales, y que no cumple los requisitos de un sistema dual.

¹⁶ NSR-10. Capítulo A.3.2.1.3 — Sistema de pórtico — Es un sistema estructural compuesto por un pórtico espacial, resistente a momentos, esencialmente completo, sin diagonales, que resiste todas las cargas verticales y fuerzas horizontales.

¹⁷ NSR-10. Capítulo A.3.2.1.4 — Sistema dual — Es un sistema estructural que tiene un pórtico espacial resistente a momentos y sin diagonales, combinado con muros estructurales o pórticos con diagonales.

Igualmente, existen diversos materiales estructurales, entre ellos: el concreto estructural, la mampostería estructural, las estructuras metálicas y la madera, como se muestra a continuación.



Tomado de: Reglamento Colombiano de
Construcción Sismo Resistente
NSR-10 (Colombia. Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes, 2010, p.
xxvii)

Atendiendo a esta diversidad de sistemas y materiales de las estructuras de las edificaciones, en cada caso, se debe evaluar de la mano de profesional, los planos y especificaciones técnicas del proyecto, para determinar qué elementos pertenecen a la estructura de la edificación.

2.3.2 Acabados

La Ley 400 de 1997 en el numeral primero de su artículo cuarto define los acabados asimilándolos a los elementos no estructurales, indicando además que son las “Partes y componentes de una edificación que no pertenecen a la estructura o a su cimentación”.

Esta definición puede resultar un poco problemática, pues por abstracción, la Ley 400 de 1997, crea solo dos categorías de componentes de una edificación: estructura y acabados.

Esta categorización no se compadece con los elementos de las edificaciones que se observan en la norma sismo resistente (creada por esta misma ley)¹⁸. En este reglamento constructivo se pueden observar además de las reglas relativas a las estructuras y los acabados, un nivel intermedio de elementos constructivos, siendo estos los elementos no estructurales sobre los cuales se ahondará más adelante.

Igualmente se encuentra problemática esta definición, pues desde un punto de vista técnico, los acabados tienen un enfoque más estético, de revestimiento o terminación de las edificaciones. Luis Fernández Ortega describe los acabados así:

Es la última etapa de la construcción del edificio y por lo tanto la obra debe mostrar ya terminado todo lo que en el proyecto se ha especificado. Los acabados consisten en tareas y obras de finalización de aquellos elementos que se fueron realizando en el periodo de construcción y que necesitan una terminación apropiada para que la obra pueda ser habilitada en los términos que se habían dispuesto en los planos y la documentación técnica. Fundamentalmente los acabados consisten en revestir las partes que así lo requieran y se han dejado para el final para que, por su delicadeza, no fueran dañados éstos durante el proceso de la construcción de la obra. El revestimiento consiste en la colocación de una capa de material adecuado, ya previsto en el proyecto, para proteger o adornar una superficie. (Fernández Ortega, 2010, p. 288)

Igualmente este autor, indica que son el conjunto de trabajos finales de obra “en paramentos, techos, pavimentos y cubiertas mediante revocos, alicatados, chapados, enfoscados, guarnecidos, enlucidos, pinturas, baldosas, moquetas, soleras, terrazos, etc. / Etapa de perfeccionamiento final de la obra / Proceso de tratamiento del hormigón fresco para darle la forma y textura deseados”. (Fernández Ortega, 2010, p. 362)

Es claro entonces, que desde un punto de vista técnico, los acabados no se corresponden con todo lo que no sea estructura en una edificación. Muestra de ello es la definición de acabados de tiene

¹⁸ En el cuarto capítulo de este trabajo se evidenciarán las graves consecuencias que trae esta categorización en relación con las garantías de las edificaciones. .

la NSR-10 en su capítulo de definiciones A.13.1. modificado por el Decreto 945 de 2017. Esta norma los define de la siguiente forma:

Partes y componentes constructivos de una edificación que no hacen parte de la estructura o de su cimentación y que integran los componentes arquitectónicos cumpliendo una función estética y decorativa, que para efectos del presente Reglamento NSR-10, no son objeto de diseño sísmico dentro de los elementos no estructurales arquitectónicos, ni son parte de los elementos objeto de supervisión técnica independiente.¹⁹

Vemos entonces que esta definición de la norma de sismo resistencia no se compadece con la definición que fue incluida en la Ley 400 de 1997, pues en forma alguna asimiló los acabados a todo elemento que no haga parte de la estructura, sino que por el contrario, identifica los acabados con una función estética y decorativa; dando cabida entonces a la existencia de elementos que no hacen parte de la estructura y que tampoco son acabados.

2.3.3 Elementos no estructurales

Si bien la Ley 400 de 1997 no incluyó una definición de los elementos no estructurales, la norma de sismo resistencia sí se encargó de este tema. Esta los define en su capítulo A.13.1 (modificado por el Decreto 945 de 2017) de la siguiente forma:

Elementos o componentes constructivos de una edificación que no hacen parte de la estructura o su cimentación y que deben diseñarse sísmicamente como protección a la vida de los ocupantes de la edificación, y de las zonas aledañas a ella, como consecuencia de la falla o desprendimiento del elemento no estructural, excluyendo los acabados y elementos decorativos los cuales no serán objeto de diseño sísmico ni de supervisión técnica independiente con la excepción de los enchapes de fachada, los cuales deben diseñarse sísmicamente y supervisarse.²⁰

¹⁹ Incluso resulta importante resaltar que la NSR-10 establece que los acabados no son objeto de supervisión técnica, y como veremos más adelante, en el apartado correspondiente a la supervisión técnica, los elementos no estructurales sí son objeto de esta.

²⁰ Subrayado intencional, fuera del texto original.

La NSR-10 identifica elementos no estructurales de dos tipos: horizontales y verticales, de la siguiente forma:

B.3.4.1 — ELEMENTOS NO ESTRUCTURALES HORIZONTALES — Los elementos no estructurales horizontales son aquellos cuya dimensión vertical es substancialmente menor que sus dimensiones horizontales, y están aplicados, soportados, fijados o anclados a las losas o a la cubierta de la edificación. Estos elementos incluyen, entre otros: formalettería permanente para losas o viguetas, morteros de afinado de piso, rellenos de piso, acabados de piso, rellenos en cubiertas inclinadas, elementos de cubiertas, tejas, membranas impermeables, aislamientos térmicos, claraboyas, cielo raso, alistados, y ductos para servicios.

(...)

B.3.4.2 — ELEMENTOS NO ESTRUCTURALES VERTICALES — Los elementos no estructurales verticales son aquellos cuya dimensión vertical es substancialmente mayor que su mínima dimensión horizontal y se encuentran erguidos libremente o soportados por los elementos estructurales verticales o fijados a ellos o anclados solamente a las losas de entrepiso. Tales elementos incluyen, entre otros: fachadas, muros no estructurales, particiones, recubrimiento de muros, enchapes, ornamentación arquitectónica, ventanas, puertas, y ductos verticales de servicios.

En las edificaciones en las cuales se puedan disponer particiones, se debe hacer provisión de carga para ellas, ya sea que estas figuren o no, en los planos arquitectónicos.²¹

Podemos encontrar entonces, que son múltiples los elementos o componentes de una edificación que pueden estar en la categoría de elementos de estructural, sin hacer parte de la estructura ni los acabados.²²

²¹ Subrayado intencional, fuera del texto original.

²² Sobre este asunto, el ingeniero civil y abogado Carlos Alberto Gómez Tobón manifestó en entrevista realizada el 13 de octubre de 2019 que “(...) hay elementos que no son estructurales y que no son acabados (...) un muro divisorio,

2.3.4 Líneas vitales

Las líneas vitales son la “Infraestructura básica de redes, tuberías o elementos conectados o continuos, que permite la movilización de energía eléctrica, agua, combustibles, información y el transporte de personas y productos, esencial para realizar con eficiencia y calidad las actividades de la sociedad”, de acuerdo con el numeral 26 del artículo cuarto de la Ley 400 de 1997.

Las instalaciones en los edificios son una respuesta que a lo largo de la historia que los seres humanos han dado a las exigencias de bienestar y confort para ellos mismos y para las poblaciones. (Fernández Ortega, 2010, p. 211) En esa medida, podemos identificar como líneas vitales de una edificación a todo aquel sistema de elementos que en su conjunto contribuyen con la prestación de servicios públicos.

Vistos entonces los cuatro componentes de las edificaciones, debemos señalar que, si bien por regla general estos son los que se pueden encontrar de manera generalizada, lo cierto es que para determinar de manera específica su presencia en cada edificación, deben evaluarse todos los antecedentes del proyecto constructivo, desde su diseño hasta su entrega.

Vistos estos elementos en las edificaciones, a continuación desarrollaremos los instrumentos que pueden y deben contribuir a evitar y reparara las fallas de las edificaciones; entendiendo por fallas aquellos daños que afecten su calidad, idoneidad y seguridad, en uno de sus elementos o en su conjunto.

no es un acabado (...) pero no es un elemento estructural (...) no se puede concluir que todo lo que sea no estructural, sea acabado.”

3. INSTRUMENTOS PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO AL CONSUMIDOR ORIGINADO EN LAS FALLAS LAS EDIFICACIONES

Como se señaló en el apartado introductorio, para efectos de este trabajo, se han categorizado como instrumentos para la prevención de las fallas en la construcción, aquellos procedimientos o acciones que pueden y deben estar orientados a que la construcción no presente fallas en sus componentes. Dentro de estos instrumentos ubicamos el proceso de licenciamiento de la construcción, los controles de la construcción desde lo público y lo privado y las autorizaciones y certificaciones orientadas a permitir la ocupación del inmueble; ellos constituyen etapas previas a la entrega del inmueble al consumidor final y deben desarrollarse con garantía de las normas aplicables con el fin de evitar que se produzcan fallas durante la construcción o una vez se haya efectuado la entrega al consumidor.

3.1 El proceso de licenciamiento de las edificaciones

En el marco del ordenamiento territorial uno de los principales instrumentos para orientar el desarrollo de un país son los procesos urbanísticos, los cuales generan progreso a nivel social y económico, y a su vez conllevan a un mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes.

Las licencias urbanísticas constituyen el mecanismo para adelantar desarrollos en el marco de las normativas dispuestas para tal efecto en cada espacio territorial, en armonía con las condiciones geográficas, económicas y ambientales.

Teniendo en cuenta que el ordenamiento del territorio representa en su conjunto una función pública²³, el otorgamiento de las licencias urbanísticas constituye un procedimiento de carácter administrativo que busca garantizar el cumplimiento aspectos arquitectónicos, estructurales, urbanísticos y jurídicos que se han dispuesto para el desarrollo del territorio y para garantizar la seguridad de los ciudadanos.

²³ De conformidad con el inciso primero del artículo tercero de la Ley 388 de 1997.

Sobre el concepto de licencia urbanística, tenemos que el inciso segundo del artículo 35 de la Ley 1796, que modificó el artículo 99 de la Ley 388 de 1997, la define en los siguientes términos:

La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción²⁴, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios.

Tenemos entonces que las licencias urbanísticas son actos administrativos constitutivos proferidos al agotamiento de un debido proceso en el que tras verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas, arquitectónicas y de sismo resistencia, se crea para su titular una situación jurídica de carácter particular y concreto que implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción. (Arenas Guevara, 2019, p. 230)

La licencia de construcción es un “Acto administrativo por medio del cual se concede, a solicitud del interesado, la autorización para adelantar la construcción de una edificación” de conformidad con la definición incorporada en el numeral 25 del artículo cuarto de la Ley 400 de 1997.

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.2.6.1.1.7 del Decreto 1077 de 2015, define la licencia de construcción como:

[L]a autorización previa para desarrollar edificaciones, áreas de circulación y zonas comunales en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen, los Planes Especiales de Manejo y Protección de Bienes de Interés Cultural, y demás normatividad que regule la materia. En las licencias de construcción se concretarán de manera específica los usos, edificabilidad, volumetría, accesibilidad y demás aspectos técnicos aprobados para la respectiva edificación.

²⁴ Subrayado intencional, fuera de texto original

Para obtener este derecho de desarrollo y construcción a través de la licencia de construcción, el primer paso para el constructor o enajenador de vivienda que pretende desarrollar un proyecto inmobiliario, previo a tramitar la obtención de la licencia urbanística, es la verificación de las posibilidades que ofrece el terreno o inmueble sobre el cual se pretende edificar. Estas posibilidades están limitadas por los usos del suelo y las demás restricciones o posibilidades que establezcan los planes de ordenamiento territorial y los esquemas de ordenamiento territorial del correspondiente municipio.

Una vez verificadas estas posibilidades, procede entonces el diseño de la edificación, el cual tiene como primer racero, el cumplimiento del Reglamento Colombiano de Construcción²⁵ Sismo Resistente -NSR-10-. Este reglamento fue adoptado por la Ley 400 de 1997²⁶, la cual dispone en su artículo segundo que las construcciones que se adelanten en el territorio colombiano deberán sujetarse a las normas establecidas en dicha Ley y en las disposiciones que la reglamenten.

Las normas sismo resistentes presentan requisitos mínimos que, en alguna medida, garantizan que se cumpla el fin primordial de salvaguardar las vidas humanas ante la ocurrencia de un sismo fuerte. No obstante, la defensa de la propiedad es un resultado indirecto de la aplicación de las normas, pues al defender las vidas humanas, se obtiene una protección de la propiedad, como un subproducto de la defensa de la vida. (Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes, 2010, p. 1)

²⁵ Un reglamento o código de construcción “es un contrato social por medio del cual se define nacionalmente un riesgo aceptable para las construcciones y lo que jurídicamente es permitido o no.” (García, 2014, p. 71). Este mismo autor señala que un reglamento de construcción es “un instrumento para mantener a raya a los pícaros y a los incompetentes” (p. 72) y destaca que, “históricamente se ha indicado que puede haber un conflicto de intereses en la construcción. Hay una utilidad a la cual se hace acreedor quien construye, lo cual es totalmente razonable para una actividad económica, como lo es para otras actividades. Lo grave es caer en la tentación de bajar una especificación para mejorar la utilidad y ahí radica la razón histórica de la existencia de los códigos de construcción, especialmente cuando esta reducción de la especificación introduce un peligro para la vida.” (p. 72)

²⁶ Esta Ley señala en el párrafo de su artículo primero que: “Una edificación diseñada siguiendo los requisitos consagrados en las normas que regulan las construcciones sismo resistentes, debe ser capaz de resistir, además de las fuerzas que le impone su uso, temblores de poca intensidad sin daño, temblores moderados sin daño estructural, pero posiblemente con algún daño en elementos no estructurales y un temblor fuerte con daños a elementos estructurales y no estructurales, pero sin colapso.”

Atendiendo a esta finalidad y a la obligatoriedad de la NSR-10, el constructor o enajenador de vivienda, debe desarrollar además de los estudios geotécnicos²⁷, los diseños arquitectónicos y estructurales de la edificación de manera concordante con este reglamento.

Frente al diseño arquitectónico, la NSR-10 señala en su capítulo A.1.3.3 (modificado por el Decreto 945 de 2017) que el proyecto arquitectónico de la edificación debe cumplir la reglamentación urbana vigente (esto dependerá de cada municipio), los requisitos especificados en el Título J y en el Título K del Reglamento NSR-10 para medios de evacuación, protección contra incendios, la señalización de los medios de evacuación, los materiales apropiados para la protección contra incendios de los medios de evacuación y elementos de seguridad anti impacto o caída como barandas y elementos vidriados, y además debe indicar, los grupos de ocupación de cada una de las partes de la edificación, número de personas para las cuales está diseñado el espacio, y su clasificación dentro de los grupos de uso definidos en el Capítulo A.2, el tipo de cada uno de los elementos no estructurales y el grado de desempeño mínimo que deben tener de acuerdo con los requisitos del Capítulo A.9.

Y frente al diseño estructural, el capítulo A.1.3.4 de la NSR-10 señala que este debe ser realizado por un ingeniero civil facultado para este fin, de acuerdo con la Ley 400 de 1997, y que la estructura de la edificación debe diseñarse para que tenga resistencia y rigidez adecuadas ante las cargas mínimas de diseño prescritas por el Reglamento y debe, además, verificarse que dispone de rigidez adecuada para limitar la deformabilidad ante las cargas de servicio, de tal manera que no se vea afectado el funcionamiento de la edificación.

²⁷ En el capítulo A.1.3.2 de la NSR-10 se señala que “Debe realizarse una exploración del subsuelo en el lugar en que se va a construir la edificación, complementada con una consideración de sus alrededores para detectar, de ser el caso, movimientos de suelo. El alcance de la exploración y el programa de ensayos de laboratorio se establecen en el Título H — Estudios Geotécnicos. El ingeniero geotecnista debe elaborar un informe en el cual relacione la exploración y los resultados obtenidos en el laboratorio, se den las recomendaciones que debe seguir el ingeniero estructural en el diseño de la cimentación y obras de contención, la definición de los efectos sísmicos locales, los procedimientos constructivos que debe emplear el constructor, y los aspectos especiales a ser tenidos en cuenta por el supervisor técnico. En el reporte se deben indicar los asentamientos esperados, su variabilidad en el tiempo y las medidas que deben tomarse para no afectar adversamente las construcciones vecinas.”

Una vez desarrollados los diseños, el paso procedente es la obtención de la correspondiente licencia de construcción²⁸, pues para adelantar obras de construcción, se requiere de manera previa a su ejecución, la obtención de la licencia urbanística correspondiente, esto de conformidad con el numeral primero del artículo 35 de la Ley 1796 de 2016.

El Decreto 1077 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*” en su título sexto relativo a la implementación y control del desarrollo territorial, determina lo relativo al procedimiento para obtención de las licencias urbanísticas. A partir de sus disposiciones, en los párrafos siguientes veremos cuál es entonces el procedimiento y requisitos que debe agotar un constructor o enajenador de vivienda antes a adelantar el proceso constructivo.

En cuanto a la competencia para el otorgamiento de la licencia de construcción, tenemos que el artículo 2.2.6.1.1.3 del Decreto 1077 de 2015 dispone que el otorgamiento de la licencia de construcción corresponde al curador urbano en aquellos Municipios que cuenten con aquella figura²⁹, en los demás municipios los alcaldes o secretarios de planeación son los encargados de tramitar y expedir las licencias de urbanismo y construcción.

En cuanto a la figura del curador urbano, el artículo 101 de la Ley 388 de 1997 modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, lo define de la siguiente manera:

El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción.

²⁸ La licencia de construcción es solo una de las clases de licencias urbanísticas que existen, junto con ella, están también determinadas como licencias urbanísticas las siguientes: urbanización, parcelación, subdivisión e intervención y ocupación de espacio público.

²⁹ La figura del curador urbano se obligatoria en aquellos municipios con población superior a 100.000 habitantes, según lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2150 de 1995. En los municipios que no superen esta población, los alcaldes o secretarios de planeación son los encargados de tramitar y expedir las licencias de urbanismo y construcción.

La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.

Así las cosas, el ejercicio de la función del curador consiste en un proceso de verificación de las normativas aplicables a cada tipo de licencia que haya de expedir y las características de la misma, esto desde una perspectiva técnica y jurídica.

Es decir, que la principal finalidad del curador urbano es dar fe³⁰. Esto último es importante resaltarlo en la medida en que la función pública que ejerce el curador urbano se limita exclusivamente a la verificación normativa de las solicitudes de licencias urbanísticas frente a un proyecto sometido a su consideración. (Arenas Guevara, 2019, p. 243)

[E]l curador urbano es un particular que ejerce funciones públicas, en esa medida su comportamiento debe circunscribirse a lo previsto legalmente para los servidores públicos, incluyendo lo correspondiente a su régimen disciplinario en los términos del Código Único Disciplinario. Adicionalmente, su ejercicio cuenta con múltiples controles, como el de la Superintendencia de Notariado y Registro, la Procuraduría General, la Comisión de Veeduría de las Curadurías Urbanas, las Contralorías Municipales y el Consejo Profesional de Arquitectura. (Arenas Guevara, 2019, p. 245)

Para ser curador urbano, se requiere de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1796 de 2016³¹: a) Ser ciudadano colombiano en ejercicio, o extranjero residente legalmente en el país, no mayor de 65 años y estar en pleno goce de los derechos civiles de acuerdo con la Constitución Nacional y las

³⁰ El inciso tercero del artículo 49 del Decreto 2150 de 1995 señala que los curadores urbanos “estarán obligados a dar fe acerca del cumplimiento de las normas vigentes aplicables en cada caso particular y concreto”

³¹ Modificatorio del numeral 1 del artículo 101 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9° de la ley 810 de 2003 que establecía los siguientes requisitos: “a) Poseer título profesional de arquitecto, ingeniero civil o posgrado de urbanismo o planificación regional o urbana. b) Acreditar una experiencia laboral mínima de diez (10) años en el ejercicio de actividades relacionadas con el desarrollo o la planificación urbana. c) Acreditar la colaboración del grupo interdisciplinario especializado que apoyará la labor del curador urbano.” Puede observarse entonces que la Ley 1796 de 2016 diseñó requisitos un poco más estrictos en la medida que determinó la necesidad del título profesional en áreas específicas y relacionadas con la materia, sin que este pueda ser subsanado con el título de posgrado. Igualmente se puede observar como una novedad de la Ley 1796, la exigencia de no estar incurso en inhabilidades determinadas en la ley.

leyes civiles. b) Poseer título profesional de arquitecto, ingeniero civil, abogado o en áreas de las ciencias sociales, económicas o de la administración y posgrado en derecho urbano, urbanismo, políticas de suelo, planificación territorial, regional o urbana, y la correspondiente matrícula, tarjeta o licencia profesional, en los casos de las profesiones reglamentadas. c) Acreditar una experiencia laboral mínima de diez (10) años en el ejercicio de actividades de desarrollo o la planificación urbana. d) No estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad determinadas en la ley. e) Acreditar la colaboración del grupo interdisciplinario especializado que apoyará la labor del curador urbano. f) Inscribirse y aprobar el concurso de designación de curadores urbanos de que trata la ley.

Frente a estos requisitos es importante destacar que solo son exigidos para la figura del curador urbano y no para los alcaldes o secretarios de planeación encargados de la expedición de las licencias urbanísticas en los municipios con una población inferior a 100.000 habitantes. En el caso de estos últimos, se tiene que los criterios para el desempeño del cargo de secretario de planeación, están sometido a lo regulado en el respectivo manual de funciones de cada entidad³², sin disminuir los parámetros establecidos dependiendo del nivel del cargo. Esta diferencia entre los requisitos para los curadores urbanos y la falta de requisitos especiales para los secretarios de planeación, puede generar que en los municipios en los cuales no se cuenta con la figura del curador se pueda adolecer de personal calificado para el realizar el proceso de verificación técnica y jurídica para el otorgamiento de las licencias de construcción.

Observada entonces la figura de la curaduría urbana, se analizan entonces los requisitos para obtener la licencia de construcción. Al respecto debemos señalar inicialmente la licencia de construcción (que es un subtipo de licencia urbanística), tiene a su vez nueve modalidades³³, siendo estas: 1) obra nueva, 2) ampliación, 3) adecuación, 4) modificación, 5) restauración, 6) reforzamiento estructural, 7) demolición, 8) reconstrucción y 9) cerramiento.

³² En este sentido el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005, señala que “las autoridades territoriales deberán fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos”. Y en relación con los secretarios de despacho (que generalmente detentan un nivel directivo) exige los siguientes requisitos: “13.2.1.1. Para los Departamentos, Distritos y Municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera: Mínimo: Título profesional y experiencia. Máximo: Título profesional y título de postgrado y experiencia. 13.2.1.2. Para los Distritos y Municipios de categorías: Cuarta, quinta y sexta: Mínimo: Título de Tecnólogo o de profesional y experiencia. Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia.”

³³ Artículo 2.2.6.1.1.7 del Decreto 1077 de 2015.

Teniendo en cuenta los propósitos de este trabajo, el análisis de requisitos planteado se realizará únicamente en relación con la licencia de construcción de obra nueva, la cual ha sido definida en el numeral primero del artículo 2.2.6.1.1.7 del Decreto 1077 de 2015 como la “autorización para adelantar obras de edificación en terrenos no construidos o cuya área esté libre por autorización de demolición total.” Es de anotar que de conformidad con el párrafo primero de esta misma disposición, la solicitud de licencia de construcción de obra nueva puede incluir la petición para adelantar obras en otras de las modalidades de las licencias de construcción (tal como la misma demolición de la construcción anterior que existiera).

Ahora, frente a los requisitos para la licencia de construcción de obra nueva, tenemos que el artículo 2.2.6.1.2.1.7 del Decreto 1077 de 2015³⁴ facultó al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para establecer mediante resolución los documentos que deben acompañar todas las solicitudes de licencias, y en virtud de ello, esta entidad expidió la Resolución 462 de 2017.

Esta Resolución establece en su artículo primero una serie de requisitos documentales orientados de identificar la propiedad objeto de licenciamiento, la capacidad y representación de los solicitantes, identificación de los colindantes y certificación de los profesionales intervinientes en el trámite. Adicionalmente, la Resolución 462 de 2017 en su artículo quinto establece como requisitos específicos para el trámite de licencias de construcción los siguientes³⁵:

1. Memoria de los cálculos y diseños estructurales.³⁶
2. Memoria de diseño de los elementos no estructurales.³⁷

³⁴ Si bien el Decreto 1077 de 2015 establecía los requisitos específicos para el otorgamiento de las licencias de construcción en su artículo 2.2.6.1.2.1.11, esta norma fue derogada por el Decreto 1203 de 2017, procediendo entonces el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a establecer los requisitos específicos a través de la citada Resolución en virtud de la autorización otorgada por el artículo 2.2.6.1.2.1.7 del Decreto 1077 de 2015.

³⁵ Se enuncian los requisitos que son generales para las licencias de construcción, haciendo claridad en que esta disposición señala requisitos adicionales que son especiales para casos determinados que no son de interés del análisis que se pretende en este apartado.

³⁶ En el capítulo A.1.5.3.1 de la NSR-10 se señala que en la memoria estructurales debe incluirse “una descripción del sistema estructural usado, y además deben anotarse claramente las cargas verticales, el grado de capacidad de disipación de energía del sistema de resistencia sísmica, el cálculo de la fuerza sísmica, el tipo de análisis estructural utilizado y la verificación de que las derivas máximas no fueron excedidas.”

³⁷ En el capítulo A.1.5.3.2 de la NSR-10 se señala que esta “memoria debe ser elaborada por el profesional responsable de los diseños, ya sea el arquitecto o el diseñador de los elementos no estructurales, y los diseñadores hidráulicos, eléctricos, mecánicos o de instalaciones especiales. (...) Igualmente debe contarse con una memoria de las

3. Los estudios geotécnicos y de suelos.
4. Planos estructurales del proyecto.³⁸
5. El proyecto arquitectónico, elaborado de conformidad con las normas urbanísticas y de edificabilidad vigentes al momento de la solicitud. Los planos arquitectónicos deben contener como mínimo la siguiente información: 5.1. Localización. 5.2. Plantas. 5.3. Alzados o cortes de la edificación relacionados con la vía pública o privada a escala formal. Cuando el proyecto esté localizado en suelo inclinado, los cortes deberán indicar la inclinación real del terreno. 5.4. Fachadas. 5.5. Planta de cubiertas. 5.6. Cuadro de áreas.
6. En los eventos en que se requiera la revisión independiente de los diseños estructurales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 400 de 1997, modificado por el artículo 3 de la Ley 1796 de 2016, reglamentado por el Decreto 945 de 2017 se deberán aportar los siguientes documentos: 6.1. Memoria de los cálculos y planos estructurales, firmada por el revisor independiente de los diseños estructurales. 6.2. Memorial firmado por el revisor independiente de los diseños estructurales, en el que certifique el alcance de la revisión efectuada.

Además de las claridades que se realizan a pie de página sobre estos requisitos, merece una mención especial el último de ellos referenciado, esto es, la revisión independiente de diseños, mecanismo al que se introdujeron modificaciones importantes orientadas a la protección del comprador de vivienda en la Ley 1796 de 2016.

especificaciones sobre materiales, elementos estructurales, medios de ingreso y egreso y sistemas de detección y extinción de incendios relacionadas con la seguridad a la vida”.

³⁸ En el capítulo A.1.5.2.1 de la NSR-10 se señalan los siguientes requerimientos para los planos estructurales: “(a) Especificaciones de los materiales de construcción que se van a utilizar en la estructura, tales como resistencia del concreto, resistencia del acero, calidad de las unidades de mampostería, tipo de mortero, calidad de la madera estructural, y toda información adicional que sea relevante para la construcción y supervisión técnica de la estructura. Cuando la calidad del material cambie dentro de la misma edificación, debe anotarse claramente cuál material debe usarse en cada porción de la estructura, (b) Tamaño y localización de todos los elementos estructurales así como sus dimensiones y refuerzo, (c) Precauciones que se deben tener en cuenta, tales como contraflechas, para contrarrestar cambios volumétricos de los materiales estructurales tales como: cambios por variaciones en la humedad ambiente, retracción de fraguado, flujo plástico o variaciones de temperatura, (d) Localización y magnitud de todas las fuerzas de preesfuerzo, cuando se utilice concreto preesforzado, (e) Tipo y localización de las conexiones entre elementos estructurales y los empalmes entre los elementos de refuerzo, así como detalles de conexiones y sistema de limpieza y protección anticorrosiva en el caso de estructuras de acero, (f) El grado de capacidad de disipación de energía bajo el cual se diseñó el material estructural del sistema de resistencia sísmica, (g) Las cargas vivas y de acabados supuestas en los cálculos, y (h) El grupo de uso al cual pertenece la edificación.”

La revisión de diseños fue un mecanismo instituido en el párrafo del artículo 15 de la Ley 400 de 1997. Esta norma establecía que si bien la revisión de los planos, memorias y estudios del proyecto correspondía al curador o las oficinas o las dependencias distritales o municipales a cargo de la expedición de las licencias, sin embargo, según establecía esta disposición, el solicitante de la licencia podía optar, por una revisión independiente, situación que era absolutamente facultativa.

Con la modificación introducida por la Ley 1796 de 2016 en su artículo tercero³⁹ la revisión de diseños ya no es un mecanismo facultativo, sino que se instituyó como una obligación para la revisión de los diseños estructurales de las edificaciones cuyo predio o predios permitan superar más de 2.000 metros cuadrados de área construida, independientemente de su uso. Esta revisión también aplica cuando la edificación que se pretende desarrollar tenga menos de 2.000 metros cuadrados de área construida, pero cuente con la posibilidad de tramitar ampliaciones que permitan alcanzar los 2.000 metros cuadrados exigidos.⁴⁰

³⁹ Este aspecto fue reglamentado de manera más específica en el Apéndice A-6 del Anexo Técnico del Decreto 945 de 2017 modificadorio de la NSR-10. Este anexo señala en su capítulo A-6.1.3 que “Esta revisión debe llevarse a cabo de oficio por parte del curador urbano o la autoridad municipal o distrital encargada de la expedición de las licencias urbanísticas, para todas las solicitudes de licencias de construcción independientemente del área, uso y localización de la edificación, o que se encuentre revisada por un profesional particular independiente. El alcance de la revisión efectuada por estas autoridades será el definido en la Resolución 0015 de 2015 expedida por la “Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes”, o la norma que la adicione, modifique o sustituya.”

⁴⁰ Esta revisión también aplica cuando en uno o más predios se aprueben distintas edificaciones que en conjunto superen los dos mil (2.000) metros cuadrados. Para aquellos proyectos que no superen los 2.000 metros cuadrados, el proceso previo a la expedición de la licencia sigue estando en cabeza del diseñador, el titular de la licencia y las dependencias encargadas de la expedición de la licencia.

Bajo lo dispuesto en la Ley 1796 esta revisión la debe realizar un profesional particular, calificado para tal fin⁴¹, el cual escoge el solicitante de manera autónoma⁴² entre los profesionales que se encuentren inscritos en el Registro Único Nacional de Profesionales Acreditados cuando este entre en funcionamiento⁴³. Los costos del revisor deben ser asumidos por el solicitante de la licencia. Pese a esta libertad de elección y la asunción de los gastos, la norma dispone que el revisor debe ser diferente del diseñador e independiente laboralmente de él.

El revisor de diseños debe certificar el cumplimiento de las normas contempladas en la Ley 400 de 1997 y sus decretos reglamentarios (incluyendo la NSR-10), y debe firmar los planos y demás documentos técnicos como constancia de haber efectuado la revisión.⁴⁴

⁴¹ El Artículo 30 de la Ley 400 de 1997 señala que el revisor de diseños debe ser “ingeniero civil cuando se trate de diseños estructurales y estudios geotécnicos y un arquitecto o ingeniero civil o mecánico en el caso de diseños de elementos no estructurales. En todos los casos deberán tener matrícula profesional y acreditar ante la “Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes”, los de experiencia e idoneidad que se señalan en el siguiente artículo.” Por su parte el artículo 31 señala que El revisor de los diseños debe acreditar una experiencia mayor de cinco (5) años de ejercicio profesional, contados a partir de la expedición de la tarjeta profesional, bajo la dirección de un profesional facultado para tal fin, en una o varias actividades tales como, diseño estructural, diseño de elementos no estructurales, trabajos geotécnicos, construcción, interventoría o supervisión técnica, o acreditar estudios de posgrado en el área de estructuras, geotecnia o ingeniería sísmica.” De conformidad con el inciso quinto del artículo tercero de la Ley 1796 de 2016 “Para edificaciones que deban someterse a una supervisión técnica de acuerdo con lo establecido en el Título V de la presente ley y sus decretos reglamentarios y que se localicen en municipios y distritos donde no se cuente con la figura de curador urbano, la revisión de que trata el presente párrafo correrá a costa de quien solicite la licencia y será ejercida por profesionales independientes o por el curador urbano del municipio más cercano del mismo departamento.”

⁴² Esta selección está limitada por el régimen de incompatibilidades establecidas En el artículo 14 de la Ley 1796 de 2016 que señala que: “Los profesionales que realicen labores de revisión de diseños o supervisión técnica independiente de la construcción estarán sujetos al siguiente régimen de incompatibilidades y no podrán actuar como tales: 1. Respecto de proyectos en que les corresponda intervenir profesionalmente en cualquier otra calidad. 2. Respecto de proyectos en los que tenga alguna participación a título de socio, gerente, director, administrador, propietario, diseñador, constructor, accionista o fideicomitente. 3. Respecto de proyectos a ejecutar en predios que pertenezcan a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 4. Respecto de proyectos en los que tenga participación o intereses comerciales de cualquier naturaleza.” Puede observarse que las relaciones personales, de amistad o haber tenido vínculos laborales o contractuales previos con los diseñadores, constructores o propietarios de la obra, no fueron concebidas como causales de incompatibilidad.

⁴³ A la fecha de entrega de este trabajo, este registro no ha empezado a operar pese a que fue creado por disposición del artículo 12 de la Ley 1796 de 2016. Hasta tanto no se implemente este Registro “las calidades y experiencia exigidas a los profesionales que intervienen desarrollo de una edificación, serán las previstas en el Título VI de la Ley 400 de 1997 y la Resolución 0015 de 2015 expedida por la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes, o la norma que la adicione, modifique o sustituya” (artículo cuarto, Decreto 945 de 2017).

⁴⁴ Debe destacarse de manera especial que esta revisión de diseños es adicional a la revisión que deben adelantar los curadores urbanos o autoridades encargadas de expedir las licencias urbanísticas, los cuales de conformidad con el artículo 2.2.6.1.2.2.3 del Decreto 1077 de 2015 deben “revisar el proyecto objeto de la solicitud desde el punto de vista jurídico, urbanístico, arquitectónico y estructural, incluyendo la revisión del cumplimiento del Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 y la norma que lo adicione, modifique o sustituya; los diseños estructurales, estudios geotécnicos y de suelos y diseños de elementos no estructurales, así como el cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación aplicables.” En consonancia con ello, el capítulo A-6.1.3 de la NSR (modificada por el Decreto 945 de 2017) señala que esta revisión debe llevarse a cabo por los curadores urbanos o

Surtidos estos requisitos, incluida la revisión de diseños cuando sea procedente, se realiza la revisión del proyecto constructivo por parte del curador urbano o la autoridad municipal competente. De conformidad con el artículo 2.2.6.1.2.2.3 del Decreto 1077 de 2015, esta revisión debe desarrollar desde el punto de vista jurídico, urbanístico, arquitectónico y estructural, incluyendo la revisión del cumplimiento del Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 y la norma que lo adicione, modifique o sustituya; los diseños estructurales, estudios geotécnicos y de suelos y diseños de elementos no estructurales, así como el cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación aplicables.

Realizada esta revisión, la autoridad realiza un acta de observaciones y correcciones en la que se informe al solicitante sobre las actualizaciones, correcciones o aclaraciones que debe realizar al proyecto y los documentos adicionales que debe aportar para decidir sobre la solicitud.

Habiéndose subsanado las observaciones o correcciones, en caso de que las hubiera, se tiene entonces que la autoridad cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45)⁴⁵ días hábiles para resolver para la solicitud de la licencia.

En caso de ser otorgada, la licencia genera como efecto la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia.⁴⁶ Es entonces este el momento en el cual se pueden empezar a desarrollar las labores constructivas, las cuales deben sujetar a los planos arquitectónicos y estructurales que hubieran sido aprobados con la licencia de construcción.⁴⁷

autoridades encargadas de expedir las licencias urbanísticas independientemente de que se encuentre revisada por un profesional particular independiente.

⁴⁵ Este término puede variar dependiendo de la complejidad de la licencia. Al respecto pueden revisarse el artículo 2.2.6.1.2.3.2 del Decreto 1077 de 2015.

⁴⁶ Artículo 2.2.6.1.2.3.3 del Decreto 1077 de 2015.

⁴⁷ Al respecto, el inciso tercero del artículo segundo de la Ley 400 de 1997 señala que “La construcción deberá sujetarse estrictamente al correspondiente proyecto o planos aprobados” y el artículo séptimo de esta misma Ley dispone que “Los planos arquitectónicos y estructurales que se presenten para la obtención de la licencia de construcción deben ser iguales a los utilizados en la construcción de la obra.” En consonancia con el ello, el capítulo A.1.5.2 de la NSR-10 indica que “Los planos arquitectónicos, estructurales y de elementos no estructurales, que se presenten para la obtención de la licencia de construcción deben ser iguales a los utilizados en la construcción de la obra.”

Iniciada entonces la construcción⁴⁸, la calidad, idoneidad y seguridad de la edificación dependerá tanto de la sujeción a los planos y especificaciones aprobadas por parte del constructor, como de las labores de supervisión técnica y control urbanístico que se desarrollen; estos dos últimos procesos se abordarán en los capítulos siguientes.

3.2 Control urbanístico

La Constitución Política colombiana establece en su artículo 58 que “La propiedad es una función social que implica obligaciones”, esta función social debe desarrollarse en consonancia con lo dispuesto por el artículo segundo constitucional que dispone que “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. En esa medida, al Estado le es exigible adoptar todas las medidas para que el derecho de propiedad y la ocupación del espacio sea ejercido por los particulares de manera armónica con los fines sociales.

Estas medidas entonces se adoptan a través del control urbanístico, el cual podemos describir como una función del estado tendiente a salvaguardar el ordenamiento del territorio a través de medidas preventivas y correctivas frente a la realización de conductas contrarias al régimen urbanístico.

[E]l control urbano es una función que busca la protección de los bienes jurídicamente tutelados al ordenamiento físico de las ciudades, al uso y tratamiento del suelo, al ambiente sano y los recursos naturales renovables, al espacio público y al patrimonio arquitectónico y cultural, derivados de la Constitución Política. (Hena Henao , 2009, p. 324)

El artículo 2.2.6.1.4.11 del Decreto 1077 de 2015, modificado por el artículo 14 del Decreto 1203 de 2017, establece la competencia y funciones del control urbano de la siguiente forma:

⁴⁸ En este sentido, el capítulo A.1.3.8 de la NSR-10 (modificado por el Decreto 945 de 2017), señala que “La construcción de la estructura, y de los elementos no estructurales, de la edificación se debe realizar de acuerdo con los requisitos propios del material, para el grado de capacidad de disipación de energía para el cual fue diseñada, de acuerdo con los requisitos dados por el Reglamento NSR-10 para cada material estructural y siguiendo los procedimientos y especificaciones dados por los diseñadores. La dirección de la construcción debe ser realizada por profesionales facultados para este fin, de acuerdo con la Ley 400 de 1997 y el presente Reglamento NSR-10.”

Corresponde a los alcaldes municipales o distritales por conducto de los inspectores de policía⁴⁹ rurales, urbanos y corregidores, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1801 de 2016 (Código de Policía) o la norma que la modifique, adicione o sustituya, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de aplicar las medidas correctivas para asegurar el cumplimiento de las licencias urbanísticas y de las normas contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses colectivos y de la sociedad en general.⁵⁰

Además de las funciones señaladas en relación de la vigilancia y control de la ejecución de las obras, también se puede destacar a partir de las normas relativas a las licencias urbanísticas contenidas en el Decreto 1077 de 2015, que a la autoridad municipal también le son atribuibles funciones relacionados con la conservación de la memoria del otorgamiento de las licencias y certificados técnicos de ocupación.

Ahora, en relación la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, tenemos que con la expedición de la Ley 1796 de 2016, se generó una suerte de cambio de orientación o diversificación en cuanto a los encargados de estas labores, veamos:

El artículo 63 del Decreto 1469 de 2010 señalaba lo siguiente:

⁴⁹ La Ley 1801 de 2016 define las medidas correctivas aplicables a cada una de las situaciones que se constituyen como comportamientos contrarios a la convivencia. En términos generales, las medidas aplicables a los comportamientos contrarios a la protección y conservación del patrimonio cultural, a la integridad urbanística y al cuidado e integridad del espacio público son las siguientes: multa especial por infracción urbanística; demolición de obra; construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble; remisión de muebles; suspensión temporal de actividad; suspensión definitiva de la actividad; suspensión de construcción o demolición; reparación de daños materiales de muebles; reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles, y suspensión de servicios públicos si no hubiese habitación. (Henao Henao , 2009, p. 329)

⁵⁰ Esto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto número 2150 de 1995 que señala que: “Corresponde a los alcaldes distritales o municipales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control, durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento físico, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto en orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses de la sociedad en general y los intereses colectivos.”

Corresponde a los alcaldes municipales o distritales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de las licencias urbanísticas y de las normas contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses colectivos y de la sociedad en general.

En todo caso, la inspección y seguimiento de los proyectos se realizará mediante inspecciones periódicas durante y después de la ejecución de las obras, de lo cual se dejará constancia en un acta suscrita por el visitador y el responsable de la obra. Dichas actas de visita harán las veces de dictamen pericial, en los procesos relacionados por la violación de las licencias y se anexarán al Certificado de Permiso de Ocupación cuando fuere del caso.

Puede observarse, con base en esta última disposición citada, y las demás referenciadas en este apartado relativo al control urbanístico, que a la autoridad municipal le fue asignada la labor de supervisar periódicamente las obras de construcción, de manera que, le eran atribuibles funciones de supervisión de las obras. Sin embargo, esta situación en la práctica resultaba un tanto compleja por la capacidad de personal y estructura organizacional que dicha supervisión requería, por lo cual, desde el escenario práctico podía observarse⁵¹ que esta labor no se cumplía en los términos previsto en el Decreto 1469 de 2010.

Tal vez por esta razón, con la expedición de la Ley 1796 de 2016, se generó una especie de traslado de las funciones de supervisión hacia supervisores técnicos independientes⁵² (actores particulares). La forma en que se ha delimitado esta labor para dichos actores, se describirá a continuación.

⁵¹ Por experiencias evidenciadas por la investigadora en la ciudad de Medellín.

⁵² Tema que se desarrollará en el siguiente capítulo.

3.3 Supervisión técnica independiente

Si bien iniciada la construcción, el constructor⁵³, el propietario y los profesionales que participan del proyecto, son responsables del cumplimiento de todos los requisitos y normas aplicables, existe una suerte de vigilancia o control adicional de la construcción, este se denomina supervisión técnica independiente.

El numeral 38 del artículo cuarto de la Ley 400 de 1997 define la supervisión técnica de la siguiente manera:

Se entiende por supervisión técnica la verificación de la sujeción de la construcción de la estructura de la edificación a los planos, diseños y especificaciones realizadas por el diseñador estructural. Así mismo, que los elementos no estructurales se construyan siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizadas por el diseñador de los elementos no estructurales, de acuerdo con el grado de desempeño sísmico requerido.

Este mecanismo, como estaba concebido en la versión inicial de la Ley 400 de 1997, establecía la obligatoriedad de esta supervisión para las construcciones que tuvieran más de tres mil (3.000) metros cuadrados de área construida independientemente de su uso.

Esta norma, incluía la posibilidad de que el curador o las oficinas o dependencias distritales o municipales encargadas de otorgar las licencias exoneraran de la supervisión técnica a aquellas personas naturales o jurídicas que, demostrando su idoneidad, experiencia y solvencia moral y económica, establecieran sistemas de control de calidad total, bajo la dirección de un ingeniero civil que cumpliera las calidades y requisitos que para supervisor técnico.

⁵³ El párrafo tercero del artículo cuarto de la Ley 1796 de 2016 señala que “el constructor, durante el desarrollo de la obra, deberá contar con la participación del diseñador estructural del proyecto y del ingeniero geotecnista responsables de los planos y estudios aprobados, quienes deberán atender las consultas y aclaraciones que solicite el constructor y/o el supervisor técnico. Tales consultas y aclaraciones deberán quedar registradas y documentadas en el proceso de supervisión de la obra.”

Esta posibilidad de exonerarse de la supervisión técnica fue derogada por la ley 1796 de 2016, la cual, a su vez, en su artículo cuarto realizó importantes modificaciones a la supervisión técnica independiente, estableciéndola de manera obligatoria en los siguientes casos:

1. Para que aquellas construcciones cuyo predio o predios permitan superar más de dos mil (2.000) metros cuadrados de área construida, independientemente de su uso; sea que el área a construir supere los dos mil (2.000) metros cuadrados o los pueda superar en futuras ampliaciones.
2. Cuando se trate de uno o más predios para los que se aprueben licencias de construcción que superen en su conjunto los dos mil (2.000) metros cuadrados.
3. Cuando la edificación no supere el área señalada, pero por su complejidad, procedimientos constructivos especiales o materiales empleados la hagan necesaria, según el criterio del diseñador estructural o ingeniero geotecnista.

El supervisor debe ser independiente del constructor⁵⁴, y como señaló, el constructor debe seguir realizando todos los controles de calidad exigidos en la Ley 400 de 1997 y sus reglamentos para garantizar que la edificación se ejecute de conformidad con los planos, diseños y especificaciones técnicas aprobados en la respectiva licencia.

El constructor es quien escoge al supervisor independiente y cubre los gastos respectivos. Cuando entre en funcionamiento el Registro Único Nacional de Profesionales Acreditados, solo se podrán escoger como supervisores independientes los profesionales que figuren en tal registro. (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2016, p. 10)

El supervisor técnico independiente está sometido a las mismas incompatibilidades de que trata el artículo 14 de la Ley 1796 de 2016 aplicables al revisor de diseño. El alcance de su labor está

⁵⁴ El capítulo A.1.3.9.4 de la NSR-10 modificado por el Decreto 945 de 2017 señala que “El supervisor técnico independiente debe ser un profesional, ingeniero civil o arquitecto, o un constructor en arquitectura e ingeniería, o un ingeniero mecánico (solo para el caso de estructuras metálicas o prefabricadas) según el Capítulo V del Título VI de la Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1229 de 2008. Parte de las labores de supervisión pueden ser delegadas por el supervisor técnico independiente en personal técnico auxiliar, el cual trabajará bajo su dirección y su responsabilidad”

señalado en el capítulo A.9.3.2 de la NSR-10⁵⁵ (modificado por el Decreto 945 de 2017), que señala:

El supervisor técnico independiente debe verificar que la construcción e instalación de los elementos no estructurales se realice siguiendo los planos y especificaciones correspondientes. En aquellos casos en los cuales en los documentos de diseño (planos, memorias y especificaciones) sólo se indique el grado de desempeño requerido, será responsabilidad del supervisor técnico verificar que los elementos no estructurales que se instalen en la edificación, efectivamente estén en capacidad de cumplir el grado de desempeño especificado por el diseñador.

Para aquellas edificaciones cuyo predio o predios no permitan superar más de 2.000 metros cuadrados de área construida, y por ende no estén sometidas al control que representa la supervisión técnica, deberán ejecutarse conforme lo aprobado en la licencia de construcción recayendo la responsabilidad sobre el constructor, diseñador estructural, y quienes hayan ostentado la titularidad del predio y de la licencia de construcción, esto según lo dispone el inciso segundo del artículo cuarto de la Ley 1796.

⁵⁵ Las tareas específicas que comprende la labor del supervisor técnico se encuentran señaladas en el numeral 3.10.2. de la Resolución 0015 de la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistente. Esta disposición prescribe: “El alcance de la supervisión técnica debe, como mínimo, cubrir los siguientes aspectos: (a) Aprobación de un programa de control de calidad de la construcción de la estructura de la edificación, o de los elementos no estructurales, cuando su grado de desempeño así lo requiera. Este programa de control de calidad debe ser propuesto por el constructor. (b) Aprobación del laboratorio, o laboratorios, que realicen los ensayos de control de calidad. (c) Realizar los controles exigidos por el Reglamento para los materiales estructurales, de elementos no estructurales y de protección contra incendio empleados, y los indicados en I.2.4 del Reglamento NSR-10. (d) Aprobación de los procedimientos constructivos propuestos por el constructor. (e) Exigir a los diseñadores el complemento o corrección de los planos, cuando estos estén incompletos, indefinidos, o tengan omisiones o errores. (f) Constatar que los elementos que hagan parte de la resistencia al fuego, el control de humo y los componentes y sistemas cortafuego, de extinción, detección y alarma se construyan de acuerdo con los planos y especificaciones correspondientes. (g) Solicitar al ingeniero geotecnista las recomendaciones complementarias al estudio geotécnico cuando se encuentren situaciones no previstas en él. (h) Mantener actualizado un registro escrito de todas las labores realizadas, de acuerdo con lo establecido en I.2.2.1 del Reglamento NSR-10. (i) Velar en todo momento por la obtención de la mejor calidad de la obra. (j) Prevenir por escrito al constructor sobre posibles deficiencias en la mano de obra, equipos, procedimientos constructivos y materiales inadecuados y vigilar porque se tomen los correctivos necesarios. (k) Recomendar la suspensión de labores de construcción de la estructura cuando el constructor no cumpla o se niegue a cumplir con los planos, especificaciones y controles exigidos, informando, por escrito, a las autoridades municipales o distritales que expidieron la licencia de construcción. (l) Rechazar las partes de la estructura que no cumplan con los planos y especificaciones. (m) Ordenar los estudios necesarios para evaluar la seguridad de la parte o partes afectadas y ordenar las medidas correctivas correspondientes, supervisando los trabajos de reparación. (n) En caso de no ser posible la reparación, recomendar la demolición de la estructura a las autoridades municipales o distritales que expidieron la licencia de construcción. (o) Expedir la constancia de que habla el literal (h) de I.2.2.1 del Reglamento NSR-10 de acuerdo con el modelo presentado en I.4.3.8.”

De cualquier forma, sea que la construcción esté sometida o no a la supervisión técnica, la autoridad de control urbanístico sigue conservando la potestad de realizar controles a las obras. Así lo dispone el parágrafo segundo del artículo sexto de la Ley 1796 de 2016 que dispone:

En todo caso, para los efectos de control durante la obra, la autoridad municipal o distrital competente podrá realizar visitas y controles periódicos a la ejecución de las construcciones, cuya evidencia y resultados se consignarán en las actas de supervisión independientes y en las de inspección que realicen las autoridades encargadas de ejercer el control urbano.

Ahora, si bien se puede observar que se conservan las señaladas potestades de control, lo cierto que con la expedición de la Ley 1796 de 2016 se ha dado un cambio significativo a la revisión y control de los proyectos urbanísticos de vivienda. Este cambio incluso se ha trasladado en alguna medida hasta las certificaciones necesarias para la ocupación de los inmuebles, tema este que se abordará a continuación.

3.4 Certificación técnica de ocupación y autorización de ocupación de inmuebles

Finalizadas las labores constructivas, y previo a que se proceda con su entrega a los propietarios o compradores de los inmuebles, se requiere la acreditación de que las obras hayan sido construidas de conformidad con la licencia urbanística otorgada y respetando todas las normas aplicables, especialmente la NSR-10. Esta acreditación, que tiene por finalidad la habilitación para habitar el inmueble, ha sido denominada de diferentes formas en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación presentamos sus antecedentes y estado actual.

Como principal antecedente debemos destacar el denominado certificado de permiso de ocupación, que se encontraba regulado en el artículo 53 del Decreto 1469 de 2010, como el acto mediante el cual la autoridad competente para ejercer el control urbano y posterior de obra, certificaba mediante acta detallada el cabal cumplimiento de (i) las obras construidas de conformidad con la licencia de construcción, y (ii) las normas de sismo resistencia y/o a las normas urbanísticas y arquitectónicas.

En los términos del artículo 53 señalado, el certificado de permiso de ocupación, era solicitado por el titular o el constructor responsable a la autoridad que ejerza el control urbano y posterior de obra, esto es, la administración de cada municipio o Distrito.

Para este efecto, la autoridad competente realizaba una inspección al sitio donde se desarrolló el proyecto⁵⁶, dejando constancia de la misma mediante acta de los dos aspectos objeto de revisión que fueron destacados. En caso que las obras hubieran sido adelantadas de conformidad con lo aprobado en la licencia, la autoridad expedía el certificado de permiso de ocupación del inmueble. En caso de no encontrarse el proyecto a conformidad, la autoridad competente debía abstenerse de expedir el certificado correspondiente y debía iniciar el trámite para la imposición de las sanciones a que hubiera lugar.

El certificado técnico de ocupación era un procedimiento independiente y adicional a la supervisión técnica, de manera que, el hecho de que un proyecto tuviera esta supervisión, no lo eximía de la obligación de solicitar el certificado de permiso de ocupación.

Pese a la utilidad que la solicitud del certificado de permiso de ocupación podría generar para garantizar que las edificaciones contaran con condiciones de seguridad previa a su ocupación, la realidad es que en su regulación anterior a la Ley 1796 de 2016, no se preveía ninguna consecuencia en caso de que un constructor no lo solicitara, es más, el artículo 53 del Decreto 1469 de 2010, disponía incluso que en ningún caso se podía supeditar la conexión de servicios públicos domiciliarios a la obtención del permiso de ocupación. De manera que la falta de obtención del certificado de permiso de ocupación no generaba impedimentos para la entrega u ocupación de los inmuebles, por lo cual, en la práctica podía observarse que muchos constructores se abstraían de dicha obligación.

Con la expedición de la Ley 1796 de 2016, la obligación de revisar y certificar la conformidad de la construcción con la licencia de construcción y las normas aplicables, fue encargada en el

⁵⁶ De conformidad con el párrafo del artículo 53 del Decreto 1469 de 2010, la autoridad competente tenía un término máximo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud para realizar la visita técnica y expedir sin costo alguno el certificado de permiso de ocupación.

supervisor técnico independiente⁵⁷ (en los caso de las construcciones que están sometida a esta⁵⁸). Bajo esta normativa esta certificación fue denominada *certificado técnico de ocupación*

Para el caso de las construcciones que no están sometidas a la supervisión técnica independiente, esta actividad orientada a la verificación de las obras fue dejada en cabeza de la autoridad que ejerza el control urbanístico, esto es, las administraciones municipales. Para este último caso, la figura fue denominada *autorización de ocupación de inmuebles*. A continuación se describen entonces estas dos posibilidades.

3.4.1 Certificación técnica de ocupación

Como se señaló anteriormente, este es un mecanismo que ha sido dispuesto para aquellas construcciones que han sido sometidas a la supervisión técnica independiente. El artículo sexto de la Ley 1796 dispuso que una vez concluidas las obras aprobadas en la respectiva licencia de construcción y previamente a la ocupación de nuevas edificaciones, el supervisor técnico independiente deberá expedir bajo la gravedad de juramento la certificación técnica de ocupación de la respectiva obra, en el cual se certificará que la obra contó con la supervisión correspondiente y que la edificación se ejecutó de conformidad con los planos, diseños y especificaciones técnicas, estructurales y geotécnicas exigidas por el Reglamento Colombiano de Construcciones Sismorresistentes y aprobadas en la respectiva licencia.

Dispone esta norma que a la certificación técnica de ocupación se anexarán las actas de supervisión,⁵⁹ las cuales no requerirán de protocolización. La certificación técnica de ocupación deberá protocolizarse mediante escritura pública otorgada por el enajenador del predio la cual se inscribirá en el folio de matrícula inmobiliaria del predio o predios sobre los cuales se desarrolla la edificación, así como en los folios de matrícula inmobiliaria de las unidades privadas resultantes

⁵⁷ El artículo 53 del Decreto 1469 de 2010, que había sido incorporado en el artículo 2.2.6.1.4.1 del Decreto 1077 de 2015, fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1203 de 2017 (reglamentario de la Ley 1796 de 2016).

⁵⁸ Aquellas construcciones cuyo predio o predios permitan superar más de dos mil (2.000) metros cuadrados de área construida, independientemente de su uso; sea que el área a construir supere los dos mil (2.000) metros cuadrados o los pueda superar en futuras ampliaciones.

⁵⁹ El artículo sexto de la Ley 1796 de 2016 también dispone que copia de estas actas de la supervisión técnica independiente que se expidan durante el desarrollo de la obra así como la certificación técnica de ocupación serán remitidas a las autoridades encargadas de ejercer el control urbano en el municipio o distrito y serán de público conocimiento.

de los proyectos que se sometan al régimen de propiedad horizontal o instrumento que permita generar nuevas unidades de vivienda. En los proyectos de construcción por etapas de que trata la Ley 675 de 2001, para cada una de las nuevas edificaciones se deberá proceder de esta manera⁶⁰.

De esta nueva modalidad de certificación de conformidad de las obras, se puede destacar, que en contraste con el anterior certificado de permiso de ocupación, además de variar el sujeto encargado de su expedición, también destacamos como un importante cambio el hecho de que la certificación técnica de ocupación sea necesaria para poder realizar la transferencia de las viviendas que surjan del proyecto constructivo. En este sentido el artículo 10 de la Ley 1796 señala que:

Los notarios y registradores de instrumentos públicos no procederán a otorgar ni inscribir respectivamente ninguna escritura de transferencia de la propiedad inmuebles hasta tanto se cumpla con la obligación de protocolizar e inscribir la certificación técnica de ocupación de la manera prevista en el artículo 6° de la presente ley. La certificación técnica de ocupación podrá protocolizarse en el mismo acto de transferencia o en actos independientes.

Esta necesidad de la certificación técnica de ocupación para poder realizar las transferencias, genera entonces una certeza en el comprador de vivienda consistente en que la edificación ha sido revisada por un profesional calificado que de fe de que la construcción se adelantó en debida forma y que por tanto puede ser ocupada.

3.4.2 Autorización de ocupación de inmuebles

Como bien se señaló, la certificación técnica de ocupación solo aplica para construcciones que han sido sometidas a supervisión técnica. Ahora, en aquellos casos en que la construcción de una edificación no haya sido sometida a supervisión técnica, el artículo 2.2.6.1.4.1 del Decreto 1077 de 2015, modificado por el artículo 13 del Decreto 1203 de 2017, generó un mecanismo de

⁶⁰ Esta misma disposición señala en su párrafo primero que en los casos, de edificaciones conformadas por unidades estructuralmente independientes, una vez concluidas las obras de cada una de estas y previamente a su ocupación se podrá expedir un certificado técnico de ocupación por unidad estructuralmente independientes. En este caso, el certificado técnico de ocupación deberá protocolizarse en los folios de matrícula inmobiliaria de las unidades privadas de la respectiva unidad estructuralmente independiente.

certificación de conformidad de la construcción denominado autorización de ocupación de inmuebles. Dicho artículo define esta autorización de la siguiente forma:

Es el acto mediante el cual la autoridad competente⁶¹ para ejercer el control urbano y posterior de obra certifica mediante acta detallada el cabal cumplimiento de:

1. Las obras construidas de conformidad con la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva otorgada por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, cuando se trate de proyectos que no requirieron supervisión técnica independiente.

2. Las obras de adecuación a las normas de sismo resistencia y/o a las normas urbanísticas y arquitectónicas contempladas en el acto de reconocimiento de la edificación, en los términos de que trata el presente decreto. Para este efecto, la autoridad competente realizará una inspección al sitio donde se desarrolló el proyecto, dejando constancia de la misma mediante acta, en la que se describirán las obras ejecutadas.

Si bien encontramos que los alcances de la revisión que se realiza para la expedición de la autorización de ocupación son bastantes similares a los del certificado técnico de ocupación, lo cierto es que para el constructor no se constituye en un trámite que le impida o dificulte ninguna actuación adicional (igual que como ocurría bajo la figura del certificado de permiso de ocupación del Decreto 1469 de 2010). Incluso, el artículo 2.2.6.1.4.1 del Decreto 1077 de 2015 señala que:

En ningún caso se podrá supeditar la conexión de servicios públicos domiciliarios a la obtención del permiso de ocupación y/o demás mecanismos de control urbano del orden municipal o distrital.

En esa medida, si bien está instituida la autorización de ocupación de inmuebles para las edificaciones que no están sometidas a supervisión técnica, puede ocurrir que el constructor o

⁶¹ El párrafo del artículo 2.2.6.1.4.1 del Decreto 1077 de 2015 señala que la autoridad competente tendrá un término máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud, para expedir sin costo alguno la Autorización de Ocupación de Inmuebles.

titular de la licencia se sustraiga de ella, dado que su no observancia no le imposibilita instalar servicios públicos o realizar actuaciones de transferencia de los inmuebles resultantes de la construcción.

3.5 Conclusiones sobre la protección del consumidor inmobiliario de vivienda en el marco de los instrumentos para la prevención del daño originado en las fallas de la construcción

Vistos entonces los instrumentos para la prevención del daño de las edificaciones, de cara a la protección del consumidor inmobiliario de vivienda se pueden evaluar como acordes a dicha protección los siguientes aspectos, en la medida que se traducen en una mayor garantía de que los consumidores puedan obtener bienes con condiciones de seguridad:

- Verificación de cumplimiento de requisitos en el marco del otorgamiento de la licencia de construcción: el procedimiento diseñado para el otorgamiento de las licencias de construcción, tendiente a verificar el cumplimiento de criterios arquitectónicos, estructurales, urbanísticos y jurídicos del proyecto inmobiliario, está diseñado de manera que resulta suficiente para verificar los criterios urbanísticos y de cumplimiento de la norma sismo resistente. Ahora, su efectividad depende entonces de que los funcionarios que otorgan las licencias de construcción cuenten con la formación suficiente para estos efectos, y lo realicen desarrollando sus funciones de manera ética.

En este aspecto, podemos destacar también, que la verificación del cumplimiento de la norma de sismo resistencia en el marco del trámite de otorgamiento de la licencia de construcción, puede garantizar la seguridad de la edificación, ya que la NSR-10 es una norma conservadora⁶², lo cual en términos de la Ley 400 de 1997 garantiza que las edificaciones tengan virtud de soportar las fuerzas que le impone su uso y posibles temblores sin daños estructurales o sin colapso.

⁶² En apreciación del ingeniero civil y abogado Carlos Alberto Gómez Tobón la norma de sismo resistencia colombiana es sumamente conservadora, e incluso algunos profesionales han sido críticos frente a esto. Entrevista realizada el 13 de octubre de 2019.

- **Revisión de diseños obligatoria:** la revisión de diseños para proyectos inmobiliarios con un área construida superior a 2.000 m², instituida de manera obligatoria por la Ley 1796, resulta bastante positiva de cara a la protección del consumidor de vivienda, pues genera un control adicional⁶³ en la verificación de las condiciones y cumplimiento de requisitos de la estructura del proyecto de edificación.
- **Supervisión técnica independiente:** si bien esta supervisión técnica fue creada desde la Ley 400 de 1997, lo cierto es que en dicha Ley se determinaron condiciones que daban fácil acceso a eximirse de ella. Al instituir la como obligatoria la Ley 1796 de 2016, se obtiene entonces la garantía de que un profesional, que en principio es independiente, verificará el cumplimiento de los requisitos relacionados principalmente con la concordancia de la construcción a los planos, diseños y normas relativas y aplicables a la estructura y a los elementos no estructurales.

Igualmente, frente a este aspecto, se evalúa como un elemento que promueve la protección de los intereses del consumidor inmobiliario, el hecho que la autoridad de control urbano pueda realizar también controles a la obra, aunque la construcción esté sometida a la supervisión técnica independiente.

- **Certificación técnica de ocupación:** este instrumento, tal y como está regulado en la Ley 1796 de 2016, resulta bastante novedoso y genera una garantía para el consumidor de que la construcción se encuentra avalada para proceder a habitarla. Como se señaló, antes de la Ley 1796, era habitual que no se solicitara por parte de los constructores el permiso de ocupación de las edificaciones, lo cual se espera que no suceda bajo los lineamientos de la Ley de Vivienda Segura, pues el certificado técnico de ocupación es un documento indispensable para realizar el acto de enajenación de los inmuebles mediante escritura pública.

Si bien, puede ocurrir que el constructor entregue materialmente los inmuebles sin contar el certificado técnico de ocupación, lo cierto es que la necesidad del documento para

⁶³ Adicional al que realiza el curador urbano o la autoridad municipal encargada del trámite de la licencia.

proceder con el traslado de dominio de las unidades inmobiliarias, puede generar una suerte de presión para que se cuente con este documento que debe ser expedido por el supervisor técnico que haya observado el desarrollo de toda la obra.

Ahora, como negativo o insuficiente de cara a la necesidad de protección del consumidor inmobiliario de vivienda, se evalúan los siguientes aspectos de los instrumentos para la prevención del daño:

- Otorgamiento de licencias de construcción en municipios que no cuentan con curaduría urbana: si bien en los municipios en los cuales no se cuenta con curaduría urbana se deben cumplir los mismos requisitos para el otorgamiento de las licencias de construcción que en aquellos que sí la tienen, lo cierto es que el hecho de que no se cuente con esta figura puede generar que las licencias urbanísticas sean aprobadas por profesionales que no tengan las calidades idóneas para evaluar de manera suficiente los aspectos arquitectónicos, estructurales, urbanísticos y jurídicos de los proyectos inmobiliarios.

Esto, dado que, como se señaló, en relación con los secretarios de planeación, que son los funcionarios que generalmente estudian las solicitudes de licencias urbanísticas en los municipios que no cuentan con curaduría urbana, no se exigen requisitos de formación o experiencia específica que los califique para estos trámites al nivel de las exigencias y formación del curador urbano.

- Independencia del supervisor técnico y revisor de diseños: aunque la supervisión técnica independiente y la revisión de diseños han sido evaluados como mecanismos positivos que han sido reforzados en la ley de vivienda segura, no deja de ser controversial el hecho que sea el mismo titular de la licencia el que escoja y cubra los gastos del revisor de diseños, y sea el constructor quien elija y cubra los gastos del supervisor técnico. Esta circunstancia pone en tela de juicio la autonomía del revisor y el supervisor, pues difícilmente una persona puede ser independiente y crítica de quien la seleccionó y la remunera. Aquí adquiere relevancia de manera importante la ética de los profesionales del sector inmobiliario.

Igualmente, se observa como problemático el hecho que, a la fecha de terminación de este informe (diciembre de 2020), habiendo transcurrido más de cuatro años desde la expedición de la Ley 1796 de 2016, no haya entrado en funcionamiento el Registro Único Nacional de Profesionales Acreditados, registro a partir del cual se podrán escoger los profesionales para realizar las labores de revisión de diseños y supervisión técnica.⁶⁴

- Falta de supervisión técnica en proyectos con un área construida inferior a 2.000 m²: dado que la supervisión técnica independiente solo ha sido instituida en edificaciones que superen o pueden superar los 2.000 m² de área construida, se tiene como consecuencia, que aquellas que no superen este límite, quedan sometidas únicamente a los controles de construcción que realice el mismo constructor o el titular de la licencia, y eventualmente la autoridad de control urbano, la cual, si bien cuenta con dicha facultad, lo cierto es que en la práctica (por lo menos en el caso de la ciudad de Medellín) no despliega de manera suficiente este control. En esa medida, los compradores de viviendas que se encuentren ubicadas en construcciones con un área construida inferior a los 2.000 m² cuentan con una garantía menor de supervisión que aquellos que adquieren inmuebles en edificaciones que si cuentan con supervisión técnica independiente.
- Autorización de ocupación de inmuebles: como se señaló, aquellas construcciones que no cuentan con supervisión técnica no cuentan a su vez con el certificado técnico de ocupación, y su control queda sometido al constructor y a la autoridad de control urbanístico. Así mismo, la autorización de ocupación del inmueble está en cabeza de dicha autoridad, y la falta de solicitud de esta autorización no genera impedimentos a los constructores o enajenadores de vivienda para realizar el traslado de dominio y entrega material de los inmuebles; dado esto, es posible (que tal y como venía ocurriendo) no exista una tendencia importante a solicitar esta autorización, y pueda ocurrir que haya construcciones que sean

⁶⁴ Estos profesionales deben acreditar una calificación a través de un examen de acreditación, según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1796 de 2016. Esta norma dispuso que esta acreditación debe realizarse de acuerdo con los términos y condiciones que establezca el Reglamento Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes. Este reglamento, a través de una modificación implementada con el Decreto 945 de 2017, señaló en su capítulo A-5.3.1 que la acreditación profesional consta de tres pasos principales: Paso 1 – Validación de la experiencia del profesional que le permite, una vez constatada, presentarse a las pruebas y exámenes. Paso 2 – Obtención del puntaje requerido en las pruebas y exámenes para que el profesional pueda ser considerado idóneo. Paso 3 – Inscripción del profesional en el “Registro Único Nacional de Profesionales Acreditados.

habitadas sin que se haya realizado previamente una revisión para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de sismo resistencia, además de su sujeción a los planos y diseños aprobados.

Estos cuatro aspectos que se evalúan como contrarios a la protección del consumidor, pueden generar como consecuencia la falta de condiciones de seguridad y calidad en las edificaciones que le son entregadas a los consumidores inmobiliarios de vivienda; además se observa como una circunstancia contraria al derecho a la igualdad de los consumidores, el hecho de que el legislador establezca diferentes niveles de control y protección atendiendo al área construida de las edificaciones, sin tener en cuenta que todas las edificaciones, independientemente de su área pueden tener riesgos que las lleven a adolecer de condiciones de calidad y seguridad.

4. INSTRUMENTOS PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO AL CONSUMIDOR ORIGINADO EN LAS FALLAS DE LAS EDIFICACIONES

Como se señaló en el apartado introductorio, para efectos de la investigación, se entenderán como instrumentos para la reparación del daño al consumidor por fallas de las edificaciones, aquellos orientados a devolver al inmueble las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, frente a los fallas o defectos que se presenten en los diversos elementos que lo componen, además de aquellos instrumentos orientados a la devolución de lo pagado, cambio del bien o la indemnización al consumidor inmobiliario.

En este capítulo se abordará el régimen general de garantías en materia de derechos del consumidor, y las garantías específicas en materia de inmuebles en el ordenamiento jurídico colombiano, y posteriormente, en los capítulos siguientes, se analizará la responsabilidad decenal del constructor establecida en el artículo 2060 del Código Civil y el amparo de perjuicios patrimoniales que ha sido creado en la Ley 1796 de 2016, como mecanismo de traslado de los riesgos o destinación de patrimonio para cuando la edificación perece o amenaza ruina.

4.1 La garantía legal

En materia de derecho de consumo, el abordaje de la responsabilidad que surge para el productor o proveedor por los defectos en los productos producidos y comercializados, dista considerablemente con las alternativas o figuras que se encuentran en la legislación civil y comercial.

Es así como la legislación civil en Colombia, ofrece la acción redhibitoria como remedio jurídico frente a los vicios ocultos de los bienes objeto de compraventa, esto, para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio (artículo 1914 del Código Civil)⁶⁵, y la acción de nulidad

⁶⁵ Para acudir a la figura de los vicios redhibitorios, de conformidad con el artículo 1915 del Código Civil se requiere: 1. Que el vicio haya existido al tiempo de la venta, de manera que no puede ser una circunstancia sobreviniente. 2. Su existencia debe provocar que el bien adquirido no sirva para su uso natural, o sirva de manera imperfecta; de manera que el comprador no lo hubiera comprado o hubiera pagado un precio menor, y 3. Que el vendedor no los hubiera manifestado. 4. Ser de tal envergadura que el comprador los hubiera ignorado sin negligencia grave de su parte, o aun pudiéndolos conocer fácilmente en razón de su profesión u oficio.

relativa por vicios del consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree (artículo 1511 del Código Civil).

Por otro lado, la legislación comercial tiene una orientación distinta en la acción de saneamiento por vicios redhibitorios, pues para que opere, “se debe probar que hubo culpa del comprador y, si se quiere solicitar indemnización de perjuicios, se debe probar la culpa del vendedor (art. 934). También desde el punto de vista comercial, se podría solicitar la devolución del dinero por falta de calidad o idoneidad del producto (art. 931). (Echeverri Salazar & Ospina Gómez, Responsabilidades del productor y el proveedor en el nuevo Estatuto del Consumidor, 2014, p. 197)

Igualmente, en materia mercantil, puede acudir a la figura de la garantía de buen funcionamiento (artículo 932 del Código de Comercio), para los bienes que hayan sido vendidos con garantía, o respecto de los cuales, se presume la venta con garantía⁶⁶. Esta figura exige que el comprador reclame al vendedor durante los treinta días siguientes al descubrimiento del defecto; y da lugar a la indemnización de los perjuicios causados por los defectos de funcionamiento.

Sin embargo, estos mecanismos que ofrecen la ley civil y mercantil, pueden no resultar suficientes cuando se trata de derechos de los consumidores, esto teniendo en cuentas los desequilibrios propios de las relaciones y conflictos que pueden surgir entre los consumidores y los productores o proveedores.

Por ello, en materia de derecho del consumo, existe una figura diferente para efectos de buscar la reparación del consumidor frente a los defectos de los productos que adquieren o reciben, a través de mecanismos menos engorrosos en materia probatoria, que distan considerablemente de las soluciones propias de la responsabilidad civil tradicional.

Este mecanismo en Colombia actualmente es denominado garantía legal, y constituye una obligación que, como se verá, se basa en una responsabilidad objetiva y solidaria para toda la

⁶⁶ Artículo 933 Código de Comercio colombiano: “Se presumen vendidas con garantía las cosas que se acostumbra vender de este modo.”

cadena de producción y comercialización de los productos, que no impone cargas probatorias significativas al consumidor para su efectividad⁶⁷.

Esto, partiendo del reconocimiento de la debilidad del consumidor, pues si se tuviera que acudir a las acciones de la legislación civil o mercantil, estos mecanismos no serían idóneos para garantizar de manera eficiente y oportuna los derechos e intereses de los consumidores, pues estarían sometidos a cargas probatorias significativas sin ser profesionales en el área respecto la cual provenga el producto, y tendrían la carga de determinar a cuál de los agentes de la cadena de producción y comercialización le sería imputable la responsabilidad por los defectos del producto.

La garantía es entonces, un “derecho esencial que los productores de bienes y servicios le deben a los consumidores.” (Shina, 2014, p. 402), y surge con el fin de obligar a los empresarios a “asegurar la eficacia del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados, a fin de satisfacer plenamente el interés del consumidor, y asimismo, evitar que del consumo resulte daño a su persona o bienes.” (Stiglitz & Stiglitz, 1994, p. 317)

En el ordenamiento jurídico colombiano, la garantía es un instrumento que establece la obligación de responder por las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de un producto o servicio durante un tiempo determinado por parte del productor y proveedor. Así la define el numeral quinto del artículo quinto de la Ley 1480 de 2011:

Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad⁶⁸ legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.⁶⁹

⁶⁷ Esto si se trata de un defecto en la calidad o idoneidad, pues como se verá más adelante, los defectos provenientes de la seguridad del producto, exigen que el consumidor pruebe el defecto, el daño ocasionado, y el nexo de causalidad entre el defecto y el daño.

⁶⁸ Si bien la garantía legal comprende los tres aspectos (calidad, idoneidad y seguridad), las acciones para reclamar por los defectos en la calidad e idoneidad son distintas de aquella acción a la que se acude cuando el producto tiene un defecto de seguridad. Sobre este punto se ahondará más adelante en el texto.

⁶⁹ En el mismo sentido, el artículo séptimo de la Ley 1480 de 2011, define la garantía como: “...la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.”

Al tratarse de una obligación legal inherente a la puesta en circulación del producto en el mercado, la garantía debe ser proporcionada de manera gratuita⁷⁰ en todas las prestaciones de bienes y servicios al consumidor, y respecto a ella no puede pactarse en contrario, o renunciarse⁷¹, dado que las normas de protección al consumidor contenidas en la Ley 1480 de 2011 son de orden público.⁷² Por lo tanto, se trata de un elemento de la naturaleza⁷³ de los contratos de consumo, y se entiende incluida, aunque así no se señale al momento de producirse la contratación.

4.2 La garantía legal de inmuebles en Colombia

El presupuesto de unidad del bien en relación con las garantías de inmuebles, debe analizarse de manera detenida, pues este tipo de bienes constituye un caso *sui generis*, dado que en nuestro ordenamiento jurídico se ha determinado un tratamiento diferenciado en materia de garantías para los diversos elementos de los inmuebles. A continuación se realizarán una descripción de los diferentes aspectos relacionados con la garantía de inmuebles en Colombia, atendiendo al tratamiento legislativo que se le ha dado a cada uno de sus componentes en materia de derecho de consumo.

4.2.1 Aspectos que comprende la garantía legal

Si bien en las páginas siguientes se desglosarán los diferentes aspectos enmarcados en esta definición normativa de garantía legal de la Ley 1480 de 2011, previo a ello, se hace necesario realizar una distinción en relación con los aspectos que comprende la garantía (calidad, idoneidad y seguridad), pues si bien se encuentran enmarcados en el Estatuto dentro de las obligaciones inherentes a la garantía, existen diferencias en esta misma norma, que llevan a un tratamiento cuando se trata de la calidad e idoneidad, y otro cuando el producto presenta defectos y daños

⁷⁰ Salvo que se trate de garantías suplementarias. Ver artículo 13 Ley 1480 de 2011.

⁷¹ Si así se hiciera, se estaría en presencia de una cláusula abusiva a la luz del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

⁷² El artículo cuarto de la Ley 1480 de 2011 señala: “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.”

⁷³ Artículo 1501 del Código Civil colombiano.

provocados por la falta de seguridad. Estas diferencias pueden condensarse en los siguientes tres aspectos, que a continuación se mencionarán sucintamente y se desarrollarán con mayor profundidad más adelante:

- (i) La afectación al consumidor: si solo se trata de una falta de calidad o idoneidad del producto, será procedente únicamente la acción de protección al consumidor para la efectividad de la garantía⁷⁴; en cambio, si el producto produce un daño (siendo indispensable la existencia del daño), por un defecto originado en una falta de seguridad, ya no se tratará de una efectividad de la garantía, sino de una acción de responsabilidad por productos defectuosos⁷⁵⁻⁷⁶. Ambas acciones serán desarrolladas más adelante en este capítulo.
- (ii) La carga probatoria a cargo del consumidor: como consecuencia del punto anterior, se tiene que si se trata de la acción de protección al consumidor, el consumidor no tiene mayor carga que señalar el defecto del bien; en cambio en la acción de responsabilidad por producto defectuoso el consumidor tiene la carga de probar el defecto del producto y el daño, además del nexo de causalidad entre estos dos.
- (iii) El término de garantía y el término de caducidad para accionar: al tratarse de afectaciones y acciones, distintas, también se han dispuesto en el Estatuto y se pueden concluir a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico colombiano, términos de garantía y de caducidad diferentes cuando se trata de la acción de protección al consumidor, y cuando se trata de la acción de responsabilidad por productos defectuosos.

⁷⁴ Artículo 11 de la Ley 1480 de 2011.

⁷⁵ Artículo 20 de la Ley 1480 de 2011.

⁷⁶ Se señalan estas dos acciones como procedentes en el marco del Derecho del Consumo en Colombia, sin embargo, en el marco de la legislación comercial y civil, podría acudir a otros remedios jurídicos frente a los defectos de un producto.

Realizada esta claridad previa, a continuación se desglosarán los tres aspectos que comprenden la garantía desde sus delimitaciones legales generales, y aplicando tales delimitaciones a los bienes inmuebles en Colombia.

4.2.1.1 Calidad

En relación con la calidad, esta se encuentra definida en el numeral primero del artículo quinto del Estatuto del Consumidor, como aquella “condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él.”

La calidad de los productos y servicios atañe al interés legítimo del consumidor, entorno a que los mismos sean, de acuerdo con su naturaleza y características, idóneos para satisfacer la finalidad a la que están destinados y, consiguientemente, colmar las expectativas y necesidades de los consumidores. (Stiglitz & Stiglitz, 1994, p. 56)

Así, las exigencias de calidad, están atadas a la vocación de funcionalidad y vida útil de los bienes; y en el caso colombiano, al cumplimiento de los aspectos establecidos en el numeral primero del artículo quinto del Estatuto del Consumidor.

(...) si se quiere indagar si un producto tiene un problema de calidad, se deberá analizar: (i) si existe algún parámetro legal que establezca el cumplimiento de requisitos relacionados con la calidad y las características del bien, (ii) en ausencia de regulación al respecto, verificar cuál es la información que le fue dada al consumidor por el proveedor o productor y (iii) proceder a establecer si el producto cumple con sus características inherentes. (Valderrama Rojas, 2013, p. 235)

Estos parámetros, que no son excluyentes sino complementarios, servirán entonces de base para determinar si efectivamente un bien o servicio cuenta o no con condiciones de calidad para la satisfacción de la necesidad para la cual fue creado y adquirido. A continuación, se analizarán cada uno de ellos en el caso colombiano:

En relación con los parámetros legales, tenemos que en Colombia, existen reglamentos técnicos que tienen carácter de obligatorios⁷⁷. El numeral 85 del artículo 2.2.1.7.2.1. del Decreto 1074 de 2015 los define como:

Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir disposiciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción o tratar exclusivamente de ellas.

Los reglamentos técnicos son disposiciones de cumplimiento obligatorio para los productores o fabricantes, que fijan las características de un producto y el proceso que debe ser adelantado para su producción o fabricación. Dichas disposiciones apuntan a garantizar la seguridad, vida e integridad humana, animal o vegetal, y a prevenir posibles prácticas que puedan inducir error al consumidor. (Valderrama Rojas, 2013, p. 235)

Estos reglamentos de naturaleza obligatoria, son distintos de las normas técnicas sectoriales⁷⁸. En Colombia los reglamentos técnicos son de obligatorio cumplimiento para cada sector de la economía o producto que hayan sido creados, y su incumplimiento no solo puede acarrear sanciones de carácter administrativo, sino que devendría en una deficiencia en la calidad del bien; en cambio, las normas técnicas se instituyen como medidas para optimización de la calidad dadas por sectores gremiales y organismos de normalización.⁷⁹

⁷⁷ Estas reglamentaciones se manifiestan como una intervención del Estado en el control de la calidad de los bienes y servicios que se ponen en el mercado, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el inciso primero del artículo 78 constitucional que señala 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.”

⁷⁸ Definidas en el numeral 61 del artículo 2.2.1.7.2.1. del Decreto 1074 de 2015 como: la norma “adoptada por una unidad sectorial de normalización.”

⁷⁹ Las normas técnicas sectoriales únicamente están dadas para efectos de estandarizar los bienes o servicios de determinados sectores, y optimizar sus procesos de calidad, pero no se constituyen en documentos de obligatorio cumplimiento para los productores y proveedores; y son desarrollados por organismos de normalización reconocidos, los cuales “suministran reglas y directrices que apuntan al mejoramiento de los procesos productivos con la finalidad de conseguir la fabricación de producto o la prestación de servicios con determinadas condiciones, y promover la calidad y la competitividad de un determinado sector. (Valderrama Rojas, 2013, p. 236)

Por otro lado, en cuanto a la información suministrada al consumidor como aspecto integrante de la calidad, se tiene que esta hace referencia a todas aquellas promesas o informaciones en general que le han sido puestas de presente por cualquier medio al consumidor y que lo han llevado a decidir la contratación. Aquí, adquiere un papel fundamental la publicidad como elemento vinculante en la contratación que genera expectativas por parte del consumidor.

Esto por cuanto la información que le es puesta de presente al consumidor al momento de la adquisición es lo que genera la confianza que lleva a la determinación de adquirir, confianza que es un bien jurídico protegido para los consumidores, y cuyo quebrantamiento “da lugar al resarcimiento del interés negativo.” (Lorenzetti & Lima Márquez, p. 46, como se citó en Shina, 2014, p. 404). Es esta circunstancia, lo que genera la necesidad de vincular la información y los ofrecimientos a los atributos que hacen que un producto tenga condiciones de calidad.

En relación con la información y publicidad que le es presentada al consumidor, señala el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 que: “Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.” Son precisamente esas condiciones objetivas⁸⁰ las que se vinculan a la calidad del bien o servicio.

Finalmente, como último elemento de la calidad como aspecto de la garantía, se tienen las condiciones inherentes al producto, las cuales están relacionadas con la naturaleza misma de este y el fin para el cual fue creado, en consecuencia:

[N]o pueden ser determinadas en abstracto, pues su establecimiento requerirá el desarrollo de un proceso comparativo en el cual se analicen productos de características similares, y de esta forma garantizar que las cualidades y características atribuidas concuerden con aquellas frente a las cuales los consumidores no dudan de su existencia. (Valderrama Rojas, 2013, p. 239)

⁸⁰ Los elementos “objetivos” de los mensajes son aquellos que se refieren a características propias de los productos (calidad, cantidad, precio, volumen, tamaño) o a aspectos medibles del mensaje (por ejemplo, estadísticas de consumo -más del 70% de los consumidores prefieren...). Aun cuando no se puede fijar una regla absoluta en este punto, normalmente los elementos objetivos del mensaje se traducen en la promesa que se transmite al consumidor y especialmente en los argumentos o sustentos con los que esta se soporta. (Kovács, 2013, p. 292)

Visto esto, se tiene que la calidad de los productos no hace referencia solo a las condiciones pactadas contractualmente, sino los aspectos que por la naturaleza, reglamentos y legítimas expectativas puede esperar (lo que espera de acuerdo con los ofrecimientos) el consumidor.

Para Isler Soto (2013, p. 91) existe dos ámbitos de calidad de los productos, uno objetivo que hace referencia “características, peculiaridades, propiedades y componentes que permiten que un determinado producto sirva para el fin para el cual es fabricado de acuerdo a las normas técnicas y conocimientos científicos aplicables”, y un ámbito subjetivo dado por “los atributos, características, peculiaridades, propiedades y componentes de un producto, que determinan la idoneidad del producto de acuerdo a las manifestaciones y expectativas de las partes”; es decir, una calidad basada en el consumidor.

La calidad entonces analizada a la luz de las garantías de los inmuebles destinados a vivienda estaría vinculada a:

- (i) El cumplimiento de los reglamentos técnicos aplicables a la construcción de vivienda, especialmente el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente y el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE). Igualmente se tendrá como un parámetro legal que configurará las condiciones de calidad, el cumplimiento de los alcances y características de la licencia de construcción y los planos y diseños que con ella fueran aprobados, los cuales son autorizados bajo los lineamientos de los referidos reglamentos y las normas urbanísticas aplicables, y constituyen en consecuencia una revisión legal realizada por la autoridad competente que vincula al constructor con su cumplimiento obligatorio.⁸¹
- (ii) El cumplimiento de la información suministrada al consumidor, en relación con cualquier aspecto del inmueble y el proyecto urbanístico (de ser el caso), se vinculan situaciones tales como los ofrecimientos en relación con el tipo de construcción, zonas comunes, áreas, y acabados, además de toda la información que por medios

⁸¹ Esto atendiendo también a que la licencia de construcción es un acto administrativo que crea derechos y obligaciones.

publicitarios transmitan los promotores o comercializadores del inmueble que pueden coincidir o no con el mismo constructor.

- (iii) El cumplimiento de las características inherentes a un inmueble, de manera que todos sus elementos garanticen la finalidad para la cual son adquiridos, la cual no es otro en el caso de las viviendas, que su habitación en condiciones idóneas. Se puede asimilar que las condiciones que por su naturaleza debe tener un inmueble, deben garantizar su habitabilidad.

4.2.1.2 Idoneidad

Este aspecto de la garantía fue definido por el numeral sexto del artículo quinto de la Ley 1480 de 2011, como la “aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado.”

[E]s la capacidad que tiene un producto para cumplir con el fin último para el cual ha sido puesto en el mercado (...) no se refiere a las características del bien sino a su facultad para satisfacer las necesidades que el consumidor busca complacer mediante su adquisición, ya sea porque el producto fue producido para ello o bien porque está siendo comercializado para dicha finalidad. (Valderrama Rojas, 2013, p. 240)

Así las cosas, se tiene que un producto, puede cumplir con los estándares de calidad, pero, sino cumple con el propósito o finalidad para la cual fue producido o comercializado, tendrá una deficiencia en su idoneidad.

Revisado este concepto en el marco de las garantías de los inmuebles, se tendrá como consecuencia que un inmueble tendrá condiciones de idoneidad siempre que se garantice su habitabilidad, entendida esta, según la Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (1991), como la capacidad de “ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia,

el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes.”⁸²

4.2.1.3 Seguridad

En el marco de los principios generales que fueron consagrados en la Ley 1480 de 2011, se señaló en el numeral primero del artículo primero como uno de ellos “La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad”⁸³. Esta consagración como principio en nuestro Estatuto del Consumidor, es fiel muestra del mandato que ya había insertado la Constitución Nacional en el inciso segundo del artículo 78 al señalar que: “Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”

La seguridad se relaciona con la cobertura de riesgos, de tal manera que hace referencia a aquella “situación en que se encuentran los consumidores y usuarios (y en general cuando están expuestos a sufrir daños, en su persona o en sus bienes, a causa del producto defectuoso) cuando pueden albergar un alto grado de confianza o certidumbre en que un determinado producto no entraña riesgos que puedan traducirse en los resultados lesivos”(Gómez Calero, 1996, p. 58, como se citó en Isler Soto, 2013, p. 75)

El numeral 14 del artículo quinto del Estatuto del Consumidor, define la seguridad así:

14. Seguridad: Condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el

⁸² La habitabilidad ha sido reconocida por la Corte Constitucional de Colombia como uno de los elementos contenidos en el derecho constitucional a la vida digna. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-936 de 2002 y T-149 de 2007.

⁸³ En este mismo sentido, el numeral 1.2. del artículo tercero de la Ley 1480 de 2011, señaló como uno de los derechos de los consumidores y usuarios: “Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.”

producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro.

Este es el aspecto más importante de los tres que comprende la obligación de la garantía legal y una de las piedras angulares del derecho de la protección al consumidor, pues no solo busca salvaguardar el patrimonio del consumidor, sino que está orientado a proteger la vida y los bienes de este y de terceros que puedan verse afectados por los defectos de los productos.

Un producto puede tener condiciones de calidad e idoneidad, pero ser inseguro. Se trata de aspectos distintos. Como se señaló en líneas anteriores, la garantía en materia de derecho de los consumidores obliga los productores y proveedores a responder solidariamente por la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que ponen en el mercado; si condensamos los dos primeros aspectos ya vistos en este texto, se puede concluir que la calidad está orientada a garantizar que los productos cuenten con las características que les son propias por su naturaleza, con las ofrecidas o con aquellas que por disposición de los reglamentos técnicos deban tener; y la idoneidad, está orientada a garantizar que el producto cumpla con el fin para el cual fue creado o adquirido.

La seguridad por su lado, hace referencia a que los productos que se ponen en el mercado no representen un riesgo o un peligro que no sea inherente a uso⁸⁴, para las personas que hagan uso de este o terceros que puedan verse involucrados en ese uso.

La protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales - información y participación -, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos del interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y

84 Como puede ser en el caso de una navaja, su vocación de cortar. Este representaría un riesgo inherente al uso.

distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro. (Corte Constitucional de Colombia. C-1141, 2000).

Teniendo en cuenta esta finalidad de la consagración del deber de seguridad como aspecto que comprende la garantía para los consumidores, surgen entonces a partir de este, obligaciones para el Estado de salvaguardar la vida, la salud y los bienes de sus ciudadanos, y para los productores y proveedores por los bienes que ponen en circulación en el mercado.

En este sentido, señalan las Directrices para la protección del consumidor de la Organización de las Naciones Unidas (2016) en su numeral 17 como una de las obligaciones de los estados miembros:

[A]doptar políticas adecuadas para garantizar que los bienes producidos por los fabricantes sean inocuos para el uso al que se destinan o para el normalmente previsible. Los responsables de introducir los bienes en el mercado, en particular los proveedores, exportadores, importadores, minoristas y similares (en lo sucesivo denominados “distribuidores”), deben velar porque, mientras están a su cuidado, esos bienes no pierdan su inocuidad debido a una manipulación o un almacenamiento inadecuados. Se debe facilitar a los consumidores instrucciones sobre el uso adecuado de los bienes e información sobre los riesgos que entraña el uso al que se destinan o el normalmente previsible. Dentro de lo posible, la información de vital importancia sobre seguridad debe comunicarse a los consumidores mediante símbolos comprensibles internacionalmente.

Tanto para el Estado, como para los productores y proveedores, surgen actuaciones y obligaciones que pueden identificarse como preventivas y correctivas, como escenarios ex ante y ex post a la ocurrencia del daño al consumidor derivado de una falta de seguridad en los productos.

Para el Estado, surge una importante labor desde la prevención de los daños al consumidor desde el control a la producción y comercialización de bienes y servicios, y en la reparación cuando se produce un daño; así podríamos afirmar entonces, que en el marco de esta finalidad, intervienen

las ramas ejecutiva y judicial del poder público, realizando un control ex ante y ex post en el mercado.

El control ex ante, en cabeza de la rama ejecutiva, a su vez también puede considerarse en dos esferas: una orientada a establecer los reglamentos técnicos y demás condiciones para garantizar la seguridad en la producción y manejo de la comercialización de determinados productos que generan riesgos potenciales para los consumidores⁸⁵, y otra orientada a tomar medidas preventivas para suspender la producción y comercialización de productos cuando se tengan indicios de que atentan contra la vida, la salud o los bienes de los consumidores.⁸⁶

El control ex post, también genera obligaciones para el ejecutivo, orientadas a establecer mecanismos sancionatorios cuando no se observen los reglamentos técnicos o en general cuando se atente contra la seguridad y el adecuado aprovisionamiento los consumidores⁸⁷. Igualmente, esta esfera de control, se desarrolla frente a la rama judicial a la hora de conocer las acciones derivadas de la responsabilidad por los daños producidos por productos inseguros.

Igualmente, con las obligaciones del Estado, surgen obligaciones correlativas para los productores y proveedores en relación con el deber de seguridad atado a la garantía legal. Estas obligaciones van desde la observancia de los reglamentos técnicos y en general el desarrollo de todas las etapas de producción y comercialización tomando todas las medidas orientadas a prevenir la generación de riesgos en la utilización de los productos; pasando por el deber de información cuando tengan conocimiento de que un bien que produjo o comercializó puede producir un evento adverso que

⁸⁵ Una muestra de ello, se destacan los numerales 5° y 18° del Artículo 59 del Estatuto del Consumidor que señala como facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio: “5. Con excepción de las competencias atribuidas a otras autoridades, establecer la información que deba indicarse en determinados productos, la forma de suministrarla así como las condiciones que esta debe reunir, cuando se encuentre en riesgo la salud, la vida humana, animal o vegetal y la seguridad, o cuando se trate de prevenir prácticas que puedan inducir a error a los consumidores, (...) 18. Fijar requisitos mínimos de calidad e idoneidad para determinados bienes y servicios, mientras se expiden los reglamentos técnicos correspondientes cuando encuentre que un producto puede poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de los consumidores.”

⁸⁶ En este sentido señala el numeral 8° del Artículo 59 del Estatuto del Consumidor como facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio: “Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, o la comercialización de productos hasta por un término de sesenta (60) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores, o de que no cumple el reglamento técnico.

⁸⁷ Tal y como se faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas⁸⁸; hasta la indemnización de los daños ocasionados cuando se falte al deber de seguridad.

Estas obligaciones para el Estado y los productores y proveedores, se deben reforzar aún más en la actualidad, gracias a los efectos de la industrialización y las nuevas tecnologías, y el afán de producir de manera más eficiente (desde un punto de vista del tiempo y el costo), lo cual puede generar que en ocasiones se sacrifique la vocación de seguridad de los bienes o servicios que se ponen en el mercado.

Vistas estas obligaciones del Estado y de los productores y proveedores, y retomando el enfoque conceptual del deber de seguridad, se puede sintetizar este, señalado que hace referencia a que el producto no genere riesgos irracionales (daños a bienes o personas) si se usa en condiciones normales. Así, el concepto de garantía en su aspecto de seguridad, es la exigencia de que “una vez que el bien o servicio es lanzado al mercado, y siempre que sea utilizado en condiciones normales, no presente ni riesgo ni daño para la salud o los intereses económicos de los usuarios y consumidores.” (Shina, 2014, p. 402).

[E]l deber de seguridad tiene un contenido muy extenso, y en sentido amplio implica la obligación que tiene el productor y/o el proveedor de poner solo productos seguros en el mercado y dado el caso, responder por la salud e integridad física del consumidor o de sus bienes. (Villalba Cuéllar, 2014, p. 20)

Un producto, que no ofrezca una seguridad razonable, es considerado entonces un producto defectuoso, entendido este último, según el numeral 17 del artículo quinto de la Ley 1480 de 2011 como “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.”

⁸⁸ Señala el artículo 19 de la Ley 1480 de 2011: “Artículo 19. Deber de información. Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional.”

Nótese como la definición de producto defectuoso en el derecho colombiano, está ligada al concepto de error, sin embargo, esta definición no guarda una adecuada consonancia con la definición del deber de seguridad que también consagró el Estatuto⁸⁹, el cual se plantea en relación con que el producto no presente riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores.

Al respecto surge una crítica al concepto colombiano, porque se centra en la idea de error y no en la de defecto, que se ata a la noción de seguridad en la mayoría de ordenamientos jurídicos. En efecto, si el error es un “concepto equivocado o juicio falso” o una “acción desacertada o equivocada”, según el Diccionario de la Real Academia Española, hacer girar la definición de producto defectuoso en torno al significado de error, implica dotarla de una subjetividad que no merece, y acercarla a la idea de falla humana, con tintes de responsabilidad por culpa, lo cual resulta inadmisibile. (Villalba Cuéllar, 2014, p. 23)

Sin embargo, para todos los efectos, debe considerarse que el “concepto defecto está claramente relacionado con la seguridad que el producto debe brindar a las personas y a las cosas de terceros. Cuando el productor, irrazonable o ilegítimamente, no le imprime esa seguridad al producto, podemos hablar de producto defectuoso.” (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 69)

Aplicado entonces el concepto de seguridad en materia de inmuebles, este atributo estará íntimamente ligada al cumplimiento de las normas sismorresistentes ya referenciadas, ya que una construcción diseñada siguiendo los requisitos que imponen dichas normas, “debe ser capaz de resistir, además de las fuerzas que le impone su uso, temblores de poca intensidad sin daño, temblores moderados sin daño estructural, pero posiblemente con algún daño en elementos no estructurales y un temblor fuerte con daños a elementos estructurales y no estructurales, pero sin colapso” (parágrafo único del artículo primero de la Ley 400 de 1997).

⁸⁹ Numeral 14 del artículo quinto del Estatuto del Consumidor.

4.2.2 Responsables de la garantía legal

Uno de los elementos más importantes a la hora de establecer las características de las garantías son sus responsables; al respecto, debe señalarse que para este aspecto, en materia de derechos del consumidor, en el ordenamiento jurídico colombiano, se ha determinado un régimen de solidaridad en toda la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios; así, frente al consumidor, son responsables por las garantías todos los agentes que intervengan en dicha cadena; esto puede concluirse a partir de las definiciones de garantía ya citadas, contenidas en el numeral quinto del artículo quinto y en el artículo séptimo de la Ley 1480 de 2011; además del inciso primero del artículo décimo de este mismo Estatuto que señala: “Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.”

Dichas normas, establecen la obligación de responder por la garantía a cargo del productor y proveedor. Teniendo en cuenta que en el capítulo correspondiente a la relación de consumo inmobiliario de vivienda ya se realizó una descripción de los agentes que tienen estas dos calidades, en este punto, podemos señalar, que es amplio el listado de agentes que se incluyen en las calidades de productores y proveedores, de manera que, puede concluirse, que todos aquellos que participan en las cadenas de producción y comercialización, desde el diseño mismo hasta la distribución final, son responsables por la garantía frente al consumidor. Esto obedece, tanto al hecho de su participación en el proceso de producción, como a los ofrecimientos y forma en que son vendidos los bienes y servicios.

[L]a relación de consumo pone en cuestión el efecto relativo del vínculo que se estructura a partir del acuerdo de voluntades, en la medida en que ata frente al consumidor no solo a quien le proveyó el bien o servicio, sino a todos aquellos que intervinieron en la producción, importación, distribución, difusión publicitaria del bien e incluso intermediación financiera, de modo que opera una extensión, una comunicación de responsabilidad, impensable en el acotado mundo del contrato. (Polanía Tello, 2013, p. 167)

Vale anotar, que la responsabilidad solidaria, es una de las más importantes reglas que ha caracterizado el derecho de consumo, en el caso colombiano, se ha destacado en el inciso segundo del artículo 78 de la Constitución Política de Colombia que: “Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”

Sobre este inciso de la Constitución Nacional, ha considerado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

[C]onsagra una regla de notables alcances, en cuanto dispone que: “Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”. Trátase pues, de una franca y rotunda alusión, de índole constitucional, a un régimen de responsabilidad de productores y distribuidores, derivado, ya no de las deficientes o irregulares condiciones de idoneidad y calidad de los productos que manufacturan o mercantilizan, sino de los actos que lesionan la salud y seguridad de usuarios y consumidores. Desde esa perspectiva, esta última prescripción, complementa y perfecciona el conjunto de salvaguardas de la parte débil de la relación de consumo. (Corte Suprema de Justicia, Radicado 25899 3193 992 1999 00629 01, MP Pedro Octavio Munar Cadena, 2009)

En similar sentido, la importancia del establecimiento de un régimen de responsabilidad solidaria en materia de derechos del consumidor, ha sido resaltada por la Corte Constitucional de Colombia, así:

En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario. Este propósito constitucional no podría nunca cumplirse cabalmente si los supuestos de responsabilidad sólo pudieran darse entre partes de un mismo contrato, máxime si solo en pocos casos el fabricante pone directamente en la circulación el bien y lo coloca en manos del consumidor

final. La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario. (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)

Así las cosas, el establecimiento de este régimen de responsabilidad solidaria en materia de derecho de consumo se caracteriza porque rompe con el principio de la relatividad de los contratos, de manera que genera efectos y obligaciones derivadas de la contratación, en sujetos que no tuvieron directamente una relación con el consumidor; surgiendo así la responsabilidad por el solo hecho de producir o poner los productos en el mercado. Como puede verse, se vincula entonces a los efectos poscontractuales al productor, aunque no tuviera relación alguna con el consumidor, por el solo hecho de participar en el proceso productivo.

El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma. En definitiva, suprimir al productor como sujeto pasivo de las acciones de garantía equivale a anular las garantías concedidas o presupuestas, sean éstas de orden legal o convencional. La regulación procesal que produzca este efecto, en lugar de promover la realización del derecho sustancial, lo aniquila. (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)

Analizar la solidaridad en relación con la garantía de inmuebles, resulta un reto importante, dadas las condiciones actuales en el marco de las cuales se desarrollan los proyectos inmobiliarios.

En los últimos años en Colombia, se ha dado una tendencia consistente en la gestión de proyectos inmobiliarios con la confluencia de múltiples actores, entre ellos, los promotores, fiduciarias y constructores; además de otros agentes y profesionales vinculados al constructor, tales como los diseñadores o directores de obra.

Esta confluencia de agentes, además de los diversos mecanismos jurídicos que se han implementado para la comercialización de bienes inmuebles, tales como la fiducia inmobiliaria, pueden crear confusiones a la hora de determinar quiénes son responsables frente al consumidor por la garantía legal.

El Estatuto cubre tácitamente a todos los miembros que participan en la cadena de construcción y enajenación de inmuebles, incluidos el constructor, el que construye para vender y el simple vendedor de obra nueva. Ello se deduce de la definición que de productor establece el numeral 9° del artículo 5° del Estatuto. Pero nada dice la norma de otras personas que intervienen en la construcción y comercialización de la obra. Sin embargo, por analogía creo que los proveedores de materiales son fabricantes, lo mismo que los promotores, los administradores delegados, los gerentes, directores y administradores del proyecto, los diseñadores y los interventores. Las entidades financieras son responsables en la medida en que hayan tenido algo que ver en la gerencia, promoción, comercialización, ejecución, vigilancia o interventoría de la obra, de aquella parte del inmueble que resulta de mala calidad, no es idónea u origina su ruina. (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 42)

En esa medida, si bien en cada caso concreto debe analizarse cuál es la labor que desarrolla cada agente en el proyecto inmobiliario, con base en los presupuestos de la responsabilidad solidaria que se han expuesto, podría afirmarse, que todo agente que participe directamente o indirectamente en la concepción, diseño, construcción o comercialización de los inmuebles, y que en general tenga la calidad de productor y proveedor inmobiliario según la caracterización realizada en el apartado 2.2. de este trabajo, deberá ser responsable frente al consumidor, no solo por intervención en estas actividades, sino por la confianza que se genera en el consumidor que sea determinada persona (natural o jurídica) quien se encuentre en las actividades relativas al proyecto inmobiliario.⁹⁰

⁹⁰ Al respecto, vale la pena destacar el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del día 7 de septiembre de 2016, en el proceso con radicado número 11001-31-99-001-2014-16247-02, con ponencia de la Magistrada María Patricia Cruz Miranda, fallo que correspondía a una decisión en segunda instancia de una acción de protección al consumidor en la cual se pretendía la devolución del dinero pagado por unos inmuebles comprados por los demandantes a la sociedad ALSACIA CDO, los cuales fueron dictaminados con fallas estructurales. En dicho fallo, el Tribunal consideró que no solo la sociedad constructora estaría llamada a responder, sino también aquellas sociedades que expusieron su marca para la venta del proyecto o que estaban involucradas en una situación de grupo empresarial, tras determinarse que todo el grupo, estaba detrás de la construcción y comercialización del proyecto inmobiliario.

4.2.3 Términos de garantía legal

Para analizar este aspecto, debe diferenciarse inicialmente entre el término de garantía, es decir, el término durante el cual, los productores y proveedores deben responder si el producto tiene una falla en la calidad, idoneidad y seguridad; y el término de caducidad, para interponer las diversas acciones derivadas de falla en cualquiera de los tres aspectos que comprende la garantía. Este último término se abordará en el apartado de las acciones derivadas de la garantía legal.

La obligación de la garantía tiene límites temporales, los cuales inician su cómputo a partir de la entrega del bien al consumidor o desde la celebración del contrato según sea el caso⁹¹. El establecimiento de los términos de garantía, está dado, según el artículo octavo de la Ley 1480 de 2011, de la siguiente forma:

En primera medida el término podrá ser establecido por la ley o autoridad competente, en cuyo caso, el término es de obligatorio cumplimiento. En caso que no haya sido establecido así, el término de garantía será el anunciado por el productor o proveedor, y en caso que este no lo indique, se entiende que el término será de un año para productos nuevos.⁹²

En relación con los términos de garantía de los de inmuebles, el inciso final del artículo octavo de la Ley 1480 de 2011, señala que: “Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año.”

Estos dos términos de garantía (el de estabilidad por 10 años y acabados por un año) fueron ratificados en el párrafo tercero del artículo 13 del Decreto 735 de 2013 reglamentario de la Ley 1480, que señaló:

⁹¹ Esto, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo octavo de la Ley 1480 de 2011. Sobre este aspecto, el Ingeniero y Abogado Carlos Alberto Gómez Tobón, en entrevista realizada el día 3 de octubre de 2019 plantea una interesante perspectiva consistente en señalar que en general en el derecho de derecho, la prescripción se contabiliza desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho que da lugar a la responsabilidad, sin embargo, en el Estatuto del Consumidor, se señaló el término de prescripción de la garantía a partir de la entrega del producto al consumidor.

⁹² Vale destacar, que todo producto nuevo puesto en el mercado debe ser vendido con garantía. Solo se excluyen de esta obligación los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía, y la prestación de servicios que requieren la entrega de un bien para su reparación, siempre y cuando la condición de ser vendidos o prestados sin garantía, sea informada y aceptada por escrito al consumidor.

Para los bienes inmuebles, el término de la garantía legal de los acabados y las líneas vitales será de un (1) año y el de la estabilidad de la obra diez (10) años, en los términos del artículo 8 de la Ley 1480 de 2011.⁹³

Este decreto reglamentario, en el inciso primero de su artículo 13, señala que las reclamaciones relativas a las garantías de inmuebles, deben realizarse acogiendo los conceptos de acabados, líneas vitales y estructura contenidas en la Ley 400 de 1997.

Tres situaciones complejas pueden desprenderse de los términos de garantía que fueron señalados para los inmuebles en la Ley 1480 de 2011 y su decreto reglamentario:

- El carácter imperativo o supletivo de las garantías: de la lectura completa del artículo octavo de la Ley 1480 de 2011, puede surgir una interpretación consistente en que, los términos de garantías señalados para inmuebles en el inciso final son supletivos y no imperativos; esto, dado que antes del inciso final, en los incisos anteriores se señalan varios términos de garantías que son supletivos (es decir, que solo tienen aplicación en caso que haya silencio por parte del productor o proveedor)⁹⁴.

Analizar entonces el artículo en su conjunto, permitiría considerar que el término de garantía establecido para acabados y estabilidad de la obra es supletivo y no imperativo, y en consecuencia, frente a este se podría establecer por parte del productor y proveedor un término inferior⁹⁵. Así lo considera por ejemplo, la Profesora Carmen Ligia Valderrama al señalar que en relación con el

⁹³ Se destaca que este decreto reglamentario de la Ley 1480 de 2011, introdujo además el término de garantía de líneas vitales por un año, término este que no había sido establecido en dicha ley, pero se incluyó en su reglamentación.

⁹⁴ Señalan los tres incisos anteriores del artículo de la Ley 1480 de 2011: “De no indicarse el término de garantía, el término será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos percederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración. (...) Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses. (...) La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.” Como puede observarse se trata de la delimitación de términos de garantías que operarían frente al silencio del productor o proveedor en la fijación.

⁹⁵ Tal y como lo permite el inciso primero del artículo octavo de la Ley 1480 de 2011 que indica: “El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor”

término previsto para los acabados de la obra, las partes podrán pactar, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, un término inferior a un año. (Valderrama Rojas, 2013, p. 263).

Si bien el párrafo tercero del artículo 13 del Decreto 735 de 2013 no se introduce en un contexto de términos supletivos de garantías, se evidencia que al final de este párrafo, se indica que estos plazos de garantías son *en los términos del artículo octavo de la Ley 1480 de 2011*, lo que sigue dejando abierta la posibilidad de que se señale un término de garantía inferior en estos aspectos, esto es, un término inferior a un año en relación con los acabados y líneas vitales, y un término inferior a diez años en relación con la estabilidad de la obra.

- Determinación del alcance de la *estabilidad de la obra*: la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 735 de 2013, introdujeron el concepto de estabilidad⁹⁶ de la obra otorgándole un término de garantía de diez años. Sin embargo, el concepto de estabilidad de la obra no se encuentra definido ni en dichas normas, ni en la Ley 400 de 1997.

Pese a que en la Ley 1480 de 2011, en cuanto los inmuebles, la garantía de diez años se señaló en relación con la *estabilidad de la obra*, el Decreto 735 de 2013 en el inciso primero del artículo 13⁹⁷ y en el párrafo segundo⁹⁸ de este mismo artículo, complementa la expresión estabilidad con la estructura de la edificación, de manera que no se refiere a la estabilidad de la obra, sino a la *estabilidad de la estructura*.

Así las cosas, se abre el interrogante orientado a determinar si el concepto de estabilidad debe circunscribirse solo a los elementos de la estructura de las edificaciones. Atendiendo a la falta de definiciones legales del concepto de estabilidad, tomamos conceptos de dos expertos para dotar de contenido las normas objeto de análisis.

⁹⁶ Al respecto se tiene que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define estable como aquello que “se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer.”

⁹⁷ Decreto 735 de 2013. Artículo 13. Garantía legal de bienes inmuebles. “En el caso de bienes inmuebles, para solicitar la efectividad de la garantía legal sobre acabados, líneas vitales del inmueble (...) y la afectación de la estabilidad de la estructura, definidos en la Ley 400 de 1997, el consumidor informará por escrito dentro del término legal de la garantía, al productor o expendedor del inmueble el defecto presentado.”

⁹⁸ Decreto 735 de 2013. Párrafo 2°, Artículo 13. “Frente a la reclamación por la afectación de la estabilidad de la estructura del inmueble, el productor o expendedor deberá responder por escrito al consumidor...”

Para el ingeniero y abogado Carlos Alberto Gómez la estabilidad es que la estructura no cambie con el tiempo, y que resista las cargas para las cual fue diseñada. (Gómez Tobón, 2020). Por su parte, el arquitecto Daniel Rendón considera que la estabilidad está ligada al concepto de estructura, en la medida que la función de la estructura es garantizar la estabilidad física de la edificación. Sin embargo, este último profesional manifiesta que la estructura no garantiza ni la habitabilidad ni tampoco la integralidad del concepto de estabilidad. (Rendón, 2020)

En este sentido, la Guía para el consumidor del sector vivienda, señala que la garantía por estabilidad de la obra versa sobre los componentes de una edificación pertenecientes a la estructura o a su cimentación. Este documento señala que este concepto se obtiene a partir de lo que sugiere el Decreto 735 2013. (Universidad Sergio Arboleda. Superintendencia de Industria y Comercio, 2016, p. 61)

Si bien existe un mediano consenso sobre la asimilación de la estabilidad de la obra a los elementos estructurales, lo cierto es que la introducción de este concepto para otorgarle un término de garantía no deja de ser problemático, pues estabilidad más que un componente de las edificaciones, es una característica que puede predicarse respecto a cualquiera de ellos.

- Suficiencia del término de garantía para acabados y líneas vitales: como se señaló, el Decreto 735 de 2016, remitió a las definiciones de la Ley 400 de 1997 para efectos de determinar qué es estructura, acabados y líneas vitales, y así aplicar los términos de garantía fijados por dicho Decreto para cada uno de estos componentes de las edificaciones.

Si bien como vimos en el apartado 2.3 de este trabajo, existen unos elementos intermedios entre la estructura y los acabados, que son los elementos no estructurales, lo cierto es que en las definiciones establecidas en el artículo cuarto de la Ley 400 de 1997 se señala lo siguiente en relación con acabados:

Acabados o elementos no estructurales. Partes y componentes de una edificación que no pertenecen a la estructura o a su cimentación.

En esa medida, dentro de los componentes de una edificación que se pueden inferir de la Ley 400 de 1997 tenemos que para esta ley, todo lo que no es estructura, es acabado. Y dada la remisión que realizó el Decreto 735 de 2013 a las definiciones de esta ley, se genera como consecuencia que en materia de protección al consumidor, solo sea aplicable la garantía de 10 años a la estabilidad de la obra, y para todo lo demás, esto es, elementos no estructurales, acabados y líneas vitales, un año.

Esto puede resultar bastante lesivo para el consumidor inmobiliario de vivienda, dado que existen muchos componentes de las edificaciones que no son meramente estéticos, sino que cumplen funciones realizar para garantizar la habilidad y seguridad⁹⁹ de la edificación. Entre estos elementos podemos destacar la formaletería permanente para losas o viguetas, morteros de afinado de piso, rellenos de piso, acabados de piso, rellenos en cubiertas inclinadas, elementos de cubiertas, tejas, membranas impermeables, aislamientos térmicos, claraboyas, cielo raso, alistados, ductos para servicios, fachadas, muros no estructurales, particiones, recubrimiento de muros, enchapes, ornamentación arquitectónica, ventanas, puertas, y ductos verticales de servicios ¹⁰⁰.

De los elementos enunciados, se puede observar que aunque no hagan parte de la estructura, son de vital importancia para que las edificaciones cumplan sus propósitos. Tal es la importancia de los elementos no estructurales que el capítulo A.13.1 de la NSR-10 (modificado por el Decreto 945 de 2017) estableció que deben diseñarse sísmicamente como protección a la vida de los ocupantes de la edificación, y de las zonas aledañas a ella (excluyendo los acabados y elementos decorativos) y deben ser objeto de supervisión técnica.

Así las cosas, no se entiende cómo a un elemento que tiene potencialidad de riesgo sísmico y que cumple una función de brindar habitabilidad y seguridad a una edificación, le sea asignado legalmente un término de garantía de tan solo un año¹⁰¹, existiendo (según algunas

⁹⁹ Seguridad en un sentido amplio, no solo relativa a que el edificio perezca o amenace ruina.

¹⁰⁰ Esto, con base en los capítulos B.3.4.1 y B.3.4.2 de la NSR-10 que ejemplifica estos elementos como no estructurales.

¹⁰¹ Al respecto, el ingeniero civil y abogado Carlos Alberto Gómez en entrevista realizada el 13 de octubre de 2020, señaló que, el término de garantía de un año para todos los elementos que no correspondan a la estructura, no se compadece con las situaciones de algunos componentes de las edificaciones que pueden evidenciar daños pasado este tiempo, y que pueden ser elementos de una relevancia considerable. Al respecto destacó como ejemplo que algunas fallas derivadas de malas prácticas constructivas, especialmente en lo relacionado con las tuberías de aguas negras, por

interpretaciones¹⁰²) la posibilidad de ser fijado incluso un término inferior por el productor y el proveedor.

El impacto de esta situación resulta inconmensurable para el consumidor, no solo por el impacto que puede tener sobre la seguridad y habitabilidad de las viviendas, sino por los costos que puede acarrear superar defectos en los elementos no estructurales y las líneas vitales, los cuales deben ser asumidos por el consumidor en caso que no se presenten dentro del primer año posterior a la entrega.¹⁰³

4.2.4 La garantía legal y la responsabilidad objetiva

El régimen de garantías en materia de derecho de consumo, constituye el establecimiento de un régimen de responsabilidad especial que determina reglas sustantivas y procedimentales específicas para hacer efectivo este derecho a favor de los consumidores, bajo presupuestos de responsabilidad objetiva, que obliga al empresario (productor y proveedor) a desplegar una serie de conductas, cuando existen diferencias con los aspectos que por la naturaleza debe tener el bien o servicio puesto en el mercado, o con las características que fueron ofrecidos, o por condiciones que hagan inviable su uso.

Así lo refuerza el doctrinante Germán Caycedo Espinel al señalar:

De la normatividad vigente y conforme con la jurisprudencia constitucional y de casación civil, se concluye que la regulación de protección al consumidor se aparta de los regímenes tradicionales de la responsabilidad civil y que en este ámbito -protección del consumidor- la estructura de la responsabilidad civil responde a un criterio constitucional y a un

regla general no se evidencian en un término tan corto de un año, pues es una situación que se va generando de manera progresiva. El ingeniero civil y abogado expone una experiencia profesional, en la cual.

¹⁰² Interpretación de la Profesora Carmen Ligia Valderrama.

¹⁰³ Se trae a colación un caso derivado de la experiencia profesional de la investigadora, en la cual una edificación presentó defectos en todos sus muros de cerramiento (no estructurales). Esto obedeció a una mala práctica constructiva por no haber adherido los muros de manera adecuada a las losas de la edificación, y está situación no se evidenció dentro del primer año. Después de este término, los muros empezaron a desplazarse hacia la parte exterior de la edificación. Este caso puede ayudar a dimensionar el impacto que tiene la regulación de los términos de garantía para los inmuebles en Colombia.

desarrollo legal, que tienden a un sistema de responsabilidad sin culpa y no referenciada a la relatividad contractual. (2013, p. 207)

Esto evidencia el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva en cabeza de los productores y proveedores frente a los consumidores por la garantía de bienes y servicios. Así, fue concebido desde la redacción del artículo 78 constitucional, respecto del cual, en las gacetas de Asamblea Nacional Constituyente, se señaló en el apartado de los derechos de los consumidores y usuarios, que: "... la responsabilidad por su desconocimiento y la consiguiente indemnización se sujetarán a los principios propios de la responsabilidad objetiva" (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 17)

4.2.5 Acciones derivadas de la garantía legal en materia de derechos del consumidor

El Estatuto del Consumidor, ha establecido en el numeral 1.5. de su artículo tercero, como uno de los derechos de los consumidores, el derecho a reclamar, el cual comprende, además de la reclamación propiamente dicha, el derecho a "obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito".

En Colombia, existen diversas acciones de carácter jurisdiccional para la protección de los consumidores, algunas de ellas, pueden ser orientadas como mecanismos para buscar la declaración de la responsabilidad solidaria del productor y proveedor por los aspectos que comprende la garantía, esto es, la calidad, la idoneidad y la seguridad. Como veremos la procedencia de cada acción dependerá de lo que se pretenda resarcir, del aspecto de la garantía afectado y los daños que eventualmente haya producido el defecto.

Señala el artículo 56 del Estatuto del Consumidor, que las acciones jurisdiccionales para la protección del consumidor son:

1. Las acciones populares y de grupo.
2. La acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos.
3. La acción de protección al consumidor.

Resulta de gran importancia destacar, que el artículo 56 del Estatuto en su inciso final, señala que para todas estas acciones, se deben aplicar las reglas de responsabilidad contenidas en dicho Estatuto, esto es, un régimen de responsabilidad objetiva y solidaria de los productores y proveedores frente al consumidor.

Seguidamente se describirán cada una de ellas, ampliando de maneras más específica, las acciones que puedan ser encausadas por el consumidor para efectos de reclamar la responsabilidad de los productores y proveedores por los defectos de calidad, idoneidad y seguridad de los productos que circulan en el mercado.

4.2.5.1 Acciones populares y acciones de grupo

Las acciones populares, fueron concebidas en el artículo 88 de la Constitución Política como un mecanismo orientado a la protección de “los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

De conformidad con el artículo segundo de la Ley 472 de 1998¹⁰⁴, las acciones populares “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio” sobre los derechos referidos en la norma constitucional o restituir las cosas al estado anterior cuando sea posible.

Aterrizando esta acción a los derechos de los consumidores, se tiene que la salvaguarda de los consumidores como sujetos de especial protección ha sido establecida en el artículo 78 de la Constitución Nacional, esto, dentro del catálogo de los llamados derechos colectivos.

En igual sentido, el artículo cuarto de la Ley 472 de 1998, reitera los derechos los consumidores como derechos e intereses colectivos en el literal “n” del artículo tercero, señalando en esta misma

¹⁰⁴ “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.”

norma, otros derechos colectivos que resultan íntimamente ligados a la protección del consumidor, tales como la libre competencia económica, el derecho a la seguridad, y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

En virtud de esta categorización de los derechos de los consumidores como intereses colectivos, a través de las acciones populares se puede pretender su protección para evitar que se les cause un daño, o hacer que las cosas vuelvan a su estado anterior; de manera que se trata de un mecanismo de prevención general¹⁰⁵. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esta acción no puede tener un carácter indemnizatorio, por lo que, a través de ella, el consumidor, no puede obtener la satisfacción de una pretensión de carácter económico y particular.

Así por ejemplo, a través de una acción popular puede conseguirse que se detenga la construcción de una obra que represente peligro para la comunidad del sector en que se desarrolle o que esté siendo adelantada sin las autorizaciones legales para ello, esto en aras de salvaguardar la seguridad de dicha comunidad; o se puede buscar de la autoridad competente que se tomen las medidas para evitar que se puedan conjurar daños sobre la vida o integridad de personas que eventualmente habiten edificaciones que presenten un riesgo para estos bienes jurídicos.

Por su lado, las acciones de grupo, también concebidas constitucionalmente en el artículo 88¹⁰⁶, sí están establecidas como un mecanismo resarcitorio. El artículo tercero de la Ley 472 de 1997, las define como aquellas acciones “interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”.

¹⁰⁵ El trámite de las acciones populares está previsto en los artículos noveno y siguientes de la Ley 472 de 1997.

¹⁰⁶ El inciso segundo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, señala que la ley “También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.”

El presupuesto entonces de esta acción es que un grupo de personas tenga un perjuicio común¹⁰⁷. Este grupo, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 472 de 1997 debe estar integrado por al menos 20 personas¹⁰⁸.

Así las cosas, a través de una acción de grupo, puede entonces un grupo de consumidores buscar indemnizaciones en circunstancias tales como los daños estructurales que hagan una edificación inhabitable o con ruina potencial, para efectos de conseguir la restitución de los de lo pagado, y todos los demás perjuicios que puedan ser probados.

4.2.5.2 Acción de protección al consumidor para la efectividad de la garantía

La acción de protección al consumidor ha sido instituida en el numeral tercero del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 para decidir asuntos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre su protección, especialmente las referentes a protección contractual, efectividad de la garantía, y reparación de daños causados a los bienes en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien o por información o publicidad engañosa.

Atendiendo a la orientación de este capítulo de la investigación, la cual no es otra, que los mecanismos para la reparación al consumidor, en este apartado, solo se desarrollará la acción de protección al consumidor en lo que atañe la pretensión para la efectividad de la garantía, obviamente orientada a las circunstancias que se pueden presentar cuando se trata de defectos en bienes inmuebles.

¹⁰⁷ El trámite procesal de las acciones de grupo está previsto en el artículo 46 y siguientes de la Ley 472 de 1997.

¹⁰⁸ Respecto a la necesidad del grupo de veinte personas, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-116 de 2008 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, señaló que “para la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado”

4.2.5.2.1 Presupuestos y alcances de la acción

Tratándose de la acción de protección al consumidor para la efectividad de la garantía, se tiene entonces que el presupuesto base de esta acción, debe ser una falla en la calidad o idoneidad de los productos. Cualquier acción que esté orientada a reclamar daños causados por la falta de seguridad de los productos, deberá tramitarse a través de la acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos.

A través de la acción para la efectividad de la garantía, tratándose de bienes, se puede solicitar, por disposición del artículo 11 del Estatuto del Consumidor:

1. La entrega material del bien, y de ser el caso, el correspondiente registro.
2. Si el bien ya ha sido entregado, y presenta una falla, procede entonces la reparación totalmente gratuita, incluyendo el traslado si lo requiere, y el suministro de los repuestos.
3. Si el bien no admite reparación, se procede con su reposición o devolución del dinero a elección del consumidor.
4. Si el bien fue reparado ya en una primera ocasión y la falla se repite, el consumidor puede elegir entre una nueva reparación, el cambio del bien por otro de similares características o devolución del dinero pagado.

Más allá de estas opciones, no puede entonces el consumidor elevar una pretensión distinta en el marco de la acción de protección al consumidor, esto, atendiendo a los alcances que le fueron definidos a este mecanismo judicial en el numeral tercero del artículo 56 del Estatuto; de manera que queda excluida cualquier posibilidad de pretender la indemnización de cualquier perjuicio que le haya sido causado con ocasión de la falla del producto.

Así las cosas, para buscar la indemnización de estos perjuicios, el consumidor se ve obligado a acudir a un procedimiento de naturaleza verbal de acuerdo con las reglas del Código General del Proceso, a través de una pretensión de declaración de responsabilidad civil.

4.2.5.2.2 Requisito de procedibilidad

Se tiene que esta acción tiene determinado un requisito de procedibilidad, establecido en el numeral quinto del artículo 58 del Estatuto, el cual consiste en la obligación de elevar al productor o proveedor un reclamo previo, denominado reclamación directa, en el cual se solicite la efectividad de la garantía. En esta reclamación, que se debe realizar en el término de garantía del bien, el consumidor, de conformidad con el artículo segundo del Decreto 735 de 2013 debe: informar el daño que presenta el bien, ponerlo a disposición del productor o proveedor e indicar la fecha de la compra.

Frente a esta reclamación, el productor o proveedor debe dar respuesta dentro de los quince días hábiles siguientes, indicando las razones por las cuales acepta, niega o hace efectiva la garantía de forma diferente; todo esto con las pruebas que así lo justifiquen de acuerdo con el artículo tercero del Decreto 735 de 2013.¹⁰⁹

Habiendo agotado entonces esta reclamación, teniendo la respuesta del productor o proveedor, o habiendo transcurrido el término de respuesta sin que esta se produjera, estará entonces el consumidor facultado para iniciar la acción de protección al consumidor.

4.2.5.2.3 Legitimación de la acción

Tratándose de la legitimación para demandar y ser demandado, en la acción en comento está legitimado por activa, quien tenga la calidad de consumidor de conformidad con la definición dada en el numeral tercero del artículo quinto del Estatuto; y, en relación con la legitimación por pasiva, esta la tendrán tanto los productores como proveedores que hayan participado en la cadena de producción y comercialización, esto atendiendo a la responsabilidad solidaria que existe frente al consumidor por la garantía legal de acuerdo con el numeral primero del artículo sexto del Estatuto.

¹⁰⁹ Las reglas relativas a los plazos de reparación, devolución del dinero o cambio del bien por otro, pueden ser ahondadas en los artículos tercero al décimo del Decreto 735 de 2013.

4.2.5.2.4 Cargas probatorias

El consumidor tiene como cargas probatorias, de acuerdo con el literal a del numeral quinto del artículo 58 del Estatuto: identificar el producto, señalar la fecha de adquisición e indicar los defectos que presenta.

... el consumidor no está obligado a demostrar el tipo de defecto que tiene el bien, basta con que afirme que el mismo no está funcionando adecuadamente. Como en la reclamación por garantía no se solicita la indemnización de perjuicios, no es necesario que el consumidor demuestre la causación de un daño ni el nexo de causalidad. Tampoco es necesario que pruebe que el defecto del bien es imputable al productor o proveedor, puesto que se trata de un tipo de responsabilidad objetiva. (Echeverri Salazar & Ospina Gómez, 2014, p. 210)

La obligación de la garantía está transversalizada por una estructura de responsabilidad objetiva, de manera que al consumidor no le es exigible demostrar que el daño o defecto presentado en el bien adquirido es imputable al productor o proveedor, es suficiente, con que se señale el defecto presentado, así lo indica el inciso segundo del artículo décimo de la Ley 1480 al preceptuar: “Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 16 de la presente ley.”

Al establecerse el mencionado régimen de responsabilidad, también surgen consecuencias en materia probatoria, pues al instituirse como única carga del consumidor, la demostración del defecto, se traslada la carga de la prueba a los productores y proveedores, quienes solo podrán exonerarse de su responsabilidad demostrando que el defecto obedece a fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero, el uso indebido, o que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación o mantenimiento indicadas en el manual del producto. Así lo señala el artículo 16 de la Ley 1480 de 2011, que también pone en cabeza de los productores y proveedores, la obligación de demostrar el nexo de causalidad entre la causal de exoneración y el defecto del bien.

4.2.5.2.5 Competencia

Por disposición del numeral primero del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, la competencia para conocer y decidir la acción de protección al consumidor está dada tanto a la Superintendencia de Industria y Comercio, como a los jueces civiles.

Tratándose de la Superintendencia de Industria y Comercio, esta tiene competencia para conocer los conflictos en todo el territorio nacional, y ofrece la posibilidad de adelantar la acción a través de un trámite 100% digital, desde la presentación del escrito de demanda hasta la celebración de la audiencia.

Frente al juez civil, la competencia exacta estará determinada por la cuantía del asunto y el lugar de adquisición del bien.

4.2.5.2.6 Caducidad de la acción

Frente a la caducidad para instaurar la acción de protección al consumidor, se tiene que esta debe presentarse a más tardar “dentro del año siguiente a la expiración de la garantía”, sin embargo, debe el consumidor acreditar que se efectuó la reclamación directa durante la vigencia de la garantía.

Vencido el término de garantía sin que se hubiera efectuado la reclamación directa, no podrá instaurarse la acción de protección al consumidor, sin embargo, el consumidor podrá acudir a otras vías civiles o comerciales que le ofrezca el ordenamiento jurídico colombiano. Así lo dispone el artículo 21 del Decreto 735 de 2013, al señalar: “Si con posterioridad al vencimiento del término de la garantía legal se presentan defectos en el producto, el consumidor podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria en ejercicio de acciones civiles y comerciales pertinentes.”

4.2.5.2.7 Trámite de la acción

Si bien los presupuestos procesales vistos están delimitados en el artículo 58 del Estatuto del Consumidor, en lo demás, la acción de protección al consumidor se tramita de acuerdo con las reglas de los procesos verbales sumarios del Código General del Proceso.

En su defensa, el accionado (productor o proveedor), solo podrá exonerarse de la responsabilidad de la garantía cuando demuestre cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 16 del Estatuto; estos son:

1. Fuerza mayor o caso fortuito;
2. El hecho de un tercero;
3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y
4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano.

Para acreditar estos supuestos, el productor o proveedor, deberá demostrar el nexo causal entre estos, y el defecto del bien.

La decisión que pone fin a la acción, permite al Juez o a la Superintendencia de Industria y Comercio resolver sobre las pretensiones “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”, esto de conformidad con el numeral noveno del artículo 58 del Estatuto. Igualmente el juzgador, puede imponer multas hasta por ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, si se comprueba que existió una infracción a los derechos de los consumidores, esto de conformidad con el numeral décimo del mismo artículo en mención.

4.2.5.2.8 Acción de protección al consumidor para la efectividad de la garantía de inmuebles

A través de la acción de protección del consumidor puede ser invocada la efectividad de la garantía en materia de inmuebles, esto, en todos sus elementos, estructura, acabados y líneas vitales, por fallas en su calidad, idoneidad y seguridad.

La reclamación directa, como requisito de procedibilidad debe ser adelantada en los términos del artículo 13 del Decreto 735 de 2013. Estos términos pueden resumirse de la siguiente manera:

El consumidor debe informar por escrito el defecto presentado en el inmueble, esto, dentro del término de garantía del respectivo elemento de la edificación respecto el cual surge el reclamo.

Presentado el reclamo por parte del consumidor, el productor o expendedor deben entregar una constancia de haber sido recibido, y realizar una visita de verificación dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Tratándose de efectividad de la garantía de acabados o líneas vitales, una vez realizada la visita de verificación, dentro de los diez días hábiles siguientes, el productor o expendedor debe responder por escrito la reclamación al consumidor. Este término puede prorrogarse hasta por diez días más atendiendo a la complejidad de la situación. Esta circunstancia debe ser informada al consumidor.

Si la respuesta a la reclamación es positiva en el sentido de hacer efectiva la garantía, el productor o proveedor debe proceder con la reparación del acabado o la línea vital dentro de los treinta días hábiles siguientes a la respuesta dada a la reclamación.

En caso de repetirse la falla del acabado o línea vital reparado, el consumidor podrá a su elección, solicitar una nueva reparación, la reposición del acabado o la línea vital afectados o la entrega de una suma equivalente a estos.

Si se tratara de la efectividad de la garantía relacionada con la estructura del inmueble, el término de respuesta después de realizada la visita de verificación, se extiende a treinta días hábiles, los cuales pueden ser prorrogados por un término igual atendiendo a la complejidad de la situación. Esta prórroga debe ser informada por escrito al consumidor. Durante este término el productor o proveedor está obligado a realizar los estudios técnicos pertinentes que señalen la solución técnica a implementar.

La reparación de la estructura, debe implementarse en el término que señalan los estudios técnicos realizados. Esta reparación debe restituir al inmueble las condiciones estructurales conformes a las normas de sismo resistencia vigentes con que fuera diseñada la edificación.

En caso de no ser procedente la reparación, el productor o expendedor del inmueble, deberá proceder con la devolución total del precio pagado, esto dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que se suscriba la escritura pública de transferencia de la propiedad del inmueble a la persona indicada por el productor o expendedor, y siempre que se hubiere procedido con el registro de la correspondiente escritura. Los gastos de la escritura pública y registro deberán ser asumidos por el productor o expendedor.

Si el consumidor hubiera tomado un crédito financiero para pagar el precio del inmueble, el productor o proveedor estará obligado a: (i) pagar al consumidor la totalidad de la cuota inicial, y de las cuotas pagadas a la entidad financiera indexadas con base en la variación del IPC, comprendiendo entonces tanto el valor de la cuota como los intereses pagados, y (ii) pagar a la entidad financiera el saldo total pendiente del crédito tomado por el consumidor.

De no existir crédito con una entidad financiera, el productor o expendedor deberán reintegrar el valor total cancelado por concepto del bien inmueble, debidamente indexado con base en la variación del IPC.

Realizada la devolución del dinero al consumidor y a la entidad financiera, el consumidor deberá realizar la entrega material del inmueble y la transferencia del derecho dominio al productor o expendedor.

El consumidor está obligado a restituir el inmueble libre de gravámenes y obligaciones por concepto de impuestos, servicios públicos o cánones de administración.

Si realizada la reclamación directa en los términos descritos, el productor o proveedor no da respuesta a la misma, o responde negando la efectividad de la garantía o accediendo a hacerla efectiva en un sentido distinto al solicitado, el consumidor estará legitimado para instaurar la acción de protección al consumidor.

Tratándose de bienes inmuebles, en el marco de la acción, surge como una carga probatoria adicional para el consumidor, el hecho de tener que determinar a qué categoría corresponde el

elemento que presenta el defecto (acabados, líneas vitales o estructura); lo que en muchas circunstancias implicaría necesariamente que el consumidor debe acudir a la contratación de un estudio técnico en aras de determinar de qué tipo de elemento se trata, para que a su vez, se concluya cuál es el término de garantía, y si está entonces en término para hacerla efectiva. Esta circunstancia puede generarse desequilibrios injustificados en perjuicio del consumidor.

La acción de protección al consumidor, deberá ser instaurada a más tardar dentro del año siguiente al vencimiento de la garantía, esto, de conformidad con el numeral tercero del artículo 58 del Estatuto; siempre y cuando la reclamación directa, haya sido presentada en el término de garantía.

En materia de inmuebles estará legitimado por activa en la acción de protección al consumidor, quien tenga la calidad de consumidor en relación con el bien, esto, en los términos de la definición establecida en el numeral tercero del artículo quinto del Estatuto. Es de anotar, que tanto el propietario inicial, como los subadquirentes posteriores, estarán legitimados para demandar, esto siempre y cuando el bien se encuentre dentro del término de garantía, el cual inicia su cómputo desde que se produjo la entrega a su propietario inicial.

En relación con la legitimación por pasiva, podrá ser demandado por el consumidor, todo agente que haya participado directamente o indirectamente en la concepción, diseño, construcción o comercialización del inmueble.

Como se anotó, además de la reparación, cambio o devolución de lo pagado, a través de la acción de protección al consumidor no pueden reclamarse otros perjuicios ocasionados como consecuencia de las fallas de los productos; por lo cual, para esos efectos, el consumidor se ve obligado a acudir a las acciones civiles y comerciales para la indemnización de los mismos, esto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 735 de 2013 que señala que “El reconocimiento de la garantía por parte de los obligados o por decisión judicial no impide que el consumidor persiga la indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido por los mismos hechos, ante la jurisdicción ordinaria.”

Así las cosas, todos aquellos perjuicios que pueden generarse con ocasión de la falla de inmueble, tales como gastos de traslados o arrendamientos, deben reclamarse a través de otra vía judicial distinta a la acción de protección al consumidor.

4.2.5.3 Acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos

Como se señaló en el acápite de la seguridad como elemento que comprende la garantía legal, un producto que no ofrezca una seguridad razonable, es considerado entonces un producto inseguro o defectuoso.

Respecto a la seguridad, debe señalarse que “No existe un estándar de seguridad único y general para todos los productos. Precisamente por ello se elabora una definición de defecto basada en una cláusula general que deberá concretarse en cada caso, en función de las particulares circunstancias que en él concurren.” (Tallone, 2002, p. 35)

Sin embargo, como se destacó, en Colombia, al definirse el concepto de producto defectuoso, este no fue ligado a la referencia de “defecto”, sino de error, al señalarse en el numeral 17 del artículo quinto del Estatuto, como concepto de producto defectuoso “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.”¹¹⁰

Pese a ello, debe destacarse, como ya se afirmó, que para efectos de abordar la responsabilidad por productos defectuosos debe estarse al concepto de “defecto” como elemento base de la falta de seguridad de los productos.

Así las cosas, seguridad y defecto, son los conceptos correlativos, que podrán dar lugar a la responsabilidad por productos defectuosos, esto cuando se produce un daño a los consumidores. Siendo este último elemento (el daño), la circunstancia base para que haya lugar a la responsabilidad.

¹¹⁰ La Directiva Comunitaria 85/374/CEE del Consejo de la Unión Europea, señala en su artículo sexto señala como producto defectuoso aquel que “no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto, b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.”

La responsabilidad por productos defectuosos se ha generado como una consecuencia de las imposiciones que en materia de seguridad en el desarrollo de los derechos del consumidor se le han impuesto a los productores y proveedores, en relación con los productos que ponen en el mercado.

La responsabilidad por productos defectuosos tiene vocación de aplicarse cuando a consecuencia de un error de fabricación, diseño o información, el consumidor o usuario de un bien o servicio (producto) sufre un daño en su integridad física o en sus bienes. Conforme a este concepto se necesita que se esté frente a un verdadero daño que reciba el consumidor de un producto; es decir, que el producto haya causado el perjuicio a la integridad física de quien lo esté usando o a los bienes de este, como resultado de un defecto atribuible al productor del bien. (Villalba Cuéllar, 2014, p. 22).

El hecho de que el producto sea inseguro, o que no cumpla con Reglamentos Técnicos obligatorios, no genera *per se* un escenario de responsabilidad por producto defectuoso, sino hasta que se produzca un daño.

4.2.5.3.1 Naturaleza de la responsabilidad por productos defectuosos

En consideración de Tamayo Jaramillo (2016, p. 54), la responsabilidad por daños por productos defectuosos es de naturaleza extracontractual, dado que “en principio, todos los daños corporales o materiales que no se deriven de la inexecución del objeto principal del contrato se consideran causados con ocasión del mismo y, por lo tanto, la responsabilidad es extracontractual”.

Contrario a lo que afirma Tamayo Jaramillo, frente a la distinción de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por productos defectuosos, Villalba Cuéllar apoyado en otros autores, señala que esta distinción pierde importancia dado que esta última es una responsabilidad *de mercado*. Al respecto afirma:

Se observa entonces que se trata de una especie de responsabilidad especial, que se aleja de los parámetros de la responsabilidad civil tradicional, porque en ella pierde toda relevancia discriminar si el origen del vínculo obligacional es de carácter contractual o

extracontractual, es por ello una responsabilidad especial de orden legal definida como “responsabilidad de mercado”. El profesor Hinestrosa (2003) bien señaló que el tratamiento igual de las víctimas en el derecho del consumo, es un aspecto positivo que aproxima a una unificación de los regímenes tradicionales de la responsabilidad civil (p. 331). En el mismo sentido, Farina (2009) sostiene que la antigua distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no debe aplicarse para resolver cuestiones derivadas de la relación de consumo. (Villalba Cuéllar, 2014, p. 27).

Así las cosas, puede afirmarse, que la responsabilidad por productos defectuosos es una subcategoría propia e independiente de la responsabilidad civil, irradiada por una protección constitucional que obedece al desequilibrio contractual y la asimetría de la información que existe entre el productor y proveedor; razones estas que en general son algunos de los elementos que dan lugar a la misma existencia del derecho de protección al consumidor.

4.2.5.3.2 Elementos estructurantes de la responsabilidad por daños por productos defectuosos

Señala el artículo 21 del Estatuto “Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”. Son entonces estos tres elementos, no solo las cargas probatorias de los afectados, sino los elementos que dan lugar a la responsabilidad por daños por productos defectuosos.

Como puede observarse, ninguna obligación dispone el Estatuto en relación con la demostración de la culpa del causante del daño, esto, con ocasión a que esta categoría especial de responsabilidad de mercado ha sido desarrollada legal y jurisprudencialmente, bajo la estructura de la responsabilidad objetiva, ello con ocasión ¹¹¹ a que nos encontramos en “una sociedad progresivamente industrializada y tecnificada, en la que los sistemas de producción en masa pueden conducir a un aumento del número de productos defectuosos que se colocan en el mercado, y al

¹¹¹ En este sentido, puede concretarse el mandato del artículo 88 de la Constitución Política, el cual dispone en su inciso final que la ley “definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

consiguiente incremento de la frecuencia y entidad de los daños sufridos por los consumidores y por terceros ajenos al producto” (Tallone, 2002, p. 75)

Resultaría entonces desproporcionado que le fuera atribuible la carga al consumidor de probar el dolo o la culpa grave, debido a la asimetría de la información en el marco de la relación y a los costos que le implicaría alcanzar el nivel de conocimiento sobre el producto y sus procesos que sí tiene el productor o proveedor.

Dicho esto, a continuación se procederá con un bosquejo de los elementos que estructuran la responsabilidad por daños por productos defectuosos.

4.2.5.3.2.1 El defecto del bien

Señala el numeral 17 del artículo quinto del Estatuto del Consumidor, que los errores que hacen un producto defectuoso pueden estar originados en: su diseño, fabricación, construcción, embalaje o información.

La norma está inspirada en los principios de los derechos norteamericano y europeo. Al igual que en estos dos últimos, el criterio “Razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho” da la idea de que la responsabilidad es culposa, pues el productor podría alegar que, pese al defecto causante del daño, dicho producto ofrecía esa razonable seguridad, lo que significaría que el producto solo tendría la obligación de una mayor o menor diligencia. Sin embargo, cuando la norma nos habla de defecto de fabricación, de diseño o de presentación, ya no queda duda de que la razonable seguridad solo se presenta cuando el producto adolece de cualquiera de estos tipos de falencia. No es posible una espera razonable de seguridad si el producto, por peligroso que sea, no adolece de alguno de esos tres defectos. (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 73)

Esta razonable seguridad, hace referencia a la seguridad que cabría legítimamente esperar. Estos conceptos tan indeterminados, obedecen a que “El nivel de seguridad que puede esperarse de un producto es susceptible de variar en función del grado de desarrollo tecnológico, y más en general, del momento en el cual se lleva a cabo la valoración. (Solé i Feliu, 1997, p. 117)

Precisamente porque no existe un estándar de seguridad único y general para todos los productos, el legislador no tiene más remedio que elaborar una definición de defecto basada en una cláusula general que deberá concretarse en cada caso, en función de las particularidades que en él concurren. (Solé i Feliu, 1997, p. 99)

(...)

Esa circunstancia confirma la importancia del papel del juez en la valoración del defecto. A él le corresponde ponderar en cada caso el carácter legítimo de las expectativas de seguridad. Se trata de aplicar el concepto jurídico indeterminado previsto por la ley a los hechos realmente acontecidos para, una vez realizada esa valoración jurídica -en atención a «todas las circunstancias»- concluir, si en el supuesto de hecho concreto la expectativa de seguridad defraudada era o no «legítima», en cuyo caso el producto podrá calificarse como defectuoso.” (Solé i Feliu, 1997, p. 117)

Precisamente, por la dificultad e inconveniencia de determinar reglas específicas de lo que debe considerarse como la seguridad legítimamente esperada, es que ha preferido el legislador hacer referencia a los orígenes o causas de los defectos que se pasan a desarrollar.

4.2.5.3.2.1.1 Defectos de diseño

Estos defectos están relacionados íntimamente con el proceso creativo del producto, en el cual se concibe y se testea; se diseña, se materializa y se pone a prueba.

El diseño de los productos es un proceso tecnológico y económico, en el que a menudo, el mejor diseño es el que permite optimizar de forma más eficaz factores tales como el funcionamiento, la seguridad, la productividad, la estética y el coste del bien. Sin embargo, el diseño es, ante todo, un proceso integrado por diversas fases; y en cualquiera de ellas puede originarse la deficiencia causante del defecto. (Tallone, 2002, p. 40)

Los defectos de diseño se refieren a un producto que a pesar de haberse fabricado de conformidad con las líneas, criterios y especificaciones establecidas por el fabricante, no ofrece la seguridad legítimamente esperada. (Solé i Feliu, 1997, p. 614)

De manera que, el defecto se halla en las directrices dadas desde la concepción del proyecto, y afecta factiblemente a toda la cadena de los productos de la misma línea.

4.2.5.3.2.1.2 Defectos de fabricación o construcción

Según Tamayo Jaramillo (2016), un producto adolece de un defecto de fabricación cuando:

[N]o se elabora con base en un diseño correctamente concebido o sin cumplir con las normas desarrolladas hasta ese momento por el estado del arte, razón por la cual no posee las características de seguridad de los productos pertenecientes a la misma línea de fabricante, o si no posee las calidad y características prometidas o anunciadas por el fabricante” (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 78)

Esta tipología de defectos no afecta necesariamente a toda la cadena o la serie de los mismos productos, pues su causa puede obedecer a diferentes factores.

[C]abe destacar que el origen de los defectos de fabricación puede hallarse en una diversidad de causas, desde la simple distracción o torpeza de un trabajador en el proceso de elaboración manual del producto, a un fallo o error en el funcionamiento de la maquinaria, cuando el proceso de fabricación es automatizado. Se trata de deficiencias a las que se suma, además, una insuficiencia de los controles de fabricación establecidos y que impiden localizar la existencia del defecto.” (Solé i Feliu, 1997, p. 588)

De manera que, los defectos de fabricación pueden obedecer a errores o falta de diligencia humana, o falta de controles en los elementos o maquinarias que sean utilizadas en la producción de los bienes.

4.2.5.3.2.1.3 Defectos de embalaje, información o presentación

Esta tercera categoría hace parte del proceso final de producción del producto. Puede pasar, que el producto sea concebido y fabricado de acuerdo con los criterios de seguridad que razonablemente pueden esperarse, “y que, sin embargo, el utilizador o consumidor sufran un daño porque el fabricante no lo embolsó o envasó para eliminar todo riesgo de salir del empaque, o no introdujo en el envase o embalaje en idioma castellano y en letras o símbolos grandes y visibles las

instrucciones de manejo o uso, o no incluyó las advertencias de peligro o los riesgos si el producto no es bien utilizado. (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 78)

Así, surge, lo que se denomina como el deber de instrucción del fabricante (Tallone, 2002, p. 47), el cual se refiere al suministro adecuado de instrucciones del producto, y la adopción de las medidas necesarias para su adecuada conservación.

Vale destacar como punto final en relación con los defectos del producto, que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 21 del Estatuto, “Cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico, se presumirá el defecto del bien”, por lo tanto, si el consumidor logra acreditar una violación de estas obligaciones, no existirán mayores en cargas en la demostración de la existencia del defecto.

4.2.5.3.2.2 El daño

Señala el artículo 20 del Estatuto, que debe entenderse por daños que dan lugar a la responsabilidad por productos defectuosos, la muerte o lesiones corporales y los daños producidos a una cosa diferente producidos por el producto defectuoso.

Además de las indemnizaciones por los perjuicios causados por estos daños, de conformidad con esta misma norma, el perjudicado también puede reclamar “otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley”; en este orden de ideas, se podrá solicitar de la indemnización de cualquier otro perjuicio de carácter patrimonial o extrapatrimonial que se derive con ocasión del producto defectuoso.¹¹²

Tanto en el derecho comparado como en el derecho colombiano (art. 20, inciso primero), cuando el daño inicial derivado de un producto defectuoso recae sobre una persona o una cosa, la indemnización comprende no solo las pérdidas económicas, en sus modalidades de

¹¹² Esto, en consonancia con el artículo 2341 del Código Civil que señala: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

daño emergente y lucro cesante, sino también los perjuicios extra patrimoniales. Estos, a menudo se identifican con los perjuicios morales, es decir, con el dolor físico o psíquico de la víctima. (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 114)

En consecuencia, respecto a este aspecto estructural de la responsabilidad por productos defectuosos, puede concluirse que la víctima tendrá derecho a una indemnización integral, de cualquier daño que le haya sido causado directa o indirectamente con ocasión del defecto del producto.

4.2.5.3.2.3 El nexo de causalidad

El nexo de causalidad o la relación de causalidad, hace referencia a la conexión causa-efecto, que debe existir entre el defecto del bien y el daño ocasionado al consumidor o el tercero que resulte perjudicado. Es necesario que el daño sea atribuible a un defecto del producto.

En efecto, la relación de causalidad refiere a la vinculación que debe existir entre un hecho y el daño, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. El hecho debe ser el antecedente, la causa del daño, y por tanto, el detrimento menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar. (Tallone, 2002, p. 64)

La carga probatoria del nexo de causalidad incumbe por regla general al reclamante. Sin embargo, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, esta obligación puede redistribuirse en el marco del proceso. Señala la norma en mención que:

[E]l juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron

lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

En consecuencia, podrá acudirse a medios de prueba para acreditar el nexo de causalidad que impongan cargas al productor o proveedor teniendo en cuenta su posición de privilegio en relación con el conocimiento de la producción y comercialización de los productos, e incluso, podrá el juez exigir al productor o proveedor que demuestre que el daño no tiene origen en su actuación u omisión.

4.2.5.3.3 Requisitos de procedibilidad

La acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos tiene como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial en derecho, la cual debe agotarse antes de acudir ante la jurisdicción¹¹³, esto por expresa disposición del artículo 621 del Código General del Proceso que modificó el artículo 38 de la Ley 640 de 2001.

Lo anterior, atendiendo además a que el asunto es susceptible de conciliación de conformidad con el artículo 19 de la Ley 640 de 2001.

4.2.5.3.4 Legitimación de la acción de responsabilidad por daños por productos defectuosos

En relación con la legitimación por activa, no existe consenso sobre quiénes pueden reclamar por los daños causados por los productos defectuosos.

La figura jurídica de la responsabilidad por productos defectuosos fue tratada por primera vez a nivel legislativo en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor). Esta norma en su artículo primero señala como su objetivo “proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”.

¹¹³ El numeral séptimo del artículo 90 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), señala como uno de los presupuestos de inadmisión de la demanda el no acreditar que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.”

Como esta, existen una serie de normas a lo largo del Estatuto, que podrían dar a concluir que la regulación que en él se encuentra es aplicable únicamente a quienes tengan la calidad de consumidores. Con base en ello, y aunado al criterio interpretativo de contexto consagrado en el artículo 30 del Código Civil, es que el Profesor Javier Tamayo Jaramillo sostiene que la responsabilidad por daños por productos defectuosos solo le es aplicable a quienes tengan la condición de consumidores. Señala este doctrinante:

En el derecho colombiano, las cosas son parcialmente diferentes de las existentes en otros ordenamientos jurídicos, pues las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos están insertas en el Estatuto colombiano del consumidor. Aunque dicho Estatuto en sus disposiciones iniciales, al sentar los principios generales y el campo de aplicación de la Ley, estableció normas contradictorias e incoherentes, de todas formas se puede concluir que solo protegió al consumidor o usuario, lo que significa que la responsabilidad por productos defectuosos no beneficia a quien el Estatuto no considere como tales. (2016, p. 107).

Sin embargo, frente a este argumento debe destacarse que el artículo segundo del Estatuto señala:

Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

De la lectura de esta norma, podría concluirse, que además de regular los derechos y obligaciones en favor de los consumidores, esta ley, también tiene por objeto fijar un régimen general de responsabilidad de los productores y proveedores, esto es, una responsabilidad de mercado.

En este sentido, también debe destacarse que el artículo 21 del Estatuto que señala:

Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

Puede observarse, que esta norma que señala los elementos que estructuran la responsabilidad por daños por productos defectuosos, no señala que sea el consumidor, sino *el afectado*, quien está en el extremo activo de la acción; pudiendo así entonces, extenderse la posibilidad de que no solo pueda accionar a través de este mecanismo judicial quien sea consumidor, sino otros sujetos que puedan verse perjudicados por los defectos de los bienes que se ponen en el mercado, esto es, terceros que si bien no son los adquirentes o destinatarios finales, pueden verse involucrados en el uso de los bienes defectuosos¹¹⁴.

Esta interpretación puede apoyarse en el hecho que lo que se ha pretendido con el establecimiento de la responsabilidad por productos defectuosos, es establecer una responsabilidad por los riesgos que genera la producción masificada y el desequilibrio que puede existir entre las víctimas y el productor y proveedor; por ello, no resultaría igualitario, y por lo tanto, sería contrario a la Constitución Nacional, que sea un medio judicial reservado para quienes tengan la calidad de consumidores en los términos del numeral tercero del artículo quinto del Estatuto.

Ahora, en relación con la legitimación por pasiva, se tiene que el artículo 20 del Estatuto, señala que “El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar.”

Esta disposición, que establece un régimen solidario de responsabilidad entre los productores y proveedores, y atiende a que los procesos industrializados de la actualidad, cuentan con muchos intervinientes en la cadena de producción, lo que hace bastante complejo para el consumidor la determinación del responsable del daño¹¹⁵, se trata entonces, como se ha dicho, de una responsabilidad de mercado.

¹¹⁴ Por ejemplo, una persona que no sea adquirente ni destinatario de un inmueble, pero se encuentre en él cuando se presente una situación de desplome de la edificación, y sufra daños a raíz de ello.

¹¹⁵ Es de anotar que esta solidaridad de la cadena de productores y proveedores no es compartida por el Profesor Tamayo Jaramillo (2016, p. 104), dado que considera que: “en virtud de los principios generales del derecho civil, sobre todo los de la hermenéutica, la solidaridad planteada en el artículo 20 no es aplicable a todas las personas que el Estatuto considera como productores. Y por lo tanto, solo los causantes del defecto del producto son solidariamente responsables”

Esta solidaridad implica la superación total de la disyuntiva entre la responsabilidad contractual o extracontractual, para dar paso a un régimen tuitivo que involucra en principio a todos los miembros de la cadena de valor, con prescindencia de los alcances del clásico principio civilista de la relatividad de los actos jurídicos *res inter alios acta*. (Villalba Cuéllar, 2014, p. 29)

El hecho de que la responsabilidad se establezca de manera solidaria en toda la cadena de producción y comercialización, evidencia una vez más la falta de prueba de la culpa, pues no se centra la atención en la diligencia con la que hayan actuado los actores de dicha cadena, sino que se parte solamente del hecho del riesgo por la puesta en el mercado de los productos.

4.2.5.3.5 Competencia y trámite de la acción

Por disposición del numeral segundo del artículo 56 del Estatuto, la acción de responsabilidad por daños por producto defectuoso, deben adelantarse ante la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, atendiendo a las reglas de la competencia establecidas en la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), será competente el juez civil (artículos 18 al 20) del domicilio del demandado (numeral primero del artículo 28) o del lugar donde sucedieron los hechos (numeral sexto del artículo 28) por tratarse de una categoría de responsabilidad extracontractual.

Tratándose de un proceso contencioso que no está sometido a un procedimiento especial, deberá tramitarse a través de las reglas de los procesos verbales (artículos 368 y siguientes) o verbales sumarios (artículos 390 y siguientes) contenidas en el Código General del Proceso, según sea la cuantía de las pretensiones que se invoquen en el proceso.

En el marco del proceso, el productor o proveedor solo se exonerará de su responsabilidad si logra acreditar cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;

3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;
5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;
6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

De acuerdo con el párrafo de la norma en mención, “Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse.”

En la sentencia que ponga fin al proceso, el juez de conocimiento decidirá entonces si se han estructurado probatoriamente el defecto del bien, el daño y el nexo de causalidad, y de ser así, deberá resolver sobre el reconocimiento de los perjuicios que hayan sido acreditados por el afectado.

4.2.5.3.6 Caducidad de la acción

En relación con este asunto, el Estatuto del consumidor, no estableció parámetros para definir cuál es el término para accionar en el marco de la responsabilidad por productos defectuosos. En consecuencia, debe acudirse por interpretación analógica al régimen general de los términos de prescripción establecidos en el artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo octavo de la Ley 791 de 2002, el cual señala que la acción ordinaria prescribe en diez años.

En consonancia con el artículo 2535 del Código Civil, este término debe computarse desde el momento que la obligación se haya hecho exigible.

Es de anotar que este término para demandar no está sometido a que los daños se hayan causado durante los términos de garantía fijados en el artículo octavo del Estatuto del Consumidor, pues estos términos están dados exclusivamente para los aspectos relativos a la calidad e idoneidad, más

no para la seguridad, que es el elemento que va atado a la responsabilidad por productos defectuosos.

Es de anotar, que cuando se adquiere un producto de cualquier naturaleza, lógicamente no se espera que este tenga condiciones de seguridad únicamente durante el término de garantía que sea establecido de acuerdo con las reglas del artículo octavo del Estatuto del Consumidor, de acuerdo con las cuales, el plazo máximo será de un año o aquel que sea fijado por la ley o por el productor o proveedor. Esta circunstancia resultaría ampliamente injusta y generaría múltiples riesgos y daños en los consumidores que no tendría virtud de ser reparados.

Considerar que los términos de garantía fijados en el artículo octavo del Estatuto aplican al aspecto de la seguridad de los productos “perjudicaría a las víctimas, pues, pasado un año, los productores de bienes defectuosos no serían responsables por daños derivados de ese defecto. Es absurdo que por un error de técnica legislativa la garantía de seguridad por un producto defectuoso solo sea de un año” (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 193)

Este autor propone como alternativa de solución (p. 194), acudir mediante analogía al artículo 2351 del Código Civil, que establece una responsabilidad por diez años por los daños ocasionados extracontractualmente a terceros por la ruina de los inmuebles como consecuencia de un defecto en el suelo o de la construcción.

Además de esta solución, también podría acudirse a criterios tales como la vida útil de los productos, entendiendo esta, como el tiempo durante el cual se espera que un objeto funcione adecuadamente.

4.2.5.3.7 Responsabilidad por productos defectuosos en materia de inmuebles

Recuérdese que en materia de inmuebles existen diversos elementos que tienen un tratamiento diferenciado en cuanto a los términos de garantía, estos son, los acabados, las líneas vitales y la estructura. Si bien, es la estructura el elemento que más puede estar relacionado con la falta de seguridad de un inmueble, nada obsta para que los demás elementos también resulten

defectuosos y eventualmente ocasionen daños a consumidores o terceros que puedan verse involucrados en su uso.

Estos defectos, de acuerdo con las categorías vistas, pueden entonces presentarse en el diseño o concepto, o en la construcción.

En el diseño, se tiene que pueden existir defectos desde la concepción arquitectónica o los cálculos de los elementos estructurales y no estructurales. Estos defectos, pueden estar probablemente ligados a la falta de cumplimiento de las normas de sismo resistencia, cuya ausencia hará presumir que el inmueble es defectuoso.

En relación con los defectos de la construcción, se tiene que son múltiples las circunstancias que pueden darse en esta fase que pueden llevar a que el producto sea defectuoso, entre ellas, pueden destacarse la falta de calidad en los materiales, el uso de técnicas inadecuadas en su instalación, o la falta de observancia de los diseños que hayan sido desarrollados y avalados por la autoridad respectiva.

En materia de inmuebles estará legitimado por activa en la acción de responsabilidad por productos defectuosos quien tenga la calidad de consumidor en relación con el bien, esto, en los términos de la definición establecida en el numeral tercero del artículo quinto del Estatuto. Es de anotar, que tanto el propietario inicial, como los subadquirentes posteriores, estarán legitimados para demandar.

En relación con la legitimación por pasiva, podrá ser demandado por el consumidor, todo agente que haya participado directamente o indirectamente en la concepción, diseño, construcción o comercialización del inmueble.

También son responsables los distintos contratistas que en forma independiente fabrican o instalan ciertas partes defectuosas del inmueble. Así, el fabricante de materiales como hierro, cemento y ladrillos es responsable si su materia prima es defectuosa y es la causa o la concausa del daño. Igual responsabilidad tendrán los fabricantes de ciertas piezas prefabricadas que se incorporan a la obra. Finalmente, el interventor será responsable si en

el orden normal de sus funciones pudo haber detectado y hecho corregir el defecto. (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 99)

En lo relativo a los requisitos de procedibilidad, las cargas probatorias y el término para accionar, se aplicarán los términos generales ya visto en este acápite.

4.2 Garantía decenal

Esta garantía se corresponde con un régimen de responsabilidad de los constructores que ha sido definido en el Código Civil Colombiano, en el marco de la delimitación de las obligaciones que surgen del contrato para la confección de una obra material, tratándose de contratos celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado.

El numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil desarrolla la obligación de la garantía decenal de la siguiente forma:

Si el edificio perece 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, 2057 inciso final.

Esta garantía o tipo de responsabilidad especial de los constructores puede entenderse entonces como una obligación del empresario encargado de la obra, de indemnizar a quien encarga la obra, en caso que la edificación sufra ruina consolidada o inminente de parte o toda la construcción.

A continuación veremos algunos rasgos característicos de este tipo especial de responsabilidad, a partir de los elementos que han sido desarrollado por el Profesor Javier Tamayo Jaramillo¹¹⁶ (2007).

En primera medida es importante conocer la acepción que toma el autor del concepto de ruina, este la define como el “desprendimiento o destrucción total o parcial de los materiales que estructuran el edificio”. (p. 1349). Esta ruina debe provenir por vicios en la construcción, vicios respecto los cuales el autor considera que engloban tanto los vicios en el suelo como los provenientes de los materiales (p. 1375)

La ruina debe producirse dentro de los diez años subsiguientes a la entrega, de manera que transcurrido este término no puede imputársele ninguna responsabilidad al empresario (p. 1372), y en cuanto al término para ejercitar la acción, señala que es también de diez años, que son independientes del término de garantía. Este término para ejercitar la acción empieza a computarse desde el momento en el que aparece el daño, en los términos del artículo 2536 del Código Civil (p. 1375).

Para este autor, la responsabilidad de la garantía decenal no se aplica únicamente en los contratos de construcción celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, sino que también es extensible por analogía a los casos en construye total o parcialmente un edificio, aunque no se haya pactado previamente un precio único¹¹⁷. (p. 1361)

Señala igualmente que por tratarse de una obligación de resultado, al administrador delegado se le presume responsable, y este genera que solo puede exonerarse de su responsabilidad si demuestra

¹¹⁶ Se acude a una exposición bastante circunscrita a este autor dada su autoridad en el tema, y el nivel de detalle que presenta en el desarrollo en el texto citado. Además se destaca que no existe doctrina significativa sobre el asunto en Colombia.

¹¹⁷ “Es innegable que la actividad de la construcción se desarrolla a través de distintas formas negociales que rebasan la hipótesis contemplada en la primera de las disposiciones citadas, en las cuales se encuentran otras personas que, en forma autónoma, desarrollan el proyecto constructivo, de ahí que a pesar de aludir ese artículo únicamente a la construcción de edificios por un precio único prefijado, la responsabilidad allí prevista, también llamada «decenal» se predica del constructor en general, con independencia tanto de la forma de pago del importe, como de que la obra no se haya realizado «por encargo» sino de manera independiente.” (Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 41001-31-03-004-2007-00079-01, 2016)

una causa extraña, es decir, una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o el hecho exclusiva de la víctima. (p. 1362).

En cuanto a la legitimación por activa o legitimación para reclamar por los daños en las edificaciones en los términos de la garantía decenal, señala que esta radica tanto en quien encarga la obra como de los subadquirentes¹¹⁸ de ella, ya que el dueño inicial transmite no solo la propiedad de la construcción, sino también las garantías que favorecen este derecho (p. 1378)

Y en relación con los responsables de la garantía decenal¹¹⁹, para el profesor Tamayo pueden existir varios agentes a saber. En primera medida destaca que si bien los artículos 2060 y 2061 del Código Civil solo hacen alusión como responsables al empresario y al arquitecto, “estas normas (...) están superadas por la realidad económica, pues hoy día la construcción es una empresa compleja en la que en forma independiente participan muchas personas, lo que exige definir el régimen de responsabilidad de todas ellas.” (p. 1376).

En esa medida, el autor destaca que bien pueden considerarse como empresarios de cara al numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil, todas aquellas personas que participen del desarrollo de la construcción actuando con independencia en su trabajo, esto en relación con los daños que provengan de un vicio de la obra realizada por cada de ellos. (p. 1377).

Ahora, teniendo en cuenta que el artículo 2061 del Código Civil extiende las reglas de la garantía decenal a aquellos que se encargan de una edificación en calidad de arquitectos, se tiene como

¹¹⁸ “Así que con independencia de otras acciones que pueda ejercitar el actual propietario del inmueble contra su vendedor, no cabe duda que tanto el dueño de la obra como aquél, según sea el caso, pueden beneficiarse de la garantía prevista en el artículo 2060, ordinal 3º del Código Civil, cuando el edificio perezca o amenace ruina en el término de diez años siguientes a su entrega, por vicios de la construcción, del suelo o de los materiales, porque se trata de una garantía indisoluble y temporalmente ligada al edificio que no desaparece por las enajenaciones que del mismo o parte de él se hagan.” (Corte Suprema de Justicia, Expediente C-0800131030061993-08770-01, 2009)

¹¹⁹ Adicional a los responsables por la garantía decenal, el profesor Javier Tamayo plantea un interesante argumento en relación con los accionistas de las personas jurídicas que pudieran llegar a ser encargadas de la obra. Señala que si una víctima sufre un daño por culpa de uno de los órganos de la persona jurídica cuyos socios han levantado la obra directamente, estos pueden ser responsables frente a esa víctima por vía extracontractual, en la medida en que respecto a ellos podrían configurarse los elementos de este tipo de responsabilidad. El autor destaca que “Muchas veces, a fin de eludir responsabilidades, se constituyen sociedad con un capital ínfimo y de corta duración, lo que deja a los dueños posteriores de la construcción en total desamparo. Por ello, aunque la sociedad se obliga contractualmente, este disuelta o insolvente, sus socios responderán con su patrimonio por vía de la responsabilidad extracontractual, ya que por su culpa persona y directa se ha producido la ruina de la construcción.” (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 1381)

consecuencia que “el término arquitecto debe comprender a todos los que en forma científica colaboraban en la realización de una obra.” (p. 1380)

En cuanto a los promotores inmobiliarios, estos pueden asimilarse al constructor o empresario, dado que su actividad está ligada a la ejecución misma de la obra, y debido a que tiene la posibilidad de controlar la calidad de la misma, es conocedor de la profesión y tiene la obligación de garantizar los trabajos, de manera que no obra como simple mandatario, sino que su obligación es de resultado. En esa medida, se le endilgan las responsabilidades propias del empresario en el marco del numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil. (p. 1381).

Un razonamiento similar al anterior se realiza en relación con los interventores, en el sentido de señalar que también les es exigible la garantía decenal, en la medida que su oficio consiste en detectar todos los vicios que puedan aparecer en el edificio antes de terminar la construcción, de manera que su obligación también es de resultado.

Un punto a destacar sobre la visión de Tamayo Jaramillo de la garantía decenal, es en cuanto a los alcances de esta en lo que se refiere a los daños de la construcción que se encuentran cubiertos. Este autor considera lo siguiente:

[N]uestro artículo 2060 habla de que la figura de la garantía decenal es aplicable si el edificio “perece o *amenaza* ruina”. Esto quiere decir que cualquier defecto de la construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma. Si, por ejemplo, el desnivel de un piso hace que el agua lluvia se precipite sobre una de las habitaciones, la responsabilidad del constructor existirá ante la amenaza de que las aguas lluvias produzcan el deterioro de la construcción interior o de sus accesorios. En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2060 y 2351 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción, independientemente de que haya ruina. (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I, 2007, p. 1369)

Podemos observar que esta interpretación de los alcances de la garantía decenal que realiza el citado profesor no está circunscrita únicamente al colapso de la estructura de las edificaciones, sino que en su apreciación, la garantía decenal cubre cualquier daño que presente la edificación y que provenga de la construcción. Si bien esta posición es compartida por esta investigadora, la realidad es que resulta contraria a la visión que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el tema, tal y como veremos a continuación.

Si bien la jurisprudencia en materia de garantía decenal no es tan abundante como la relativa a la responsabilidad extracontractual del constructor, podemos destacar los siguientes precedentes jurisprudenciales con la finalidad de examinar los alcances que se le otorga a la garantía decenal por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Un primer fallo a destacar es el emitido por la Sala Civil de esta Corporación el día 5 junio de 2009, con ponencia del Magistrado Jaime Alberto Arrubla. En este fallo se estudiaba un caso en el cual un apartamento, haciendo la claridad que no era toda la edificación, presentaba “goteras permanentes, insuficiencia de instalaciones sanitarias y presión de agua, rompimiento de tuberías, daños en los pisos de la azotea”, “deterioro de paredes, techos, muebles y costosas alfombras”. Si bien pueden observarse algunos daños que pueden ser considerados como considerables y pueden encuadrarse en una ruina parcial de ciertos elementos, lo cierto es que la Corporación en esa oportunidad consideró descartar la ruina del edificio dado que los daños fueron superados, encontrado que no se configuraba una actual o potencial amenaza de ruina. (Corte Suprema de Justicia, Expediente C-0800131030061993-08770-01, 2009)

Entre las consideraciones que rodean esta sentencia, podemos encontrar algunos elementos que nos pueden ayudar a consolidar el concepto de ruina en el que se apoyó la Corte para emitir el fallo. Encontramos afirmaciones tales como:

[E]n ninguna parte desconoció la garantía decenal del constructor, establecida en el artículo 2060, ordinal 3° del Código Civil, respecto del edificio construido, contra los vicios, bien de la construcción, ya del suelo que el empresario o sus dependientes hayan debido conocer en razón de su oficio, ora de los materiales, siempre que comprometan la estabilidad y la

solidez de la obra o la afecten por amenaza de ruina, en todo o en parte, a tal punto que la hagan impropia para su destino conforme a su naturaleza.

[S]e requiere, ante todo, como presupuesto para indagar la causa generadora del daño, que dentro del término de vigencia de la garantía decenal se haya producido el desplome del edificio o presentado la amenaza de ruina total o parcial. De acuerdo con el precepto en comento, la garantía decenal se activa únicamente cuando el “edificio perece o amenaza ruina”.

De estas consideraciones, podríamos concluir que para el momento de este fallo, se admitía como presupuesto para la aplicación de la garantía decenal, el que la edificación se encuentre en condiciones de inhabilitación y que los daños sean irreparables, de manera que la ruina sea casi inminente.

Por otro lado, también tenemos en materia de garantía decenal, un fallo emitido también por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta vez con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, el cual giraba en torno a un caso en el cual unas edificaciones presentaban las siguientes circunstancias:

[L]as especiales características del suelo hacían necesaria la utilización de materiales y técnicas constructivas que ofrecieran mayor resistencia a la estructura, porque, tal como lo conceptuó el perito, con apoyo en el estudio de suelos que adjuntó, el terreno era una combinación de limo y arcilla, de fácil erosión en presencia de filtración de aguas, lo que debió haber conocido el constructor en razón de su actividad profesional, lo mismo que el material utilizado para la tubería sanitaria no tenía una buena durabilidad, facilitaba las fugas de agua y con el tiempo se deshacía en su parte inferior. (Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 41001-31-03-004-2007-00079-01, 2016)

Este fallo se enmarca en una situación extrema de daño tal de la edificación, que “el experto recomendó su evacuación inmediata ante los graves agrietamientos que presentaba la mayoría de los muros portantes, los cuales aumentaban progresivamente en longitud y espesor”, y en esa

medida, dada la gravedad de las deficiencias encontradas, el alto tribunal encontró entonces que estas correspondían a «vicio de los materiales» y «vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio», por cual, encontró responsable al constructor en los términos del artículo 2060 del Código Civil.

Finalmente, podemos destacar el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de julio de 2019 con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, en la que se señala como presupuesto para la aplicación de la garantía de que trata el numeral tercero del artículo 2060, que los daños presenten las siguientes características:

[Q]ue provengan de los vicios anotados en ese precepto y que generen su ruina parcial o total, actual o inminente ('amenaza'), entendiéndose por ruina la caída o destrucción por desintegración del edificio o parte de él, y por edificio una obra del hombre que se adhiere permanentemente al suelo. Acerca de si la ruina supone sólo la desintegración actual o potencial de componentes estructurales del edificio y no los acabados, es hoy una circunstancia dilucidada según lo establecido en el transcrito artículo 8° de la Ley 1480 de 2011. (Corte Suprema de Justicia, Radicación N°. 41001-31-03-002-2008-00136-01, 26)

Podemos concluir entonces a partir de estos tres fallos, que la jurisprudencia no considera la posibilidad de que cualquier falla en la edificación que sea atribuible al vicio en el suelo, en los materiales o en la construcción, pueda dar lugar a la aplicación de la garantía decenal consagrada en el Código Civil, por el contrario, se puede concluir que aunque no se han diseñado presupuestos claros a nivel jurisprudencial para la aplicación de la garantía decenal, sí se observa una visión basada en la necesidad de que se trate de daños graves, que hagan el inmueble inhabitable y que afecten o puedan llegar a afectar su estructura al punto que pueda producirse su ruina.

4.3 Amparo de perjuicios patrimoniales

Las garantías vistas en los capítulos anteriores, tanto la legal de que trata el Estatuto del Consumidor, como la decenal de que trata el Código Civil, guardan una característica común, y es

que son garantías que deben asegurar directamente los obligados, esto es, el productor y proveedor en el caso de la primera, y el empresario y arquitecto encargado en el caso de la segunda.

A este tipo de garantías las denominaremos garantías directas, en la medida que, en caso de ocurrir los hechos que sirven como presupuesto para activarlas, el consumidor de vivienda, no puede hacer más que reclamar o demandar directamente al obligado; y de no existir este para la época de la reclamación (porque siendo persona natural haya fallecido, o siendo persona jurídica haya sido liquidada) o se encuentre en un estado de insolvencia, el consumidor de vivienda, no puede obtener una reparación o efectividad de la garantía.

Esta circunstancia es en la que se encuentran algunos de los compradores de vivienda de los resonados casos ocurridos en la ciudad de Medellín de proyectos de vivienda con daños estructurales que fueron evacuados e incluso algunos demolidos, respecto de los cuales los consumidores tienen fallos judiciales a favor que ordenan devolverles el dinero, pero las sociedades responsables ya no existen o no cuentan con los recursos para ello.

Y esta situación reviste una mayor gravedad, en la medida en que es habitual en el mercado inmobiliario colombiano, que los profesionales del sector constituyen una sociedad (generalmente tipo SAS, que no genera compromiso del patrimonio de los socios por las actuaciones de la sociedad) con el fin exclusivo de desarrollar proyectos inmobiliarios específicos¹²⁰; de manera que, una vez finalizadas las labores constructivas se procede con la liquidación o simplemente se deja inactiva y sin patrimonio.

En vista de este panorama, la Ley 1796, en aras de crear mecanismos con la finalidad de proteger al comprador de vivienda, estableció la obligación de amparar los perjuicios patrimoniales a través de un mecanismo de amparo adicional, que podríamos denominar de traslado de riesgos o destinación de patrimonio específica, de manera que, el consumidor de vivienda no queda sometido únicamente a las posibilidades de reclamar directamente contra el obligado y el patrimonio que

¹²⁰ Se evidencia frecuentemente que a la sociedad se le da por razón social el mismo nombre que habrá de tener el proyecto inmobiliario.

posea al momento de la reclamación. Este mecanismo fue denominado amparo de perjuicios patrimoniales, y está regulado en el artículo octavo de la referida ley en el siguiente sentido:

Sin perjuicio de la garantía legal de la que trata el artículo 8° de la ley 1480 de 2011, en el evento que dentro de los diez (10) años siguientes a la expedición de la certificación Técnica de Ocupación de una vivienda nueva, se presente alguna de las situaciones contempladas en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, el constructor o el enajenador de vivienda nueva, estará obligado a cubrir los perjuicios patrimoniales causados a los propietarios que se vean afectados.

Podemos observar entonces que se trata de un mecanismo diferente y adicional a la garantía legal de inmuebles de que trata el artículo octavo de la Ley 1480 2011¹²¹, y su vigencia inicia con la expedición del certificado técnico de ocupación y se extiende por el término de diez años, mismo término contemplado para la garantía decenal en el Código Civil. Igualmente se encuentra que la efectividad del amparo de perjuicios patrimoniales está sometido a la ocurrencia de los escenarios descritos para la garantía decenal, esto es, que el edificio perezca o amenace ruina.

En los términos del artículo noveno de la Ley 1796, este amparo procede para los proyectos inmobiliarios cuando se generen cinco o más unidades habitacionales para transferirlas a terceros¹²². El párrafo de dicha norma exonera de la contratación del amparo de perjuicios patrimoniales a las personas que construyan viviendas para su uso propio, y no las transfieran durante el término que se debe garantizar el amparo de perjuicios patrimoniales, esto es, por diez años.

¹²¹ Igualmente se destaca que el amparo de perjuicios patrimoniales es distinto a la póliza de seguro de incendio y terremoto que deben contratar las copropiedad en virtud en el artículo 15 de la Ley 675 de 2001. Así lo destaca el párrafo segundo del artículo 2.2.6.7.1.1.3 del Decreto 282 de 2019.

¹²² Según lo dispuesto en dicho artículo el amparo de perjuicios patrimoniales aplica para nuevas unidades de vivienda en los proyectos que se sometan al régimen de propiedad horizontal, unidades inmobiliarias cerradas, loteo individual o cualquier otro sistema que genere diferentes unidades inmobiliarias para transferirlas a terceros cuando se trate de cinco (5) o más unidades habitacionales. Igualmente aplica a los proyectos de uso mixto (comercial/residencial) que incluyan vivienda. En este caso la obligación de amparar los perjuicios patrimoniales se hace exigible en relación con todas las unidades de vivienda.

El párrafo del artículo octavo de la Ley 1796 establece que el constructor¹²³ o el enajenador de vivienda¹²⁴ nueva deberán amparar los perjuicios patrimoniales¹²⁵ a través de su patrimonio, garantías bancarias, productos financieros o seguros, entre otros, y le otorgó al gobierno nacional la potestad de reglamentar la materia.¹²⁶ Esta reglamentación se desarrolló a través del Decreto 282 de 2019, y además de desarrollar los aspectos generales y específicos de los mecanismos de amparo, debemos destacar en primera medida, las definiciones que ofrece en relación con la ruina o amenaza de ruina de las edificaciones.

Estas definiciones adquieren una gran relevancia, pues como señalábamos en el capítulo anterior relativo a la garantía decenal, a nivel jurisprudencial no se han desarrollado reglas o definiciones precisas de lo que se debe entender como ruina o amenaza de ruina para efectos de aplicar la garantía decenal, y en esa medida, si el amparo de perjuicios patrimoniales está ligado a los escenarios de dicha garantía, es necesario entender qué alcances o situaciones son las que se deben consolidar para que pueda hacerse efectivo.¹²⁷

¹²³ El numeral primero del artículo primero de la Ley 1796 define al constructor como “el profesional, persona natural o jurídica, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de vivienda nueva y que figura como constructor responsable en la licencia de construcción.”

¹²⁴ El numeral segundo del artículo primero de la Ley 1796 establece que debe tener como enajenador de vivienda nueva a “quien detente la propiedad del predio según títulos de propiedad y pretenda trasladar por primera vez las unidades habitacionales”. En virtud del artículo 2.2.6.7.1.1.3 del Decreto 282 de 2019 “Cuando se constituyan patrimonios autónomos o se vinculen personas jurídicas para desarrollar un proyecto de vivienda, se deberá identificar en los correspondientes contratos fiduciarios o estatutos sociales, quién es el constructor o enajenador responsable de amparar los perjuicios patrimoniales (...) En el contrato de fiducia se establecerá que ante la omisión de esta obligación, los fideicomitentes responderán solidariamente frente a los perjuicios patrimoniales que se ocasionen a los propietarios, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar. En ningún caso la sociedad fiduciaria será solidariamente responsable de los perjuicios patrimoniales que se causen al propietario inicial o sucesivos propietarios, cuando: actúe como vehículo receptor de los activos.”

¹²⁵ Esta obligación de amparar los perjuicios patrimoniales por parte del constructor o enajenador de vivienda nueva no excluye (es diferente) de responsabilidad civil o penal a los profesionales que intervienen en el proceso constructivo. En este sentido el párrafo primero del artículo 2.2.6.7.1.1.3 del Decreto 282 de 2019 señala que “ni el constructor o enajenador de vivienda nueva ni la entidad financiera o aseguradora que emita el mecanismo de amparo podrán excusarse de cumplir con su obligación de amparar los perjuicios patrimoniales al propietario o sucesivos propietarios, alegando como eximente la responsabilidad de los profesionales que intervinieron en el proceso constructivo.”

¹²⁶ Esta reglamentación tardó dos años y siete meses, durante los cuales los inmuebles que se licenciaron no tuvieron cobertura del amparo de perjuicios patrimoniales por falta de reglamentación, esto, adicional al régimen de transición (por no llamarlo periodo de inaplicabilidad) que fue establecido en el Decreto 282 de 2019, sobre este tema se ahondará más adelante.

¹²⁷ Igualmente, el artículo 2.2.6.7.1.1.2 del Decreto 282 de 2019, establece de la siguiente forma las definiciones de vicios de la construcción, del suelo y de los materiales, los cuales no se encontraban descritos en el marco de la garantía decenal en el Código Civil: “3. Vicio de la construcción Son las fallas generadas en los diseños o planos estructurales y/o el proceso constructivo de la estructura de la edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, que eventualmente pueden impedir su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas.” 4. Vicio del suelo - Son las fallas generadas en el suelo y/o en la construcción de la cimentación de la edificación,

El Decreto 282 de 2019, estableció como edificio en ruina en el numeral primero del artículo 2.2.6.7.1.1.2 lo siguiente:

[E]l colapso total o parcial de una edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, como consecuencia de fallas en los materiales, el diseño estructural, estudio geotécnico, construcción de la cimentación y/o construcción de la estructura, que impide su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas.

Y la amenaza de ruina, el numeral segundo del artículo del artículo 2.2.6.7.1.1.2 establece:

Es el deterioro, defecto o deficiencia de la edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, como consecuencia de fallas en los materiales, el diseño estructural, estudio geotécnico, construcción de la cimentación y/o construcción de la estructura, que impide su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas. En este caso, se adelantará un análisis de vulnerabilidad que contenga un estudio de las fuerzas sísmicas, cargas gravitacionales y eólicas, para determinar si la estructura se ha visto afectada y se encuentra comprometida su seguridad en términos de sismo resistencia.¹²⁸

En ambos escenarios podemos observar como común denominador la imposibilidad de la habitabilidad de la edificación y el riesgo de pérdidas de vidas humanas; igualmente se puede concluir a partir de las circunstancias de fallas que aquí se describen, que estas están estrechamente

entendida como unidad estructuralmente independiente, que propiciaron asentamientos diferenciales o totales que exceden los límites permitidos por el Título H del Reglamento NSR-10 y que eventualmente pueden impedir la habitabilidad u ocupación de la edificación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas.” “5. Vicio de los materiales - Son las fallas o defectos de los materiales utilizados en el proceso constructivo de la edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, que eventualmente pueden impedir su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas.” Para efectos de determinar que un edificio se encuentra en ruina o amenaza estarlo, se deberá realizar un estudio, cuyas reglas deberán especificarse en cada mecanismo de amparo. En todo caso, la entidad otorgante del mecanismo de amparo asumirá el costo de dicho estudio, obligación que no impedirá hacer efectivas las coberturas del mecanismo de amparo.”

¹²⁸ De acuerdo con esta misma disposición, “este estudio debe elaborarse de acuerdo con los requisitos que el Reglamento NSR-10 establece en su Capítulo A.10, o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, por profesionales con matrícula profesional vigente y facultados para ese fin por la Ley 400 de 1997 y sus reglamentos.”

ligadas con las fallas de la estructura de la edificación; de manera que las demás fallas que se presenten no estarían cubiertas por el amparo de perjuicios patrimoniales, y quedarían sometidas a la garantía directa de la Ley 1480 de 2011.

Ahora, en caso que se presente la ruina o amenaza de ruina de acuerdo con las definiciones descritas, tenemos que la cobertura del amparo de perjuicios patrimoniales cubre la reconstrucción de las soluciones habitacionales o realizar la intervención a que haya lugar para garantizar la estabilidad, habitabilidad y seguridad de las viviendas a los beneficiarios, de acuerdo con el artículo 2.2.6.7.1.1.9 del Decreto 282 de 2019.

El amparo de perjuicios patrimoniales, no tiene cobertura sobre los siguientes aspectos: 1. Daños extra patrimoniales y/o corporales. 2. Daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes. 3. Daños causados a bienes muebles. 4. Daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de haber sido expedido el Certificado Técnico de Ocupación por parte del supervisor técnico independiente, salvo aquellas obras efectuadas para subsanar defectos de la edificación por ruina o amenaza de ruina derivada de algunas de las causas previstas en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil. 5. Daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento o mantenimiento inadecuado de la edificación. 6. Daños originados por incendio, terremoto, inundación, asonada, motín, explosión y en general por agentes externos. 7. Daños a los inmuebles por destinación, los inmuebles que no son considerados como construcciones, tales como los árboles, y las construcciones provisionales. Esto de conformidad con el artículo 2.2.6.7.1.1.6 del Decreto 282 de 2019.¹²⁹

Un aspecto a destacar del amparo de perjuicios patrimoniales, es la obligación de que este se aporte como requisitos para la protocolización de la escritura de transferencia de la vivienda. La escritura debe acompañarse del certificado de constitución y el comprobante de pago del amparo. En caso que no se proceda de esta forma, las oficina de registro de instrumentos públicos deben abstenerse de realizar la inscripción en las matrículas inmobiliarias correspondientes.

¹²⁹ El párrafo de esta disposición señala que: “Las incidencias u objeciones técnicas, que realicen las entidades financieras o aseguradoras otorgantes del mecanismo de amparo durante el proceso constructivo, en ningún caso podrán convertirse en exclusiones que limiten la cobertura del amparo ni oponerse a las reclamaciones de los compradores de vivienda.”

4.3.1 Características de los mecanismos de amparo

Ahora, frente a las características de los mecanismos de amparo, tenemos que el artículo 2.2.6.7.1.1.7 del Decreto en comentario, señala estos deben ser constituidos como máximo dentro de los diez días siguientes a la fecha de expedición del certificado técnico de ocupación. Además, el mecanismo de amparo escogido por el constructor o el enajenador de vivienda nueva deberá cumplir con los requisitos legales y con condiciones de vigencia, permanencia, liquidez y suficiencia que se resumen a continuación:

- Vigencia y permanencia (artículo 2.2.6.7.1.1.8 del Decreto 282 de 2019): deberá cubrir eventos ocurridos dentro de los 10 años siguientes a la fecha de expedición del respectivo Certificado Técnico de ocupación. Puede hacerse efectivo por parte del propietario inicial o los sucesivos propietarios, que se vean afectados por el estado de ruina o amenaza de ruina de la edificación durante el término de cobertura.
- Liquidez (artículo 2.2.6.7.1.1.9 del Decreto 282 de 2019): debe ofrecer condiciones que posibiliten realizar el pago, reconstruir las soluciones habitacionales o realizar la intervención a que haya lugar para garantizar la estabilidad, habitabilidad y seguridad de las viviendas.¹³⁰
- Suficiencia (artículo 2.2.6.7.1.1.10 del Decreto 282 de 2019): el valor de la cobertura será igual al valor de reconstrucción o reemplazo de la vivienda amparada¹³¹, según el IPC certificado por el DANE, el cual se indexará anualmente durante el término de los diez (10)

¹³⁰ El párrafo primero del artículo 2.2.6.7.1.1.9. señala que “Cuando proceda la reconstrucción o intervención de las viviendas, el término previsto por la normativa vigente para la liquidez de cada mecanismo, podrá prorrogarse hasta por doce (12) meses más, evento en el cual el constructor o enajenador de vivienda nueva o la entidad otorgante del mecanismo de amparo asumirá, durante este plazo, los gastos relacionados con arrendamientos temporales en que incurran los propietarios de las viviendas afectadas, hasta por un valor mensual de 1.5 SMMLV.”

¹³¹ Cuando sobre la vivienda amparada existan hipotecas, la entidad otorgante del crédito hipotecario será beneficiaria onerosa y tendrá preferencia al momento del pago del reconocimiento de los perjuicios patrimoniales efectuado por el mecanismo de amparo, de acuerdo con lo previsto en los respectivos contratos y en la normativa vigente. Párrafo primero del artículo 2.2.6.7.1.1.10 del Decreto 282 de 2019.

años de vigencia, teniendo en cuenta el cumplimiento de la norma sismo resistente vigente y las condiciones en que se encontraba la vivienda amparada al momento del siniestro.¹³²

4.3.2 Tipos de mecanismos de amparo

Cuando se estableció la obligación de amparar los perjuicios patrimoniales en la Ley 1796, se dispuso allí que el constructor o enajenador de vivienda nueva debía ampararlos a través de su patrimonio, garantías bancarias, productos financieros o seguros, entre otros. Estos mecanismos, cualquiera sea el que elija el constructor o enajenador de vivienda deben cumplir con los requisitos vigencia, permanencia, liquidez, suficiencia que se detallaron en el apartado anterior.

En consonancia con ello, el artículo 2.2.6.7.1.1.5 del Decreto 282 de 2019 reglamentó las posibilidades de amparo en los siguientes mecanismos: a) Patrimonio propio mediante la

¹³² Dentro de la suficiencia del mecanismo de amparo se tendrá en cuenta el costo de los estudios que permiten concluir que una edificación se encuentra en estado de ruina o amenaza de ruina. Parágrafo segundo del artículo 2.2.6.7.1.1.10 del Decreto 282 de 2019.

constitución de una fiducia en garantía.¹³³ b) Garantía bancaria.¹³⁴ c) Póliza de seguro.¹³⁵ d) Otros¹³⁶, en los términos del artículo 2.2.6.7.1.5.1 del señalado Decreto.¹³⁷

Teniendo en cuenta que cada una de las características específicas de los mecanismos de amparo de perjuicios patrimoniales se encuentran de manera clara en el Decreto 282 de 2019, en aras de no incurrir en simples transcripciones en este apartado, nos detendremos únicamente en algunos aspectos que resultan controversiales de la regulación de este amparo.

Tenemos que en relación las reglas para hacer efectivo el mecanismo de amparo en caso de que el edificio perezca o amenace ruina, el artículo 2.2.6.7.1.1.12. otorgó solo un término de tres (3) días para dar aviso a la entidad otorgante del mecanismo de amparo, para que esta inicie los procedimientos necesarios y, de ser el caso, haga efectivas las coberturas. Este término se

¹³³ Este mecanismo fue reglamentado en los artículos 2.2.6.7.1.2.1. a 2.2.6.7.1.2.7. del Decreto 282 de 2019, otorgando a los responsables de mecanismo de amparo la posibilidad de transferir a un patrimonio autónomo activos de propiedad del constructor o enajenador de vivienda nueva o de terceros, cuyo valor o producto corresponda al monto que permitirá amparar los eventuales perjuicios patrimoniales que ocurran sobre las viviendas nuevas.

¹³⁴ La reglamentación de este mecanismo fue desarrollada en el artículo 2.2.6.7.1.3.1 del Decreto 282 de 2019, otorgando al constructor o enajenador de vivienda nueva la posibilidad de constituir de una garantía bancaria por medio de la cual un establecimiento de crédito autorizado y vigilado asuma el compromiso de amparar los perjuicios patrimoniales.

¹³⁵ El artículo 2.2.6.7.1.4.1 del Decreto 282 de 2019, señala que “El constructor o enajenador de vivienda nueva podrá constituir pólizas de seguro para cubrir los perjuicios patrimoniales causados a los propietarios que se vean afectados cuando la edificación perezca o amenace ruina. El artículo 2.2.6.7.1.4.2. de esta misma normativa, señala entre las características del seguro, las siguientes: (i) Debe corresponder a la categoría de seguro real y de ocurrencia, el cual tendrá por objeto resarcir, en caso de siniestro, al propietario inicial o sucesivos propietarios de las viviendas nuevas por los perjuicios patrimoniales causados. (ii) Deben ser asegurados y beneficiarios quienes ostenten la calidad de propietarios al momento de la ocurrencia del siniestro dentro del término de vigencia de la obligación. (iii) El seguro será tomado por el constructor o enajenador de vivienda nueva por cuenta propia y por cuenta del propietario inicial o sucesivos propietarios. (iv) La póliza de seguro deberá ser expedida por una entidad aseguradora autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. (v) La póliza deberá ser irrevocable, permanente, líquida y suficiente, de acuerdo con las definiciones de este mismo decreto y no podrá terminarse de mutuo acuerdo ni revocarse unilateralmente. (vi). La prima deberá estar pagada en su totalidad como máximo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de expedición del Certificado Técnico de Ocupación por parte del supervisor técnico independiente y antes de la entrada en vigencia de la póliza, así mismo se anexará a la escritura pública de transferencia el recibo de pago legalizado. (vii) Para este tipo de pólizas el asegurador deberá estipular que no podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiera podido alegar contra el tomador, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1044 del Código de Comercio.

¹³⁶ El artículo 2.2.6.7.1.5.1 del Decreto 282 de 2019, señala que “en el evento que se presenten los análisis técnicos y financieros que evidencien la procedencia de otros mecanismos, la Superintendencia Financiera establecerá las condiciones y operación de los mismos.”

¹³⁷ El párrafo primero del artículo 2.2.6.7.1.1.5 del Decreto 282 de 2019 establece que el constructor o el enajenador de vivienda nueva podrán implementar uno o varios mecanismos de amparo para cada una de sus obras, edificaciones, etapas y/o unidades estructuralmente independientes. En todo caso, la suma de los valores de los mecanismos de amparo deberá cumplir con el requisito de suficiencia previsto en dicho decreto.

contabiliza a partir del momento en que se conoció o debió conocer la situación de ruina o amenaza de ruina de la edificación. Este término puede resultar considerablemente corto teniendo en cuenta las dificultades que pueden surgir cuando una persona o una copropiedad está en medio de una situación de tal complejidad.

Igualmente se tiene que en general, el Decreto 282 de 2019 permite que en cada documento de constitución del mecanismo de amparo se determinen establecer los procedimientos especiales para hacer exigible el mecanismo, sin establecer mayores límites al establecimiento de estos procedimientos por parte de las entidades que otorgan los mecanismos de amparo, esto puede dar lugar a que incluyan en los procedimientos situaciones que puedan ser excesivas o desproporcionadas para los consumidores.

Como un segundo elemento controversial de la regulación del amparo de perjuicios patrimoniales, podemos destacar que el artículo 2.2.6.7.1.1.4 establece lo siguiente:

Quando perezcan o amenacen ruina las viviendas nuevas que sean adquiridas total o parcialmente con recursos públicos y/o transferidas por entidades públicas a título de subsidio en especie, la entidad otorgante del subsidio deberá exigir al constructor o enajenador de vivienda nueva la garantía de estabilidad de diez (10) años para bienes inmuebles que establece el artículo 8° de la Ley 1480 de 2011.

Quando las viviendas nuevas sean adquiridas parcialmente con recursos públicos otorgados por entidades públicas a título de subsidio, el constructor o el enajenador de vivienda nueva deberá constituir el mecanismo de amparo por la porción del valor de la vivienda que no fue cubierta con el subsidio.

De la lectura de esta norma se puede concluir que el legislador discrimina entre las viviendas adquiridas con subsidios y las que no, en esa medida, excluye el amparo de perjuicios patrimoniales en relación con las viviendas que fueran adquiridas con recursos públicos, dejando a los destinatarios finales de estas, solo la garantía legal de que trata de que trata el artículo octavo de la Ley 1480 de 2011, la cual, como ya señalamos es una garantía directa.

Finalmente, es de resaltar que en el Decreto 282 de 2019, reglamentario del amparo de perjuicios patrimoniales se estableció un régimen de transición que básicamente consiste en que sus normas se aplican únicamente para los proyectos de vivienda, en los cuales la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva sea radicada en legal y debida forma, con posterioridad a los 24 meses de la publicación del decreto. Es decir, que el amparo de perjuicios patrimoniales no será obligatorio hasta el 21 de febrero 2021, esto para los proyectos que se licencien a partir de dicha fecha.

Al respecto debemos destacar que resulta prácticamente absurdo, que además de que la reglamentación tardó más de dos años, se otorgue un término de aplicación adicional de otros dos años para entrar en vigencia este amparo; esto genera que todos los proyectos inmobiliarios que se están generando desde la expedición de la Ley de vivienda segura, no esté contando con ese amparo, de manera que no se está cumpliendo con su finalidad, que no es otra que la protección del comprador de vivienda.

4.4 Conclusiones sobre la protección del consumidor inmobiliario de vivienda en el marco de los instrumentos para la reparación del daño originado en las fallas de la construcción

Después de haber analizado los instrumentos para la reparación de los daños originados en las fallas de las edificaciones, a continuación se presentan unos breves comentarios resultantes de contrastar estos instrumentos, con el marco de lo que hemos denominado la protección del consumidor inmobiliario de vivienda.

- **Garantía legal:** aplicar el derecho de consumo a la relación de adquisición de un inmueble genera algunas ventajas para el destinatario final del bien, entre ellas, podemos destacar el régimen de responsabilidad solidaria y objetiva propia de las relaciones de consumo. Este régimen es necesario para favorecer la protección al consumidor inmobiliario de vivienda, atendiendo especialmente a la gran cantidad de actores que confluyen actualmente en el desarrollo de proyectos inmobiliarios.

Pese esto, aunque la expedición de la Ley 1480 de 2011 constituía un oportunidad para mejorar las situaciones jurídicas de las que podríamos considerar las relaciones de consumo más sensibles, lo cierto es que la regulación que introdujo este Estatuto en materia de inmuebles solo ha generado confusión y una disminución de las posibilidades de una reparación efectiva e integral para los consumidores, si se compara su regulación con los mecanismos existentes en el Código Civil y el Código de Comercio.

Como se pudo destacar a partir de la exposición realizada en relación con los términos de garantía, los que han sido fijado en materia de inmuebles resultan absolutamente lesivos para la protección de las condiciones adecuadas de las viviendas, especialmente los relativos a los acabados, elementos no estructurales y líneas vitales.

Y esto es consecuencia de que el Decreto 735 de 2013 acogiera las definiciones de la Ley 400 de 1997 en relación con la estructura, los acabados y las líneas vitales de las edificaciones. Ni estas definiciones (que terminan incluyendo los elementos no estructurales en los acabados de las edificaciones); ni el Estatuto ni su decreto reglamentario, establecieron la definición y delimitación de los elementos no estructurales, pese a que, como se vio, los elementos no estructurales no tienen una naturaleza estética, y pueden ser fundamentales para garantizar la habitabilidad de las edificaciones.

Todo esto se ve empeorado por el hecho de que el término de garantía comience a computarse a partir de la entrega del bien al consumidor y no a partir de la ocurrencia del hecho dañoso, tal y como sucede con la garantía decenal o con cualquier otra circunstancia que dé lugar a una responsabilidad civil, en las cuales, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 2535 del Código Civil, el término empieza a computarse a partir de la ocurrencia del hecho.

Aunque el legislador debería crear condiciones más favorables para los sujetos más vulnerables que requieren de un régimen tuitivo, el establecimiento de la contabilización del término de garantía desde el momento de la entrega, evidencia un presupuesto mucho menos beneficioso para el consumidor bajo el régimen del derecho de consumo.

Otro hecho a resaltar, es que la garantía legal establecida en el Estatuto del Consumidor para los inmuebles, no contiene ningún tipo de mecanismo de traslado de riesgos, de manera que es simplemente una garantía directa que queda únicamente en cabeza del productor o el proveedor inmobiliario, de manera que, el consumidor queda sometido a que, al momento de la reclamación, el producto y el proveedor existan y tengan recursos para asumir las obligaciones derivadas de la garantía legal.

Esta situación no se compadece con las realidades actuales que observamos en el mercado inmobiliario, en el que, como se señaló, se ha generalizado la práctica de crear sociedades comerciales únicamente para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, de manera que, no se trata de sociedades que tengan una vocación de permanencia en el tiempo, y puedan garantizar de manera efectiva una reparación al consumidor después de entregados los inmuebles.

Además, se debe subrayar, que la acción de protección al consumidor establecida para hacer efectiva la garantía en cualquiera de sus aspectos, no permite incluir mayores pretensiones que la propia efectividad de la garantía; esto implica que el consumidor deba acudir mínimo a dos vías judiciales distintas para obtener una reparación integral de todos los perjuicios que le sean causados a raíz de las fallas en las edificaciones.

Todas estas circunstancias a todas luces crean condiciones que no favorecen que los consumidores puedan recuperar en sus viviendas condiciones las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, y adicionalmente no garantizan el derecho del consumidor a ser indemnizado de una manera integral, oportuna y adecuada por todos los daños sufridos a raíz de las fallas de las edificaciones.

- **Garantía decenal:** aunque la garantía decenal regulada en el Código Civil colombiano presentan presupuestos amplios para su aplicación, y de su lectura se puede concluir que pudiera acudir a ella como vía para reclamar incluso fallas parciales de las edificaciones sin que estén relacionadas con la estructura, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia

ha sido muy restringida en su aplicación; de manera que se ha dejado como una figura a la cual se puede acudir solo cuando los inmuebles estén en circunstancias extremas que no permitan su habitabilidad o en escenarios de una ruina consolidada.

Por esto, la garantía decenal no representa una vía alterna para el consumidor inmobiliario de vivienda, en caso que se pretenda reclamar por fallas en elementos que no sean estructurales y que se hubieran presentado después de transcurrido el año de garantía establecido en la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 735 de 2013.

- **Amparo de perjuicios patrimoniales:** este amparo constituye un avance significativo en las medidas para la protección del consumidor inmobiliario de vivienda, ya que si bien antes de su creación contábamos con garantías para el comprador de inmuebles (garantía legal, garantía de buen funcionamiento del Código de Comercio y garantía decenal del Código Civil), lo cierto es que estas eran garantías directas, cuya efectividad dependía de que el obligado existiera al momento de la reclamación y contara con los recursos para hacerlas efectivas.

En esa medida, el amparo de perjuicios patrimoniales crea una garantía real para los compradores de vivienda, de que tendrán un soporte financiero duradero en el tiempo para satisfacer los perjuicios que se puedan causar por las fallas en las edificaciones.

Ahora, si bien este amparo constituye un avance significativo, lo cierto es que sus alcances fueron delimitados de manera muy restringida, pues solo puede ser aplicado cuando el edificio perece o amenaza ruina, y esto implica, según las definiciones establecidas en el Decreto 282 de 2019, que la edificación se encuentre en condiciones de inhabitabilidad y riesgo de pérdida de vidas, para que se puedan hacer efectivos los mecanismo de amparo.

Teniendo en cuenta que no es tan común que las edificaciones presenten fallas de tal magnitud, este mecanismo hubiera constituido un avance más significativo, en la medida que tuviera una cobertura más amplia, que se pudiera extender por lo menos, a los

elementos no estructurales de las edificaciones, que, como tratamos de evidenciar, son indispensables para garantizar las condiciones de habitabilidad para los inmuebles.

Pese a esta limitación, se resalta nuevamente, que el amparo de perjuicios patrimoniales constituye un avance en la protección del comprador de vivienda. De haber existido este mecanismo antes, los compradores de proyectos inmobiliarios como Space y Bernavento en Medellín, tal vez ya tendrían hoy una indemnización por la pérdida de sus viviendas.

Ahora, pese a la importancia que representa este mecanismo, y los graves hechos que tuvieron que ocurrir para que se creara, no se entiende cómo el Gobierno Nacional tardó más de dos años en reglamentarlo, y adicionalmente en su reglamentación estableció un régimen de transición que básicamente consiste en que sus normas se aplican únicamente para los proyectos de vivienda en los cuales la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva sea radicada con posterioridad a los 24 meses de la publicación del Decreto 282 de 2019. Es decir, que el amparo de perjuicios patrimoniales no será obligatorio hasta el 21 de febrero 2021, esto para los proyectos que se licencien a partir de dicha fecha. Esto ha dejado sin la protección del amparo de perjuicios de patrimoniales a todas las personas que adquirieron vivienda desde la expedición de la Ley 1796 (julio de 2016) y hasta febrero de 2021.

Estas circunstancias, ponen de relieve, bien la falta de gestión de las autoridades del ejecutivo, bien, una intención de no regular la materia tal vez promovida por el gremio de la construcción.

5. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo en cuenta que en el apartado final de los capítulos destinados a los instrumentos para la prevención y la reparación de los daños originados en las fallas de las edificaciones se presentaron las principales conclusiones de esta investigación, en este apartado se presentarán unas conclusiones más generales y se realizarán brevemente algunas propuestas de reformas normativas que en apreciación de la investigadora, pueden generar una mayor protección para el consumidor inmobiliario de vivienda.

En primera medida se debe señalar que en lo que se refiere a la protección del consumidor inmobiliario de vivienda, el Estatuto del Consumidor no ha mostrado una tendencia importante a que sus normas propendan por dicha protección, por el contrario, la forma en que se establecieron en dicho Estatuto y en el Decreto 735 de 2013 las garantías de los inmuebles, ha generado que los consumidores no puedan contar con mayores mecanismos jurídicos para reclamar por un tiempo suficiente por las fallas que se presenten en los elementos de las edificaciones que no corresponden a la estructura.

Ahora, se destaca que la Ley 1796 de 2016 sí desarrolló algunos mecanismos, especialmente en materia de prevención del daño, que pueden garantizar que los consumidores inmobiliarios de vivienda puedan recibir edificaciones que cuenten con condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, esto gracias a los instrumentos de revisión de diseños, supervisión técnica y certificados de ocupación que allí fueron establecidos.

Igualmente, la Ley 1796 ha representado un avance significativo en la protección del consumidor inmobiliario de vivienda dada la creación del amparo de perjuicios patrimoniales, sin embargo, habría sido una mayor conquista para los derechos de los consumidores, que este mecanismo tuviera una cobertura mayor en relación con fallas de las construcciones que no impliquen necesariamente que el edificio perezca o amenace ruina.

Ahora, atendiendo a las conclusiones que se han esbozado en diversos apartados del trabajo, se pueden plantear las siguientes propuestas de modificación normativa, en aras de crear estructuras normativas más eficientes que procuren la protección del consumidor inmobiliario de vivienda:

- Limitación al desarrollo de proyectos inmobiliarios con base en la experiencia y capacidad financiera.

Si bien se reconoce el aporte tan significativo que realiza el sector de la construcción a la economía del país, lo cierto es, que la estrategia de crear sociedades fugaces para el desarrollo de un único proyecto inmobiliario, puede generar un riesgo para el consumidor inmobiliario de vivienda, en la medida que, una vez finalizado el proyecto inmobiliario, estas sociedades tienden a liquidarse o quedar inactivas sin patrimonio, y en esa medida puede ocurrir que al consumidor no se le hagan efectivas las garantías o no se le indemnizen los perjuicios derivados de las fallas de las edificaciones.

En vista de esto, podría ser viable, que el otorgamiento de licencias de construcción para obras nuevas de proyectos destinados a vivienda se realice atendiendo a la dimensión de los proyectos, y considerando la experiencia anterior de la sociedad que haya de desarrollar las labores constructivas. De esta manera, cuanta más experiencia acredite una sociedad, mayor podría ser la dimensión de los proyectos que le sean aprobados para desarrollar.

Esto constituiría un incentivo para que las personas naturales y jurídicas del sector inmobiliario abandonen la práctica de crear sociedades fugaces para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, y por el contrario tengan un incentivo para permanecer bajo la misma sociedad desarrollando actividades; a su vez, esto genera para el consumidor una mayor posibilidad de que los obligados frente a las garantías tengan mayor vocación de seguir existiendo y ser solventes en el largo plazo.

- Condiciones de formación, experiencia y equipo de trabajo para los secretarios de planeación de los municipios que no cuenten con curador urbano.

Como se señaló, en los municipios que tienen una población inferior a 100.000 habitantes, el otorgamiento de las licencias urbanísticas está a cargo de los alcaldes o secretarios de planeación.

Teniendo en cuentas las múltiples actividades que desarrolla un alcalde municipal, generalmente las labores relativas al otorgamiento de las licencias urbanísticas están en cabeza de los secretarios de planeación. Sin embargo, a estos funcionarios no le son exigibles los mismos requisitos de formación, experiencia y equipo de apoyo que se les exige a los curadores urbanos.

Esto puede implicar que no cuenten con las capacidades suficientes para verificar el cumplimiento de los criterios arquitectónicos, estructurales, urbanísticos y jurídicos del proyecto inmobiliario, y esto pueda a su vez, terminar impactando las condiciones de calidad y seguridad de las edificaciones.

En esa medida sería viable establecer unos requisitos mínimos de formación y experiencia o equipo profesional de apoyo de los secretarios de planeación, atendiendo a las categorías de los municipios.

- Asignación de revisor de diseños y supervisor técnico a través de las autoridades que otorguen las licencias de construcción.

Aunque la revisión de diseños y la supervisión técnica independiente son instrumentos que contribuyen considerablemente a que se realicen mayores controles en el proceso de licenciamiento y en la construcción de la obra, lo cierto es que el hecho de que el mismo constructor o titular de la licencia puedan elegir y deban pagar los profesionales que realicen estas actividades, puede generar que en algunas ocasiones se pierda la autonomía, imparcialidad y libertad de criterio de estos profesionales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia, si se considera en cuenta que tener relaciones de amistad o vínculo laboral o contractual anterior con el revisor de diseños o el supervisor técnico

independiente, no fue concebido como una causal de incompatibilidad para el desempeño de estas funciones.

En esa medida, resultaría más transparente y garantizaría una mayor imparcialidad, que el profesional que desempeñe las funciones de revisión de diseños y supervisión técnica independiente, sea designado por el curador urbano o autoridad encargada del otorgamiento de la licencia urbanística, a través de un sistema de reparto en orden de inscripción de los profesionales del Registro Único Nacional de Profesionales Acreditados.

- Obligación de aportar la autorización de ocupación de inmuebles en el otorgamiento de escrituras de proyectos inmobiliarios con un área construida menor a los 2.000 m²:

Como se señaló en el capítulo 3.4.2 de este informe, para aquellas construcciones que no cuentan con supervisión técnica independiente, no es exigible el certificado técnico de ocupación para efectos de realizar actos de enajenación sobre los bienes resultantes del proyecto inmobiliario.

Para estas construcciones, que tienen menos de 2.000 m² de área construida, la autorización de ocupación debe ser expedida por autoridad encargada del control urbano. Sin embargo, esta autorización no es un requisito para enajenar los inmuebles ni para realizar ningún otro trámite, lo cual, como se señaló, puede llevar a que los constructores se sustraigan de solicitar esta autorización.

En esa medida, sería tener una mayor certeza de la calidad y seguridad de las edificaciones, que la autorización de ocupación de inmuebles se debe aportar de manera obligatoria en la protocolización y registro de la escritura pública a través de la cual se enajenen los inmuebles resultantes del proyecto inmobiliario.

Esto generaría una mayor presión para que los constructores y titulares de las licencias de construcción soliciten la autorización de ocupación del inmueble, lo que a su vez garantiza que esta autoridad realice el respectivo control antes de que se proceda con la ocupación.

- Ampliación de los términos de garantía de los elementos que no correspondan a la estructura de las edificaciones:

A lo largo de este trabajo se realizó un esfuerzo tendiente a evidenciar la forma en que están concebidas las edificaciones, y la forma en que están establecidas las garantías para cada uno de sus componentes.

Como se evidenció a partir del aporte que realizaron otros profesionales a este trabajo, estos términos no se compatibilizan con algunos elementos y realidades prácticas que pueden presentarse. Los hallazgos de este trabajo frente a este aspecto llevan principalmente a considerar que los términos de garantía de los inmuebles en Colombia deben ser revaluados, de manera que la fijación de estos obedezca a criterios técnicos que tengan en cuenta los diversos componentes de las edificaciones, su aporte en la habitabilidad del inmueble y su vocación de duración o vida útil. En esa medida, se garantizarán efectivamente los derechos de los consumidores a recibir inmuebles con condiciones de calidad y seguridad, y a que estos sean reparados e indemnizados cuando se presenten fallas.

Por último, debe destacarse, que la visibilidad de las situaciones que afectan los derechos de los consumidores y que corresponden a los hallazgos de este trabajo, depende en gran medida de que las organizaciones de consumidores y la academia le otorguen mayor atención a estas problemáticas, y se expongan de manera pública sus impactos, de esta manera, se podrían lograr paulatinamente cambios que propendan por una mayor protección al consumidor inmobiliario de vivienda, sin que tengan que ocurrir tragedias como las que han tenido que vivir muchas familias en la ciudad de Medellín.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- Arenas Guevara, M. (2019). El curador urbano y las licencias urbanísticas. En G. Henao González, C. Acosta M., & J. M. Hofman Quintero, *Manual de derecho urbano* (págs. 229-253). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Asamblea Nacional Constituyente de 1991. (1991). *Gaceta Constitucional N° 58*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente de 1991.
- Atienza Rodríguez, M., & Ruiz Manero, J. M. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 101-120.
- Caycedo Espinel, C. G. (2013). Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho del Consumo* (págs. 160-225). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Ching, F. (2015). *Diccionario visual de arquitectura. Segunda edición.* . Barcelona: Editorial Gustavo Gil.
- Ching, F., Onouye, B., & Zuberbuhler, D. (2014). *Manual de estructuras ilustrado*. Barcelona: Editorial Gustavo Gil.
- Colombia. (1887). *Código Civil*. Bogotá.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Consitución Política*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistente. (2015). *Resolución 0015: Por medio de la cual se actualiza la Resolución 0004 de octubre 28 de 2004 respecto a los procedimientos para fijar el alcance de las labores profesionales y establecer los honorarios mínimos que se utilicen para retribuir las labores* . Bogotá.
- Colombia. Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes. (2010). *Reglamento Colombiano de Construcción Sismorresistente*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Colombia. Congreso de la República . (1997). *Ley 400: Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes*. Bogotá: Diario Oficial 43113.
- Colombia. Congreso de la República. (1981). *Ley 73: Por la cual el Estado interviene en la Distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor, y se conceden unas Facultades Extraordinarias*. Bogotá: Diario Oficial .
- Colombia. Congreso de la República. (1997). *Ley 388: Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 43091.
- Colombia. Congreso de la República. (2001). *Ley 640: Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 44303.
- Colombia. Congreso de la República. (2001). *Ley 675: Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal*. Bogotá: Diario Oficial 44509.
- Colombia. Congreso de la República. (2002). *Ley 791: Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil*. Bogotá : Diario Oficial 45046.

- Colombia. Congreso de la República. (2003). *Ley 810: Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 45220.
- Colombia. Congreso de la República. (2011). *Ley 1480: Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 48220.
- Colombia. Congreso de la República. (2012). *Ley 1564: Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 48489.
- Colombia. Congreso de la República. (2016). *Ley 1796: Por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos*. Bogotá: Diario Oficial 49933.
- Colombia. Congreso de la República. (2016). *Ley 1801: Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana*. Bogotá: Diario Oficial 49949.
- Colombia. Congreso de la República. . (1998). *Ley 472: Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 43357.
- Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2013). *Decreto 735: "Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2015). *Decreto 1077* . Bogotá: Diario Oficial 49523.
- Colombia. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2017). *Resolución 462: Por medio de la cual se establecen los documentos que deberán acompañar las solicitudes de licencias urbanísticas y de modificación de licencias urbanísticas vigentes*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Presidente de la República . (1995). *Decreto 2150: Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. Bogotá : Diario Oficial 42137.
- Colombia. Presidente de la República. (1982). *Decreto 3466: Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Presidente de la República. (2005). *Decreto Ley 785: por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004*. Bogotá : Diario Oficial 45855 .
- Colombia. Presidente de la República. (2010). *Decreto 1469: Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 47698 .
- Colombia. Presidente de la República. (2015). *Decreto 1074: Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*. Bogotá: Diario Oficial.

- Colombia. Presidente de la República. (2017). *Decreto 1203: Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y se reglamenta la Ley 1796 de 2016*. Bogotá : Diario Oficial.
- Colombia. Presidente de la República. (2017). *Decreto 945: Por el cual se modifica parcialmente el Reglamento colombiano de Construcciones Sismo Resistente NSR-10*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Presidente de la República. (2019). *Decreto 282: Por medio del cual se adiciona el Capítulo 7 al Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, reglamentando los artículos 8 y 9 de la Ley 1796 de 2016*. Bogotá: Diario Oficial.
- Consejo de las Comunidades Europeas. (1985). *Directiva 85/374/CEE: relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Bruselas.
- Corte Constitucional de Colombia, C-1141, MP Eduardo Cifuentes Muñoz (30 de agosto de 2000).
- Corte Suprema de Justicia, Expediente C-0800131030061993-08770-01, MP Jaime Alberto Arrubla Paucar (5 de junio de 2009).
- Corte Suprema de Justicia, Radicación N°. 41001-31-03-002-2008-00136-01, MP Margarita Cabello Blanco (2019 de julio de 26).
- Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 41001-31-03-004-2007-00079-01, MP Ariel Salazar Ramírez (7 de octubre de 2016).
- Corte Suprema de Justicia, Radicado 25899 3193 992 1999 00629 01, MP Pedro Octavio Munar Cadena (30 de abril de 2009).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-. (2020). *Boletín técnico. Estadísticas de licencias de construcción (ELIC) Históricas Diciembre 2019*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-.
- Echeverri Salazar, V. M. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*, 127-144.
- Echeverri Salazar, V. M., & Ospina Gómez, J. E. (2014). Responsabilidades del productor y el proveedor en el nuevo Estatuto del Consumidor. En S. U. Garvía, *Anuario de Responsabilidad civil y del estado* (págs. 195-216). Medellín: Ediciones UNAULA.
- Fernández Ortega, L. (2010). *Manual práctico de la construcción: etapas constructivas*. Buenos Aires: Nobuko.
- García Reyes, J., Echeverry Campos, D., & Mesa Hernández, H. (2013). *Gerencia de proyectos. Aplicación a proyectos de construcción de edificaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- García, L. (2014). Desarrollo de la normativa sismo resistente colombiana en los 30 años desde su primera expedición. *Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes*, 71-77.
- Gómez Tobón, C. A. (13 de octubre de 2020). Entrevista. (K. Espinosa, Entrevistador)
- Henao Henao , M. (2009). El control urbanístico. En G. Henao González, C. Acosta M, & J. M. Hofman Quintero, *Manual de derecho urbano* (págs. 323-347). Bogotá: Universidad del Rosario.

- Isler Soto, É. (2019). Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas. *Derecho PUPC*, 35-59.
- Martínez De Aguirre, C. (1994). Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones. *Anuario de Derecho Civil*, 31-90.
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2016). *ABC Ley 1796/16 Ley de vivienda segura*. Bogotá: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.
- Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Directrices para la protección del consumidor*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- Polanía Tello, N. (2013). Aspecto subjetivo de la relación de consumo en el nuevo Estatuto del Consumidor. Aspectos problemáticos en torno a la responsabilidad. *Responsabilidad civil y del Estado*.
- Rendón, D. (13 de octubre de 2020). Entrevista. (K. Espinosa, Entrevistador)
- Rivero Sánchez, J. M. (1997). *Quo vadis derecho del consumidor*. Medellín: Dike.
- Rivero Sánchez, J. M. (2001). *Responsabilidad Civil. Tomo II*. Medellín: Ediciones Jurídicas Arete.
- Shina, F. (2014). *Daños al consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- Solé i Feliu, J. (1997). *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*. Valencia: Tirant lo blach.
- Stiglitz, G. (1994). *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Stiglitz, G. A., & Stiglitz, R. S. (1994). *Derechos y defensa de los consumidores*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Tallone, F. (2002). *Daños causados por productos elaborados*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*. Bogotá: Legis .
- Tamayo Jaramillo, J. (2016). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Legis.
- Tambussi, C. E. (2016). El principio de orden público y el régimen tuitivo del consumidor en el derecho argentino. *Lex*, 63-81.
- Tribunal Superior de Bogotá. Radicado 11001-31-99-001-2014-16247-02, MP María Patricia Cruz Miranda (7 de septiembre de 2016).
- Universidad Sergio Arboleda. Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). *Guía para el consumidor en el sector vivienda*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Valderrama Rojas, C. L. (2013). De las garantías: una obligación del producto y el proveedor. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho de Consumo* (págs. 228-268). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Vega Mere, Y. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. . En A. A. Alterini,

J. L. De Los Mozos, & C. A. Soto, *Contratación contemporánea. Contratos Modernos. Derechos del Consumidor*. (págs. 515-638). Lima: Temis.

Villalba Cuéllar, J. C. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. *Civilizar*, 17-40.

ANEXOS

1. Videoconferencia de entrevista realizada al ingeniero civil y abogado Carlos Alberto Gómez Tobón el día 13 de octubre de 2013.
2. Transcripción de entrevista realizada al ingeniero civil y abogado Carlos Alberto Gómez Tobón el día 13 de octubre de 2013.
3. Consentimiento informado de Carlos Alberto Gómez Tobón.
4. Videoconferencia de entrevista realizada al arquitecto Daniel Rendón el día 13 de octubre de 2013.
5. Transcripción de entrevista realizada al arquitecto Daniel Rendón el día 13 de octubre de 2013.
6. Consentimiento informado de Daniel Rendón.
7. Respuesta de concepto del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.
8. Respuesta de concepto del COPNIA.