



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 3144 DE 2011
(Enero 28 de 2011)

Por la cual se decide un recurso de apelación

Radicación No. 0878050

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y
METROLOGÍA**

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante resolución No.42046 del 12 de agosto de 2010, se impuso a la sociedad Boyca Construcciones y Vivienda Ltda., una sanción pecuniaria por la suma de diez millones trescientos mil pesos (\$10.300.000) equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por los hechos descritos en la reseñada providencia.

SEGUNDO: Que contra la citada providencia, el señor KLAUS ANDRÉS PRIETO LOZADA, actuando como apoderado de la sociedad Boyca Construcciones y Vivienda Ltda., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

TERCERO: Que con fundamento en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo se resolverán las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con ocasión al recurso.

3.1 La propaganda por parte de la sociedad Boyca Construcciones y Vivienda Ltda.

Con la intención de que se revoque la resolución 42046 del 12 de agosto de 2010, manifiesta el recurrente que de acuerdo con la propaganda que obra en el expediente, la sociedad investigada “ofreció a los consumidores un CONJUNTO CERRADO, pero tal como se lee, en ningún momento se hizo referencia alguna a la forma en la cual se entendía que debía ser cerrado el conjunto de vivienda”.

Continúa diciendo que “la Superintendencia a folio 7 de la Resolución impugnada, asume para sí un supuesto entendimiento de un consumidor racional, entendimiento que depende de la voluntad subjetiva de la Superintendencia, lo cual se demuestra con la falta de soportes o prueba para ello”.

Por la cual se decide un recurso de apelación

Arguye que la Superintendencia no tuvo en cuenta el artículo 63 de la Ley 675 de 2001 en donde se explica claramente que un conjunto cerrado debe entenderse como aquél en donde su acceso se encuentra restringido por un cerramiento y controles de ingreso.

El impugnante aclara que el cerramiento implica un acceso restringido, “pero no se entiende de dónde se toma, que el cerramiento deba ser de propiedad del conjunto”, e igualmente afirma que “el ciudadano promedio, contrario a lo manifestado por la Superintendencia, busca con el conjunto cerrado, unas medidas de seguridad y control, que garanticen la tranquilidad para los residentes en ellos, por una parte, que no ingresen personas no deseadas, y por la otra, que todo control e ingreso esté debidamente custodiado”.

Se reitera entonces que **“la definición de conjunto cerrado no busca elementos de la propiedad del Conjunto, busca elementos de seguridad. Es decir, es independiente la naturaleza del Conjunto Cerrado si los elementos son o no son de propiedad del Conjunto”**.

Manifiesta que atendiendo el tenor de la definición que de consumidor trae el Decreto 3466 de 1982, con la seguridad con la cuentan las viviendas del conjunto, está satisfaciendo sus necesidades y que “no puede la Superintendencia de forma inmotivada acudir a un concepto que supuestamente tiene el consumidor racional, cuando se ve, que la Ley fijó unos parámetros para ello”.

Así las cosas, el impugnante afirma que no es aceptable que “la Superintendencia en un procedimiento sancionatorio, regulado por principios especiales, base su decisión en una mera suposición de algo que pasaría, porque en ese sentido se estaría sancionando a una persona, sobre la base de unos supuestos inciertos. Claramente es un principio constitucional, que nadie puede ser sancionado por un supuesto daño, es claro que el daño debe ser cierto”.

Por otra parte cuestiona que la queja interpuesta por una persona pueda representar al consumidor promedio más aún si se tiene en cuenta que el conjunto residencial cuenta con residentes de 240 casas.

Adicionalmente, el impugnante manifiesta que la propaganda anunciada cumple con los requisitos de suficiencia y claridad y que en ella se indicaron las mínimas condiciones para lograr el efecto en el consumidor.

En el mismo sentido dice que “no puede la Superintendencia exigir, que un proyecto de construcción donde existen tantas variables y especificaciones, se anuncien en medio de publicidad con todas y cada una de ellas”.

Citando los artículos 14 y 31 del Decreto 3466 de 1982, el impugnante reitera que “en el proceso está debidamente acreditado que el Conjunto se encuentra cerrado, es decir, contiene sistemas de acceso restringido cuyo ingreso solo se puede hacer a través de porterías. **Si los cerramientos son o no del Conjunto, eso no le quita ni le resta que el mismo sea cerrado”**.

Cuestionando la forma como la Superintendencia realizó la visita de inspección, manifiesta que en esta no fue citado ni comunicado el sancionado y que en adición se señaló claramente que “el cerramiento que existe se soporta en muros y paredes de las casas y lotes vecinos”. En el mismo sentido manifiesta que “resulta curioso que la Superintendencia no haga referencia, ni explique cómo es el procedimiento de acceso al Conjunto, porque de hacerlo, se llegaría a la inevitable conclusión, que el Conjunto tiene un sistema restringido”.

Por la cual se decide un recurso de apelación

El impugnante dice que “la Superintendencia, sin valorar todas las pruebas, ni motivar la decisión, afirma que alguna de las partes del conjunto no tienen cerramiento. En el expediente está plenamente demostrado que el conjunto está cerrado, está restringido el acceso, contando para el efecto con (3) porterías, donde se regula la entrada y la salida de propietarios y visitantes”.

Continúa diciendo que “en el proceso obra una prueba fundamental que sustenta lo anteriormente afirmado, donde en concepto técnico la Secretaría Habitat señaló que ‘(...) *no existió desmejoramiento de especificación (...)*’, pero la Superintendencia con vulneración del debido proceso optó por desconocer la prueba, porque en su criterio ‘(...) *no son las idóneas (...)*’.

El impugnante, a renglón seguido trae a colación el artículo 28 del Decreto 3466 de 1982, en donde se dice que para la imposición de sanciones por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad “la autoridad competente deberá solicitar el dictamen técnico de organismos públicos para ilustrar su criterio sobre la materia objeto de la decisión”.

Manifiesta que “de acuerdo con lo anterior, está determinada la procedencia del dictamen técnico como soporte para una decisión, sin que sea posible optar por su no idoneidad. Igualmente esa prueba, debió analizarse conforme a los principios de la sana crítica, situación que no ocurrió en el presente caso”.

Concluye diciendo que “en el procedimiento está probada la existencia de un cerramiento, que no puede ser desvirtuado por ningún argumento”.

3.2 Violación del derecho de defensa y contradicción de la sociedad sancionada.

Luego de hacer un análisis constitucional y legal de los principios y características del debido proceso, manifiesta que “la Superintendencia en todo el trámite adelantado vulneró el derecho de defensa, en especial, el hecho que en toda actuación administrativa se presume la inocencia. En este caso, la sociedad Boyca actuó de buena fe, informando a los consumidores lo relevante, información que a la fecha es real, valedera y comprobable”.

El impugnante considera que le fue vulnerado el derecho de defensa “por la práctica de pruebas sin citación de la parte denunciada o sancionada. La visita de fecha once (11) de febrero de dos mil diez (2010) no fue realizada con intervención de la parte sancionada”.

Continúa diciendo que “la Superintendencia debe tener en cuenta que todo acto administrativo debe tener un elemento causal, el cual comprende las razones por las que se expide el acto y que conlleva a la consagración expresa de la necesidad de motivación de los diferentes actos administrativos expedidos por las diferentes entidades”.

Considera que en la resolución sancionatoria no existe una valoración integral de las pruebas y las manifestaciones elevadas por el hoy sancionado, limitándose sólo a las afirmaciones de la parte quejosa”.

Por último solicita practicar nuevamente una visita al Conjunto Cerrado, con citación de la parte contraria, para efectos de garantizar el derecho al debido proceso y a la contradicción.

3.3 Consideraciones del Despacho

El artículo 78 de la Constitución Política de Colombia establece el control que debe hacerse, entre otros, respecto de la información que se suministra al público en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado nacional. Ello significa que el derecho de los consumidores no empieza a partir de la adquisición material del bien, sino que este nace con anterioridad al momento

Por la cual se decide un recurso de apelación

mismo de la oferta; momento a partir del cual surge el interés en el consumidor de adquirir o no el bien que se ofrece de acuerdo con la información que suministra el anunciante.

En desarrollo del citado precepto constitucional, el Decreto 3466 de 1982 en su artículo 14 estableció la obligación de suministrar a los consumidores una información veraz y suficiente en relación con los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado; en la segunda parte del artículo, consagra la prohibición consecuente de utilizar marcas, leyendas y propaganda comercial que no se ajusten a la realidad, induzcan o puedan inducir a error respecto de las características y/o particularidades del producto.

En adición a las previsiones generales contenidas en el artículo reseñado, el numeral 2.1.1.2 del segundo capítulo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, establece los casos en los que se entenderá que la información o la propaganda comercial es engañosa.

Del análisis de las normas mencionadas en precedencia, se advierte que el deber de informar impone a quien ostenta la calidad de productor, expendedor o proveedor, comercializador o importador, la carga de indicar a las personas con las que se relaciona o puede llegar a relacionarse los **“aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran. Desde el punto de vista normativo es deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad comercial que pueda generar en la otra parte si éstos no son suministrados¹”**.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, todas las piezas publicitarias que obran en el expediente proporcionan al consumidor el mensaje de que el conjunto residencial **PÓRTICO DE SAN RAFAEL**, compuesto por casas de 65.12mts², es un **CONJUNTO CERRADO**.

Adicionalmente, al público consumidor se le informa en dichas piezas, que el proyecto a construir contará con parrilla para asados, muro de escalada, rampas para monopatín, guardería, salón comunal, oratorio, juegos infantiles, teatrino, sala para estudio e internet, parqueaderos comunales y plazoleta central.

Por medio de la información que es percibida a través de las piezas publicitarias, el consumidor orienta y fundamenta la decisión de compra de un inmueble y de llegar a adquirirlo, está plenamente facultado para exigir el cumplimiento de todas las características y condiciones que fueron anunciadas inicialmente.

Ahora bien, cuando se emite un mensaje publicitario acerca de un proyecto de construcción, éste debe ser lo más veraz, preciso, claro y detallado, porque está dirigido a un consumidor medio o racional, a quien no se le pueden exigir conocimientos específicos y técnicos acerca del objeto del mensaje².

Retomando el caso examinado, el mensaje transmitido al consumidor fue aquel de un **conjunto cerrado de casas**, y aun cuando por la delimitación física del predio en el que se construyó el

¹Lorenzetti, Ricardo Luis. *Consumidores. Rubinza-Culzoni Editores*.

²La Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América, entidad encargada en dicho país de aplicar los mismos principios universales que en Colombia estable el Decreto 3466 de 1982, estableció, respecto del concepto de consumidor racional, lo siguiente: “El parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el de consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma como los consumidores entienden

Por la cual se decide un recurso de apelación

proyecto, el conjunto se encuentre alindado por muros de las edificaciones vecinas, obteniéndose el efecto de encerramiento que podría determinar que un inmueble sea catalogado como conjunto cerrado, la ley 675 de 2001 que establece el régimen aplicable a la propiedad horizontal, en su artículo 63 dispone que un inmueble ostentará la calidad de **unidad inmobiliaria cerrada, cuando su acceso se encuentre restringido por un encerramiento y cuente con controles de ingreso.** Debe entenderse entonces que al ser construcciones integradas arquitectónica y funcionalmente, el encerramiento debe ser propio, sin depender de los muros de edificaciones vecinas.

Aun cuando este Despacho aceptara el argumento del recurrente, que fundamentándose en el concepto de la Secretaria de Habitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá (fls. 68-80), manifiesta que si se está en presencia de un encerramiento del conjunto residencial toda vez que los linderos del predio están limitados por muros de construcciones vecinas, la misma secretaria manifiesta que estos muros no son los adecuados, teniendo en cuenta que “se trata de muros construidos hace muchos años, se hace necesario efectuar una valoración de tipo estructural de manera que se garantice su estabilidad y adecuado funcionamiento. Así mismo es importante mejorar su aspecto estético, deteriorado por el trajín normal de los años”.

El Despacho concluye entonces que cuando se publicite un proyecto de construcción como conjunto cerrado, el encerramiento y los controles de ingreso han de ser propios de la construcción, ya que el mensaje que es transmitido al consumidor es aquél de un concepto de seguridad inherente al inmueble que adquiere, que no depende de aspectos exteriores, tales como la presencia de edificaciones colindantes.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, la información suministrada al consumidor frente a la calidad de conjunto cerrado del proyecto Pórtico de San Rafael no puede ser considerada veraz y suficiente, infringiéndose las normas de protección al consumidor consagradas en el Decreto 3466 de 1982.

Por otra parte, tal como se constató en la visita de inspección realizada por esta Superintendencia (fls. 54 y 55), otras especificaciones del proyecto que habían sido anunciadas al consumidor en las piezas publicitarias, tales como la guardería, el oratorio, la sala de internet, los juegos infantiles, la parrilla para asados, la rampa para monopatín, el muro de escalada, el teatrino y un salón comunal nuevo, no han sido construidas aún habiéndose entregado el proyecto o no cuentan con las características propias de lo originariamente anunciando, situación que igualmente contraría lo dispuesto en la normatividad pertinente y vulnera abiertamente el derecho que tienen los consumidores de ser receptores de información veraz y suficiente.

Frente a la solicitud del recurrente de realizar nuevamente la visita de inspección al conjunto cerrado, “citando a la parte contraria para efectos de garantizar el derecho al debido proceso y a la contradicción”, es menester señalar que al haberse realizado la visita con la presencia del representante legal de la sociedad constructora, señor Johny Cañizares (fl. 54), quien al poseer el conocimiento técnico y detallado de la obra pudo corroborar las observaciones hechas por el funcionario de la entidad, este Despacho no procederá a decretar la práctica de la prueba, toda vez que ésta no aportaría nuevos elementos de juicio al proceso.

Finalmente, en cuanto a las observaciones del recurrente del desconocimiento de su buena fe y de las garantías propias del debido proceso, en especial aquella de la valoración integral del acervo probatorio, este Despacho considera oportuno reiterar que en el proceso bajo examen, se respetaron todas las etapas procesales y se concedieron todas las oportunidades para ejercer el derecho de defensa y contradicción. Por otra parte, se valoraron integralmente todas las pruebas obrantes en el expediente que fueron aportadas por ambos extremos procesales y aquellas practicadas de oficio por esta Superintendencia.

Por la cual se decide un recurso de apelación

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho no encuentra un elemento de juicio determinante para revocar la sanción impuesta, toda vez que no existe prueba alguna que permita desvirtuar la vulneración a las disposiciones 14 y 31 del Decreto 3466 de 1982, máxime cuando en materia de derecho del consumo, ha dicho la Corte Constitucional que *“corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquella”*³.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 42046 del 12 de agosto de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al señor Klaus Andrés Prieto Lozada identificado con cédula de ciudadanía número 80.844.308, en calidad de apoderado judicial de la sociedad Boyca Construcciones y Vivienda Ltda., identificada con NIT 800-020.946, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

ARTÍCULO TERCERO: Comunicar el contenido de la presente resolución a la señora Horfa Victoria Poveda Chocontá, identificada con cédula de ciudadanía número 51.920.745, en su condición de reclamante.

NOTIFÍQUESE , COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C.,

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y METROLOGÍA

ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

Notificación

Investigada

Sociedad: Boyca Construcciones y Vivienda Ltda.
Identificación: NIT. 800.020.946
Representante Legal: Felipe Cortés Segura
Apoderado: Klaus Andrés Prieto Lozada
Identificación: C.C 80.844.308 T.P. 180.064
Dirección: Calle 110 No. 8-09
Ciudad: Bogotá D.C

Comunicación

Nombre: Horfa Victoria Poveda Chocontá
Identificación: C.C 51.920.745
Dirección: Carrera 5ª No. 0-20
Ciudad: Bogotá D.C

³Sentencia C-1141 de 2000.