

**LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA, UNA HERRAMIENTA JURÍDICA PARA LA
OBTENCIÓN DE VIVIENDA EN COLOMBIA**

**AURA VIVIANA ATAYA BELTRAN
CARLOS ALFONSO FIGUERA CISNEROS
HECTOR GAMARRA PLATA**

..

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA SEDE ARAUCA
FACULTAD DE DERECHO**

2016

**LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA, UNA HERRAMIENTA JURÍDICA PARA LA
OBTENCIÓN DE VIVIENDA EN COLOMBIA**

**AURA VIVIANA ATAYA BELTRAN
CARLOS ALFONSO FIGUERA CISNEROS
HECTOR GAMARRA PLATA**

**Presentado
Dr. GERMAN ROZO ANÍS**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA SEDE ARAUCA
FACULTAD DE DERECHO
2016**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCION

**CAPITULO 1: LA PROMESA DE CONTRATO Y LA
COMPRAVENTA: ALTERNATIVAS JURÍDICAS DE OBTENCIÓN
DE VIVIENDA EN COLOMBIA**

1.1. Promesa de contrato de compraventa

1.1.1. Antecedentes y referentes conceptuales de la promesa de compraventa.

1.1.2. Concepto.

1.1.3. Operatividad del negocio.

1.1.3.1 *Requisitos de validez y de existencia*

1.1.4. Naturaleza jurídica

1.1.5. Intervinientes

1.1.6. Clausulas esenciales, naturales y accidentales

1.1.6.1. *Clausulas esenciales*

1.1.6.2 *Clausulas naturales*

1.1.6.3. *Clausulas accidentales*

1.1.7. La promesa de contrato en Colombia

1.1.7.1. *La promesa de contrato como medio de adquisición de vivienda en
Colombia.*

1.2. La compraventa

1.2.1 Antecedentes

1.2.2 Concepto

1.2.3. Operatividad del negocio.

1.2.3.1. *Precio:*

1.2.3.2. Cosa

1.2.4. Intervinientes

1.2.5. Naturaleza jurídica

1.2.6. Clausulas esenciales, naturales y accidentales

1.2.7. La compraventa como medio de adquisición de vivienda en Colombia.

CAPITULO 2: DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

2.2. Antecedentes del contrato

2.3. Concepto

2.4. Operatividad del contrato

2.5. Intervinientes

2.6. Naturaleza jurídica

2.7. Clausulas esenciales, naturales y accidentales

CAPITULO 3: PRINCIPALES PUNTOS PROBLEMÁTICOS PARA A LA OBTENCIÓN DE VIVIENDA EN COLOMBIA DESDE LAS OBLIGACIONES NACIDAS PARA LAS PARTES EN EL CONTRATO CELEBRADO.

CAPITULO 4: LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA EN COLOMBIA COMO MEDIO DE OBTENCIÓN DE VIVIENDA

4.1 ¿Por qué la compraventa de cosa futura en Colombia resulta una opción para la obtención de vivienda?

4.2. Riesgos de la compra de vivienda sobre planos en Colombia

4.3. Importancia constitucional de la compraventa de cosa futura como medio de obtención de vivienda en Colombia.

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

INTRODUCCION

La adquisición de vivienda es una de las expectativas más importantes a nivel familiar; más allá de las políticas públicas tendientes al logro de este fin, se tienen los mecanismos que desde el derecho privado se contemplan como las diferentes formas contractuales que materializan este anhelo. Se estudia en esta presentación muy específicamente la figura de la venta cosa futura o lo que se denomina en el argot popular la venta sobre planos, haciendo un recorrido de las diferentes prestaciones que surgen para las partes, haciendo un paralelo entre las prestaciones que son establecidas para otros contratos similares como la promesa de compraventa, la compraventa en sí y el leasing habitacional.

Los diferentes argumentos llevarán al lector a descubrir una verdad implícita en todas estas relaciones contractuales, las cuales se espera demostrar convergen en un punto de encuentro en el derecho constitucional.

Constituye entonces un importante aporte al estudio del derecho, en la medida que se acerca a dar respuesta al interrogante de cómo puede ser utilizada la venta de cosa futura como medio de obtención de vivienda en Colombia; sean pues sus conclusiones objeto de estudio y crítica en aras del fortalecimiento de los espacios de discusión en la Universidad Cooperativa de Colombia sede Arauca.

RESUMEN

Este documento trata de las posibilidades de adquisición de vivienda en Colombia desde las perspectivas de las obligaciones que se generan según el contrato celebrado, haciendo especial énfasis en la compraventa de cosa futura, la cual es la figura contractual que se distingue detrás de la denominada venta sobre planos. Busca hacer énfasis en la importancia del respeto por las garantías constitucionales en la conformación de estos negocios, a fin de evitar que se puedan dar episodios de vulneración de los derechos en las diferentes cláusulas que se acuerden muy específicamente en este tipo de contratos.

Palabras clave: compraventa, promesa de contrato, leasing habitacional, constitucionalización del derecho, venta sobre planos, compraventa de cosa futura.

ABSTRACT

This paper discusses the possibilities of acquisition of housing in Colombia from the perspective of the obligations under the concluded contract, with special emphasis on the sale of future thing, which is the contractual figure behind the so-called sale on planes. It aims to emphasize the importance of respect for constitutional guarantees these businesses the formation of a fin to avoid giving Episodes violation of rights in different clauses remember very specific to this type of contract .

Keywords : purchase, pledge agreement , the lease housing , constitutionalization of law, Neuve , the sale of future thing .

CAPITULO 1:

1. LA PROMESA DE CONTRATO Y LA COMPRAVENTA: ALTERNATIVAS JURÍDICAS DE OBTENCIÓN DE VIVIENDA EN COLOMBIA

Para abordar el tema de las alternativas jurídicas de obtención de vivienda en Colombia, es necesario hacer un repaso legal, doctrinal y jurisprudencial de la promesa de contrato y la compraventa, como instrumentos de satisfacción de una de las principales necesidades humanas, la cual se relaciona con la adquisición de una vivienda digna para su familia, derecho que además ha sido consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 51 el expone que todos los colombianos tienen este derecho, siendo el Estado garante de las alternativas para materializar este derecho.

En este capítulo se presentarán los principales puntos de vista de las dos figuras jurídicas en estudio, con el objetivo de proporcionar entendimiento y claridad de ambas en aras de contextualizar los argumentos en torno al tema general de la presente monografía.

1.1. Promesa de contrato de compraventa

La primera de las figuras jurídicas que se plantea estudiar es la promesa de contrato, la cual tiene una connotación importante dentro de los negocios de finca raíz, ya que como se verá más adelante, constituye en muchas oportunidades el primer acto jurídico que los contratantes suscriben en aras de la suscepción del negocio jurídico conducente a la obtención de vivienda.

Estúdiense entonces en este aparte, los antecedentes y las referencias conceptuales desde los inicios del derecho hasta el presente, para luego pasar a la operatividad del negocio, dentro del cual se estará definiendo sus intervinientes, naturaleza jurídica; para luego continuar con la constitución de las cláusulas esenciales, naturales y

accidentales del acuerdo, para finalizar con el estudio de la figura jurídica en Colombia como mecanismo posibilitador de la adquisición de vivienda.

1.1.1. Antecedentes y referentes conceptuales de la promesa de compraventa.

Por regla general en el derecho romano no se conoció la figura genérica de promesa de contrato (Abeliuk Manasevich, 1971), sin embargo en cuanto a la compraventa la situación era diferente, pues si se hubo la utilización de una figura que comprometía a las partes para la formación de un futuro contrato de compraventa; este acuerdo de voluntades denominado pacto, era denominado *pactum in contrahendo*, producía el efecto de obligar a la celebración del contrato, sancionando su incumplimiento con acciones similares a la de los contratos innominados (Aguilar Gutierrez, S.F), aunque es de anotar que en un principio este pacto era considerado como una mera obligación natural.

Durante la edad media desde una percepción canonista del derecho se fortalecía la idea de vincular a los pactandos pues

“comenzó a aceptarse que mediante consentimiento pudiesen las partes comprometerse a celebrar contratos futuros y que dicho compromiso fuere exigible coactivamente. Esta idea fue extendiéndose a lo largo de los siglos, con las características de que su eficacia era limitada en el sentido de que el incumplimiento del obligado no permitía la celebración coactiva del contrato prometido, sino únicamente el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren causado” (Contreras Ortis, 2008)

De esta forma empezó a consolidarse la aceptación del contrato de promesa de compraventa como una forma de establecer vínculos perfeccionados a futuro.

Sin embargo, es de anotar que con la codificación del derecho viene a darse posturas encontradas frente a este temas, pues el código napoleónico principal vertiente del código civil colombiano contemplaba en su artículo 2819 la promesa de venta a la cual se le ponía como requisito la singularización de la cosa vendida y la fijación del precio (Rocha Diaz, S.f); no así con la legislación suiza de 1911 en la que se presenta la posibilidad del acuerdo de celebración futura de cualquier clase de contrato (Rocha Diaz, S.f) que tenga pleno efecto para las partes que se comprometen.

1.1.2. **Concepto.**

En aras de una definición más ajustada de la concepción de la promesa de contrato de compraventa, ha de mencionarse en primera instancia que este ha sido denominado de diferentes maneras a saber, contrato preparatorio, precontrato, contrato preliminar, ante contrato, petición de contrato, opción e incluso contrato in contrahendo (Perez Fernandez del Castillo, 1990).

Sin embargo y para efectos de este estudio, se le seguirá denominando promesa de contrato de compraventa, que según su descripción más acertada, se refiere al acuerdo de voluntades mediante la cual los sujetos se comprometen a la celebración posterior de un contrato de compraventa en unas condiciones estipuladas y en un plazo determinado. (Rocha Diaz, S.f)

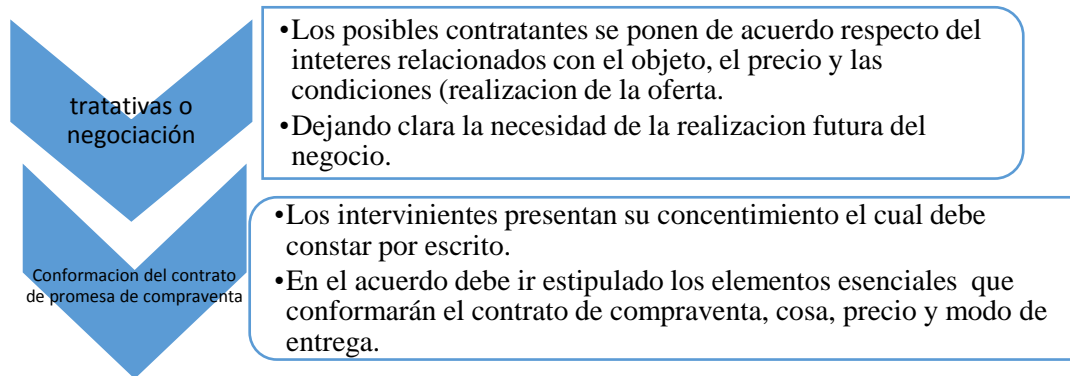
Siendo también autorizada otra definición según la cual señala como “un contrato por medio del cual una parte o ambas se obligan dentro de cierto tiempo a celebrar un contrato futuro determinado, que no pueden o no desean celebrar por el momento” (www.yucatancompass.com citando a Rafael Rojina Villegas y Rafael Rojina Villegas, 2006).

Conforme a lo anterior vale la pena destacar que en ambos conceptos permanecen los mismos elementos de constitución del contrato, dejando a la vista

para desarrollar en otro momento de esta presentación, los elementos esenciales y naturales del contrato de promesa de compraventa.

1.1.3. Operatividad del negocio.

En cuanto a la operatividad del negocio es necesario agregar que pueden distinguirse dos momentos en la formación de la voluntad en este acuerdo como se describe en la figura a continuación:



1.1.3.1 Requisitos de validez y de existencia

Los requisitos de validez y existencia de este contrato básicamente son los requeridos en general para todos los contratos; quien pretenda verificarlos, en primera medida debe tener en cuenta la observancia del artículo 1502 del (Código Civil) , según el cual los contratantes deben ser plenamente capaces en libre uso de su declaración de voluntad, y realizar el acuerdo con observancia de las reglas de objeto lícito y causa lícita.

Adicionalmente teniendo en cuenta las reglas del artículo 1611 igualmente del (Código Civil), en menester que se tengan en cuenta los siguientes requisitos:

1a.) *Que la promesa conste por escrito:* esto con la finalidad de otorgarles a las partes seguridad frente a los términos del negocio, ya que como se trata de un acuerdo que se perfecciona a futuro, quizás la sola consensualidad podría afectar los términos del negocio. (Código Civil) (Arrubla Paucar, 2012)

2a.) *Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 <sic> del (Código Civil);* en este punto lo que el legislador quiere decir es que el haya plena claridad sobre la especie del objeto que se negocia, de ahí que en el texto de la promesa de contrato deba ir especificado plenamente las características de la cosa, que para los bienes inmuebles correspondería a fijar los linderos, número de registro, ubicación en la carta catastral, así como el resto de características que se consideren pertinentes para la identificación inequívoca el mismo. (Arrubla Paucar, 2012)

3a.) *Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato (Código Civil):* ya que justamente la razón de ser de este contrato es que en efecto se celebre un negocio jurídico posterior en un momento determinado, por lo que se puede llegar a considerar que una promesa de contrato carente de este requisito, afectaría de manera directa su eficacia por cuanto no estaría llamada a surtir los efectos para los cuales es suscrita. (Arrubla Paucar, 2012)

4a.) *Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales (Código Civil):* Por lo que el contrato de compraventa debe contener toda la información relacionada con el precio, condiciones de la entrega, estado de la cosa. Cuando se trata de bienes inmuebles, deberá saberse en que notaria se surtirá el trámite de la escritura, el inventario de la cosa que contenga el bien inmueble, el paz y salvo del pago de impuestos, servicios públicos, administración, así como de cualquier información que conduzca a que solo falte el perfeccionamiento del contrato. (Arrubla Paucar, 2012)

1.1.4. Naturaleza jurídica

De acuerdo a la naturaleza jurídica del contrato de promesa de compraventa se pueden describir los siguientes atributos del acuerdo de voluntades:

- *Contrato típico*, se encuentra regulado en la legislación, en la actualidad es una figura jurídica de reconocida utilización en los tipos de negocios de compraventa en especial de bienes inmuebles. En las legislaciones de Latinoamérica por ejemplo en Chile se encuentra regulado en el artículo 1554, y en Colombia en el artículo 1611 (Código Civil)
- *Contrato contentivo de obligación de hacer*: ya que tiene como objeto, justamente comprometer a las partes en la realización de un negocio futuro, toda vez que en este acuerdo no se trasmite ninguna clase de título traslativo de dominio. (Peña Nossa, 2012)
- *Contrato bilateral*: Pues tiene para que pueda llegar a darse su formación se requiere de dos extremos contractuales dispuestos a comprometer su voluntad en los términos del acuerdo. (Peña Nossa, 2012)
- *Contrato conmutativo o sinalagmático*: Cada una de las partes adquiere compromisos que deben ser cumplidos al tenor de los acuerdos estipulados en el mismo (Peña Nossa, 2012).
- *Contrato oneroso*: Ya que la disposición de intereses que se hacen por medio del acuerdo versan sobre valores económicos sobre las cuales recaen las prestaciones del negocio. (Peña Nossa, 2012)
- *Contrato consensual*: Pues no requiere más que el acuerdo de las partes para su constitución, sin embargo, como requisito de existencia se ordena en la legislación colombiana que este deba constar por escrito, como prueba de su constitución (Peña Nossa, 2012).

- *Contrato principal*, Pues una especie contractual independiente de cualquier clase de acuerdo previo, existe por sí mismo, no depende de otro negocio para su formación, se constituye con el objetivo de lograr el cumplimiento del objeto principal que es la constitución futura de un contrato. (Peña Nossa, 2012)
- *Contrato preparatorio*, su celebración tiene un interés determinado, el cual es celebrar un contrato de compraventa, o sea que se puede decir que esta celebración es una etapa en el perfeccionamiento de este contrato. (Peña Nossa, 2012)

1.1.5. Intervinientes

- En virtud de que el contrato de promesa de compraventa es bilateral y preparatorio se pueden definir dos clases de intervinientes en el mismo:
- *Promitente comprador*: Es el extremo contractual que compromete su voluntad en la celebración del contrato como adquirente del bien, quien además tiene la obligación de pagar el precio y cumplir con las estipulaciones puestas por el promitente comprador (Ospina Fernandez, 2004).
- *Promitente vendedor*: Es quien se compromete a realizar la transmisión de dominio del bien objeto del acuerdo, después de haber recibido el precio por ella, tiene como obligación adicional, prestar debida diligencia en la conservación de la cosa mientras se lleva a cabo el contrato, como quiera que se le imponen las obligaciones especiales derivadas de la buena fe. (Ospina Fernandez, 2004).

1.1.6. Clausulas esenciales, naturales y accidentales

Según las cláusulas que deben incluirse en el Contrato de Promesa de un bien inmueble deben identificarse las que son de su esencia, naturales y accidentales.

1.1.6.1. Clausulas esenciales:

Toda vez que estas constituyen las cláusulas que permiten el nacimiento a la vida jurídica del contrato, so pena de ser calificado con nulidad absoluta (Bohorquez Orduz, 2005), estas se refieren principalmente al cumplimiento de los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, dentro de las cuales en primer lugar se encuentra la identificación de los contratantes, lo cual es común a todos los contratos, ya que debe constarse entre otras situaciones la capacidad de los contratantes, así como los datos que conduzcan a la plena caracterización de los intervinientes.

1.1.6.2 Clausulas naturales

Son aquellas clausulas sin las cuales no se estaría hablando del contrato en mención sino de otro diferente (Bohorquez Orduz, 2005), en otras palabras, para que se hable de contrato de promesa de compraventa debe contener:

- “1. Objeto. Acordar la obligación (unilateral o bilateral) de comprar y vender un bien inmueble determinado. Para determinar el bien inmueble basta con que su descripción no dé origen a dudas de qué inmueble se trata. Se recomienda incluir datos de registro y clave catastral.
2. Precio. Se establece el precio por el inmueble. No hay entrega de dinero. También puede estipularse la mención de que deberá pagarse un precio, aunque no es necesario que se fije con exactitud
3. Plazo. Se entiende por plazo, la fecha en que un acontecimiento natural o voluntario se ha de producir con toda seguridad. Se puede no acordar los elementos relativos al día, mes y año, (fecha), en que pueda formalizarse la operación, ya que, de conformidad con la voluntad de las partes, el plazo debe concluir cuando se cumpla con una obligación suspensiva, es decir, con un acontecimiento futuro e incierto.
4. Forma y Lugar de Pago.” (www.yucatancompass.com citando a Rafael Rojina Villegas y Rafael Rojina Villegas, 2006)

5. cláusula de saneamiento donde conste que el bien se encuentra libre de cualquier clase de embargo, prenda o hipoteca, así como también al día en el pago de impuestos y servicios públicos.

1.1.6.3. Clausulas accidentales:

Estas son las cláusulas que pueden ir dentro del acuerdo y que no afectan la naturaleza del mismo, sino más bien refuerzan las condiciones del acuerdo de las partes.

Una de las clausulas accidentales que con mayor frecuencia se utiliza en la suscripción del contrato de promesa es la *cláusula penal* “es una multa, una sanción, como la ha dicho la Corte una tasación anticipada de los perjuicios que puede causar el incumplimiento de la obligación” (Zambrano A. , 2013), podría decirse que es un acuerdo dentro del contrato que funciona como un seguro para las partes en cuanto al incumplimiento que pudiera llegar a presentarse, el cual atendiendo los postulados de la buena fe, debe ser equilibrado y correlacionar con el valor del negocio, así como también estar contemplado en ambos sentidos, ya que se si solo se fijase para uno de los extremos contractuales podría llegar a constituirse en una cláusula abusiva, sin embargo, esto solo esta condición solo podría alegarse dependiendo de las particularidades que se tengan en cada caso.

La otra clausula accidental dentro del contrato de promesa de compraventa son las *arras*, las cuales funcionan como la materialización de la palabra empeñada, ya que estas son una suma de dinero que el promitente comprador da al vendedor al momento de la firma del contrato, como una especie de anticipo del precio, el cual será descontado cuando se pague el precio. Las arras son una “especie de garantía que se entrega ya sea para confirmar un contrato, o como parte de indemnización para poder desistir de dicho contrato” (Zambrano A. , 2013), se encuentran reguladas en el código civil en los artículos 1859 y 1861 siendo distinguidas por estas especies:

Arras de retractación: “Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndoles, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas” artículo 1859.

Arras confirmatorias “Si expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1857, inciso 2o.

No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes”

Como nota final de este acápite vale la pena mencionar que la diferencia entre ambas formas de garantía frente al cumplimiento del contrato está dada por el carácter indemnizatorio de la cláusula penal frente al incumplimiento del contrato, mientras que las arras constituyen más que nada la materialización del compromiso por cuenta del ofrecimiento de una suma de dinero como prueba.

1.1.1. La promesa de contrato en Colombia

La promesa del contrato es regulada en Colombia a partir de lo preceptuado en el artículo 1611 del (Código Civil) según el cual,

“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1a.) Que la promesa conste por escrito. 2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 <sic> del Código Civil. 3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”.

En cuanto a las promesa de compraventa en materia comercial el (Código de Comercio) tiene previsto unas formalidades de la promesa, se limita a decir “que la celebración del contrato se someterá a las reglas y formalidades del caso” (art 861 CCio), siguiendo de igual manera lo estipulado por el artículo 824, que manifiesta que “cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene esa solemnidad”, por lo que para el caso de la promesa de compraventa y como se ha visto en las líneas anteriores debe ir por escrito y observar todas las reglas de validez y existencia que se han explicado.

En cuanto al tratamiento que a este tipo contractual ha dado la jurisprudencia, se puede argumentar que al parecer después de haber sido objeto de estudio ha sido determinado por parte de la Corte Suprema de Justicia como un contrato definitivo preparativo que contiene una obligación de hacer, el cual es independiente del negocio al que se llegue como lo es el de compraventa.

1.1.1.1. La promesa de contrato como medio de adquisición de vivienda en Colombia.

En Colombia y pese a que el contrato de promesa de compraventa puede versar sobre cualquier clase de bien sujeto a transito económico, el principal uso que tiene es en cuanto a la adquisición de vivienda, dado que se utiliza como forma de separar el bien que se ha escogido mientras se dan los tramites de entrega del dinero y suscripción de la escritura pública, su aplicación está dada, hacia la compraventa de inmuebles ya existentes, principalmente de segunda mano; ya que si bien se podría hacer el negocio sobre inmuebles que no existen aún, pero que se espera que existan, se puede acudir a una forma jurídica mucho más acorde, la cual se estudiará más adelante. (Finanzas personales , 2014)

En cuanto a las clases de promesa de compraventa que se pueden distinguir se pueden citar las siguientes:

- Promesa de compraventa de vivienda urbana no sujeta a régimen de propiedad horizontal. (Finanzas personales , 2014)
- Promesa de compraventa de vivienda urbana sujeta a régimen de propiedad horizontal. (Finanzas personales , 2014)

Estas diferencias debido al régimen al que este sujeto el inmueble, ya que las implicaciones en cuanto a propiedad horizontal otorgan una serie de deberes adicionales que no pueden quedar por fuera del acuerdo y que en un momento determinado podrían alterar el curso del negocio. (www.yucatancompass.com citando a Rafael Rojina Villegas y Rafael Rojina Villegas, 2006)

1.2. La compraventa

Véase ahora la compraventa de bienes inmuebles como mecanismo de adquisición de vivienda en Colombia, desde la perspectiva de ser el tipo contractual que se encuentra detrás de casi todas las formas de adquisición de vivienda.

1.2.1 Antecedentes

La compraventa tiene una historia tan antigua, casi como la misma historia del hombre, a través de ella, los humanos satisfacen las necesidades de bienes y servicios requeridos para su supervivencia, adoptando a través del tiempo modelos y formas que se adaptan a las necesidades de los tiempos y a los recursos de intercambio disponibles. Un antecedente de la compraventa es el trueque, modelo en el cual el humano primitivo interrelacionaba con sus congéneres diversos artículos de la naturaleza con los cuales vino a diversificar la canasta de bienes consumidos y así, fortalecerse y evolucionar hacia nuevas formas de organización. (Arrubla Paucar, 2012)

Más adelante con la aparición de los medios de intercambio como la sal y los metales preciosos, los objetos que se intercambiaban entre si adquirieron valor representativo en medios de intercambio que con el tiempo se volvieron más

especializados, hasta llegar a la compraventa como la materialización de un acuerdo de voluntades en los que se entregaba un bien a cambio de un precio, actividad que tuvo tanta trascendencia dentro de los conglomerados sociales, que fue necesario reglarla para que pudieran darse relaciones de intercambio efectivas que condujeran al mantenimiento del orden social y progreso de las civilizaciones. (Ospina Fernandez, 2004)

Hablando de civilizaciones como tal, se cita el código de Hammurabi como una de las primeras referencias en cuanto a este contrato, al preceptuar entre otras cuestiones la necesidad de constar por escrito el contrato de compraventa suscrito por un menor o un esclavo (Arrubla Paucar, 2012).

Así también en el derecho romano surge el estudio de este acuerdo a la luz de los preceptos de los diferentes cuerpos normativos promulgados a través de la historia de tan legendario imperio, cimentando como hoy se observa las bases de la interpretación y tratamiento que tiene dentro de la civilización occidental. (Ospina Fernandez, 2004)

Ya en la edad media se rige por los preceptos de la fe de la Roma Papal con una inclinación piadosa y benefactora, sobre la cual se puede decir cualquier asomo de especulación era considerado pecado, pero que redime su esencia gananciosa en los albores del renacimiento y luego en la ilustración cuando los autores del Código Civil francés la incluyen en sus normativas, pasando así a las legislaciones latinoamericanas por vía de la inspiración don Andrés Bello quien escribe y complementa los conceptos de la compraventa en el que hoy se denomina Código Civil Colombiano. Siendo de especial interés del legislador la compraventa de bien inmueble el cual este código la concibe como un acto solemne que debe observar una serie de requisitos para nacer a la vida jurídica. (Arrubla Paucar, 2012)

Así la compraventa es en la actualidad el contrato universal por naturaleza, siendo objeto de casi la única reglamentación universal acogida por más de 70 países

(que ya es mucho), la convención de Viena que regula la compraventa internacional y que hoy obedece a uno de los principales avances del nuevo orden mundial. (Rodríguez Fernández, 2010)

1.2.2. Concepto

Toda vez que se ha hecho una presentación sucinta de los antecedentes de la compraventa, hágase ahora una exposición del concepto según el (Código Civil) que la contempla en el artículo 1849:

“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.”

Para complementar, véase la compraventa desde el punto de vista de (Código de Comercio) la cual esta reglada en el artículo 905:

“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario.

Para los efectos de este artículo se equipararán a dinero los títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero”.

De estas dos definiciones se puede analizar que tienen elementos comunes entre sí, que se relacionan con la presentación de voluntad de *dos personas* en la que se *traslada el dominio de una cosa* a cambio de un valor que por lo general es en dinero, o susceptible de contabilizarse en dinero al que llaman *precio*. (Arrubla Paucar, 2012)

Puede decirse que la compraventa es sin lugar a dudas la especie contractual más utilizada y de donde derivan todas los demás tipos contractuales en los que su esencia

contenga el traslado de dominio de la cosa, así también puede decirse que la compraventa tiene muchas variables de sus condiciones que pueden variar entre las diferentes clases de obligaciones modales para llegar a su concreción, como las que se estudian en esta investigación, pero siempre se tendrá que llegar a la referencia de la compraventa como contrato principal detrás de todas las negociaciones que se den como preparatorias a este. (Peña Nossa, 2012)

1.2.3. Operatividad del negocio.

El negocio nace a la vida jurídica con la entrega de la cosa y el pago del precio, no se puede hablar de contrato de compraventa sin la verificación de estas dos condiciones, estúdiense la operación de estos dos elementos:

1.2.3.1. Precio:

Debe tener la característica de tratarse de un bien cierto, lo que implica que en términos de relaciones negociales,

“debe ser determinado y determinable, debe fijarse al celebrar el contrato de manera precisa, matemática y exacta. En dinero, es decir, que debe ser en moneda nacional que tenga curso y poder liberatorio pleno conforme a la ley monetaria. Se puede pactar dentro del contrato que una parte se pague en dinero y otra parte del precio se pague en especie siempre y cuando el importe en dinero sea igual o mayor que el valor de esa cosa.

Verdadero: no debe ser ficticio, pues si no se estaría en presencia de un contrato ficticio o de donación. Justo, es decir, debe existir una equivalencia lógica entre el valor de la cosa vendida y el precio, ya que si existe una desproporción de los precios se desnaturalizará el contrato”. (Treviño Garcia , 2004)

1.2.3.2. Cosa

La principal motivación de la suscripción del contrato de compraventa, obsérvese a la luz de la doctrina algunos elementos de ella.

“Pueden ser objeto del contrato de compraventa todas las cosas y derechos que reúnan los siguientes requisitos: Debe existir en la naturaleza. También pueden ser objeto del contrato las cosas futuras o las compras de esperanza. Debe estar determinado, es decir, individualizado puntualizando ciertos respecto a la cosa. Debe ser determinable en especie, es decir, datos de género, calidad, cantidad, peso o medida. Debe estar en el comercio. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza, es decir, no puede ser poseída por algún individuo, y cuando la ley así lo declare” (Treviño Garcia , 2004).

1.2.4. Intervinientes

Toda vez que se habla de un contrato sinalagmático y bilateral se pueden identificar dos extremos contractuales los cuales se referencian a continuación:

Vendedor: Por definición del mismo (Código Civil) colombiano es la persona interesada en desprenderse del dominio de la cosa a cambio de un precio, en términos económicos puede ser denominado oferente, porque por lo regular es quien plantea el negocio presentando su ánimo de venta.

Comprador: De otra parte, se encuentra la persona que a partir de una especie monetaria adquiere el bien, pagando el precio fijado por el vendedor o acordado por las partes, en términos económicos a este se le denomina demandante porque es quien requiere los bienes para la satisfacción de sus necesidades. (Código Civil)

1.2.5. Naturaleza jurídica

Estúdiense ahora la naturaleza jurídica de la compraventa desde el punto de vista que interesa a esta investigación, el cual es la compraventa de bienes inmuebles destinado a la obtención de vivienda en Colombia, hágase la aclaración por cuanto, existen otras clases de compraventas que puede obedecer a otros tipos de finalidades:

Bilateral: Por cuanto debe existir la voluntad de ambas partes en la celebración del negocio para que se puedan dar los requisitos de constitución del mismo. (Bonivento Fernandez, 2012)

Solemne: Ya que para la compraventa de bienes inmuebles existe la solemnidad de elevar a escritura pública y registro la compraventa que se realicen como una forma de conservación del orden social, según el cual un adecuado registro de este tipo de negocios asegura la defensa del derecho de propiedad de las personas. (Bonivento Fernandez, 2012)

Onerosa: Por cuanto se trata de un negocio en el que el vendedor quiere obtener un beneficio económico, pero más que nada porque el negocio se hace a partir de una fijación de un precio el cual es susceptible de ser tasado en un valor económico. (Bonivento Fernandez, 2012)

Conmutativa o sinalagmática: Por cuanto nacen obligaciones para ambas partes las cuales deben ser proporcionadas y racionales con el ánimo de conservar el equilibrio de la operación, siendo tan importante el asunto, que la misma ley se ha encargado de regular acciones como la lesión enorme para garantizar la equidad de las condiciones del negocio. (Bonivento Fernandez, 2012)

Principal: Ya que la compraventa existe por sí sola, aunque existen contratos preparativos para su concreción, es el contrato al que se apunta con la celebración de estos (Bonivento Fernandez, 2012).

Definitiva: Por cuanto establece una nueva condición jurídica para la cosa, la cual de ser de un extremo contractual pasa a otro en forma definitiva. (Bohorquez Orduz, 2005)

Típico: Este es el contrato típico por naturaleza, en todas las legislaciones del mundo se encuentra reglado, pues constituye, como ya se ha dicho, el pilar de la satisfacción de las necesidades humanas. (Arrubla Paucar, 2012)

1.2.6. Clausulas esenciales, naturales y accidentales

Dentro del sistema de cláusulas en el contrato de compraventa se encuentran las denominadas clausulas esenciales, naturales y accidentales, las cuales ya se han explicado en cuanto a su contenido en la explicación del contrato de promesa de contrato; señálese entonces que las clausulas *esenciales* tienen que ver al igual que en todos los contratos con la acreditación de la capacidad de los individuos, así como el cumplimiento de las condiciones del 1502 del (Código Civil), también dentro de la esencialidad del contrato se encuentra la fijación del precio y al individualización de la cosa objeto del contrato.

Dentro de las clausulas *naturales* (Bohorquez Orduz, 2005) se encuentran las que fijan condiciones al contrato de compraventa como la forma de determinación de las cantidades de la cosa, la calidad, la marca o cualquier otra circunstancia que ayude a la mejor comprensión de los acuerdos esenciales, también dentro de esta clasificación se puede incluir las relacionadas con la posibilidad de venta a plazos o las condiciones en las que deba efectuarse el pago. También las que se relacionan con el saneamiento por los vicios de la cosa o las condiciones de garantía de la misma.

En las clausulas *accidentales* (Bohorquez Orduz, 2005) se pueden especificar todas aquellas accesorias al negocio, la cláusula penal, como garantía ante el incumplimiento, el lugar de suscripción del contrato, la especificación del lugar de

suscripción de la escritura pública y cualquier otra circunstancia que no llegue a afectar la naturaleza y esencialidad del negocio. (Ospina Fernandez, 2004)

1.2.7. La compraventa como medio de adquisición de vivienda en Colombia.

Se estudia en este aparte la compraventa como medio de adquisición de vivienda en Colombia, toda vez que este constituye, como ya se dijo, el contrato base detrás de todo el acuerdo a los que se pueda llegar en el proceso del negocio. La compraventa constituye el medio por el cual el comprador tendrá el dominio completo del bien inmueble, aunque cabe señalar en este punto que la constitución de garantías como respaldo al financiamiento al que por lo general se acude para el pago del precio, reserva ciertos privilegios de preferencia para la entidad financiera que avala el contrato de mutuo que finalmente es el que se suscribe con el banco; así pues, la hipoteca es lo único que se interpone entre el comprador y el pleno uso de su derecho de dominio, aunque puede enajenar en cualquier momento, igualmente con el respectivo gravamen de hipoteca.

En Colombia muchas han sido las modalidades por la que se ha materializado la compraventa para la obtención de vivienda, en los años setenta se constituyó el UPAC como un mecanismo de financiación que colapso en los años noventa generando una de las más recordadas crisis económicas del país (Arango Londoño, 2004), luego con la constitución del UVR viene a renovarse en nombre el sistema el cual sigue vigente hasta la fecha.

Muchas han sido las intervenciones gubernamentales para regular esta importante función, no solo en términos económicos sino también sociales pues téngase en cuenta que la vivienda digna es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del 91, por lo que es y seguirá siendo un objeto de estudio vigentes en todas y cada una de sus manifestaciones.

1.3 El leasing habitacional: Instrumento para financiar la adquisición de vivienda en Colombia

Aborde este estudio de manera tangencial el leasing habitacional como uno de los mecanismos de obtención de vivienda en Colombia, en aras de un entendimiento más global del tema central que ocupa la investigación.

1.3.1. Antecedentes del contrato de leasing

El término leasing proviene del vocablo inglés “lease” que significa arrendar, su utilización como el contrato que se conoce hoy, se empezó a dar en Estados Unidos hacia la segunda mitad del siglo XIX y se popularizó con la construcción de vías férreas; más adelante en la segunda década del siglo XX fue utilizado por las compañías de teléfonos para proveer los aparatos de comunicación mediante la modalidad de arrendamiento; sin embargo fue con los avances tecnológicos de los años 50 que esta forma contractual se consolida para convertirse en uno de los negocios más solicitados por los inversionistas, en especial en el campo de la construcción. (Peña Nossa, 2012)p. 503.

En Colombia inicia su recorrido jurídico en la década de los 80, donde se refiere a su utilización como un contrato financiero, el cual se formaliza su reconocimiento, mas no su regulación con la expedición Estatuto del Sistema Financiero; más adelante con la crisis financiera de los años 90, se hace evidente diversificar el portafolio de servicios frente a la obtención de vivienda en Colombia para lo cual se expide ley 795 de 2003 que posibilita a las entidades de crédito la operación de este tipo de negocios como se explica en las líneas siguientes. (Baena Cardenas, 2006).

1.3.2. Concepto

En aras de un entendimiento claro sobre el asunto, se presenta el concepto que presenta la una de las reglamentaciones sobre el tema del leasing habitacional, a pesar de encontrarse derogada la normatividad se mantiene el concepto según se referencia:

“Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor”. (Decreto 1787 de, 2004) Artículo 2

1.3.3. Intervinientes

a) *El proveedor*: es la persona natural o jurídica que suministra el bien inmueble que se constituye objeto del leasing. (Baena Cardenas, 2006)

b) *La empresa de leasing*: es la persona que adquiere del proveedor las unidades inmobiliarias para entregárselas al cliente a título de leasing. (Baena Cardenas, 2006)

c) *El usuario*: es la persona natural que celebra el negocio con la empresa de leasing para efectuar el goce y disfrute del bien a cambio de una serie de pagos periódicos que pueden llegar a constituirse eventualmente en pagos al precio del bien con miras a convertirse en propietario del mismo. (Baena Cardenas, 2006)

1.3.4. operatividad del negocio

En este negocio la transmisión de dominio del bien, se da al finalizar el contrato. Así las cosas, el proveedor celebra un contrato de compraventa sobre el inmueble

objeto de la operación, con la empresa prestadora del servicio de leasing habitacional, la cual deberá encontrarse habilitada según las normas relacionadas con el derecho financiero. Una vez el bien cuyo derecho de dominio recae sobre la prestadora del servicio de leasing, esta celebra el referido contrato con el usuario el cual consiste en la realización de unos pagos periódicos a título de canon de arrendamiento, los cuales van formando parte de un acervo de capital que viene a completar el valor del precio total del inmueble cuyo monto al ser completado le da el derecho al usuario de ejercer la opción de compra la cual lo facultará para ostentar el derecho de dominio sobre el bien.

1.3.5. Naturaleza jurídica del leasing habitacional

Según la clasificación que presenta (Peña Nossa, 2012) este contrato tiene las siguientes características:

Consensual, pues la perfección de las partes se da con el simple acuerdo de voluntad de las partes.

Bilateral, por cuanto se requieren de dos extremos contractuales para su constitución.

Principal, ya que, si bien se encuentra sujeto a la propiedad del bien por parte de la empresa de leasing, es un negocio independiente del de leasing.

Oneroso, pues la empresa de leasing tiene la expectativa de ganancia frente a la celebración del negocio.

Conmutativo, en la medida que surgen obligaciones para ambas partes del negocio, las cuales deben distinguirse por su proporcionalidad.

De tracto sucesivo, el cumplimiento de las prestaciones asociadas al contrato se da de manera periódica, de modo que se puede decir que su duración es tal como el número de periodos estipulados.

De adhesión, porque no existe posibilidad de una negociación entre las partes, sino que el usuario se adhiere a las estipulaciones contenidas en el contrato elaborado de manera uniforme.

En suma, se puede decir en cuanto al contrato de leasing habitacional, es una alternativa que resulta necesario considerar a la hora de pensar en la adquisición de vivienda, sin embargo, vale pena aclarar que se debe tener especial atención en el cumplimiento de las estipulaciones a favor del usuario como lo son la posibilidad de desistimiento del contrato dentro de un periodo prudencial, los reajustes al contrato de leasing habitación acuerdo con a la doctrina del saneamiento por evicción (artículos 1893 a 1913 del Código Civil), el ejercicio de la opción de compra, la cesión de contrato y los amparos del seguro en caso de siniestro (Baena Cardenas, 2006).

Se deben tener en cuenta todos los aspectos en relación con la conveniencia y la utilidad de esta figura y su armonización con las otras ya estudiadas, para tomar la decisión que mejor se adapte a las necesidades del usuario y a su capacidad de financiamiento.

CAPITULO 2

DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

Estúdiese ahora el contrato de compraventa de cosa futura como medio de obtención en vivienda en Colombia, toda vez que es creciente la utilización de este tipo contractual en las negociaciones inmobiliarias, bajo la denominación de “venta sobre planos”.

Abórdese el tema desde la descripción de los antecedentes de la forma contractual, para luego pasar a estudiar el concepto y las de nominaciones, así como su operatividad, dentro de la cual se revisarán los aspectos relacionados con los intervinientes, naturaleza jurídica y cláusulas.

2.2. Antecedentes del contrato

Al igual que las figuras de la promesa de contrato y de la misma compraventa, la venta de cosa futura también fue objeto de estudio entre los romanos, para ellos operaba lo que denominaban *emptio spei* o venta de la esperanza, nombre con el que aún se conoce a una de las especies de esta negociación, consistía en la expectativa o posibilidad de adquirir un bien que no existía, en este acuerdo el comprador se obligaba a pagar el precio aun cuando la cosa no llegare a existir, por lo que se puede decir que no se trataba de una venta sometida a condición, sino más bien una especie de alea. (Carrillo de Albornoz, 2012)

“También constituye un caso de compraventa de cosa futura aquél en que compramos una cosa que no existe en el momento del acuerdo, pero cuya futura existencia depende de la actividad del vendedor, así, si compro un mueble a un ebanista que tendrá que fabricar, o encargo una túnica a un sastre que deberá confeccionar. Tampoco aquí la compraventa es condicionada, pues si la cosa no llega a existir estaremos ante un

incumplimiento de la obligación por parte del vendedor.” (Carrillo de Albornoz, 2012), a esta se le denominaba *emptio rei speratae*.

Durante la edad media en la época de los glosadores y comentaristas se consolida el concepto de la venta de cosa futura, la cual a partir de la interpretación romanista, se transforma en un acuerdo condicional que no solo vende la esperanza, sino que se consolida como una especie contractual con la cual se puedan generar obligaciones más concretas en su constitución, ello por la estructuración definitiva del principio contractual *pacta sum servanda*, (los acuerdos son para cumplirlos) (Vide Calvo, 1975).

Para la época de la codificación esta especie jurídica permanece y es regulada en el código civil francés “en el que en la sección dedicada a la materia de los contratos en general establece que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación” (Vide Calvo, 1975), sin embargo se aleja aún más de la concepción romanista al establecer que los contratantes deberán ponerse de acuerdo en el establecimiento de la cosa y precio aunque no se haya entregado la cosa ni pagado el precio. (Vide Calvo, 1975)

Colombia adopta esta postura en el artículo 1869 en concordancia del 1518 del (Código Civil), el primero tipificando la venta de cosa futura y el segundo estableciendo la necesidad de la estipulación de las condiciones para el establecimiento de la declaración de voluntad frente a esta clase de bienes.

2.3. Concepto

En una concepción simple sobre la definición del contrato podría decirse al tenor del artículo 1869 del (Código Civil) que es la “venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan”, sin embargo, se presenta una acepción más explícita según la cual este tipo contractual es el

“que tiene por objeto un bien o cosa que existirá en momento posterior a la perfección del contrato. Este puede instrumentarse de dos formas diferenciadas. Una, como venta conmutativa y condicional, en la que el precio

se pagará si la cosa vendida llega a existir. Se trata de la llamada compraventa de cosa esperada. La otra forma se denomina compraventa de esperanza, conocida también por su expresión latina *emptio spei*. En ésta, el comprador se obliga en firme a pagar en todo caso, a cambio de la posibilidad de que llegue a existir la cosa". (Enciclopedia Jurídica , 2014)

Observándose con esto que existen dos formas de conformación de este negocio, una sobre la expectativa de la existencia de la cosa objeto del negocio y la otra, la denominada venta de la esperanza la cual no hace parte del estudio que ocupa estas líneas.

2.4. Operatividad del contrato

Para hablar de cómo funciona el contrato de compraventa de cosa futura en cuanto a la adquisición de inmuebles, es necesario iniciar con la idea de que todo el proceso comienza con lo que se denomina en el mercado proyecto habitacional, que no es otra cosa que la propuesta de construcción que se pone en venta en el mercado.

Luego se constituye una fiducia para hacer el depósito de los recursos los cuales una vez el proyecto alcanzado el punto de equilibrio empieza a construir la obra, (Finanzas personales , 2014) sobre este punto se hará mayor claridad más adelante; en un paso siguiente se hace la publicación de la oferta, y en ese momento se inicia el contacto con el cliente (comprador) quien una vez aceptada la oferta deposita en la fiducia los recursos a los que se le denomina primera cuota (por lo general el 20% del valor del inmueble), buscando por lo general financiamiento del 80% restante con una entidad financiera, la cual depositará los recursos a la constructora a la entrega del inmueble.

El acto que protocoliza el acuerdo de la constructora y el cliente es la promesa de venta de cosa futura y por lo general contienen los siguientes puntos:

- Identificación de las partes y claridad sobre la capacidad de cada una de ellas.
- Objeto a contratar, se debe tener en cuenta que debe estar plenamente identificado la clase de bien que se va adquirir, ubicación, linderos, área, contenido, acabados, zonas comunes, materiales y todo lo demás que conste en la oferta del proyecto.
- Precio, aquí debe ir incluido todo lo relacionado con el modo de pago, valor de la cuota inicial, nombre de la fiducia que se constituye para la administración de los recursos, entidad con la que se tramita el pago del restante a la cuota inicial y cualquier otro emolumento que deba ser a cargo del cliente.
- Condiciones de la entrega del bien, tal y como se trata de un contrato de adhesión, por lo general está constituido por un rango de tiempo, en este punto debe incluirse los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para el perfeccionamiento del contrato, tales como suscripción de escritura pública, también debe ser claro el saneamiento de obligaciones como pago de impuesto predial, matriculas de servicios públicos, pagos de adecuaciones de zonas comunes, dotación de piscinas, parque infantil, gimnasio entre otros.
- Responsabilidades, aquí debe dejarse claro el curso de acción en cuanto ocurra el incumplimiento de las partes en sus obligaciones, es decir, como responde el vendedor en caso de que no llegue a darse la construcción del proyecto, situación que genera mucha suspicacia por cuanto las responsabilidades asumidas por vía contractual son mínimas, en la medida el contrato resulta redactado en beneficio del extremo fuerte de la relación, situación que se debe revisar a la luz de la constitucionalización del derecho. En cuanto al incumplimiento del comprador, debe revisarse que la penalidad por la no celebración del contrato de compraventa no sea tan onerosa que tenga efectos en cuanto al equilibrio de las obligaciones, ya que como se dijo las constructoras en muchas oportunidades tienden a ser leoninas en cuanto a la suscripción de estos acuerdos.
- Todo lo demás que tenga que ver con la validez del contrato, identificación de licencias, viabilidad del terreno, certificación de materiales y garantías sobre

ellos, así como la constitución de pólizas de seguros que abarque el mayor número de eventos imprevistos.

2.5. Intervinientes

Dentro de los sujetos intervinientes en el contrato de compraventa de cosa futura toda vez que habla de un contrato conmutativo, equivale a decir que es necesaria la existencia de dos sujetos para la conformación del mismo, así pues, se enumeran los tales en los siguientes términos:

Vendedor: Que se designa como la persona que tiene al momento de la celebración del contrato los medios logísticos, económicos y legales para lograr la existencia del bien objeto del contrato, es quien ofrece y pone en el mercado la posibilidad de venta de este en un tiempo determinado de acuerdo a unas condiciones específicas dentro de las cuales debe contener el precio y tiempo estimado en el que será entregado el bien al otro extremo del contrato.

Comprador: Quien a su vez es la persona que adquiere el bien pagando el precio determinado por el vendedor, sometiéndose a la espera de la existencia futura del mismo en las condiciones y especificaciones ofrecidas por el comprador. Por lo general este comprador paga parte del precio, suscribe el contrato y se obliga, pero paga la totalidad de lo pactado a la entrega del mismo y realizadas las solemnidades según sea el caso.

Debe tener en cuenta adicionalmente el siguiente aspecto “El potencial comprador o inversionista debe esperar a que se venda un número determinado de viviendas con las que el constructor podría iniciar la obra” (www.metrocuadrado.com, 2006), pues de otra manera debe hacerse la devolución de su dinero.

Fiduciaria: Como entidad que entra a administrar los dineros de los compradores, aunque no es parte en el negocio, si opera como un tercero que tiene incidencia en el éxito del negocio por cuanto un incumplimiento o mora en el cumplimiento de las prestaciones entre el vendedor y la fiducia afecta el resultado para el comprador.

En cuanto al papel de la fiducia como tercero de la obligación que surge entre la constructora y el usuario es necesario citar lo que expone la revista Metro Cuadrado cuando expone que:

“El potencial comprador debe tener claro que el documento que firma inicialmente no es la promesa de compraventa (como en los proyectos ya construidos). En este caso el comprador celebra un contrato -encargo fiduciario- en el que realiza una inversión encaminada a la posterior compra de la vivienda.

El contrato de encargo fiduciario no se firma con la constructora sino con una entidad fiduciaria a la cual se le debe entregar la cantidad de dinero pactado para iniciar el negocio. Esta se encarga de administrar los recursos y desembolsarlos al constructor cuando se cumplan varias condiciones.”
(www.metrocuadrado.com, 2006)

2.6. Naturaleza jurídica

Según la doctrina de (Weber Ponde de Leon, 1992) la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura tiene tres enfoques que permiten determinar la naturaleza del contrato; la primera de ellas, la *negativa*, sostiene que el contrato de compraventa de cosa futura se encuentra sometido a una condición suspensiva sobre la cual si no llegare a existir la cosa, no puede llegar a existir el contrato de compraventa, por lo que según referencia el autor en comento, quedaría el acuerdo en el campo de los

contratos aleatorios, postura que el mismo tratadista objeta en la medida que la teoría de los contratos aleatorios no deberían afectar la existencia misma del contrato, por lo que considera que a pesar de ser una postura acogida por autores como Photier, no es viable tenerla en cuenta para explicar la naturaleza del mismo.

En ese mismo orden de perspectiva sobre el asunto bajo este título, se encuentra la teoría de la *imperfcción*, según la cual se trata de un negocio en formación el cual solo tiene efectos preliminares de las que surgen unas obligaciones que no son precisamente las definitivas del contrato de compraventa, como por ejemplo el deber de diligencia en el nacimiento de la cosa objeto del contrato, quedando todo el acuerdo sujeto a una condición para que puedan darse los efectos verdaderos del negocio traslativo de dominio. (Weber Ponde de Leon, 1992)

Por último, para distinguir la naturaleza de jurídica de la promesa de compraventa está dada por la teoría de la *perfección* según la cual se trata de una compraventa real con efectos e implicaciones atribuibles al contrato de compraventa, con una carga adicional para el vendedor de hacer existir la cosa, conservándose todas las condiciones del negocio con todas las obligaciones normales que deben resultar de él. (Weber Ponde de Leon, 1992).

Sea cual sea la postura que se adopte frente a este tema, es importantes señalar que se habla de un negocio jurídico que tiene como principal vocación la transferencia del dominio de una cosa que no existe en manos de un comprador que espera su existencia; por tanto, en criterio de esta investigación se está frente a un verdadero contrato que tienen dentro de sus principales características, la *bilateralidad*, ya que existen dos partes contractuales que deben intervenir en el negocio, la *consensualidad*, ya que esta especie de contrato no exige mayores solemnidades para su validez, aunque en este punto se acotaría que deben constar por escrito para otorgar mayor formalidad, también puede decirse que es *oneroso*, pues esta especie contractual tiene como objeto la transabilidad de bienes puestos en el mercado con el ánimo de ganar un margen, *conmutativo* por cuanto las dos partes tienen obligaciones

dentro del acuerdo, existiendo un deber de proporcionalidad entre las mismas, para conservar el equilibrio y la reciprocidad en las obligaciones, de *adhesión* en la medida que son modelos preestablecidos que el cliente acepta sin mediar negociación frente a esos puntos.

En suma, se puede concluir de este segmento que la compraventa de cosa futura es un contrato perfecto del cual solo falta la existencia de la cosa, la cual el vendedor debe asegurar su existencia so pena de la indemnización de perjuicios en caso contrario, ya que ha convencido al comprador de que determinado bien existirá y fijará su precio de acuerdo a las características que este tendrá en el momento de la entrega.

2.7. Clausulas esenciales, naturales y accidentales

Para hacer un estudio de cláusulas es necesario tener claro lo que significan las clases de las mismas, lo cual ya fue abordado en el tema de la promesa de contrato. Así es necesario referenciar que dentro las clausulas *esenciales* se encuentran la identificación de los sujetos contractuales, teniendo en cuenta el cumplimiento de los supuestos del 1502 del (Código Civil) y los demás relacionados con la validez de los acuerdos; en cuanto a las clausulas *naturales* se debe especificar el modelo de negocio que se ha presentado en la oferta, así como la descripción detallada del bien y las características que tendrá al momento de la entrega, el precio y las condiciones de financiamiento que se la han presentado al cliente, así como todas las demás cláusulas que permitan identificar el contrato como una compraventa de cosa futura y no otra especie contractual, ya que comúnmente es confundido con la promesa de contrato.

Dentro de las clausulas accidentales, se deben tener en cuenta todos los regímenes de responsabilidades que ya se han expuesto, así como el pago de los costos relacionados con la entrega de inmueble y demás puntos establecidos en la oferta.

CAPITULO 3
PRINCIPALES RIESGOS PARA LA OBTENCIÓN DE VIVIENDA
EN COLOMBIA DESDE LAS OBLIGACIONES NACIDAS PARA LAS
PARTES EN EL CONTRATO CELEBRADO.

Se ocupa este capítulo de explicar los principales riesgos desde las obligaciones nacidas para las partes en cuanto a los contratos celebrados para la adquisición de vivienda en Colombia; se presentarán un par de ideas relacionadas específicamente con los contratos de promesa de compraventa y leasing habitacional, para luego entrar a estudiar principalmente el tema relacionado el régimen normativo de los vicios ocultos de la cosa contemplado en el Código Civil.

3.1. Riesgos en el contrato de promesa de compraventa

Planteado de esa forma, se inicia hablando los riesgos en cuanto a las promesa de compraventa, para lo cual se debe decir que este no constituye la herramienta jurídica idónea para la enajenación de bienes, ya que por su naturaleza, solo produce una obligación de hacer, la cual es la realización del contrato de compraventa, así puede ser un factor de riesgo en la celebración del contrato, creer que a la firma de este ya se tenga la condición de dueño del bien, aunque se tenga posesión en cuyo caso, se estaría actuado en la condición de mero tenedor, la cual dista mucho de la figura de propietario. Por tanto, se debe tener claridad sobre este concepto para no caer en error y provocar cualquier clase de conflicto. (Bohorquez Orduz, 2005)

Al ser la promesa de compraventa uno de los denominados contratos preparatorios, debe existir claridad entre los contratantes de que la suscripción de este no es garantía cierta de la trasmisión del dominio, porque entre otras cosas, se presenta dentro de este contrato prestaciones que prevén el retratamiento de las partes, al estipular clausulas como las de arras o la misma clausula penal.

En cuanto al tema de las arras, es necesario acotar que estas fungen en el contrato como una señal de que se espera realizar un negocio definitivo (Peña Nossa, 2012), por ello, al no ocurrir dicha celebración estas operan como una especie de garantía para la parte decepcionada la cual tendrá la potestad de no devolverlas si es el vendedor y de recibirlas dobladas si es el decepcionado comprador (Codigo Civil, artículo 1859). Respecto de la cláusula penal es necesario plantear que el tratamiento doctrinal que recibe es de tasación anticipada de perjuicios, lo cual lleva a suponer que su inclusión dentro del contrato de promesa es independiente de la constitución de arras, por lo que pueden suscribirse ambas en el acuerdo.

3.2. Riesgos en el contrato de leasing habitacional

De acuerdo a la naturaleza del contrato que se presenta, se identifican dos riesgos que pueden causar escenarios de responsabilidad en cuanto a las prestaciones contenidas en él; la primera se relaciona con el incumplimiento de las prestaciones del contrato, traducido en el cambio de condiciones que puedan llegar a darse unilateralmente desde el extremo contractual fuerte de la relación, pudiendo ser una situación factible el hecho de colocar erogaciones económicas no contempladas en el contrato, solicitud de avales adicionales a las solicitudes en la oferta del negocio o la pérdida de la posibilidad del usuario de ejercer su derecho de compra del inmueble, bien sea a título propio o por medio de la figura de cesión de contrato.

El otro riesgo que puede llegar a darse es el contrato de leasing habitacional es el relacionado con los vicios ocultos del bien, los cuales se tratarán en detalle en el segmento siguiente, ya que operan de la misma forma que si se tratara de un contrato de compraventa.

3.3. Riesgos en el contrato de compraventa

Al hablar de contrato de compraventa se hace referencia a un negocio que por su naturaleza está llamado a ser instantáneo, podría decirse que su utilización reduce

grandemente los costos de transacción, en comparación con figuras como la compraventa de cosa futura y el leasing habitacional, puesto que la prestación principal es el pago del precio y la entrega material del inmueble; sin embargo, se puede decir que los riesgos asociados a este contrato son tocantes a lo que la norma del Código Civil denomina vicios ocultos de la cosa, según lo cual se vendrían a presentar nuevas prestaciones para las partes que tendrían en aras de la conservación del equilibrio contractual pactar nuevas condiciones de precio o devolución del negocio, en la medida que sea necesario según la clase de vicio que se presente.

Es así, como una falla en la estructura, materiales diferentes especificados en el contrato, medidas mal tomadas o en general cualquier condición que afecte el precio que se pactó en un inicio en el acuerdo es una causa que permite dar pie a la aplicación de las normas que regulan la materia.

Para que los vicios redhibitorios puedan ser tenidos como tales se tiene en cuenta los requintos los cuales se exponen en el siguiente aparte:

“Para que los defectos del inmueble se consideren como vicios redhibitorios y en consecuencia generen las citadas acciones, deben reunir ciertos requisitos establecidos por el artículo 1915 del Código Civil: 1. Haber existido al tiempo de la venta. 2. Ser tales que por ello la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que se presuma que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o hubiera negociado a menor precio. 3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte o que el comprador no los haya podido conocer fácilmente por su profesión u oficio” (Nullvalue, 1993).

Por supuesto este asunto tiene estrecha relación con las obligaciones que impone el principio de buena fe en todas sus manifestaciones; en cuanto a los aspectos procesales se debe tener en cuenta que “Para que sea procedente la acción

redhibitoria es necesario que los vicios cumplan estos requisitos porque de lo contrario el comprador no obtendrá una decisión judicial a su favor". (Zambrano A. , 2011).

CAPITULO 4

LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA EN COLOMBIA COMO MEDIO DE OBTENCIÓN DE VIVIENDA

Se estudia en este capítulo la compraventa de cosa futura como medio de adquisición de vivienda en Colombia, desde las perspectivas que plantea el negocio para constructoras y usuarios, haciendo referencia al papel de las fiduciarias como terceras partes de la relación obligacional, las cuales juegan un papel preponderante en esta clase de acuerdos.

A partir de la información aportada por las diferentes fuentes que estudian la materia, se relaciona el auge de esta especie de contrato con la crisis inmobiliaria que sufrió Colombia a finales de los años 90, sobre la cual a manera de recomendación por parte de Cámara Colombiana de Construcción, las constructoras se les recomendaba lo que coloquialmente se expresa como “vender para construir”, ello con el objetivo de ganar seguridad ante la devastación en que quedó el sector y buscar un recursos frescos para la financiación de nuevos proyectos habitacionales, que por la época eran bastante escasos (CAMACOL, 2015).

En cuanto a la operatividad del negocio se puede decir que este funciona a partir de la intervención de un tercero ajeno a la operación contractual entre la constructora y el usuario el cual administra los recursos para la realización del proyecto; es lo que explica una publicación de CAMACOL en los siguientes términos:

“Esta modalidad de negocio permite garantizar el adecuado manejo de los dineros, por cuanto el comprador suscribe con un tercero (entidad fiduciaria) un contrato de Encargo Fiduciario en el cual a dicha entidad se le encomienda administrar los recursos de los compradores hasta tanto la empresa constructora cumpla con ciertos requisitos para el desembolso, tales como: llegar al punto de equilibrio en ventas que garanticen la viabilidad económica del proyecto, realizar el trámite de radicado de documentos de venta ante la

autoridad municipal, obtener la licencia o permiso de construcción, entre otros. Con el constructor se realiza el negocio, pero es la sociedad fiduciaria la que administra los recursos según las instrucciones de los compradores” (CAMACOL, 2015).

4.1. ¿Por qué la compraventa de cosa futura en Colombia resulta una opción para la obtención de vivienda?

Desde el punto de vista del vendedor, se pueden enumerar una serie de razones que pueden resultar explicativas a la celebración de este tipo de negocios en Colombia; se transcriben como una forma de compartirlas en aras del fortalecimiento de los argumentos de este estudio:

“Enrique Silva Gil, director de STOA arquitectura y miembro de la Sociedad de Mejoras de Bogotá, señala que siempre es rentable invertir en el sector de la construcción y que esta modalidad es conveniente:

- Por economía. Es rentable y económico. El inmueble se compra a precio actual y gana el precio a futuro.
- Por diseño. Puede proponer modificaciones de espacio, ubicación o acabados conforme a sus necesidades, gusto y capacidad económica.
- Por inversión. Su inversión crece conforme se edifica su bien. El valor comercial de inmueble asciende desde el momento de la compra hasta cuando está edificado. De esta manera, obtiene la ganancia por valorización.
- Por liquidez. Ofrece facilidades y un periodo de pago amplio. La cuota inicial del bien que va adquirir se paga por partes durante el tiempo que demore la construcción”. (Finanzas personales , 2014)

Frente a esto se puede señalar que, si bien es posible estas motivaciones en cuanto a la suscripción del negocio, la principal motivación que mueve la compraventa de vivienda es la necesidad de la adquisición, lo que constituye una de las más importantes metas de cada familia. Así para dar respuesta a esta pregunta desde este

ángulo, es necesario argumentar que este modelo permite facilidades de financiamiento y precios mucho más económicos, entre un 15% y un 30% (<http://www.lamudi.com.co/>, 2015) ; por ello, tal parece es el modelo de negocio más utilizado en la compra de vivienda nueva, ya que a finalizar 2015 se concedieron más de dos millones ochocientas mil licencias de construcción por este concepto¹, esto debido a que brinda medios de financiamiento al vendedor en el momento de realizar la obra, así como constituye en alguna medida un “ahorro” para los compradores, ya que una vez construido el inmueble este incrementa de valor.

4.2. Cláusulas específicas que debe contener el contrato de compraventa de cosa futura como medio de adquisición de vivienda en Colombia.

De acuerdo a una publicación que hizo la revista (www.metrocuadrado.com, 2006), se pueden distinguir algunos elementos importantes que se relacionan a continuación:

La indicación clara de que se trata de un encargo fiduciario y no una promesa de compraventa; este asunto con respecto a las obligaciones que se generan para con la fiduciaria, sin embargo, se debe tener presente que es necesaria la suscripción de un contrato de compraventa de cosa futura que formalice la relación del usuario con la constructora, la relación que tiene el usuario con la fiduciaria debería ser una especie de negocio accesorio que se derive de la relación principal emanada del compraventa de cosa futura.

Los requisitos y el plazo en que se deben cumplir para desembolsar los recursos al constituyente del encargo, esto es muy importante ya que a partir de este plazo se pueden empezar a dar los supuestos de responsabilidad a los que se pueden ver avocados los intervinientes a la ocurrencia de alguna clase de incumplimiento.

¹ Cifras referenciadas por CAMACOL <http://camacol.co/informacion-economica/cifras-sectoriales/construccion-en-cifras>.

El monto o porcentaje de penalización -si el contrato lo prevé- que se debe aplicar en caso de que una de las partes desista del negocio. Habida cuenta de la naturaleza, motivaciones y garantía constitucional que tiene el derecho a la vivienda en Colombia esta clase de penalizaciones a los usuarios deben ser objeto de estudio en la medida que deben sopesarse sobre los superiores que protege la constitución y tasar estas penalizaciones según eso.

El detalle de los costos, las deducciones y el término de las devoluciones cuando no se cumplan los requisitos establecidos. Los estudios que se realicen para la constitución de este tipo de negocios, deben contemplar todos los aspectos financieros, de modo que no se le impongan al usuario costos no especificados en las tratativas del negocio.

La descripción completa de los linderos, las dependencias, las áreas y la ubicación de los bienes separados. De acuerdo con todos los requisitos y especificaciones requeridas en cuanto a los temas de demarcación de terrenos.

4.2. Riesgos de la compra de vivienda sobre planos en Colombia

Como en cada acuerdo de voluntades y más en uno que tiene que ver con un hecho que debe darse en un futuro existen riesgos en la celebración del contrato que deben ser tenidos en cuenta en mayor medida por el comprador, ya que por su condición recesiva dentro del acuerdo, tiene la mayor probabilidad de sufrir.

El primero de ellos se relaciona con la idoneidad del constructor ya que se han presentado casos de estafa por desconocimiento, un comprador incauto puede entregarle dinero a una empresa que no tiene la idoneidad, incumpliendo las obligaciones del acuerdo, generando nichos de responsabilidad que deben ser atendidos ante los estrados judiciales.

Frente a esta situación a la luz de las implicaciones jurídicas, se deben tener en cuenta las estipulaciones frente a la capacidad de la empresa a la luz de lo contemplado en el artículo 1502 del Código Civil, así también todo lo relacionado con la constitución de la forma asociativa con la que se presenta la empresa, ya sea, sociedad anónima, sociedad limitada, o las SAS que últimamente han tomado mucho protagonismo en todos los negocios.

Es necesario verificar la idoneidad en el cumplimiento de los deberes corporativos y tributarios, pues esto reviste importancia respecto de la solidez y seriedad de la empresa, así, también debe tenerse claro por parte del inversionista, el cumplimiento de los requisitos del artículo 20 del Código de Comercio dadas las obligaciones que tienen estas empresas en virtud de la mercantilidad del negocio. Y aunque muchos de estos aspectos son subsanables, es imprescindible hacer una verificación de los mismos, más control por parte del consumidor, repercute en muchos menos casos de estafas y situaciones adversas, en las que se ponga en riesgo el capital de los inversores.

También se encuentra la situación de los incumplimientos, los cuales se pueden manifestar en retrasos por factores externos o económicos que hagan que el plazo inicial de la entrega del inmueble se prolongue, aquí tiene mucho que ver la teoría de la imprevisión en sus diversas manifestaciones; de igual forma se cuenta como riesgo el cambio de las estipulaciones, ya que la persona que compra a futuro corre el riesgo que en el momento de la entrega se hayan cambiado ciertas características.

Así, debe tenerse claras todas las estipulaciones contractuales que exoneran de este tipo de responsabilidades a las constructoras, ya que los contratos suelen estar plagados de excepciones a los regímenes de responsabilidad (Neme Villareal, 2009), los cuales pueden decirse son flagrantes faltas a los preceptos de la buena fe, pero que operan en los contratos, sin que haya lugar por parte de los usuarios a negociarlos.

Otro factor es la falta de amparos en la póliza de seguros que cubran eventos que catastróficos, como el caso del edificio Space², ya que si bien se encontraba asegurado el amplio régimen de excepciones que se maneja, deja por fuera la ocurrencia de una serie de hechos que pueden en un momento determinado afectar derechos protegidos constructivamente como ya se ha mencionado en este documento

Por último, todo el tema relacionado con los vicios ocultos que puedan llegar a tener los inmuebles, los cuales, cuya teoría fue desarrollada en detalle en el capítulo tres.

Para ilustrar mejor la situación relacionada con los riesgos en esta clase de negocios, se hace alusión a dos expresiones jurisprudenciales las cuales se presentan a continuación.

La primera de ellas, la T-473 de 2008, resuelve la garantía del derecho constitucional a la vivienda digna en relación con una constructora que desarrolla un proyecto de vivienda en una zona no apta para la construcción en la ciudad de Barranquilla, a partir del problema jurídico: ¿es funcional la acción de tutela frente a los atributos del derecho a la vivienda digna frente a los defectos o fallas presentes en un inmueble?

Para su solución, se presenta como argumento principal, el hecho de que la Corte Constitucional ha establecido subreglas “acerca de la utilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la vivienda digna o apropiada en conexidad con la vida”, por lo que resulta procedente el estudio de este caso, de modo que sea

² “De acuerdo a Jorge Humberto Botero, presidente de Fasecolda, son muy pocas las aseguradoras que hacen uso de pólizas de calidad y estabilidad de obra y que a su vez, sería en este caso la encargada de indemnizar y responder por sucesos como el ocurrido en el edificio Space.

En este caso y según lo dice el artículo 2060 del Código Civil, si un edificio parece o amenaza ruina, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o por vicio del suelo o de los materiales, será responsable el empresario. Esto quiere decir que el primer responsable por este evento es el constructor”. Tomado de la <http://www.eluniversal.com.co/colombia/aseguradoras-del-space-responderan-tras-la-investigacion-139116> del 21 de octubre del 2013, respecto de las primeras declaraciones en cuento al proceso de aseguramiento del edificio Space.

procedente para “evitar y prevenir el menoscabo irreparable –mortal- del derecho a la vida, debido a la hipotética ocurrencia de un desastre o el desplome del inmueble”.

Así planteado, la Corte Constitucional en esta sentencia también advierte sobre la necesidad permitirse conocer sobre asuntos contractuales privados en la medida que existen desequilibrios entre las partes, los cuales obedecen a la existencia de una parte fuerte de la relación contractual una débil o recesiva que configura el estado de indefensión de la actora frente a la constructora, lo cual le da argumento jurídico a la reclamación por vía de tutela.

Por último, se presenta la decisión de la Corte, en la cual se tutela el derecho de la actora y se disponen otras medidas para la garantía y la protección de los derechos ya mencionados; evidenciando este pronunciamiento que si es factible la reclamación por vía de tutela de los temas analizados en este estudio.

Otra expresión jurisprudencial que muestra el punto estudiado en esta investigación, se halla contenido en la T-411 de 1999, en la que un grupo de personas reclama la tutela del derecho de vivienda digna a una constructora, ya que las edificaciones presentaban problemas de estabilidad; para lo cual en aquella oportunidad se planteó el siguiente problema jurídico: ¿es posible tutelar contra un particular (la constructora) el derecho de las personas que adquirieron una vivienda, con problemas de construcción al parecer previsible, que constituyen una grave amenaza para sus vidas e integridad?

Para resolver este asunto, la Corte hace una explicación de la excepcionalidad del recurso de amparo, más, cuando se trata en contra de particulares, pero se detiene a examinar la siguiente cuestión:

“En el caso analizado, los actores establecieron con la demandada una relación de carácter contractual, con el objeto de adquirir vivienda de interés social, relación que supone el libre ejercicio de la autonomía de las partes en igualdad de condiciones, lo que descarta la procedencia de la acción

arguyendo que la constructora presta un servicio público; sin embargo, si **se tiene en cuenta que los actores alegan un grave peligro de derrumbamiento, por errores en el diseño de la estructura y por fallas geológicas en el suelo, que no fueron oportunamente diagnosticadas por la acusada**” negrillas fuera del texto,

Situación que en últimas da sustento a la reclamación, pero que para este caso en concreto, ya había sido superada por parte de la constructora, por lo que la Corte confirma la sentencia del A-quo y hace la salvedad de que si se volviera a presentar una situación que pusiera en riesgo los derechos aquí examinados, tendrían la potestad de volver a reclamar en los mismos términos que se han realizado en esta acción de tutela.

Así pues, se deja por sentado, que en el caso de la compraventa sobre planos se pueden dar reclamaciones de por vía constitucional, a la constructora, si se llegaren a presentar la ocurrencia de alguna clase de situación que afecte cualquiera de las garantías constitucionales, como el caso de la primera sentencia que habla sobre la ineptitud del terreno, y en la segunda sobre la inestabilidad de la obra como tal.

4.3. Importancia constitucional de la compraventa de cosa futura como medio de obtención de vivienda en Colombia.

Con las teorías de constitucionalización del derecho privado surgidas con ocasión de los avances jurídicos aportados por la dogmática alemana después de la segunda guerra mundial, puede realizarse un análisis interesante de las implicaciones en este campo en la compraventa de cosa futura en los siguientes términos.

Lo primero que se puede argüir es que el derecho a la vivienda digna es un mandato de orden superior que se encuentra contemplado en el artículo 51 de nuestra carta constitucional, según el cual expresa que “todos los colombianos tienen derecho a

vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho...”; esto incluye por supuesto, las iniciativas privadas de promoción de planes urbanísticos tendientes a la comercialización de proyectos de construcción de vivienda sobre los cuales se espera obtener una ganancia.

Visto este punto desde las demás normas constitucionales, resulta loable que se promueva la libertad de empresa y el derecho al trabajo, de quienes intervienen en estos proyectos como una forma de lograr un sustento para sus necesidades; resulta beneficioso para la economía en general que se hagan esta clase de movilización de recursos en aras del poblamiento de terrenos disponibles que pueden llegar a convertirse en focos de nuevos nichos de mercado que dinamicen las actividades y logren progreso y desarrollo para estos sectores.

Sin embargo, resulta un tema de implicaciones constitucionales también, el que tiene que ver con el derecho que asiste a los que para este estudio se denominaron los usuarios, en la medida que las cláusulas del negocio sobre el cual se materializan las obligaciones conducentes a la obtención de vivienda pueden llegar a afectar e algún momento sus derechos, y por parto constituirse en una clara violación a la constitución.

Es por ello que en estas líneas se busca generar inquietud sobre la relevancia de este tema frente a la constitución, para lo cual se echará mano de la condición de equilibrio que debe ostentar toda relación contractual. Así las cosas, se trae a colación las referencias de (Hurtado Palomino, 2014) frente a la representatividad de este tema en el orden constitucional afirmando que,

“con base en el principio de la buena fe, se está cumpliendo con uno de los fines del Estado, entre otros, dirigido a preservar “la vigencia de un orden justo”³; se cumple con uno de los mandatos constitucionales de “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica... se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que

³ Constitución Política, artículo 2.

contra ellas se cometan”⁴, se acata el deber de no abusar del derecho propio, el deber de solidaridad⁵ y respetar la Dignidad”.

Este aparte respecto a las cláusulas de la compraventa de cosa futura en general, pero con aplicación más que amplia en el ámbito inmobiliario si se interpreta sistemáticamente con el artículo 51 de la Constitución el cual ya fue citado.

Desde este ángulo se puede afirmar que las prestaciones que se encuentran inmersas no solo en el contrato de venta sobre planos, sino en el que se constituye encargo fiduciario, deben ir ceñidas es estos reconocimientos constitucionales, toda vez que pueda darse una lo que en palabras de (Chamie, 2008) es una justicia contractual que sirva como medio para evitar cualquier desproporción que traduzca en una excesiva y desproporcionada ventaja económica para algunas de las partes en detrimento de la otra.

Puede decirse entonces que la doctrina constitucional es un elemento valioso para la interpretación de los contratos de compraventa de cosa futura y de constitución de fiducia, en la medida que proporciona herramientas de defensa pertinentes para proteger los intereses de los usuarios que muchas veces se ven abocados a la firma de contratos leoninos que van en detrimento de sus derechos y que pueden ser ineficaces a la luz de las garantías constitucionales.

⁴ Constitución Política, artículo 13, inc. 3.

⁵ Constitución Política, artículo 95, n° 1 y 2.

CONCLUSIONES

Con la realización de este trabajo se puede concluir que la promesa de compraventa genera una obligación de hacer, que debe ser cristalizada en la efectiva realización de un contrato de compraventa que materialice la transferencia de dominio del inmueble, por tanto, la sola suscripción de esta clase de acuerdo no es suficiente como medio de adquisición de vivienda en el ordenamiento jurídico colombiano.

En cuanto a la compraventa, vista desde el punto de vista de las obligaciones que genera para las partes, se puede decir que finalmente este es el negocio jurídico que se encuentra detrás de la compraventa de cosa futura y el leasing habitacional; adicionalmente, dentro de los riesgos que se pueden correr se encuentran principalmente los vicios ocultos del bien, situación que puede ser subsanada por la teoría del saneamiento de los vicios redhibitorios.

Propiamente dicho en cuanto a la venta de cosa futura o la conocida venta sobre planos, se concluye que la figura jurídica como tal, no es novedosa en ningún sentido, puesto que se encuentra contemplada en el Código Civil en el artículo 1869, ocurriendo que a partir de la expansión de los proyectos urbanísticos luego de la crisis financiera de finales de los noventa, se masificara su uso en el campo inmobiliario.

Se reconocen en este negocio una serie de riesgos para la parte débil de la relación contractual, los cuales se encuentran relacionados principalmente con las cláusulas que pueden llegar a ser desventajosas a la luz de las garantías constitucionales, puesto que se advierte una gran carga de deberes para el usuario con un mínimo de responsabilidades para la constructora y la fiducia, esta última que no actúa como parte de la relación contractual, pero para con quien también se obligan los usuarios.

Esta situación tiene mucho que ver con el desarrollo de las teorías de la horizontalización del derecho constitucional, en el entendido de que las relaciones entre

particulares deben estar subordinadas a los preceptos de la constitución, pues de no ser así, se estaría permitiendo que los particulares lesiones derechos que se encuentran reconocidos por la norma superior. En tal sentido, se advierte que este tema debe ser de dominio de los profesionales en derecho, puesto que en el futuro este puede ser un verdadero nicho tanto de investigación como de defensa de derechos.

Para subsanar esta cuestión, se tienen presente las consideraciones dogmáticas de la constitucionalización del derecho privado en aras de la obtención de herramientas jurídicas que permitan la impetración de acciones que conlleven a la salvaguarda de los derechos reconocidos en la norma superior a fin de evitar desproporciones en las cargas que beneficien excesivamente a la constructora y al prestador de servicios financieros, yendo en detrimento del patrimonio, expectativas y derechos de los usuarios.

RECOMENDACIONES

La primera recomendación que se hace evidente a la finalización de este trabajo, es la necesidad sobre el estudio de estos temas en el contexto del derecho araucano, pues cada día toman mayor vigencia, ya que es una realidad la utilización de este tipo de contratos entre los inversionistas inmobiliarios de esta ciudad que ven una oportunidad de negocio en la urbanización de terrenos como los ubicados en el Chircal o el barrio la Esperanza.

Este documento constituye un buen insumo que debe ser tenido en cuenta para su socialización, toda vez que recoge puntos importantes de reflexión sobre las distintas modalidades comerciales de adquisición de vivienda en Colombia, constituyéndose este en un material que puede ser utilizado como una guía de aprendizaje para los estudiantes de las materias de obligaciones, derecho comercial y constitucional.

Por otra parte, frente al contrato de compraventa futura como tal, es de importancia señalar que, si bien el Código Civil lo contempla dentro de su normatividad, es de mencionar que en la actualidad se requiere una reglamentación más ajustada a las necesidades para el cual está siendo utilizado, es decir la compraventa de inmuebles, pues deben armonizarse sus lineamientos a los preceptos constitucionales, de modo que no exista la posibilidad de la lesión de alguna de las garantías constitucionales por la permisibilidad de acuerdos que pueden ser beneficiosos para la parte fuerte de la relación contractual, en detrimentos del usuario o cliente sobre el cual debe existir la mayor carga de protección por parte del Estado.

Otra recomendación respecto de la constitución del contrato como tal, que puede ser objeto de un estudio posterior es la conformación del contrato de adhesión, ya que este permite la inclusión de muchas cláusulas que en un momento determinado pueden llegar a afectar los interés de las partes, sin que exista, hasta ahora un procedimiento

eficaz que permita, o que obligue a las constructoras a la negociación con los usuarios, de modo que se fijen cláusulas que de verdad respondan a las necesidades de cada tipo de inversionista.

En cuanto a las garantías, es necesario recomendar que debe existir mayor flexibilidad frente a la solicitud de las mismas, puesto que la forma como se solicitan en la actualidad, resultan gravosas para los usuarios, puesto que consideran cláusulas que tienen en beneficiar a la parte fuerte de la relación contractual, como las relacionadas con los casos de ocurrencia de la teoría de la imprevisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Decreto 1787 de (Derogado por derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. El concepto se mantiene 3 de junio de 2004).

Abeliuk Manasevich, R. (1971). *Promesa de Contrato*. Santiago de Chile: Lopez_Viancos editores.

Aguilar Gutierrez, A. (S.F). *El contrato preparatorio o la promesa de contrato*. Mexico: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/2/dtr/dtr3.pdf>.

Arango Londoño, I. (2004). *Estructura economica de Colombia*. Bogota: Mc Graw Hilla.

Arrubla Paucar, J. (2012). *CONTRATOS MERCANTILES II tomo*. Bogota: Ed Temis.

Baena Cardenas, L. (2006). *El leasing habitacional: Intrumento para financiar la adquisición de vivienda en Colombia*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Bohorquez Orduz, A. (2005). *Teoria General del Negocio Juridico Tomo 3*. Bucaramanga: Doctrina y Ley.

Bonivento Fernandez, J. (2012). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogota: Ediciones doctrina y ley.

CAMACOL. (2015). *Donde invertir en Colombia*. Bogota: Feria de la vivienda y otras edificaciones.

Carrillo de Albornoz, A. (agosto de 2012). *Derecho Romano*. Obtenido de Contrato de compraventa en el derecho romano: <http://www.derechoromano.es/2012/08/contrato-de-compraventa.html>

Chamie, J. (2008). *Equilibrio Contractual y cooperacion de partes*. Bogota: Universidad Externado.

Código Civil. (s.f.).

Código Civil, artículo 1859. (s.f.). *ley 57 de 1887*. Bogotá.

Código de Comercio. (s.f.).

Contreras Ortis, A. (2008). *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (1ª. Edición)*. Página 18. Guatemala .

Enciclopedia Juridica . (2014). <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/compraventa-de-cosa-futura/compraventa-de-cosa-futura.htm>.

Finanzas personales . (2014). *Ventajas y desventajas de la compra de vivienda sobre planos*. <http://www.finanzaspersonales.com.co/ahorro-e-inversion/articulo/ventajas-desventajas-comprar-vivienda-sobre-planos/47283>.

<http://www.lamudi.com.co/>. (06 de 01 de 2015). *Lamudi Colombia*. Obtenido de 6 puntos a considerar antes de comprar un apartamento sobre planos: <http://www.lamudi.com.co/journal/6-puntos-considerar-antes-de-comprar-un-apartamento-sobre-planos/>

Hurtado Palomino, V. (2014).

Neme Villareal, M. (2009). *Buena fe subjetiva y objetiva Equívocos a los que conduce la falta de distincion de estos elementos*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Nullvalue. (1993). VICIOS OCULTOS EN INMUEBLES QUE SE COMPRAN. *El Tiempo*, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-259823>.

Ospina Fernandez. (2004). *Teoria del noegocio Juridico* . Bogotá: Temis.

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

Perez Fernandez del Castillo, B. (1990). *Contrato de promesa*. Mexico: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/101/est/est6.pdf>.

Rocha Díaz, S. (S.f). *Contrato de Promesa*. Mexico:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/6/pr/pr19.pdf>.

Rodriguez Fernandez, M. (2010). *Introducción al derecho comercial internacional*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Treviño Garcia , R. (2004). *Los Contratos Civiles y sus Generalidades"*,. Pag. 93-94. Mexico: Mc Graw Hill. Séptima edición,.

Vide Calvo, R. (1975). https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho. Obtenido de El negocio de la cosa futura. su construccion dogmatica:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1976-40114101156_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_negocio_sobre_cosa_futura,_su_construcci%F3n_dogm%E1tica

Weber Ponde de Leon, F. (1992). *La Venta de cosa Futura*. Mexico:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/5/pr/pr25.pdf> 783-823.

www.metrocuadrado.com. (20 de octubre de 2006). Obtenido de Metro Cuadrado:
http://contenido.metrocuadrado.com/contenidom2/publesp_m2/revmetro_esp/revistam2octubre2006/ARTICULO-WEB-PL_DET_NOT_REDI_M2-3285110.html

www.yucatancompass.com citando a Rafael Rojina Villegas y Rafael Rojina Villegas. (2006). lo que debes saber de la promesa de compraventa. *Compendio de Derecho Civil IV. Contratos. Rafael Rojina Villegas. Trigésimo primera edición. Editorial Porrúa. México 2006.*,
<http://www.yucatancompass.com/articulo-lo-que-debes-saber/31/contrato-de-promesa-de-compraventa-de-inmuebles>.

Zambrano , A. (2013). *Diferencia entre arras penales y clausula penal*. Gerencie.com.

Zambrano, A. (16 de octubre de 2011). *Vicios redhibitorios en el contrato de compraventa*. Obtenido de Gerencie.com:
<http://www.gerencie.com/vicios-redhibitorios-en-el-contrato-de-compraventa.html>