

Bogotá D.C., 3 de febrero de 2022

Señores

**PROPIETARIOS HABITACIONES HOTEL NH URBAN ROYAL CALLE 26**

La Ciudad

**Asunto: Concepto Inicial**

Apreciados señores:

Extendiéndoles un especial saludo y de acuerdo con lo establecido en el contrato, respetuosamente procedemos a presentar el concepto inicial, en el cual se hará un estudio de las acciones o mecanismos que consideramos jurídicamente viables para la consecución de los fines establecidos. Este concepto servirá como hoja de ruta para las actividades a realizar por la firma.

**I. ANTECEDENTES**

De conformidad con los documentos remitidos y la información suministrada por los propietarios, se enuncian los siguientes hechos:

1. CONSTRUCCIONES FUTURA 2000 S.A. (en adelante “EL CONSTRUCTOR”) construyó el Conjunto Residencial Mirador Takay (en adelante “Conjunto Residencial”) entre los años 2003 y 2013.
2. El Conjunto Residencial cuenta con 7 torres, aproximadamente 519 apartamentos, 32 locales y 120 habitaciones de hotel.
3. La construcción del conjunto residencial se realizó en 6 etapas.

4. En la última etapa se construyó la Torre 7, en donde se encuentra actualmente el Hotel NH Royal Urban 26.
5. El Conjunto Residencial, incluido el hotel, está sometido a régimen de Propiedad Horizontal, constituido por medio de la escritura pública 1.659 de la Notaría 41 del Círculo de Bogotá, del 29 de julio de 2003.
6. La escritura pública 1.659 fue modificada por la escritura pública 1.559 del 30 de julio de 2004 de la misma Notaría. Así mismo, fue adicionada para incorporar la Torre 2, por medio de la escritura pública 5.327 de 24 de noviembre de 2004, aclarada por las escrituras públicas 5.479 del 2 de diciembre de 2004 y 180 del 25 de enero de 2005, aclarada esta última por la escritura pública 4.122 del 23 de septiembre de 2005; y adicionada para legalizar la torre 3 mediante escritura pública 4.229 del 29 de septiembre de 2005; aclarada y adicionada para incorporar la Torre 4 mediante escritura pública 4.043 del 12 de septiembre de 2006; y adicionada por la escritura pública 2.850 del 18 de julio de 2007 para incorporar la Torre 5; adicionada también por la escritura público 2.522 del 8 de julio de 2008, para incorporar la Torre 6, todas de Notaría 31 del Círculo de Bogotá. Esta última escritura, del 8 de julio de 2008, fue aclarada por la escritura 3.427 del 9 de septiembre de 2008 de la Notaría 31 y reformada por la escritura pública 907 del 8 de mayo de 2012 de la Notaría 28 de Bogotá. Por último, por medio de la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2013 de la Notaría 26, se adiciona para incorporar la Torre 7 anexando el Régimen de Administración y Operación del Hotel Urban Royal Calle 26.
7. La Operación del Hotel se encuentra regulada en la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2013 de la Notaría 26, que hace parte del Reglamento de Propiedad Horizontal del Conjunto Residencial; y en el Régimen de Administración y Operación del Hotel Urban Royal Calle 26, el cual se anexó a la escritura pública mencionada.
8. Esta escritura pública fue adherida al reglamento de propiedad horizontal por EL CONSTRUCTOR.
9. El hotel fue construido y comercializado por parte del CONSTRUCTOR como parte de un proyecto hotelero promovido por HOTELES ROYAL S.A.

10. El Hotel se divide en 111 unidades de dominio privado, de las cuales 110 son habitaciones o suites y la restante, es la unión de 8 suits localizadas en el piso quinto, denominada “Local Hotel”,
11. El Hotel cuenta, como zonas comunes de la copropiedad, con lobby, restaurante, lavandería, etc...

### **ESCRITURA PÚBLICA 650 DEL 7 DE MAYO DE 2013.**

12. El artículo 1 de la escritura pública 650 señala que: *“Tanto las zonas comunes como las unidades privadas, del HOTEL URBAN ROYAL CALLE 26 tienen destinación estricta y exclusivamente para el funcionamiento de un establecimiento hotelero de primera categoría, operado bajo una explotación unitaria y en desarrollo de tal destinación, para la venta de los servicios de alojamiento, venta de alimentos y bebidas, servicio de lavandería, comunicaciones, y demás inherentes a la actividad hotelera en la forma establecida en el Régimen de Administración y Operación del hotel, el cual se eleva a escritura pública con el presente documento”.*
13. Por medio del párrafo II y III del artículo primero de la escritura pública 650 se constituyó, en todas las Unidades de Dominio Privado o habitaciones, una Servidumbre denominada por EL CONSTRUCTOR de *“Servidumbre de Uso y Administración”*, a favor del predio dominante “Local – Hotel”
14. Dicha constitución de servidumbre fue inscrita en la Oficina de Registros Públicos, estando presente en los Certificados de Tradición y Libertad de todas las habitaciones.
15. En el párrafo II del artículo primero de la escritura pública 650 se señala que el derecho al uso de los Bienes de Dominio Común que le competen a las 110 habitaciones corresponde en forma exclusiva al Local-Hotel, como predio dominante de tales servidumbres y/o al operador como titular del establecimiento de comercio.

16. En el párrafo IV del artículo primero de la escritura pública 650 se constituyó como “contraprestación” por las servidumbres de las habitaciones, una servidumbre de “Servicios Complementarios” en donde el predio “Local-Hotel” se grava como predio sirviente y las habitaciones del hotel como predios dominantes.
17. El artículo décimo segundo de la escritura pública 650 señala que *“El Operador del Establecimiento Hotelero representará en la Asamblea General de Propietarios a los propietarios de las Habitaciones Hoteleras que se hallen ausentes y no hayan conferido poder general o especial a un tercero, representación que se dará en pleno derecho por el simple hecho de la asistencia del Operador...”*
18. Para modificar la cláusula anterior, el artículo décimo de la escritura pública 650 señala que debe ser aprobado por el voto favorable de la totalidad de los propietarios de las habitaciones hoteleras y de la unidad denominada Local Hotel.
19. La escritura pública 650, fue elevada a documento público por EL CONSTRUCTOR anexando a esta el Régimen de Administración y Operación del Hotel Urban Royal Calle 26.

## **RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DEL HOTEL URBAN ROYAL CALLE 26**

20. Por medio del documento anexo al Reglamento de Propiedad Horizontal, “Régimen de Administración y Operación del Hotel Urban Royal Calle 26” (en adelante, el Régimen de Administración), EL CONSTRUCTOR reguló de forma unilateral y abusiva la operación del hotel, sin participación de los futuros propietarios.
21. En el numeral 2.1. se señala que el Establecimiento Hotelero será operado y administrado por el propietario de la unidad de dominio privado denominada “Local-Hotel” y del establecimiento de comercio o por quien este designe. Sin que los otros propietarios del hotel puedan modificar esta situación.
22. El numeral 2.2. establece que el operador deberá obtener de la sociedad Hoteles Royal S.A. el derecho real de usufructo del nombre “Royal” o cualquiera de los

nombres vinculados a la cadena Royal, su logotipo y el de know how de la explotación hotelera, a cambio del pago de unas regalías, calculadas sobre el total de los ingresos.

23. El numeral 2.4. establece que el Operador al adquirir la propiedad del “Local-Hotel” adquiere el derecho de operar el Establecimiento Hotelero y el derecho a participar de acuerdo con su coeficiente en la distribución de la contraprestación establecida por el uso de sus unidades privadas.
24. En el artículo tercero se establecen de forma parcializada las obligaciones y funciones del operador y de los propietarios. En donde se señala que el operador tendrá total autonomía para prestar los servicios de alojamiento, complementarios y administrativos, incluso podrá contratar con terceros y/o con la sociedad Hoteles Royal S.A., la ejecución de la totalidad o parte de sus obligaciones y que su costo será asumido por la operación del Establecimiento Hotelero.
25. Dentro de las “funciones” o facultades que tiene el operador, y por las cuales puede administrar de forma unilateral y arbitraria los recursos del hotel son las siguientes: i) contratar al personal que considere necesario, fijando sus condiciones y remuneración; ii) fijar los precios y tarifas de los servicios que preste el establecimiento hotelero; iii) establecer un sistema de contabilidad; iv) negociar y suscribir contratos con terceros necesarios para la operación y conservación del Establecimiento Hotelero; v) adquirir todos los artículos, insumos, suministros y equipos que requiera el Establecimiento Hotelero; vi) planear, preparar y ejecutar la publicidad necesaria-para la promoción y posicionamiento nacional e internacional del Establecimiento Hotelero; vii) afiliarse al establecimiento al sistema de reservas internacionales y a una cadena internacional, que a su juicio convenga para la adecuada ocupación; viii) Dar y tomar en concesión, arrendamiento u otro título parte de los servicios cuando sea económicamente favorable; ix) mantenimiento y aseo del Establecimiento; x) realizar los recaudos; xi) pagar, **con cargo a la operación,** todos los costos, gastos, impuestos, retenciones, sanciones, fallos judiciales o arbitrales, multas y demás erogaciones relacionadas con la operación del Establecimiento Hotelero; xii) Establecer

- mensualmente los resultados de la operación y entregar oportunamente a los Propietarios el canon que les corresponda.
26. En el numeral 3.2.14. se señala que el Operador deberá representar a los Propietarios, durante las ausencias de éstos, con voz y voto en las asambleas y demás reuniones de la copropiedad.
  27. En numeral 3.3. se establecen las obligaciones de los propietarios frente al operador: *“3.3.1. Abstenerse de cualquier acto perturbatorio de la tenencia, que por virtud de la presente reglamentación, detenta y se concede al Operador. 3.3.2. Abstenerse de cualquier acto perturbatorio de la servidumbre de Uso y Administración de que trata el artículo sexto y de inferir en la administración del establecimiento hotelero, y de dar órdenes o instrucciones al personal del Operador, puesto que la calidad de Propietarios de las Unidades de Dominio Privadas que conforman el Establecimiento Hotelero, no los convierten en socios, ni accionistas, ni partícipes, ni comuneros de dicha empresa hotelera.”*
  28. La cláusula anterior ha limitado las acciones de los copropietarios, ante los abusos cometidos por el operador, por temor a ser demandados.
  29. El numeral 4.4. establece que como contraprestación por el uso de las unidades de dominio privado, el 85% del ingreso neto (ingreso total menos gastos, costos e impuestos) se pagará a título de canon a los propietarios de las unidades privadas, incluido el operador como propietario del Local Hotel, en proporción al coeficiente de participación de cada unidad.
  30. El numeral 4.5. establece que el remanente del ingreso neto, es decir el 15% restante, le corresponderá al Operador, “quien dispondrá de él libremente.”
  31. El artículo 4.3. señala los gastos, costos, e impuestos que deben ser pagados con el ingreso total, dentro de los cuales se incluyen, los gastos directos; los laborales, en donde se incluye la **remuneración del gerente del establecimiento hotelero, quien podrá ser también el representante legal del Operador**; las ventas por propaganda, publicidad, gastos de representación, etc..; el pago de servicios; gastos de mantenimiento; pólizas; honorarios por asesorías especiales y jurídicas, representación judicial y extrajudicial; impuestos; descuentos y comisiones;

**regalías del 3,45% de los ingresos totales a Hoteles Royal S.A.;** pago de reservas; y otros.

32. En el numeral 4.6. se establece el pago de un canon mínimo de \$30.000.000 anuales, actualizado anualmente teniendo en cuenta el IPC, dividido entre todos los propietarios. A efectos prácticos, teniendo en cuenta que la habitación que más porcentaje tiene, con excepción del Local Hotel, tiene un coeficiente de 1,0099%, de acuerdo con enunciado, a dicha habitación le corresponderían por canon mínimo \$302.970 pesos anuales.
33. El numeral 4.6.2 señala que “el Operador estará obligado tanto a asumir la totalidad del saldo negativo como a pagar el canon mínimo, salvo que tales resultados operacionales fueren consecuencia de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.
34. La única facultad que tienen los propietarios es la elección de una firma auditora para la revisión de las cuentas que presenta el Operador.
35. El numeral 4.18 establece que las diferencias entre el Operador y los Propietarios del Establecimiento Hotelero serán sometidas a un tribunal de arbitramento, compuesto por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá quienes fallarán en derecho.
36. El numeral sexto establece nuevamente que, las Unidades de Dominio Privado *“se gravan en calidad de predios sirvientes, con servidumbres de Uso y de Administración, a favor del predio dominante denominado “Local-Hotel”*”, de igual forma se señala que la servidumbre consiste en el derecho del predio dominante de usar para la explotación hotelera los predios sirvientes.

Este mismo numeral señala que la servidumbre estará vigente mientras subsista la servidumbre de servicios complementarios.

37. El numeral séptimo establece que correlativamente y como contraprestación a la servidumbre de uso y administración, se grava al Local Hotel como predio sirviente con una servidumbre de servicios complementarios, en favor de los predios dominantes, siendo estos las otras habitaciones, señalando que la servidumbre

consiste en el derecho permanente que tendrán de recibir los servicios que requiera su operación.

38. Nuevamente en el numeral noveno se establece que el Operador queda ampliamente facultado para representar a los propietarios en las Asambleas Generales de Copropietarios.
39. Este Régimen restringe cualquier tipo de control sobre la administración del hotel por parte de los propietarios de las habitaciones.
40. El Régimen no contempla modo o tiempo para su terminación.
41. Los propietarios de las habitaciones no tienen ninguna acción o derecho contractual que permita cambiar el operador o controlar su actividad.
42. Los propietarios de las habitaciones no tuvieron información concreta sobre el Régimen de Administración previamente a la adquisición de las habitaciones.
43. El Operador inicial del hotel era la Sociedad Operadora Urban Royal Calle 26 S.A.S.
44. El único accionista del Operador Inicial era Hoteles Royal S.A.
45. La constructora realizó la promoción, comercialización y venta de las habitaciones del hotel, siguiendo las instrucciones de HOTELES ROYAL S.A. y SOCIEDAD OPERADORA URBAN ROYAL CALLE 26 S.A.S.
46. Dentro de la promoción y publicidad para la venta de las habitaciones, se presentaba y ofrecía una proyección de rendimientos mensuales, entre 1.028.000 y 2.145.000 pesos, dependiendo de la habitación y la ocupación del hotel.



### Renta Promedio Mensual Estimada

TARIFA	OCUPACION				
	50%	55%	60%	65%	70%
\$ 235.000	\$ 1.028.000	\$ 1.202.000	\$ 1.376.000	\$ 1.551.000	\$ 1.725.000
\$ 240.000	\$ 1.078.000	\$ 1.257.000	\$ 1.436.000	\$ 1.616.000	\$ 1.795.000
\$ 245.000	\$ 1.128.000	\$ 1.312.000	\$ 1.496.000	\$ 1.681.000	\$ 1.865.000
\$ 250.000	\$ 1.178.000	\$ 1.368.000	\$ 1.556.000	\$ 1.746.000	\$ 1.935.000
\$ 255.000	\$ 1.228.000	\$ 1.422.000	\$ 1.616.000	\$ 1.811.000	\$ 2.005.000
\$ 260.000	\$ 1.278.000	\$ 1.477.000	\$ 1.676.000	\$ 1.876.000	\$ 2.075.000
\$ 265.000	\$ 1.328.000	\$ 1.532.000	\$ 1.736.000	\$ 1.941.000	\$ 2.145.000

47. El promotor ofreció la oportunidad de comprar las habitaciones y obtener una rentabilidad mayor a la normal por la compra de un apartamento del mismo valor. Así mismo, se señaló que la administración del inmueble no significaría un gasto para el propietario, ya que se cubriría con la operación.
48. Teniendo en cuenta lo anterior, el promotor ofrecía: i) la adquisición de bien inmueble, y ii) la participación del inmueble adquirido en un proyecto hotelero, en donde a cambio de su uso, el propietario obtendría una rentabilidad.
49. Para las compraventas de las habitaciones se suscribió inicialmente un contrato de promesa, en donde se señalaba que la operación del hotel la realizaría Hoteles Royal directamente y que estaría sometido al Régimen de Administración y Operación similar al de las otras cadenas Royal.
50. Durante la etapa precontractual y los primeros dos años de operación los adquirentes no tuvieron acceso al Régimen de Administración y Operación del Hotel.
51. Los propietarios tuvieron acceso al Régimen de Administración y Operación del Hotel con posterioridad a los 2 años de operación del hotel, al ser distribuido por uno de estos.
52. En la escritura de compraventa se señalaba que las habitaciones no estaban sujetas a ningún tipo de gravamen.
53. En la Escritura de Compraventa se constituyó nuevamente una servidumbre de uso y administración sobre los inmuebles, la cual fue registrada en la oficina de instrumentos públicos.
54. El vendedor de las habitaciones fue EL CONSTRUCTOR.
55. El valor de las habitaciones fue alrededor de \$220.000.000 a \$290.000.000 de pesos, de acuerdo con el tamaño. El valor incluía el precio de la habitación y cerca de \$70.000.000 correspondiente a la dotación de esta.
56. La principal motivación para la adquisición de las habitaciones fue la proyección de rendimientos.

57. Los inmuebles y la dotación de los mismos nunca fueron entregados físicamente a los propietarios.
58. La servidumbre de uso y administración constituida en virtud del reglamento de propiedad horizontal, la escritura de compraventa y el Régimen de Administración y Operación de hotel, limita totalmente el uso y goce de las habitaciones por parte de los propietarios de las mismas; y de forma indirecta su derecho de disposición ante la imposibilidad de enajenación del inmueble bajo las condiciones actuales.
59. El hotel fue inaugurado en enero de 2014, bajo la administración de SOCIEDAD OPERADORA ROYAL URBAN CALLE 26 S.A.S.
60. Desde el inicio de la operación se factura un promedio de 250.000.000 de pesos mensuales, lo que corresponde aproximadamente a 2.5 millones por habitación, sin embargo, los ingresos se disminuyen considerablemente por medio de los gastos operacionales realizados por el Operador.
61. En los primeros 5 años de operación los propietarios recibieron aproximadamente \$5.000.000 de pesos en utilidades.
62. El 17 de febrero de 2014 EL CONSTRUCTOR suscribió contrato de fiducia mercantil con la fiduciaria Acción Sociedad Fiduciaria, constituyendo el fideicomiso Hotel Urban Royal 26.
63. En el contrato de fiducia, se estableció que el Fideicomiso debía suscribir un contrato de cuentas por participación con el Operador del Hotel.
64. El 30 de diciembre de 2014 se suscribió el contrato de cuentas por participación señalado, el cual reproducía en gran medida el Régimen de Administración y Operación Hotelera.
65. En el contrato de cuentas por participación se señalaba que las servidumbres y el régimen de Administración y Operación del hotel se suspendían, para los beneficiarios del fideicomiso, mientras este contrato estuviera vigente.
66. En el año 2015 el operador forzó a los propietarios a otorgar el usufructo de sus habitaciones al fideicomiso, so pena de no pagar el canon.
67. Teniendo en cuenta que el hotel no estaba generando rentabilidad el fideicomiso significó un gasto mayor para los propietarios, por lo cual muchos de estos se retiraron con posterioridad.

68. El 1 de junio de 2015 se suscribió un contrato de franquicia, entre NH Hotel Group S.A., como otorgante, Hoteles Royal S.A. como titular de la franquicia y Sociedad Operadora Urban Royal Calle 26 S.A.S. como franquiciado.
69. Los propietarios de las habitaciones no tuvieron participación o voz durante la celebración del contrato a pesar de que iba a significar un gasto que iba a repercutir en la poca rentabilidad que estaban obteniendo.
70. La adquisición de la franquicia llevó al pago de unas regalías adicionales a las que ya se pagaban por el uso de la marca Royal, las cuales son sufragadas con los ingresos del hotel y conllevan a la disminución del ingreso neto dividido entre los propietarios.
71. Las sociedades de la cadena Royal fueron adquiridas por NH Hotel Group S.A.
72. En el año 2015 uno de los propietarios presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio Acción de Protección al Consumidor en contra del CONSTRUCTOR, por publicidad e información engañosa. Sin embargo, la Superintendencia en Auto del 12 de abril de 2016 rechazó la demanda por considerar que el propietario no podía ser considerado consumidor.
73. Paralelamente en el año 2015 se presentó queja ante la misma Superintendencia en contra del operador, por las irregularidades presentadas.
74. Durante el procedimiento de la queja presentada la Superintendencia requirió información al constructor quien señaló lo siguiente:

*“Hotel Urban Calle 26 fue un negocio de construcción inmobiliaria, por parte de Construcciones Futura 2000 S.A. únicamente en la venta y construcción de las unidades inmobiliarias denominadas suites, vinculadas a un proyecto hotelero por Hoteles Royal S.A., quien estuvo vinculado desde un comienzo en el negocio y como tal fue quien suministró toda la información utilizada para la comercialización de las suites. Con este acometido, el modelo de comercialización consistió en la venta de unidades habitacionales hoteleras, entregando la información que nos fue suministrada por el operador Hoteles Royal S.A. Construcciones Futuras 2000 S.A. en cumplimiento de su objeto social, se encargó solo y únicamente de la construcción, gerencia y venta de unidades del proyecto, pero nunca preparó ni*

*hizo conocer como suyas la información sobre la operación hotelera y sus posibles resultados. (...)"*

75. En el año 2018 la Superintendencia contestó la queja señalando que instruyó al operador y al constructor a incluir información adicional en las futuras ventas, sin embargo, no determinó si existió publicidad engañosa o no.
76. En el año 2020 las sociedades HOTELES ROYAL S.A. y SOCIEDAD OPERADORA URBAN ROYAL CALLE 26 S.A.S. se fusionaron, por lo cual actualmente el operador hotelero es HOTELES ROYAL S.A.
77. Durante la ejecución de la operación; y teniendo en cuenta que la única facultad que tienen los propietarios, dentro del Régimen de Administración y Operación del hotel, es la elección de un auditor para hacer el control de cuentas; el operador se ha abstenido en múltiples oportunidades de entregar los documentos necesarios para realizar esta auditoría.
78. Durante la operación del Hotel el Operador ha celebrado contratos por servicios legales, licencias, mantenimientos, de los cuales el auditor ha solicitado los respectivos respaldos, sin que fueran entregados.
79. En el año 2019, se superó el porcentaje de 50% en nueve meses, incluso superado el 70% de ocupación en alguno de estos, sin embargo, en ninguno de estos meses se pagó el valor promocionado durante la etapa de venta.
80. El Operador en el año 2020 no pagó el canon mínimo establecido en el numeral 4.6.
81. Los propietarios no tienen derecho a decidir sobre su propiedad, estando obligados a permanecer sin obtener ningún tipo de beneficio o utilidad económica de sus bienes, ya que lo poco que han recibido se destina al pago de impuestos.
82. El único beneficiado del negocio es el operador quien recibe ingresos por medio de las regalías, el pago por remuneración de gerencia, el canon por el uso de las suites del Local-Hotel, así como el 15% del ingreso neto.

## II. ANÁLISIS JURÍDICO

### OPCIONES:

#### **1. Modificar el Reglamento de Propiedad Horizontal y de forma conexas el Régimen de Administración y Operación del Hotel – Vía modificación Reglamento de la PH. – Ley 675 de 2001.**

Teniendo en cuenta el principio de paralelismo de las formas jurídicas, de acuerdo con el cual en derecho las cosas se deshacen como se hacen, preliminarmente sería posible eliminar la servidumbre constituida por medio de la escritura pública 650, así como desvincular el Régimen de Administración y Operación del Hotel, realizando una reforma del Reglamento de Propiedad Horizontal.

Para esto, y con el fin de eliminar la situación de abuso, convendría eliminar o modificar los siguientes artículos de la escritura pública, sin embargo, como se evidenciará más adelante, existe una gran dificultad para realizar cualquier modificación por esta vía.

- a) El artículo primero y sus párrafos, de la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2013 de la Notaría 26. Con el fin de:
- Desvincular el Régimen de Administración y Operación de Hotel del reglamento de propiedad horizontal y, por lo tanto, de la operación del hotel.
  - Eliminar la servidumbre constituida por medio de esta escritura. La cual se encuentra establecida en el párrafo II y III del artículo primero.
  - Modificar el párrafo II en cuanto el derecho de uso de las habitaciones para que no quede en cabeza del propietario del Local-Hotel, sino del operador que elijan los propietarios de las habitaciones.

- Eliminar la servidumbre de Servicios Complementarios del “Local-Hotel” contenida en el párrafo IV.
- b) Eliminar el artículo décimo de la escritura pública 650, el cual limita la modificación de algunos artículos, señalando que debe ser aprobado por el voto favorable de la totalidad de los propietarios de las habitaciones hoteleras y de la unidad LocalHotel.

Frente a este punto, se debe precisar que si bien el artículo 45 de la Ley 675 de 2001 señala que no se podrá exigir para la toma de ninguna decisión, con excepción de la extinción de la P.H. una mayoría superior del 70% a los coeficientes que integran el edificio o conjunto, entendiéndose por no escritas. En este caso, si bien el artículo décimo exige que la decisión sea aprobada por el 100% de los propietarios de las habitaciones hoteleras, el coeficiente de las habitaciones hoteleras sumado, no supera el 70% del coeficiente del conjunto, por lo cual no puede entenderse como no escrita la cláusula que exige que la decisión se tome por la mayoría calificada ya mencionada. En consecuencia, se debe acudir vía Asamblea, a la modificación de la mayoría requerida.

- c) Una vez se modifique el artículo décimo, en la misma asamblea, eliminar el artículo décimo segundo de la escritura pública el cual señala que *“El Operador del Establecimiento Hotelero representará en la Asamblea General de Propietarios a los propietarios de las Habitaciones Hoteleras que se hallen ausentes y no hayan conferido poder general o especial a un tercero, representación que se dará en pleno derecho por el simple hecho de la asistencia del Operador...”*
- d) De forma paralela, se podría incluir una disposición según la cual la operación del hotel la realizará el operador escogido por la mayoría de los propietarios de las habitaciones, por medio de la suscripción de un contrato en el que se fijen las condiciones para la operación, retribución a los propietarios, dándole mayor control y facultades a éstos.

### **1.1. ¿Cómo se modificaría?**

La modificación se tiene que realizar en la Asamblea Ordinaria de Copropietarios, la cual se celebra dentro de los tres primeros meses siguientes al vencimiento del periodo fiscal.

De acuerdo con el artículo 46 de la Ley 675 de 2001 y del artículo 66 del Reglamento de PH, para la reforma del reglamento se exige una mayoría calificada del 70% del coeficiente de copropiedad, en todos los casos, incluyendo las asambleas de segunda convocatoria.

Así mismo, se precisa que la modificación del reglamento no se puede realizar en reunión extraordinaria, debido a que el artículo 39, de la Ley 675 de 2001, establece que la asamblea solo podrá reunirse de forma extraordinaria *“cuando las necesidades imprevistas o urgentes del edificio o conjunto así lo ameriten, por convocatoria del administrador, del consejo de administración, del Revisor Fiscal de un número plural de propietarios de bienes privados que representen por lo menos, la quinta parte de los coeficientes de copropiedad”*. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso analizado no se cumplen los requisitos de urgencia o necesidad imprevista, de igual forma, tampoco contamos con la quinta parte del coeficiente para hacer la solicitud.

De acuerdo con lo señalado, la modificación del Reglamento sólo podrá realizarse en la Asamblea Ordinaria con la aprobación del 70% del coeficiente del conjunto residencial.

### **1.2. Problemática**

La aprobación de la modificación del Reglamento de propiedad horizontal requiere la aceptación del 70% del coeficiente del conjunto residencial, lo que corresponde a la aprobación de aproximadamente a 525 propietarios de unidades privadas.

Adicionalmente, el artículo 66 del Reglamento de PH. Establece que *“las decisiones que afecten directamente o indirectamente intereses particulares de determinados propietarios de unidades privadas, solamente podrán tomarse con el voto favorable de los mismos”*. De la lectura del artículo se podría concluir que en este caso, toda vez que se busca eliminar las servidumbres, así como afectar la obligatoriedad del Régimen de Administración y Operación del hotel, esta situación afectaría a todos los propietarios de las habitaciones e incluso al operador como propietario del local hotel, por lo cual sería necesario que todos aprobaran la modificación del reglamento propuesta, situación que a todas luces resulta improbable.

Así mismo, intentar modificar el artículo 66, desde el punto de vista teórico resulta posible, sin embargo, en la práctica no es así, ya que es un artículo que no solo afecta o tiene aplicación para los copropietarios del hotel, sino para todos los copropietarios de la propiedad horizontal, y que al mismo tiempo los beneficia, por lo cual, se puede presumir que no estarían dispuestos a renunciar a esta prerrogativa.

Se puede plantear la posibilidad de limitar la eliminación de la servidumbre únicamente para los propietarios de los inmuebles que contrataron los servicios con la firma, sin embargo, esta modificación afecta los intereses del propietario del Local-Hotel como predio dominante, por lo cual, en principio, sería también necesaria su aprobación, situación que no va a ocurrir. Ahora bien, respecto a la modificación del artículo primero y todos los que remitan al Régimen de Administración y Operación, estos podrían ser modificados, con el fin de establecer que no serán aplicables a los propietarios que lo acepten, sin embargo, podría aplicar la misma restricción señalada anteriormente.

Así mismo, es importante señalar que las modificaciones a realizar están limitadas por el artículo primero de la Escritura Pública 650, al señalar que el “hotel será operado bajo una explotación unitaria”, por lo cual cualquier modificación que afecte esa explotación unitaria, necesitaría la aprobación de todos lo propietarios, de acuerdo con lo señalado.

Por otro lado, la servidumbre no fue constituida únicamente por medio de la escritura 650, sino también por medio de las escrituras públicas de compraventa de las habitaciones, estando inscritas las dos en los Certificados de Tradición y Libertad de los inmuebles, por lo cual, sería necesario en todo caso demandar la nulidad o inexistencia de las servidumbres constituidas en la compraventa.

### **1.3. Puntos adicionales a tener en cuenta.**

El artículo 63 del Reglamento de PH establece la posibilidad de que se elijan delegados por cada torre para la celebración de las Asambleas. Esta elección se hará a finales del mes de enero. Se puede aprovechar esta figura, para convencer a los delegados que aprueben la reforma del reglamento buscada.

El artículo 66 del Reglamento establece que una persona solo podrá representar hasta 7 propietarios.

### **1.4. Conclusiones**

Teniendo en cuenta las limitaciones que existen para la modificación del reglamento, el éxito de esta vía resulta en la práctica difícil o incluso imposible, sin embargo, puede ser usada como una vía política en contra del Operador, con el fin iniciar una negociación, proponiendo todas las modificaciones señaladas en el orden del día, y buscando la aprobación de los otros propietarios del conjunto residencial.

## **2. Acción de protección del consumidor ante la Superintendencia de Industria y Comercio**

Otras de las acciones posibles para exigir la protección de los derechos de los propietarios, es la Acción de protección del consumidor, contemplada en el Estatuto del consumidor (ley 1480 de 2011). Esta acción se promovería en contra del CONSTRUCTOR, como vendedor y promotor de las habitaciones y el proyecto hotelero.

Esta acción se puede presentar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual representa una ventaja frente a la jurisdicción ordinaria, en relación con los tiempos del proceso, al ser en principio más cortos. Así mismo, la aplicación del estatuto del consumidor, significa una protección mayor y más clara para los propietarios de las habitaciones, como consumidores.

A continuación, se estudian los presupuestos para su procedencia. Adicionalmente se señalarán las pretensiones de esta Acción. Por último, se mencionarán los puntos que pueden generar un riesgo para el éxito de este procedimiento.

## **2.1. Presupuestos:**

### **a) Calidad de consumidores:**

Como requisito previo para examinar la procedencia de esta acción es necesario estudiar si los propietarios de las habitaciones pueden ser calificados como consumidores. La calidad de consumidor se encuentra definida en el artículo 5 del estatuto del consumidor el cual establece lo siguiente:

*ARTÍCULO 5o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...)*

3. *Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, **como destinatario final**, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de **una necesidad** propia, **privada**, familiar o doméstica y **empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica**. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.* (negrilla y subrayado fuera del texto original)

A partir de esta definición se destaca en primer lugar que, la ley permite que, tanto las personas naturales como jurídicas, puedan ser consumidores, por lo cual, teniendo en cuenta que dentro de la lista de propietarios existen personas jurídicas dicha situación no afectaría la calificación de estos como consumidores.

En segundo lugar, el artículo señala que el consumidor debe ser el destinatario final del producto, adoptando una definición restringida de consumidor. Teniendo en cuenta, esta característica, en el caso bajo análisis podría llevar a concluir que los propietarios de las habitaciones no pueden ser calificados como consumidores ya que estos no son los destinatarios finales de las habitaciones sino es el operador, como administrador del hotel o incluso el establecimiento de comercio, no obstante se puede alegar que en este caso la naturaleza del bien, lleva a que su destinación final no pueda ser su uso directo, sino la obtención de un rendimiento al ser habitaciones de hotel.

Adicionalmente, y de forma subsidiaria resulta importante determinar y diferenciar cuales fueron los productos (bienes y servicios) adquiridos y ofrecidos por EL CONSTRUCTOR. En este caso, se debe tener en cuenta que EL CONSTRUCTOR no solo ofreció la adquisición de un inmueble, sino también la posibilidad de invertir en un proyecto hotelero, dando el uso de la habitación para que esta fuera administrada por un operador con el fin de obtener una rentabilidad. Si bien, son dos productos que están ligados intrínsecamente, no dejan de ser diferentes, siendo uno la adquisición de un bien y otro un servicio de administración e inversión.

Lo anterior se puede demostrar, señalando que el promotor no solo ofrecía la adquisición de un inmueble, sino la posibilidad de entregar la habitación para que fuera administrada dentro del proyecto hotelero, con el fin de obtener una rentabilidad. De igual forma, la remisión al Régimen de Administración y Operación en el contrato de compraventa, prueba esta situación, así como la constitución de las servidumbres, las cuales abusivamente buscan asegurar el uso de la habitación en el proyecto hotelero.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien por la simple adquisición de inmueble los propietarios no pueden ser considerados consumidores, al no ser los destinatarios finales de los mismos, en nuestra opinión, frente a la adquisición del servicio de administración de las habitaciones y de inversión en el proyecto hotelero, a cambio de una rentabilidad, los propietarios como destinatarios finales de este servicio y beneficio, podrían llegar a detentar esta calidad. No obstante, esta es la interpretación fáctica y jurídica realizada por la firma y será el juez o el delegado quien determine la calidad de consumidor o no de los propietarios.

En tercer lugar, la definición señala que el producto debe ser adquirido, disfrutado o utilizado, con el fin de satisfacer *“una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”*, en este caso se debe analizar la actividad económica de los propietarios individualmente, y en el caso que alguno de ellos desarrolle como actividad económica principal o secundaria negocios inmobiliarios, de inversión u hoteleros, no podrán ser calificados como consumidores, y no podrán ser parte de esta acción, sin perjuicio que puedan participar en las otras opciones.<sup>1</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, sería aplicable la protección normativa especial del derecho del consumidor, a las personas naturales o jurídicas propietarias del inmueble, que dentro de su actividad económica no se encuentre los negocios inmobiliarios, de

---

<sup>1</sup> Teniendo en cuenta lo señalado, agradecemos que los clientes que desarrollen una actividad económica relacionada con negocios inmobiliarios u hoteleros nos lo informen lo más pronto posible.

inversión u hoteleros, pero solo frente al servicio de inversión y administración adquirido, y no sobre la compra de la habitación. Adicionalmente, se debe señalar que los copropietarios se encuentran en condición de vulnerabilidad y desequilibrio frente a la constructora cuya capacidad económica, su vocación de contratar masivamente y por adición, entre otros factores, la ponen innegablemente a este en una ventaja comercial frente al consumidor inmobiliario, sobre la cual el legislador, los jueces y entidades encargadas, tienen el deber de actuar para restaurar el equilibrio. En este sentido se expresa la sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de abril de 2009, de la siguiente manera:

*“La relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el*

---

*consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor que lo hace experto en las materias técnicas científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras particularidades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a reestablecer el Equilibrio perdido”*

Por último, se debe poner de presente que, de acuerdo con los documentos suministrados, uno de los copropietarios presentó en el año 2015 acción de protección al consumidor ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en contra del CONSTRUCTOR, por publicidad engañosa. Sin embargo, esta entidad rechazó la demanda por falta de competencia al considerar que el propietario no ostenta la calidad de consumidor toda vez que, con la adquisición y uso del inmueble no busca satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o doméstica, siendo de índole económica.

No obstante, en nuestra opinión esta interpretación es errada y contradice el espíritu de la norma, toda vez que si bien con la adquisición de los inmuebles se buscó obtener un beneficio económico, dicha situación no descarta automáticamente la calidad de consumidor. Esto, ya que la obtención de un beneficio económico puede buscar satisfacer una necesidad propia o privada. De igual forma, esta interpretación llevaría a concluir que los usuarios de servicios financieros no pueden ser calificados como consumidores, ya que obtienen un beneficio económico. Asimismo, la interpretación de la Superintendencia contradice el sentido de la norma la cual busca proteger a las personas que adquieren un producto sin los conocimientos y careciendo de profesionalidad frente a estos, en una clara situación de desigualdad, como ocurre en el caso analizado.

#### **b) Prescripción:**

El numeral 3 del artículo 58 del Estatuto del Consumidor establece que las controversias netamente contractuales prescriben al año de la terminación de contrato. En los demás casos, la acción deberá presentarse más tardar dentro del año siguiente al momento en el que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.

En este punto es nuevamente importante diferenciar la compraventa de las habitaciones y la adquisición de un servicio de administración e inversión. En el primer caso, la compraventa es un contrato de ejecución instantánea, por lo cual al momento que se elevó la escritura pública la compraventa esta parte del contrato se ejecutó, sin embargo, el servicio de administración e inversión en el proyecto hotelero es una obligación de tracto sucesivo, la cual se sigue ejecutando, por lo cual, bajo esta argumentación la acción no ha prescrito.

Ahora bien, respecto a las pretensiones de la acción en principio podrían ser calificadas como controversias netamente contractuales, sin embargo, la parte contraria podría argumentar que la publicidad engañosa y el incumplimiento en el deber de información no son pretensiones puramente contractuales, por lo cual la acción para estas pretensiones se encuentra prescrita al no haberse presentado dentro del año siguiente al conocimiento de estos hechos, no obstante será el juez o delegado quien determine esta situación.

## **2.2. Pretensiones de la acción:**

### **a) Declaratoria de cláusulas abusivas:**

Antes de iniciar con el análisis de esta pretensión es necesario determinar que documentos contienen el contrato, y por lo tanto las cláusulas que podrían ser declaradas abusivas. En primer lugar, se encuentra el contrato de promesa; en segundo lugar, la escritura de compraventa; y en tercer lugar, el régimen de administración y operación del hotel, el cual se relaciona en el párrafo 1 del numeral primero de la escritura pública de compraventa, al señalar que este documento establece la forma como se va a administrar el establecimiento hotelero, así mismo regula los derechos y obligaciones de los propietarios y la forma de retribución a estos, entre otros aspectos que hacen parte del servicio de administración e inversión adquirido paralelamente a la compra de las habitaciones. De igual forma, se resalta que estos tres documentos son un ejemplo claro de contrato de adhesión teniendo en cuenta que EL CONSTRUCTOR preestableció las condiciones del contrato, sin que estas fueran negociadas con los adquirentes.

En cuanto al reglamento de propiedad horizontal, existe discusión por parte de la doctrina si este puede ser calificado como un contrato de adhesión, más aún cuando es

establecido por el propietario inicial<sup>2</sup>, no obstante, en nuestra opinión, si bien en este caso, en el Reglamento se regula la relación de los propietarios con el operador, al ser un reglamento de propiedad horizontal parte de un régimen especial que escapa de la órbita de la relación de consumo, sin embargo, en todo caso se alegarán como cláusulas abusivas las que puedan ser calificadas como tal y se relacionen directamente con la relación de consumo, señalando que los tres documentos (contrato de compraventa, régimen de administración y reglamento de propiedad horizontal) conjuntamente regulan la relación de consumo y hacen parte de la forma en que se fabricó el entramado legal complejo que afecta los derechos de los consumidores sin perjuicio de que el juez o delegado pueda rechazar esta pretensión.

Ahora bien, el artículo 42 del Estatuto del Consumidor define las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.*

*Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.*

Así mismo, en el artículo 43 se señalan algunas de las cláusulas que se consideran abusivas:

---

<sup>2</sup> Forero Molina, Efraín. El Reglamento de Propiedad Horizontal es un contrato de adhesión. Artículos de Derecho Urbano Abogados, Num. 2, Julio 2013.

**ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.**

*Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:*

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
- 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*

11. *Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
13. *Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.*
14. *Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.*

A partir de la normativa enunciada, a continuación, se señalarán las cláusulas que se consideran abusivas de cada documento:

- Contrato de compraventa:

*i. SÉPTIMA. CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE: EL COMPRADOR por medio del presente instrumento manifiesta que constituye servidumbre de uso y administración en favor del LOCAL-HOTEL: Conformado internamente por las habitaciones 501 a 509, con matrícula inmobiliaria 50C-1879067, consiste en el derecho permanente que tendrá el predio dominante de usar para la explotación hotelera del predio sirviente.*

Por medio de esta cláusula se limita de forma abusiva y desequilibrada los derechos de los propietarios, ya que por un lado, restringe el derecho de propiedad de estos sobre los inmuebles por medio de un gravamen de este tipo y por otro lado, se abusa de la figura de servidumbre, desvirtuando o desnaturalizando su concepto, aprovechándose

de que por sus características es perpetua y de difícil modificación, lo cual lleva a que los propietarios no puedan ejercer sus derechos y se aten indefinidamente a una relación abusiva.

Adicionalmente, esta cláusula vincula al consumidor al contrato de administración del hotel, sin posibilidad de salir de este, inclusive en el caso de que se incumplan las condiciones establecidas, ya que para el levantamiento de la servidumbre, la cual entrega la administración y uso de la habitación al propietario del Local-Hotel, no basta con el incumplimiento.

Así mismo, se debe resaltar, que en un contrato normal y equilibrado de este tipo, el uso y administración de un bien, no se otorga por medio de una servidumbre, ya que con estas se busca constituir un derecho real, sino se hace por medio de un contrato de arrendamiento o similar, en donde los propietarios, tienen mecanismos para proteger sus derechos, sin embargo, por medio del uso de una servidumbre afectan y limitan el modo como los consumidores pueden ejercer sus derechos.

- Régimen de Administración y Operación de Hotel

- i. El numeral 2.1. señala que el Establecimiento Hotelero será operado y administrado por el propietario de la unidad de dominio privado denominada “Local-Hotel” y del establecimiento de comercio o por quien este designe.

Por medio de esta cláusula se le entrega de forma unilateral la administración del hotel a un solo propietario, sin posibilidad de que el consumidor, pueda modificar esta situación aún cuando el operador incumpla sus obligaciones o realice de modo inadecuado la administración del hotel, limitando así los derechos de los propietarios.

- ii. El numeral 2.2. establece que el operador deberá obtener de la sociedad Hoteles Royal S.A. el derecho real de usufructo del nombre “Royal” o cualquiera de los nombres vinculados a la cadena Royal, su logotipo y el de know how de la explotación hotelera, a cambio del pago de unas regalías, calculadas sobre el total de los ingresos.

Es importante mencionar que por medio de esta cláusula de forma unilateral y abusiva se le da al operador un ingreso adicional por el uso de una marca, lo cual afecta los ingresos que recibirá el consumidor.

- iii. En el artículo tercero se establecen de forma parcializada las obligaciones y funciones del operador y de los propietarios. En donde se señala que el operador tendrá total autonomía para prestar los servicios de alojamiento, complementarios y administrativos, incluso podrá contratar con terceros y/o con la sociedad Hoteles Royal S.A., la ejecución de la totalidad o parte de sus obligaciones y que su costo hará parte de los costos de la operación del Establecimiento Hotelero.

Dentro de las “funciones” o facultades que tiene el operador, y por las cuales puede administrar de forma unilateral y arbitraria los recursos del hotel son las siguientes: i) contratar al personal que considere necesario, fijando sus condiciones y remuneración; ii) fijar los precios y tarifas de los servicios que preste el establecimiento hotelero; iii) establecer un sistema de contabilidad; iv) negociar y suscribir contratos con terceros necesarios para la operación y conservación del Establecimiento Hotelero; v) adquirir todos los artículos, insumos, suministros y equipos que requiera el Establecimiento Hotelero; vi) planear, preparar y ejecutar la publicidad necesaria para la promoción y posicionamiento nacional e internacional del Establecimiento Hotelero; vii) afiliarse al establecimiento al sistema de reservas internacionales y a una cadena internacional, que a su juicio convenga para la adecuada ocupación; viii) Dar y tomar en concesión, arrendamiento u otro título parte de los servicios cuando sea económicamente favorable; ix) mantenimiento y aseo del Establecimiento; x) realizar los recaudos;

xi) pagar, **con cargo a la operación**, todos los costos, gastos, impuestos, retenciones, sanciones, fallos judiciales o arbitrales, multas y demás erogaciones relacionadas con la operación del Establecimiento Hotelero; xii) Establecer mensualmente los resultados de la operación y entregar oportunamente a los Propietarios el canon que les corresponda.

Esta cláusula representa un desequilibrio injustificado, al darle un poder absoluto al operador para manejar los ingresos del hotel, sin que los consumidores puedan opinar o participar en decisiones que los afectan directamente, ya que todos los gastos que el operador decida tomar, disminuyen el ingreso final que estos reciben.

Incluso esta cláusula permite que con cargo a la operación, se paguen fallos judiciales o multas, cuando sean causadas por el mismo operador, lo cual demuestra un desequilibrio y abuso sobre los consumidores.

Esta cláusula permite que el operador administre inadecuadamente los ingresos del hotel, y por lo tanto, de los consumidores, sin que estos puedan tener ninguna acción en contra de este.

- iv. En el numeral 3.2.14. se señala de forma abusiva que el Operador deberá representar a los Propietarios, durante las ausencias de éstos, con voz y voto en las asambleas y demás reuniones de la copropiedad.

Esta cláusula impone un efecto jurídico de representación tácita cuando los propietarios no asistan a las asambleas, por lo cual presume que la ausencia de los copropietarios comporta su voluntad de hacerse representar por el operador. En efecto esta cláusula presume la *“manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo”*, siendo uno de los tipos de cláusulas abusivas prescritas expresamente por la legislación.

Así mismo, esta cláusula le otorga un poder exorbitante al operador, más aún cuando la obligatoriedad del régimen también se fundamenta en el reglamento de propiedad horizontal.

- v. En numeral 3.3. se establecen las obligaciones de los propietarios frente al operador: “3.3.1. Abstenerse de cualquier acto perturbatorio de la tenencia, que por virtud de la presente reglamentación, detenta y se concede al Operador. 3.3.2. Abstenerse de cualquier acto perturbatorio de la servidumbre de Uso y Administración de que trata el artículo sexto y de inferir en la administración del establecimiento hotelero, y de dar órdenes o instrucciones al personal del Operador, puesto que la calidad de Propietarios de las Unidades de Dominio Privadas que conforman el Establecimiento Hotelero, no los convierten en socios, ni accionistas, ni partícipes, ni comuneros de dicha empresa hotelera.

Por medio de esta cláusula se limitan los derechos del consumidor, incluso al punto de limitar sus acciones ante los abusos cometidos por el operador, por temor a ser demandados. En efecto, esta cláusula prohíbe que el consumidor ejercite sus derechos como propietario del inmueble, aún cuando el mismo esta afectado por un gravamen ilegal y contrario a derecho.

Así mismo, restringe cualquier control que estos puedan tener sobre la administración de su propiedad por parte del operador, a pesar de que estos entregan el activo principal para la explotación del establecimiento hotelero. En otras palabras, en una relación equilibrada y normal, los inversionistas o propietarios del bien administrado, tienen poder de control sobre la administración del bien que entregan, ya que, la forma como se administre los afecta directamente, sin embargo, esta cláusula de forma contraría desequilibra la relación contractual con el operador permitiendo que este administre y use la propiedad de los consumidores sin ningún tipo de control, limitando a la vez el ejercicio de sus derechos sobre la propiedad.

- vi. El numeral 4.4. establece que como contraprestación por el uso de las unidades de dominio privado, el 85% del ingreso neto (ingreso total menos gastos, costos e impuestos) se pagará a título de canon por el uso, dividiéndolo entre todos los propietarios, incluido el operador como propietario del Local Hotel, en proporción al coeficiente de participación de cada unidad.

Esta cláusula restringe los derechos de los propietarios de recibir un ingreso justo y equilibrado por el uso y administración de su propiedad, ya que señala que su retribución no depende de los ingresos del hotel, sino de los gastos que de forma unilateral y soberana el operador determina.

De igual forma, esta cláusula en adición a otras le entrega de forma injustificada una retribución al operador de múltiples formas: i) en este caso por ser propietario del local hotel, calidad que también le otorga ser el operador; ii) las regalías del 3,45 de los ingresos totales, por ser propietario de la marca royal (numeral 2.2.); iii) el 15% del ingreso neto (numeral 4.5.); iv) la retribución al gerente del establecimiento hotelero (numeral 4.3.); de igual forma, el artículo tercero permite que el operador, en este caso Hoteles Royal S.A. celebre contratos con el mismo para la ejecución de tareas del hotel, sin ningún tipo de control.

- vii. El numeral 4.5. establece que el remanente del ingreso neto, es decir el 15% restante le corresponderá al Operador, *“quien dispondrá de él libremente.”*

Y el artículo 4.3. señala los gastos, costos, e impuestos que deben ser pagados con el ingreso total, dentro de los cuales se incluyen, los gastos directos; los laborales, en donde se incluye la **remuneración del gerente del establecimiento hotelero, quien podrá ser también el representante legal del Operador**; las ventas por propaganda, publicidad, gastos de representación, etc.; el pago de servicios; gastos de mantenimiento; pólizas; honorarios por asesorías especiales y jurídicas, representación judicial y extrajudicial; impuestos; descuentos y

comisiones; **regalías del 3,45% de los ingresos totales a Hoteles Royal S.A.**; pago de reservas; y otros.

Nuevamente estas cláusulas en conjunto con las anteriores le otorgan derechos desproporcionados al operador del hotel, quien en conjunto con EL CONSTRUCTOR planearon este esquema abusivo, otorgándoles retribuciones económicas por múltiples conceptos que conllevan a la disminución de la retribución de los consumidores sin ningún tipo de derecho en cabeza de ellos para modificar o tener voz en este esquema.

- viii. En el numeral 4.6. se establece el pago de un canon mínimo de \$30.000.000 anuales, dividido entre todos los propietarios.

A efectos prácticos, teniendo en cuenta que la habitación que más porcentaje tiene con excepción del Local Hotel propiedad del Operador, corresponde a un 1,0099% siendo una “Business Suite”, de acuerdo con el numeral quinto, a dicha habitación le correspondería un canon mínimo de \$302.970 pesos anuales.

En esquemas de operación hotelera, a los propietarios del inmueble, se establece un pago mínimo garantizado mensual, y superior a este valor, lo cual en este caso demuestra la abusividad no solo de esta cláusula, sino de todo el esquema, que busca beneficiar al operador a costa del consumidor.

- ix. El numeral sexto establece nuevamente que las Unidades de Dominio Privado “se gravan en calidad de predios sirvientes, con servidumbres de Uso y de Administración, a favor del predio dominante denominado “Local-Hotel””, de igual forma se señala que la servidumbre consiste en el derecho del predio dominante de usar para la explotación hotelera los predios sirvientes.

Nuevamente esta cláusula establece la servidumbre, la cual se trató anteriormente.

- x. Nuevamente en el numeral noveno se establece que el Operador queda ampliamente facultado para representar a los propietarios en las Asambleas Generales de Copropietarios.

Esta cláusula, como se señaló, presume la *“manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo”*, siendo uno de los tipos de cláusulas abusivas prescritas expresamente por la legislación.

Adicional a lo señalado en el contrato no se establece un término de duración de la administración y operación del hotel por parte del operador, siendo un contrato a perpetuidad, que no permite a los consumidores salir de esta estructura abusiva, atándolos a permanecer de forma indefinida en esta estructura contractual.

Así mismo, este esquema representa un desequilibrio total entre los consumidores y el operador y constructor, quienes se aprovecharon de la inversión realizada por los consumidores, para financiar y mantener su proyecto hotelero, sin obligarse a pagar una retribución justa a las personas que entregaron sus inmuebles para ser administrados, así como el dinero de la adquisición de los mismo.

De igual forma, sus cláusulas representan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que tiene el operador frente a los consumidores, estando en una clara situación de desventaja estos segundos, de la cual no pueden salir, ni contractualmente, ni en la práctica, ante la evidente imposibilidad de vender o disponer de la propiedad de las habitaciones.

El único derecho que tienen los consumidores dentro del contrato es elegir el auditor de cuentas, el cual solo puede verificar que las cuentas realizadas por el operador estén bien realizadas, sin embargo, no pueden siquiera opinar sobre la administración y los

gastos en muchos casos injustificados administrativamente, realizados por el operador, al tener este plena libertad y autonomía para realizarlos.

Por lo cual, en adición a las cláusulas señaladas, este régimen comporta un esquema totalmente abusivo que limita el ejercicio de los derechos de los consumidores, estableciendo un desequilibrio injustificado en contra de los consumidores, y a favor del operador.

- Reglamento de Propiedad Horizontal – Escritura Pública 650 del 7 de mayo de 2013

Antes de iniciar el análisis de los artículos o cláusulas abusivas contenidos en la escritura pública 650, se debe señalar que el siempre hecho de que EL CONSTRUCTOR hubiera regulado la operación del hotel por medio del reglamento de propiedad horizontal, es una situación totalmente abusiva, ya que no solamente ató, a los consumidores por medio del contrato de compraventa al Régimen de Administración y Operación del hotel, sino también lo hizo por este medio.

Este hecho comporta para los consumidores, un limitante para el ejercicio de sus derechos totalmente injustificado, ya que para modificar el régimen no solo tienen que atacar su obligatoriedad contractual, sino también su obligatoriedad por medio del reglamento de propiedad horizontal, el cual para su modificación por medio de los mecanismos legales, resulta en la práctica imposible, ya que el mismo tiene que ser aprobado por no solo por todos los propietarios de las habitaciones, sino por un 70% del coeficiente del conjunto, el cual comporta más de 600 unidades privadas.

Ahora bien, se analizan a continuación las cláusulas del reglamento de propiedad horizontal que pueden ser consideradas abusivas.

- i. El artículo 1 de la escritura pública 650 señala que: *“Tanto las zonas comunes como las unidades privadas, del HOTEL URBAN ROYAL CALLE 26 tienen destinación estricta y exclusivamente para el funcionamiento de un establecimiento hotelero de primera categoría, operado bajo una explotación unitaria y en desarrollo de tal destinación, para la venta de los servicios de alojamiento, venta de alimentos y bebidas, servicio de lavandería, comunicaciones, y demás inherentes a la actividad hotelera en la forma establecida en el Régimen de Administración y Operación del hotel, el cual se eleva a escritura pública con el presente documento”.*

Por medio de esta cláusula, al ligar la administración de hotel al Régimen de Administración y Operación, se limita la libertad contractual de los consumidores, ya que por este medio les imponen obligaciones, sin la posibilidad de modificarlo en la práctica.

- ii. Por medio del párrafo II y III del artículo primero de la escritura pública 650 se constituyó en todas las Unidades de Dominio Privado o habitaciones una Servidumbre denominada por EL CONSTRUCTOR de *“Uso y Administración”*, a favor del predio dominante Local – Hotel.

Sobre la abusividad de la cláusula que constituye este tipo de servidumbre ya se discutió anteriormente.

- iii. En el párrafo II del artículo primero de la escritura pública 650 se señala que el derecho al uso de los Bienes de Dominio Común que le competen a las 110 habitaciones corresponde en forma exclusiva al Local-Hotel, como predio dominante de tales servidumbres y/o al operador como titular del establecimiento de comercio.

Esta cláusula restringe el derecho legal que tienen los consumidores por ser propietarios de las unidades privadas de hacer uso de los bienes de dominio común.

- iv. El artículo décimo segundo de la escritura pública 650 señala que *“El Operador del Establecimiento Hotelero representará en la Asamblea General de Propietarios a los propietarios de las Habitaciones Hoteleras que se hallen ausentes y no hayan conferido poder general o especial a un tercero, representación que se dará en pleno derecho por el simple hecho de la asistencia del Operador...”*

Esta cláusula, presume nuevamente la *“manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo”*, siendo uno de los tipos de cláusulas abusivas prescritas expresamente por la legislación, la cual ya fue discutida anteriormente.

**b) Declarar incumplimiento del artículo 37 del Estatuto del Consumidor – Deber de información**

Tal como lo prescribe el numeral 1.3 del artículo tercero de la Ley 1480 de 2011 todo consumidor debe recibir información, completa, veraz transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto los productos que se le ofrezca. Ello incluye las condiciones y los riesgos que puedan derivarse del consumo o utilización. En esta línea el artículo 37 del Estatuto del Consumidor señala lo siguiente:

***ARTÍCULO 37. CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES Y DE LOS***

***CONTRATOS DE ADHESIÓN.*** *Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:*

1. **Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales.** *En los contratos se utilizará el idioma castellano.*
2. **Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.**
3. *En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.*

**Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En el caso bajo análisis, los propietarios no tuvieron acceso o fueron informados de las condiciones generales contenidas en el régimen de administración y operación del hotel, el cual regulaba sus obligaciones y derechos frente a la inversión que iban a realizar, así como la forma para calcular sus utilidades. Lo mismo resulta de lo establecido en el reglamento de propiedad horizontal, el cual fue realizado por el mismo constructor, y contiene limitaciones a la propiedad que iban a adquirir, así mismo, contiene condiciones generales de como se administran las habitaciones, y remite nuevamente al régimen de administración.

Teniendo en cuenta esto, se solicitará que se declare que EL CONSTRUCTOR incumplió los requisitos del artículo 37, por lo cual resultan ineficaces las cláusulas que no fueron informadas suficiente y anticipadamente.

**c) Condenar al constructor y promotor por publicidad engañosa.**

Para este punto recordemos que las obligaciones y menciones informativas de carácter objetivo contenidas en piezas publicitarias hacen parte integral del contrato suscrito entre el consumidor y el productor, ello en virtud del artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 . De ello se deduce que si en una pieza publicitaria existe información en la cual se prometa al consumidor la obtención de una rentabilidad, está hace parte integral del contrato de consumo, y, por tanto, debe ser cumplida de la misma forma y términos pactados en la publicidad, tal y como se haría con las obligaciones principales como la entrega del inmueble o de las áreas comunes. En consecuencia, y en virtud de la denominada doctrina de integración publicitaria, la promesa de obtención de beneficios producto de la operación del negocio hotelero dentro de la copropiedad es parte integral de la relación contractual de consumo, sobre la cual está Superintendencia tiene la competencia y el deber de pronunciarse.

Del mismo modo recordemos que la publicidad engañosa es una práctica abusiva del comercio la cual es definida por el artículo 13 de la ley 1480 de 2011 como: "aquella cuyo mensaje no corresponde a la realidad o sea insuficiente de manera que induzca o pueda inducir a error engaño o confusión". Bajo esta definición podemos encajar plenamente la situación descrita en los hechos de la acción de protección del consumidor, debido a que los consumidores, hoy copropietarios, fueron inducidos a adquirir los inmuebles y participar en el proyecto hotelero, entregando los mismos para su administración, bajo la promesa de obtener beneficios económicos producto de la operación hotelera en la copropiedad, mismos que no han obtenido en la forma o siquiera similar en la que fueron publicitadas por la constructora, es decir no corresponden a la realidad. Por tanto, y en consonancia con los mencionados artículos 1 y 9 del Decreto 4886 de 2011, esta Superintendencia no puede dejar desprotegidos los derechos de consumidores víctimas de engaños publicitarios, como lo son los propietarios del Hotel Urban Royal .

Al respecto se debe señalar que en el brochure de promoción, se señalaba un estimado de promedio mensual dependiendo del porcentaje de ocupación de la siguiente forma:



## Renta Promedio Mensual Estimada

TARIFA	OCUPACION				
	50%	55%	60%	65%	70%
\$ 235.000	\$ 1.028.000	\$ 1.202.000	\$ 1.376.000	\$ 1.551.000	\$ 1.725.000
\$ 240.000	\$ 1.078.000	\$ 1.257.000	\$ 1.436.000	\$ 1.616.000	\$ 1.795.000
\$ 245.000	\$ 1.128.000	\$ 1.312.000	\$ 1.496.000	\$ 1.681.000	\$ 1.865.000
\$ 250.000	\$ 1.178.000	\$ 1.368.000	\$ 1.556.000	\$ 1.746.000	\$ 1.935.000
\$ 255.000	\$ 1.228.000	\$ 1.422.000	\$ 1.616.000	\$ 1.811.000	\$ 2.005.000
\$ 260.000	\$ 1.278.000	\$ 1.477.000	\$ 1.676.000	\$ 1.876.000	\$ 2.075.000
\$ 265.000	\$ 1.328.000	\$ 1.532.000	\$ 1.736.000	\$ 1.941.000	\$ 2.145.000

Así mismo, se les dijo a los consumidores, que la posibilidad de que su habitación fuera administrada por el operador hotelero, era más rentable al arriendo de un apartamento de este mismo valor. Siendo todas estas las razones por las cuales los consumidores decidieron adquirir el bien y servicio ofrecido por el operador.

No obstante, en la ejecución del contrato, toda esta publicidad resultó falsa, induciendo al consumidor en un engaño.

En efecto, si bien lo señalado en el folleto era un estimado o aproximado a la rentabilidad que se obtendría, en la práctica, dichos valores, han sido absolutamente lejanos a los reales, en efecto, en meses donde la ocupación a superado el 70%, la rentabilidad de los consumidores ha sido de \$250.974, siendo un valor ínfimo comparado con el establecido en la publicidad señalada e incluso con un canon de arrendamiento de un inmueble de similares características.

Por lo cual se puede observar, que el promotor del proyecto buscó engañar al consumidor para que adquiriera el producto, con el fin de recaudar el dinero para finalizar el proyecto hotelero, sabiendo que los consumidores nunca obtendrían una rentabilidad ni similar a la publicitada.

Teniendo en cuenta lo anterior, los consumidores deben ser indemnizados como consecuencia de los perjuicios causados como consecuencia a esta publicidad, los cuales se pueden suscribir al costo de la adquisición del inmueble.

### **2.3. Riesgos principales:**

El principal punto que puede afectar el éxito de esta acción es que el juez o delegado determine que los propietarios no son consumidores, por lo cual sería necesario acudir a la demanda en vía ordinaria, solicitando la nulidad de las cláusulas, acción que se estudiará en el siguiente punto.

Adicionalmente, la parte demandada podría alegar la prescripción de las pretensiones por publicidad engañosa y por incumplimiento al deber de información, lo cual deberá ser analizado por el juez para determinar si hace parte de una controversia netamente contractual o no.

Así mismo, respecto a la pretensión por publicidad engañosa, existe la posibilidad de que el juez o delegado determine que en este caso no hubo, ya que no existió una promesa de rendimientos, al señalarse que era un estimado.

La posibilidad de que por esta vía se declare la abusividad de las cláusulas del reglamento de propiedad horizontal es remota, ya que al ser un acto que en principio no se encuadra dentro de la relación de consumo, la Superintendencia no tendría competencia para decidir. Por esto mismo, y teniendo en cuenta que la servidumbre está

constituida tanto por el contrato de compraventa como en la escritura del reglamento de propiedad horizontal, esta segunda en principio subsistiría a pesar de que se declare ineficaz la contenida en el contrato de compraventa.

En cuanto a la cláusula compromisoria, contenida en el régimen de administración, en el caso de que se decida demandar a Hoteles Royal S.A., se deben tener en cuenta los siguientes puntos, Teniendo en cuenta que el régimen de operación del hotel es un contrato de adhesión al cual los propietarios se obligaron al celebrar con el contrato de compraventa, sería posible alegar la ineficacia de la cláusula en virtud del artículo 37 del Estatuto del Consumidor, señalado anteriormente. Este artículo señala que las condiciones de los contratos de adhesión deben de haber sido informadas suficiente, anticipada y expresamente so pena de ser ineficaces y tenidas por no escritas. Por lo cual, teniendo en cuenta que los propietarios no conocieron de la existencia y contenido del Régimen de Administración y Operación del Hotel con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa se podría alegar su ineficacia general, así como la de la cláusula compromisoria específicamente. De igual forma, en este caso no se demandaría a la sociedad señalada como operadora del hotel, sino como promotora del proyecto hotelero, junto con EL CONSTRUCTOR.

### **3. Nulidad cláusulas Reglamento de Propiedad Horizontal y Régimen de Operación y Administración del Hotel – vía Jurisdicción Ordinaria**

En este tercer punto se analizará la demanda por nulidad de las cláusulas del Reglamento de Propiedad Horizontal y el régimen de Operación y Administración del Hotel. Para esto, en primer lugar, se analizará la obligatoriedad y aplicación para este caso de la cláusula compromisoria, y seguidamente, se estudiarán las causales de nulidad.

En principio esta acción sería presentada por los propietarios que no pueden ser calificados como consumidores, sin perjuicio que sus efectos afecten a todos los copropietarios. Es por esto, que en todo caso deberán ser vinculados estos, en el proceso, así como a la propiedad horizontal, y al operador.

### 3.1. Análisis cláusula compromisoria

Para iniciar el análisis de una acción por vía jurisdiccional, es necesario analizar la obligatoriedad de la cláusula compromisoria contenida en el Régimen de Administración y Operación del Hotel. El numeral 4.18 del Régimen establece que *“Las diferencias que surjan entre el Operador y los Propietarios del Establecimiento Hotelero serán sometidas a un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá quienes fallarán en derecho”*.

Para este análisis, se debe señalar en primer lugar, de donde nace la obligatoriedad del Régimen de Administración y Operación del Hotel, el cual contiene la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta que este no fue suscrito por los propietarios. Al respecto, el Régimen de Administración y Operación obtiene su obligatoriedad por remisión directa, tanto del contrato de compraventa elevado a escritura pública, como del Régimen de Propiedad Horizontal consignado en la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2013 de la Notaría 26.

En efecto en el párrafo 1 del numeral primero de la escritura pública de compraventa se señala que *“Tanto las zonas comunes como las unidades privadas, del HOTEL URBAN ROYAL CALLE 26 tienen destinación estricta y exclusivamente para el funcionamiento de un establecimiento hotelero de primera categoría, operado bajo una explotación unitaria y en desarrollo de tal destinación, para la venta de los servicios de alojamiento, venta de alimentos y bebidas, servicio de lavandería, comunicaciones, y demás inherentes a la actividad hotelera, **en la forma establecida en el Régimen de Administración y Operación del hotel.** El mencionado Régimen de Administración y*

*Operación al cual estará sometido el hotel, estará soportado en un sistema de servidumbres (...)*”

En este mismo sentido el artículo 1 de la escritura pública 650 señala que: *“Tanto las zonas comunes como las unidades privadas, del HOTEL URBAN ROYAL CALLE 26 tienen destinación estricta y exclusivamente para el funcionamiento de un establecimiento hotelero de primera categoría, operado bajo una explotación unitaria y en desarrollo de tal destinación, para la venta de los servicios de alojamiento, venta de alimentos y bebidas, servicio de lavandería, comunicaciones, y demás inherentes a la actividad hotelera en **la forma establecida en el Régimen de Administración y Operación del hotel, el cual se eleva a escritura pública con el presente documento**”.*

De esta forma, se ata a los propietarios de los apartamentos al Régimen de Administración y Operación de Hotel, y, por lo tanto, a la cláusula compromisoria contenida en este.

Ahora bien, esta cláusula se limita a *“Las diferencias que surjan entre el Operador y los Propietarios del Establecimiento Hotelero”* por lo cual, las diferencias que surjan con la Propiedad Horizontal o con EL CONSTRUCTOR como propietario inicial, vendedor y quien elevó a escritura pública el reglamento de propiedad horizontal, se escapan de la competencia señalada en la cláusula compromisoria.

No obstante, las diferencias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones del operador, abuso de su posición, y en general, cualquier discrepancia con el Operador tendría que ser sometidas a un proceso arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, existen diferentes argumentos que podrían atacar la obligatoriedad de esta cláusula, sin perder de vista que es la administración de justicia

quien toma la decisión final. A continuación, se exponen algunos de los argumentos por los cuales la cláusula compromisoria podría no tener validez:

El artículo 4 de la ley 1563 de 2012 establece que:

*“La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.*

*La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.”*

En este caso, la cláusula compromisoria no se encuentra en el contrato de compraventa, sino en un documento separado, por lo cual, de acuerdo con la norma, en el contrato se debía hacer referencia inequívoca a este documento. Así, si bien el reglamento de propiedad horizontal se hace referencia al Régimen de operación señalando que se anexa a la escritura pública, en el contrato de compraventa no se especifica inequívocamente a que documento hace referencia. De igual forma, no se cumple lo establecido en el inciso dos, por cuanto en la cláusula compromisoria no se indica de el contrato que se refiere.

Sin embargo, se debe señalar que la jurisprudencia ha dado validez a cláusulas compromisorias que no están contenidas en el contrato ni se hace referencia a estas en este, como es el caso de las cláusulas compromisorias de los reglamentos de propiedad horizontal.

Así mismo, teniendo en cuenta la estructura del Régimen de Administración y Operación del Hotel y en particular la localización de la cláusula compromisoria, la cual se encuentra en el numeral 4 con título *“Ingreso Total – Ingreso Disponible Neto – Costos y*

*Administración”* se podría señalar desde una interpretación sistemática, que las diferencias a las cuales se suscribe las diferencias señaladas en la cláusula compromisoria solo hace referencia a las relacionadas con los ingresos, costos y administración del hotel, por lo cual las relacionadas con la validez del régimen y la servidumbre podrían ser resueltas por la jurisdicción ordinaria.

De igual forma, en relación con las servidumbres y su validez jurídica, se puede argumentar que en este caso se demanda a Hoteles Royal S.A. no como operador del establecimiento hotelero, sino como propietario del Local-Hotel.

### **3.2. Nulidad Cláusulas Escritura Pública 650**

#### **a) Por falta de competencia dEL CONSTRUCTOR y contradicción de los artículos 7, 38 y 46 de la ley 675 de 2001:**

El artículo 7 de la ley 675 de 2001, establece la regulación de los conjuntos integrados por etapas, señalando lo siguiente:

*Artículo 7. Conjuntos integrados por etapas.*

*Cuando un conjunto se desarrolle por etapas, la escritura de constitución deberá indicar esta circunstancia, y regular dentro de su contenido el régimen general del mismo, la forma de integrar las etapas subsiguientes, y los coeficientes de copropiedad de los bienes privados de la etapa que se conforma, los cuales tendrán carácter provisional.*

*Las subsiguientes etapas las integrará el propietario inicial mediante escrituras adicionales, en las cuales se identificarán sus bienes privados, los bienes comunes localizados en cada etapa y el nuevo cálculo de los coeficientes de*

*copropiedad de la totalidad de los bienes privados de las etapas integradas al conjunto, los cuales tendrán carácter provisional.*

De este artículo se desprende que el propietario inicial, que por regla general resulta ser EL CONSTRUCTOR, podrá adicionar al reglamento de propiedad horizontal las etapas siguientes del conjunto. No obstante, esta norma señala que las escrituras adicionales deberán contener la identificación de los bienes privados y comunes y el nuevo cálculo de los coeficientes de copropiedad.

Desde una interpretación restringida de este artículo y en concordancia con los artículos 38 y 46 de esta misma ley, EL CONSTRUCTOR solo se encuentra facultado para adicionar en el reglamento los puntos mencionados, ya que cualquier otra adición significaría una modificación del reglamento de propiedad horizontal, la cual deberá ser aprobada por la asamblea general de propietarios con el voto favorable de por lo menos el 70% del coeficiente de la propiedad.

La interpretación señalada conllevaría a que, cualquier artículo que se incluya en la escritura pública adicional que regule algo diferente a lo señalado, tendría que ser aprobado por el 70% del coeficiente de la propiedad so pena de nulidad. Una interpretación diferente permitiría que EL CONSTRUCTOR modificara arbitrariamente el reglamento de propiedad horizontal en la medida que adicionara las etapas del conjunto.

En el caso concreto, EL CONSTRUCTOR por medio de la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2013 de la Notaría 26, reguló, además de la identificación de los bienes y coeficientes, otros aspectos. De forma directa estableció: la destinación del edificio; la actividad específica que se puede desarrollar en los bienes privados y comunes; la constitución de servidumbres atípicas y contrarias al ordenamiento jurídico; otorgó el uso de los bienes comunes a uno solo de los propietarios; otorgó facultades de representación de los copropietarios a uno en específico; estableció restricciones para la modificación del reglamento exigiendo porcentajes ilegales de aprobación.

Adicionalmente, de forma indirecta, al establecer que la operación del establecimiento hotelero se regularía de acuerdo con el Régimen de Administración y Operación del hotel anexándolo a esta escritura pública, reguló: la relación comercial de los propietarios de las habitaciones con el operador del hotel, la forma de administración del establecimiento hotelero, el valor del canon de las unidades privadas, el método de resolución de controversias, quien sería el operador del hotel, la forma como se repartiría los ingresos del hotel, entre otros aspectos, que además de escapar la órbita de regulación del reglamento de propiedad horizontal, extralimitan las competencias dadas por el artículo 7 al propietario inicial.

Teniendo en cuenta lo anterior, los artículos la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2013 de la Notaría 26 que regulen aspectos diferentes a la identificación de los bienes privados y comunes, y los nuevos coeficientes de la copropiedad deberán ser declarados nulos, al ser contrarios al ordenamiento jurídico.

**b) Por regular aspectos que escapan de la órbita de los Reglamentos de Propiedad Horizontal.**

Adicional a lo señalado, no se puede dejar de lado que por medio de la escritura pública 650 EL CONSTRUCTOR reguló aspectos que escapan del objeto de los Reglamentos de Propiedad Horizontal. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-035/97 señaló que el reglamento de propiedad horizontal *“no podrá ir más allá de la regulación de los derecho que exige el mantenimiento de la comunidad, de aquello que resulte necesario para su existencia, seguridad y conservación, y con las limitaciones mencionadas; así las cosas no podrán ser oponibles, por virtud del mismo, cláusulas relativas a derechos que no trascienden el ámbito de lo privado y que por tanto forman parte del núcleo esencial de derechos como la intimidad o la autonomía privada (...)”*

Como se expuso, EL CONSTRUCTOR por medio de la escritura pública señalada reguló aspectos que no se relacionan con la existencia, seguridad y conservación del inmueble, reglamentando la relación comercial de los propietarios con el operador, la administración y operación del hotel, los cánones de las propiedades privadas, constituyó un establecimiento comercial, restringió la destinación de las habitaciones en función del hotel, entre otros aspectos ajenos a la comunidad de la propiedad horizontal. Asimismo, por medio de estas estipulaciones, limitó la autonomía privada y negocial de los propietarios, su derecho de propiedad, restringiendo su uso, goce y disposición, vulneró el principio de igualdad, al otorgarles facultades desorbitantes a uno solo de los propietarios, entre otra vulneración de derechos.

Adicionalmente, no se puede dejar de lado el concepto del Ministerio de Vivienda del 26 de noviembre de 2017, en el cual señala que *“si bien los hoteles se consideran inmersos en la actividad comercial, no pueden estos estar bajo un régimen de propiedad horizontal, toda vez que un hotel no es conformado por bienes de dominio particular, sino que es un todo, una sola unidad lo que hace inviable por ley, la creación planteada en la consulta”*.<sup>3</sup> Si bien en el caso bajo análisis si existen bienes de dominio particular, en la práctica el hotel sigue siendo un todo, que funciona de forma dependiente.

Así las cosas, la regulación de un hotel por medio del reglamento de propiedad horizontal resulta a todas luces improcedente y contrario a la ley, por lo cual debería ser declarada la nulidad de la escritura pública 650, al contener una regulación ajena al reglamento de propiedad horizontal.

**c) Por contener cláusulas abusivas.**

---

<sup>3</sup> Ministerio de Vivienda, Respuesta consulta Radicado 2017ER0132533 del 22 de noviembre de 2017.

Como se señaló anteriormente, en principio los propietarios podrían ser considerados consumidores y, por lo tanto, les sería aplicable la regulación del Estatuto del Consumidor, en lo pertinente a las cláusulas abusivas. No obstante, existe el riesgo que el juez considere que en el caso analizado no hay una relación de consumo, por lo cual no sería aplicable el estatuto mencionado, no obstante, en virtud de la teoría del abuso del derecho y del principio de la buena fe, las cláusulas abusivas en otro tipo de contratos también han sido reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia, sancionándolas con nulidad.

Así, si bien el Estatuto del Consumidor establece un régimen de protección mayor y le exige mayores obligaciones al productor, en otros tipos de relaciones contractuales, el

---

adherente también puede llegar a ser protegido, aplicando la teoría de las cláusulas abusivas.

Respecto a lo anterior existe jurisprudencia al respecto, en un caso similar al estudiado, en donde el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, señaló lo siguiente:

*“La doctrina de las cláusulas abusivas se vincula normalmente al ámbito del contrato de adhesión y a la relación comerciante-consumidor, donde la posición ventajosa de una de las partes, significativa de un notorio poder contractual, se presta para establecer reglas que generan un notorio desequilibrio en la relación jurídica, atribuyendo ventajas notables para aquélla que detenta el poder normativo.*”

**Pero nada obsta para que la doctrina referida también se extienda a negocios jurídicos unilaterales y especialmente a negocios jurídicos colectivos, como es el caso de un reglamento de propiedad horizontal que tiene un efecto**

**vinculante frente a múltiples sujetos que no intervinieron en la celebración del acto y que terminan vinculados por el mismo, en su condición de adquirentes de un bien de dominio privado integrante de una propiedad horizontal.**

Tampoco existe razón para restringir la sanción de las cláusulas abusivas a las relaciones negociales entre comerciantes y consumidores. **La razón de ser de la figura, ligada al abuso del derecho, impone su reconocimiento en cualquier relación jurídica negocial de derecho privado en la que se evidencia el ejercicio desproporcionado del poder de regulación contractual.**

Así mismo se considera que para que se estructure la cláusula abusiva no es indispensable que la ventaja o prerrogativa desproporcionada se otorgue a la parte que crea el acto jurídico y que se establece sus condiciones. **Aunque no es la situación típica, resulta posible que las cláusulas o reglas que contienen la desproporción tengan como objetivo la atribución a un tercero de una posición notoriamente ventajosa en detrimento de otro u otros sujetos de la relación jurídica.**

(...)

**La razón de ser de la cláusula abusiva es la de evitar un abuso de un poder de regulación que en principio es legítimo, pero que se ejerce por fuera de la función que atañe a la autonomía privada y que termina atribuyendo una ventaja desmedida o exorbitante a una parte o inclusive a un tercero. Es igualmente la de reivindicar el principio de la buena fe contractual que se resquebraja cuando la parte que tiene el poder regulatorio utiliza el mismo en procura de un beneficio desproporcionado que se insiste, puede ser para sí o para un tercero.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Lo señalado conlleva a que, primero, las cláusulas abusivas no tienen por que estar contenidas en un contrato, sino pueden estar en actos unilaterales como es el reglamento de propiedad horizontal, así como, para el caso, el Régimen de Operación y Administración del Hotel. En segundo lugar, la desproporción que causan las cláusulas abusivas pueden ser a favor de quien las establece o para un tercero, como es el caso analizado, que si bien el reglamento de propiedad horizontal y el régimen de operación fue instaurado por EL CONSTRUCTOR, los beneficios desmedidos están en cabeza del operador.

Teniendo en cuenta lo anterior, independientemente que los propietarios puedan ser considerados consumidores o no, las cláusulas del reglamento de PH, así como el régimen de operación y administración, pueden contener cláusulas abusivas que deberán ser declaradas nulas. De igual forma, se señala que el régimen de operación y administración obtiene su obligatoriedad por dos fuentes, como anexo del reglamento de PH, y como parte del contrato de adhesión de compraventa de las habitaciones.

En cuanto a la definición de cláusulas abusivas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las cláusulas abusivas son las que no han sido negociadas de manera individual; lesionan la buena fe negocial, y generan un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes.<sup>4</sup>

Teniendo en cuenta lo señalado en principio se solicitaría la declaración de nulidad por abusivas, y vulnerar el principio de buena fe, las cláusulas señaladas en el punto anterior.

d) Por abuso del derecho

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia (2001), 2 de febrero. Expediente 5670, MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

El artículo 95 de la Constitución prohíbe el ejercicio abusivo del derecho, señalando que toda persona tiene el deber de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Ahora bien la Corte Constitucional ha señalado que:

*El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que **su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema.** Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo **se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros.** Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.*

*Para identificar este tipo de conductas, el juez en cada caso concreto, debe orientarse a establecer "sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, [si de la conducta del titular del derecho, puede] construir su pleno*

---

*convencimiento de un ejercicio abusivo y malintencionado de un derecho determinado", que **por lo general será el que trascienda el marco y la finalidad que el Constituyente y el Legislador le han otorgado a una facultad individual.***

*17. La actuación a la que puede atribuírsele un abuso del derecho resulta ambivalente para el ordenamiento jurídico. Mientras da la apariencia de estar conforme a derecho, en realidad lo contradice en forma inusual o atípica. Entonces, **cuando en principio la conducta es legítima porque está amparada por una regla que habilita al sujeto a actuar como lo hace, a la luz de un ejercicio hermenéutico que trasciende la disposición normativa***

**singularmente considerada y bajo una óptica sistémica del ordenamiento, se llega a la conclusión opuesta.**

Entonces, el abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. **Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo.** Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima.

(...)

Desde esta óptica, el abuso del derecho es una institución jurídica que, en un claro rechazo por la visión de los derechos subjetivos como garantías absolutas para sus titulares, asume el ejercicio de los derechos en contexto, no solo jurídico sino también social. Trata de reivindicar las prerrogativas individuales como facultades o permisiones que tienen fines que trascienden la dimensión individual e individualista de los derechos[85].

En este marco interpretativo, los derechos subjetivos se integran en un sistema mucho más amplio que los dota de sentido, alcance y al que en últimas debe responder la interpretación que se haga de ellos. En dicho marco, por supuesto, se encuentran los principios del derecho, los principios constitucionales y aquellos que informan cada sub sistema del ordenamiento jurídico, esto es, a las diversas jurisdicciones conocidas, dadas las características particulares de las específicas relaciones sociales que cada una de ellas regula.

(...)

19. Como quiera que en un ejercicio abusivo del derecho el sentido que se imprime a la norma que se busca aplicar, resulta ser un contrasentido, aquel impacta el sistema jurídico en forma ajena a los fines y principios que lo orientan, e incluso de modo totalmente opuesto a ellos. **Por lo general surge a través de una interpretación aislada de una regla, que sacada del contexto normativo del que hace parte, produce una ventaja irrazonable para quien busca su aplicación y, al mismo tiempo, una desventaja para otros.**<sup>5</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

De la lectura de este aparte, se puede evidenciar que se describe la conducta realizada por EL CONSTRUCTOR y el operador abusando de los derechos subjetivos que el ordenamiento le otorga, regulando la relación con los propietarios en su exclusivo beneficio.

En efecto, por medio del uso del reglamento de propiedad horizontal para la regulación de la operación del hotel, así como la suscripción del mismo al reglamento de propiedad horizontal, se muestra como en principio EL CONSTRUCTOR, de una facultad legal que tenía, como era adherir la última etapa al conjunto residencial, reguló una situación

---

atípica que sale de la función u objetivos de los reglamentos de propiedad horizontal.

Dicha regulación por este medio, conlleva para los propietarios, la imposibilidad práctica, de modificar la estructura abusiva de operación del hotel, por lo cual los ata de forma indeterminada a este esquema contrario a derecho, vulnerando los derechos de estos a la libertad contractual.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU631-17

Así mismo, por medio del uso de la figura de la servidumbre, buscando beneficiarse de sus características como es su perpetuidad y difícil modificación, obligan a los propietarios a entregar su propiedad a un propietario específico de las unidades privadas. Lo que normalmente se regularía por un contrato de arrendamiento o similar, EL CONSTRUCTOR de forma abusiva, lo reguló por medio de una servidumbre.

Adicionalmente, al regular de forma unilateral la operación del hotel, se estableció que los costos y gastos fueran manejados únicamente por el operador fuera de un sistema de pesos y contrapesos que garantizara la protección de los inversionistas y propietarios de las habitaciones del hotel. Esto conllevó, como era previsible, que el operador pudiera abusar de los derechos que le otorga el esquema leonado, para maximizar su beneficio en detrimento de los derechos de los inversionistas.

### **3.3. Acción negatoria de la servidumbre**

#### **3.3.1. La servidumbre como derecho real**

Para este punto es importante recordar que la servidumbre activa (la del predio dominante) es un derecho real según lo prescrito en el artículo 665 del Código Civil. Ello implica que la servidumbre versa sobre limitaciones al derecho de uso, goce y disposición de una cosa cierta, con independencia de la relación entre sus propietarios. Es por ello que la servidumbre comparte la oponibilidad propia de estos derechos, es exigible por cualquiera que adquiera o detente el predio dominante, grava a todo aquel que sea dueño, poseedor o tenedor del predio sirviente y cubija a todos los demás, quienes tienen que adoptar esa conducta pasiva que permite al titular beneficiarse del derecho, pero sin llegar a imponer la ejecución directa de alguna actuación para el dueño del predio sirviente. Es decir, la servidumbre como derecho real implica una relación general respecto del predio, y no intersubjetiva respecto de un acuerdo de voluntades.

Es por lo anterior que no es posible constituir una servidumbre que implique la disposición de derechos subjetivos o relativos a las partes de un acuerdo. Ello significa que en el caso concreto no es posible constituir una servidumbre de "uso y administración" o sobre "servicios complementarios", ya que estos versan sobre los derechos subjetivos que tienen los copropietarios frente a la administración y régimen de propiedad horizontal y el régimen de operación del hotel. Ello aun cuando estas servidumbres sean voluntarias, conforme al artículo 937 del Código Civil, como presuntamente sería el caso.

Adicionalmente, las servidumbres versan sobre asuntos y derechos cuyo ejercicio solo se da y es exigible dentro del marco del acuerdo de propiedad horizontal, es decir el gravamen no es oponible a terceros ajenos a esta relación, pese a contar con registro.

Por otro lado, estas servidumbres tampoco son válidas debido a que la servidumbre debe reflejarse en un beneficio directo al predio dominante y no a su propietario, ya que este derecho prevalece a pesar de la transferencia del bien dominante. Por tanto, si la constitución del gravamen de servidumbre no beneficia directamente al predio sino a su titular, ello no constituye servidumbre. Así, la servidumbre se limita a suplir las necesidades de los beneficiarios del predio dominante y por ello no será lícito que el dominante permita a terceros obtener beneficio de la servidumbre que le han concedido y, si llegase a hacerlo, estará abusando de su derecho. Ello debido a que se podría poner en duda el derecho de dominio que sigue preservando el dueño del predio sirviente respecto del bien gravado con servidumbre.

Aunado a lo anterior, en la escritura pública 650 del 7 de mayo de 2017 de la Notaría 26 de Bogotá, se afirma que se constituye las servidumbres que se denominaron de "uso y administración" y de "servicios complementarios", sin embargo, este tipo de servidumbre no aparece descrito en el Código Civil entre los artículos 879 a 942 en cuanto a los beneficios que pueden representar para el predio sirviente. Es decir, se puede deducir que serían supuestas servidumbres voluntarias porque se dieron mediante acuerdo entre

las partes, pero no se identifica sobre cuál es la mejora, servicio o necesidad de las descritas en los mencionados artículos, que suple para el respectivo predio dominante. Sin embargo, de ello se puede deducir, por un lado, que la servidumbre de "uso y administración" tiene como propósito entregarle el uso y goce de la propiedad a título gratuito, al propietario del denominado "Local - Hotel", cosa que desvirtúa la naturaleza jurídica de la servidumbre definida en el artículo 879 del código civil, y, además, tiene la intención de no permitir de forma plena el ejercicio del derecho de dominio por parte del propietario del predio sirviente. Por otro lado, con la supuesta servidumbre de "servicios complementarios" busca que el denominado "Local - Hotel" le preste servicios a los bienes de los copropietarios, mismo que solo pueden ser prestados, en todo caso, por el dueño de este o por sus agentes, cosa que se sale totalmente de la esfera del derecho real antes mencionado.

En todo caso, se puede deducir que lo que en realidad se pretendía constituir con la supuesta servidumbre de "uso y administración", era un usufructo sobre los bienes, figura jurídica que sí permite el uso y administración de una propiedad a título gratuito. Del mismo modo, podemos deducir que ni siquiera de facto esta figura jurídica está presente debido a que la constitución de un usufructo sobre un bien inmueble implicaría la suscripción de una escritura pública y su posterior registro, ya que se trata de un limitante en el uso y goce de la propiedad del inmueble, que va más allá de la mera tenencia o del uso y habitación.

Del mismo modo, podemos concluir que respecto a la supuesta servidumbre de "servicios complementarios" que está es imposible de cumplir bajo el ejercicio del derecho real de servidumbre, debido a que se trata de la prestación de unos servicios que no puede ser suplidos por la mera existencia de un gravamen, sino que estos sólo pueden ser realizados por quién es el propietario del predio sirviente o por sus agentes, cosa que implica la existencia de una relación intersubjetiva propia de los derechos subjetivos, y no de los reales como la servidumbre.

### **3.3.2. Sobre el acuerdo que impone la servidumbre.**

Adicionalmente, recordemos que al tratarse de una supuesta servidumbre voluntaria ello implica un acuerdo de voluntades, ello a su vez conlleva a que esta deba tener una causa, que en el ordenamiento jurídico colombiano se define, a través del artículo 1524 del Código Civil, como el motivo que induce al acto o contrato. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha referido que para que se entienda que una parte se obliga a un acto o declaración de voluntad es necesario que lo haga de forma motivada por una causa real y cierta, por tanto, la ausencia de una motivación cierta en el contrato causa un error en el objeto de este.

En el caso concreto vemos que no se cumple con la causa jurídica cierta para la realización de un acuerdo que impone el gravamen de la servidumbre, ya que la motivación de este acto es generar un beneficio al supuesto predio dominante, y no la de generar utilidad para el dueño de este. Esto es lo que precisamente ocurre en este caso, puesto que, por un lado, se pretende subrogarse los beneficios del uso de los bienes sirvientes, y, por otro lado, se pretende recibir servicios complementarios gratuitos. Es por esto, y en consonancia con lo anterior, que podemos concluir que la servidumbre independientemente de su naturaleza carece de fundamento causal cierto para su existencia.

### **3.3.3. La servidumbre y la propiedad horizontal.**

También es cuestionable la imposición de la servidumbre de este tipo dentro del contexto de un régimen de propiedad horizontal. Ello debido a que todos los asuntos que, a priori, pueden ser regulados dentro de la imposición de una servidumbre, deben estar contemplados dentro del régimen de propiedad horizontal, en lo que respecta a las zonas comunes y a las instalaciones y sistemas de servicios esenciales. Por tanto, la imposición

de servidumbres dentro del régimen de propiedad horizontal son casos excepcionales o en los que está involucrada la utilidad pública.

#### **3.3.4. Acción negatoria de la servidumbre.**

Hay que tener presente que la situación descrita no encuadra en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo 942 del Código Civil respecto de la extinción de las servidumbres. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado respecto de la existencia de la acción negatoria de la servidumbre por medio de la cual el propietario del predio supuestamente grabado busca impedir que se limite su propiedad con la imposición de un gravamen de dicha naturaleza, a menos que el titular del predio dominante demuestre la existencia del derecho para limitar el predio sirviente.

Así lo prescribe la Corte Suprema de Justicia en sentencia 129-2008 del 19 de diciembre de 2008:

*"En la actualidad, si bien no hay texto explícito en el Código Civil que alude inequívocamente a ella, razones lógicas, históricas y de defensa del derecho de propiedad conducen a colegir que mediante la acción negatoria el dueño de un predio defiende la integridad de su dominio frente a quienes aleguen ser titulares activos de servidumbres que lo graven, y se proyecta, no sólo, a que se declare la inexistencia de esa imposición, sino a la reintegración de la libertad del bien, vale decir a finiquitar la influencia del demandado sobre tal cosa. Sobra destacar que incumbe al propietario demandante probar su derecho sobre la cosa y que corresponde al demandado demostrar la existencia del gravamen que alega, pues, por regla general, la propiedad se supone libre de cargas a falta de prueba en contrario".*

De este modo, bajo los argumentos anterior esgrimidos sobre la inexistencia del derecho real de servidumbre y adjuntando la correspondiente prueba de la existencia del gravamen sobre las propiedades es probable obtener una resolución favorable a las pretensiones de los copropietarios del hotel NH Urban Royal. Esto debido a que la escritura pública No. 650 del 7 de mayo de 2017 de la Notaría 26 de Bogotá configura prueba suficiente e idónea para probar la existencia de estos gravámenes, y, por otro lado, puede comprobarse a través de su contenido la violación de la naturaleza jurídica del derecho real de servidumbre en el caso concreto.

Finalmente, es importante decir que esta acción sería mediante un proceso declarativo con disposición especial conforme al artículo 376 del Código General del Proceso, acompañando la demanda con los respectivos registros de instrumentos públicos y dirigiendola contra quiénes aparezcan cómo propietarios según estos.

#### **4. Protección derecho a la propiedad privada – Vía Tutela**

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho de propiedad privada *“no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas que se traduzcan en el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de obtener una utilidad económica sobre sus bienes, y de contar con las condiciones mínimas de goce y disposición”*<sup>6</sup>. En el caso bajo análisis, por medio de las servidumbres constituidas, y en general bajo el esquema creado y prácticamente inmodificable de operación y administración del hotel, se está vulnerando el derecho de propiedad de los propietarios de las habitaciones, teniendo en cuenta que está siendo sujeto a restricciones desproporcionadas y abusivas, impidiendo tanto obtener una utilidad económica o el uso, goce e incluso disposición de las habitaciones, ante la imposibilidad actual de venderlas, bajo las condiciones existentes.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-454/12.

Sin embargo, la protección del derecho de propiedad vía acción de tutela solo está amparado excepcionalmente, teniendo en cuenta que este por si sólo no puede ser considerado un derecho fundamental. En este sentido, la Corte ha sido enfática en señalar que *“la propiedad solo puede ser considerada un derecho fundamental cuando las facetas invocadas por los accionantes (uso, goce, usufructo, etc.) tengan una relación*

---

*directa con la dignidad humana”*<sup>7</sup>. En este sentido, para que sea factible obtener la protección del derecho de propiedad vía tutela, es necesario que con la afectación a este derecho a su vez se vulneren derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, vida digna, mínimo vital o principio de solidaridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el caso estudiado la acción de tutela no resulta la vía adecuada para lograr la protección del derecho de propiedad de las habitaciones, teniendo en cuenta que de forma general no sé está afectando los derechos fundamentales mencionados. Sin embargo, vale la pena analizar si alguna de las personas que contrataron el servicio, de forma particular puede estar en una situación de vulnerabilidad especial que permita concluir que las limitaciones actuales sobre la habitación de su propiedad le puedan estar creando un perjuicio irremediable, siendo por ejemplo su único medio de subsistencia.

#### **4.1. Actuación por realizar**

En el caso de que alguna de las personas firmantes del contrato crea estar en una situación particular de vulneración o que su único medio de subsistencia sea el canon de las habitaciones, por favor comunicarlo, aportando los soportes que considere pueden respaldar esta situación, para hacer el análisis específico del caso y evaluar la posibilidad de presentar una acción de tutela.

---

<sup>7</sup> Ibídem.

## 5. Vía Penal

### 5.1. Posibles delitos cometidos

A partir de los hechos relatados se pueden distinguir diferentes actuaciones realizadas por EL CONSTRUCTOR y Hoteles Royal S.A. que podrían llegar a ser calificadas como un delito de acuerdo con el Código Penal. Dentro de los posibles delitos se encuentran los siguientes:

#### a) Estafa:

##### ***Artículo 246 Código Penal. Estafa.***

*El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)*

Al respecto se puede señalar que durante la venta de los inmuebles, EL CONSTRUCTOR y promotor siguiendo órdenes de Hoteles Royal S.A. engañó a los futuros propietarios, ofreciéndoles una rentabilidad falsa y un negocio supuestamente más ventajoso que la compra de un apartamento, que a la fecha ha significado pérdidas para los compradores, y ha llevado a que Hoteles Royal S.A. reciba por diferentes conceptos utilidades, así como la financiación para un proyecto creado y administrado por ellos.

Sin perjuicio de lo anterior, deberá probarse durante el proceso penal el dolo de EL CONSTRUCTOR y de los administradores de Hoteles Royal S.A., así mismo, se debe

tener en cuenta que tanto EL CONSTRUCTOR como el operador podrían defenderse señalando que no hubo una promesa de utilidad, sino se ofrecía una expectativa. Adicionalmente, podrían señalar que el bajo ingreso se debe a la afectación del mercado.

**b) Enriquecimiento ilícito.**

***Artículo 327 Código Penal. Enriquecimiento ilícito de particulares.***

*El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

En relación con el delito de enriquecimiento ilícito, se puede alegar en una acción penal que el operador ha obtenido un incremento patrimonial a partir de los engaños realizados para la financiación del hotel por medio de la estafa presuntamente realizada, los cuales se concretan en la remuneración recibida por la gerencia del hotel, las regalías por el uso de la marca Royal, y el pago por ser propietario del “Local-Hotel”.

Sin embargo, nuevamente el Operador puede alegar que el dinero recibido ha sido obtenido lícitamente como contraprestación de la administración del hotel y del uso de la marca.

**d) Obtención de documento público falso:**

***Artículo 288 Código Penal. Obtención de documento público falso:***

*El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.*

Por último se estudió la posibilidad de denunciar al constructor por el delito de obtención de documento público falso, esto teniendo en cuenta que en la escritura pública de compraventa<sup>8</sup> de las habitaciones, este incluyó en la cláusula cuarta de “libertad y saneamiento” que el inmueble se entregaba libre de limitaciones al dominio o cualquier tipo de gravamen, siendo una falsedad, toda vez que por medio de la escritura pública 650 del 7 de enero de 2013 se constituyó la servidumbre de uso y administración sobre el inmueble vendido, tal y como se puede verificar en el Certificado de Tradición y Libertad.

Respecto a este delito, se debe tener en cuenta que no tendría ninguna repercusión en el operador sino solo en EL CONSTRUCTOR quien fue el que suscribió el contrato de compraventa elevado a escritura pública. Así mismo, deberá probarse el dolo de su actuación.

## **5.2. Procedimiento**

En primer lugar, será necesario preparar la denuncia y recoger los elementos materiales probatorios que se tengan en poder de los propietarios, para ser presentada ante la fiscalía. Esta entidad deberá instaurar un plan metodológico como parte de la indagación preliminar con el fin de determinar si se cometió un delito e individualizar los actores del mismo.

---

<sup>8</sup> Esto teniendo en cuenta la Escritura Pública 412 de 2014, de la compraventa realizada por Germán Alonso Hernández.

La Fiscalía podrá archivar el proceso o formular imputación de cargos en el caso que encuentre indicios suficientes de la comisión del delito, iniciándose la etapa de investigación, la cual tiene un término de 90 a 120 días, y la cual culmina con la preclusión o con la presentación del escrito de acusación por parte de la fiscalía dando inicio a la etapa de juicio la cual puede culminar con una sentencia condenatoria o absolutoria.

Durante todo el proceso, los propietarios podrían participar como víctimas.

### **5.3. Elementos a tener en cuenta**

Se debe tener en cuenta que será la Fiscalía quien determinará si se cumplen los presupuestos necesarios para formular la imputación y acusación, verificando si se cumplen los elementos típicos del delito, así como si existió dolo en la actuación de los investigados. Así mismo estos procesos pueden durar años, teniendo en cuenta que tienen diferentes instancias judiciales y extrajudiciales.

Por último, en este caso no se evidencia que se pueda alegar la prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta el artículo 83 del Código Penal.

## **6. Discusión otras acciones:**

### **6.1. Acción por incumplimiento:**

El artículo 1546 del código civil, establece que en caso de incumplimiento contractual, la que cumplidora podrá solicitar la terminación o el cumplimiento del contrato más el pago de una indemnización. No obstante, para que se declare la resolución del contrato el incumplimiento debe ser grave.

Partiendo de lo anterior, se debe determinar en el contrato suscrito, entendido este el contrato de compraventa y el régimen de administración y operación, que puede constituir un incumplimiento.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en sí el contrato solo establece tres obligaciones en cabeza del operador, a favor de los copropietarios, los incumplimientos se deben suscribir a estas. Las obligaciones son, el pago del porcentaje correspondiente obtenido a partir del ingreso neto obtenido de acuerdo con la fórmula señalada en el contrato, el pago de por lo menos el mínimo garantizado y el nombramiento del auditor. De estas obligaciones se desprende, que el operador debe entregar los documentos necesarios para la ejecución de la auditoría, así mismo, las cuentas deben estar correctamente realizadas y soportadas. Otra obligación implícita es el cuidado y mantenimiento de las habitaciones al estar bajo su administración.

Hay que tener en cuenta, el contrato le otorga total autonomía al operador para que establezca los gastos que considere necesarios para la operación del hotel, incluida la remuneración de los trabajadores, celebración de contratos, etc..., por lo cual, en principio los gastos que este realice independientemente si los propietarios consideren si son correctos o no, no llevan a un incumplimiento contractual. Así mismo, el bajo valor pagado de canon, tampoco puede ser considerado un incumplimiento del régimen, por cuanto en ninguna de sus cláusulas el operador se obliga a pagar un mínimo.

Teniendo en cuenta lo señalado, y de acuerdo con la información suministrada, los incumplimientos que ha realizado el operador son la falta o entrega tardía de documentos y soportes al auditor, el no pago del mínimo garantizado en el año 2020, y posible apropiación indebida de dinero.

Frente al primer incumplimiento señalado, dicha situación puede no ser considerada con la gravedad suficiente para terminar el contrato, por lo cual solo se obligaría al operador a cumplir esta obligación, así mismo, es muy difícil probar por este incumplimiento

cualquier tipo de perjuicio. En cuanto a la falta de pago del mínimo garantizado en el año 2020, el operador podrá alegar fuerza mayor o caso fortuito, como eximente de responsabilidad, como consecuencia del COVID. Por último, en cuanto a la apropiación indebida, a la fecha no existen pruebas suficientes que permitan acreditar esta situación, así mismo, teniendo en cuenta la amplia libertad que entrega el régimen para la administración de los ingresos por parte del operador, lo esperado es que los gastos estén justificados.

Teniendo en cuenta lo señalado el éxito de esta acción es remoto y al mismo tiempo resulta contraproducente su presentación, teniendo en cuenta que con las acciones principales se está atacando la validez de estos contratos, lo cual llevaría a su nulidad, por lo cual pedir al tiempo, la terminación o el cumplimiento resultaría contrario a estas acciones.

Por último, se resalta que, en el caso de que se decida acudir a la acción por incumplimiento, esta deberá ser presentada ante un Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta la cláusula compromisoria contenida en el Régimen de Propiedad Horizontal, lo cual significa unos gastos adicionales para los copropietarios.

## **6.2. Vicios en el consentimiento:**

Sin perjuicio de que la acción de nulidad por vicios del consentimiento se encuentra prescrita, a continuación, se hace un breve análisis de la misma, para el caso concreto.

El artículo 1508 del Código Civil establece que son vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo.

En cuanto al error el artículo 1511 señala:

*“El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.*

*El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.”*

En el caso analizado se alega que la razón o el principal motivo por el cual se celebró el contrato de compraventa fue la obtención de una rentabilidad de acuerdo con la publicidad presentada, por lo cual al no entregarse el rendimiento señalado existe un error de hecho.

En cuanto al dolo la jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:

*“El dolo, concebido en sentido amplio como la intención de inferir o causar daño a alguien (art. 63 C.C.), en el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto.”<sup>9</sup>*

Así mismo, frente a este vicio del consentimiento el artículo 1515 del código civil señala que:

*“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.*

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 11001 del 6 de marzo de 2012. MP William Namén Vargas.

*En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.”*

Teniendo en cuenta lo señalado, en este caso, para alegar el vicio del consentimiento se debe demostrar que EL CONSTRUCTOR actuó de forma malintencionada durante la venta del inmueble, lo cual resulta en la práctica difícil de probar.

Así mismo frente al dolo del operador, se podrían solicitar el pago de los perjuicios causados, debiéndose probar los mismo, así como el dolo de este, lo cual nuevamente resulta remoto.

Ahora bien, como se mencionó al inicio esta acción se encuentra prescrita toda vez los vicios del consentimiento se consideran una nulidad relativa por la legislación, por lo cual el término para presentar la acción son 4 años desde la celebración del acto jurídico.

## **7. Posibilidad de Conciliación.**

Por último, se pone de presente la posibilidad de intentar por vía de conciliación extrajudicial, llegar a un acuerdo con el operador. En el caso de que se decida optar por esta opción o resulte obligatoria como requisito de procedibilidad para alguno de los procesos a iniciar, esto podría representar un gasto adicional para los copropietarios, dependiendo si se incluyen pretensiones económicas. La suma a pagar dependerá del valor de las pretensiones.

## **8. Plan a seguir y probabilidad de éxito:**

A continuación se exponen las acciones recomendadas y su probabilidad de éxito, así como las actuaciones que se deberán realizar a continuación:

### **8.1. Modificación Vía Asamblea de Propietarios.**

Probabilidad de éxito: 5% Acciones:

- Coordinar con los copropietarios la búsqueda de votos a favor en la Asamblea de Copropietarios para modificar el Reglamento, como mecanismo de presión, sin perjuicio de la inviabilidad de esta vía.
- Solicitar a la administración de la copropiedad, incluir en el orden del día de la Asamblea, la modificación del reglamento de propiedad horizontal, de acuerdo con lo señalado.

### **8.2. Acción de protección del consumidor:**

**Probabilidad de éxito: 60%**

**Riesgos principales: prescripción, calidad de consumidores.**

**Acciones:**

- Los copropietarios que consideren que no pueden ser considerados consumidores deberá informarlo a la firma.
- Elaboración y envío de poderes.
- Envío de documentos adicionales.
- Presentación de la reclamación al constructor como requisito para iniciar la acción de protección del consumidor.
- Presentación de la acción ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

### **8.3. Acción de nulidad vía ordinaria:**

**Probabilidad de éxito: 65%**

**Riesgos principales: ausencia de nulidad absoluta Acciones:**

- Elaboración y envío de poderes a las personas que no puedan ser calificadas como consumidores.
- En el caso que se decida solo alegar la nulidad, sin pretensiones económicas o indemnizatorias, se podrá presentar directamente la demanda sin tener que agotar el requisito de procedibilidad. De forma contraria se deberá intentar previamente la conciliación extrajudicial.

#### **8.4. Acción negatoria de la servidumbre:**

**Probabilidad de éxito: 70%**

**Riesgos principales:** cláusula compromisoria.

**Acciones:**

- Elaboración y envío de poderes.
- Presentación de la acción.

#### **8.5. Tutela**

**Probabilidad de éxito: 40%**

**Riesgos principales:** ausencia de inmediatez o debilidad manifiesta.

**Acciones:**

- En el caso de que alguno de los copropietarios considere cumplir los requisitos señalados, informarlo a la firma para realizar la evaluación del caso.
- En el evento que se considere que es viable para el caso concreto, presentar la acción de tutela.

#### **8.6. Acciones Penales**

**Probabilidad de éxito:**

- a) Estafa: 50%
- b) Enriquecimiento ilícito: 50%
- c) Obtención de documento público falso: 10%

**Acciones:**

- Una vez sea admitidas las acciones señaladas, presentar las denuncias por estafa y enriquecimiento ilícito ante la Fiscalía.
- A medida que avancen los procesos, revisar nuevamente la posibilidad de interponer las otras denuncias.

**9. Información adicional:**

- Posibles acciones defensivas del operador:

Teniendo en cuenta el numeral 3.3. del Régimen de Administración, el Operador podría demandar a los copropietarios por perturbar la tenencia de los inmuebles, por medio de las acciones que se pretenden realizar, sin embargo, esta acción tiene una baja probabilidad de éxito, ya que la perturbación real solo se realizaría en el caso de que el juez determine que el régimen y la servidumbre son nulos o abusivos, lo cual no podría ser atribuido a los propietarios.

En caso de las acciones penales, podrían denunciar por falsa denuncia, sin embargo, igual que en el caso anterior consideramos que la probabilidad de éxito es muy baja.

- Gastos en caso de perdida de los procesos:

En los procesos judiciales al proferir sentencia, el juez o delegado establece las costas procesales, las cuales se componen de las expensas y las agencias en derecho. Estas sumas deben ser asumidos por la parte que perdió el litigio y con estas se busca compensar los gastos que se generaron por el proceso.

Las agencias en derecho corresponden a un reconocimiento por los gastos asumidos por la representación de un abogado. Las tarifas para fijar estas costas se encuentran en el acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, en donde establece que, para los procesos declarativos, como sería el caso, son las siguientes:

a. Primera instancia:

- i. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
  - a. De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
  - b. De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- ii. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

b. Segunda instancia:

Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.

En cuanto a las expensas, obedecen a los gastos necesarios para tramitar los procesos, como son las copias, las publicaciones, los honorarios de peritos, gastos de desplazamiento entre otros. Por lo cual dependerá de lo que se cause durante el proceso.

**10. Información y documentos necesarios:**

- 10.1.** Escritura Pública contrato de compraventa.
- 10.2.** Recibos de los pagos realizados por el operador.
- 10.3.** Informar si su actividad económica se relaciona con negocios inmobiliarios, de inversión, u hoteleros.
- 10.4.** El mensaje de datos en el cual envían la información de la inversión al señor Valbuena.
- 10.5.** Cualquier otro documento que se considere necesario en la medida que se adelanten los procedimientos.