

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE ELÉCTRICOS H. G. y CIA LTDA. CONTRA
ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.**

AUDIENCIA DE LAUDO ARBITRAL

Medellín, treinta (30) de septiembre de 2013

A las tres de la tarde (3:00 p.m.), en las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se reunió el Tribunal de Arbitramento que habrá de resolver el litigio promovido **ELÉCTRICOS H-G y CIA. LTDA.** en contra de **ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.**, para llevar a cabo la audiencia de laudo.

Asistieron a la audiencia:

Por la parte demandante: El representante legal, **LUIS FERNANDO HOYOS LONDOÑO** y el apoderado procesal, doctor **CARLOS MARIO BEDOYA CARDONA.**

Por la parte demandada: La apoderada procesal, doctora **ÁNGELA PATRICIA RAMÍREZ GIRALDO.**

El Tribunal dio lectura de las consideraciones más relevantes del laudo y de su parte resolutive conforme a lo dispuesto por el artículo 154 del decreto 1818 de 1998.

Acto seguido, se hizo entrega de las siguientes copias auténticas del laudo:

Al Dr. **CARLOS MARIO BEDOYA CARDONA**, apoderado de la parte convocante, la segunda copia, sin mérito ejecutivo.

Se hace constar que a la apoderada de la parte convocante, Dra. **ÁNGELA PATRICIA RAMÍREZ GIRALDO**, la primera copia que presta mérito ejecutivo.

Y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, tercera copia, sin mérito ejecutivo.

Por último, se fija el día **viernes once (11) de octubre de 2013 a las 10:00 a.m.** para resolver las eventuales solicitudes que presenten las partes respecto del laudo arbitral proferido.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 4:20 p.m. y se firma por los que en ella intervinieron.


FERNANDO OSSA ARBELÁEZ
Árbitro Presidente

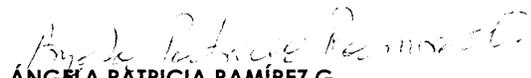

ARTURO GÓMEZ DUQUE
Árbitro


JUAN CARLOS GAVIRIA G.
Árbitro


CARLOS MARIO BEDOYA C.
Apoderado demandante



LUIS FERNANDO HOYOS L.
Representante legal
Demandante



ÁNGELA PATRICIA RAMÍREZ G.
Apoderada demandada



JUAN DAVID POSADA G.
Secretario

LAUDO ARBITRAL

Árbitros:

FERNANDO OSSA ARBELÁEZ (Presidente)
 JUAN CARLOS GAVIRIA GÓMEZ
 ARTURO GÓMEZ DUQUE.

Secretario:

JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ.

Partes:

ELÉCTRICOS H-Gy CIA. LTDA. (Provocante – Convocante)
 ARQUITECTURA y CONCRETO S.A. (Provocada - Convocada)

Radicado: 2011 A 076.

Siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), del treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013), el Tribunal Arbitral profirió el siguiente laudo que pone fin al proceso promovido por **ELÉCTRICOS H-G y CIA. LTDA.** en contra de **ARQUITECTURA y CONCRETO S.A.** La decisión se profiere en derecho y por mayoría.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

Con fecha nueve (9) de diciembre de 2011, **ELÉCTRICOS H-G y CÍA. LTDA.** (en adelante **ELÉCTRICOS H-G**) presentó, ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que este dirimiera el conflicto que dijo tener frente a la sociedad **ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.** (en adelante **ARQUITECTURA Y CONCRETO**) y con invocación de la cláusula compromisoria contenida en el Anexo No. 3 que hace parte de cada uno de los contratos de oferta comercial que fueran suscritos entre **ELECTRICOS H-Gy ARQUITECTURA Y CONCRETO**, para el suministro e instalación de redes eléctricas, el cual reza así:

"Las diferencias que surjan entre ELECTRICOS H-G Y CIA. LTDA. y ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A. por razones de la presente oferta y de la relación que llegare a surgir entre las mismas durante su ejecución, interpretación o liquidación, serán sometidas a la decisión de un TRIBUNAL DE VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

ARBITRAMENTO, designado por la CAMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCION -CAMACOL-. El tribunal dictará un fallo en derecho."

Los árbitros fueron designados el día 23 de mayo de 2012 ante el Juzgado 28 Civil Municipal de Medellín, así:

"Ante la asistencia de las partes convocada y convocante, el Juez consulta a las partes intervinientes para que si desean libremente designar los árbitros, ante lo cual informan de común acuerdo que nombran a JUAN CARLOS GAVIRIA GOMEZ y que los demás sean nombrados por el Despacho. Acto seguido se consulta la lista de árbitros inscritos en la CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, adjunto al expediente y de ésta designa como terna de ARBITROS PRINCIPALES a:

- 1. JUAN CARLOS GAVIRIA GOMEZ*
- 2. ARTURO GOMEZ DUQUE*
- 3. FERNANDO OSSA ARBELAEZ."*

Los árbitros así designados aceptaron su encargo dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de 1989.

II. DILIGENCIAS ARBITRALES

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el dieciocho (18) de septiembre de 2012, y se inadmitió la demanda arbitral.

Cumplidos los requisitos exigidos por el Tribunal, se admitió la demanda y surtido el traslado correspondiente, la convocada la replicó en tiempo oportuno, formulando excepciones de fondo.

El veintiocho (28) de febrero de 2013, se llevó a cabo audiencia de conciliación sin la comparecencia de la parte convocada, por lo que se declaró fracasada esta etapa y se procedió, a la fijación de gastos y honorarios del proceso.

Verificada la consignación, en tiempo oportuno, de la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal por las partes del proceso, se realizó la primera audiencia de trámite el diecisiete (17) de abril de 2013, en la que el Tribunal asumió competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento y decretó las pruebas pedidas por las partes.

Las pruebas ordenadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la contradicción de las mismas.

Agotado el período probatorio las partes presentaron sus alegaciones de fondo, en audiencia surtida el veintiocho (28) de agosto de 2013. La convocante adujo que debía accederse a las pretensiones de la

demanda, por los motivos y argumentos que más adelante se sintetizarán. La sociedad opositora, a su vez, mantuvo su defensa y consideró que no podía elevarse un reclamo como el efectuado por el demandante, pues no existía prueba del perjuicio sino más bien de su beneficio en el desarrollo de los contratos censurados, de lo cual igualmente más adelante se hará mención.

Vencidas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir del diecisiete (17) de abril de 2013, fecha en la cual se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (artículo 103 de la Ley 23 de 1991), vence el diecisiete (17) de octubre de 2013, razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Los fundamentos de hecho, conforme a lo anunciado por el **provocante**, se pueden sintetizar así:

Entre las partes fueron celebrados contratos denominados **"DE OFERTA COMERCIAL PARA EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE REDES ELÉCTRICAS"**, pero entre uno y otro contrato sólo *"variaba lo relativo a las cantidades y duración, mientras los valores del servicio resultaban proporcionalmente los mismos de acuerdo a la época de la ejecución de los trabajos y las cantidades de obra a ejecutar."*

Los contratos fueron trece (13) en total y se denominaron así: a) ALTOS DE SAN JOSÉ, b) HACIENDA SAN JOSE, c) LAS ANTILLAS APARTAMENTOS, d) PUEBLA, e) 43 AVENIDA, f) PUNTA OESTE, g) RESERVAS DE SAN JORGE, h) BOZET ETAPA, i) MOLINO DE SAN LUCAS, j) CIUDAD LAS ANTILLAS -CASAS etapa 1 k) CIUDAD LAS ANTILLAS etapa 3, l) BODEGA SABANA SUR, m) SAN FERNANDO -CASAS-.

En realidad no existió tal oferta, sino **"contratos de adhesión"**, donde se tipificó **un abuso de derecho** y *desequilibrio contractual*, todo imputable a la provocada, lo cual privó a la provocante de la justa utilidad y le trajo pérdidas, le afectó su *goodwill* y le imposibilitó continuar sus labores.

La figura del desequilibrio contractual es propia del Derecho Público, pero aplicable por analogía al derecho privado, pues *"donde hay la misma razón debe haber la misma disposición"*.

Fuera de lo anterior, según el provocante, la demandada se aprovechó de su **"posición dominante"**.

Se enuncian posteriormente las obras, el valor de cada una, fecha de iniciación y de terminación, conforme a las condiciones unilateralmente impuestas por la provocada.

A cada una de las "OFERTAS COMERCIALES" se le agregaron **cinco anexos**, a saber:

Anexo N° 1.- Conforme a él, sólo el provocante asume *todo riesgo en, la ejecución de la obra.*

Anexo N° 2.- "...sólo ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A. podrá poner fin al objeto de la "oferta" por causales que ella juzgue.

Anexo 3.- Se señala una cláusula compromisoria.

Anexo 4.- Se señala una multa de \$ 250.000 a cargo exclusivo del provocante por el incumplimiento de las fechas señaladas.

Anexo 5.- Se impone al provocante un otorgamiento de cuatro pólizas que garanticen: a.- "*buen manejo del anticipo*". b.- *el cumplimiento*, c.- *la estabilidad de la obra*, y d.- *la responsabilidad civil*.

Demuestra todo lo anterior que los contratos fueron de *adhesión*, manipulados hábilmente para hacerlos aparecer como "OFERTA COMERCIAL".

En el hecho "UNDÉCIMO" de la demanda dice que "*se configura un hecho de imposición abusiva*" **por exigir póliza** de garantía y además por imponer los llamados "RETENIDOS" del 10% del valor de cada contrato, para ser reembolsados a la terminación del mismo.

En el hecho "DUODÉCIMO" se anota que *ese término para restituir lo retenido* lógicamente debió extenderse únicamente hasta la terminación del indicado para cumplir el contrato y, sin embargo, *motu proprio*, el provocado lo extendió hasta la terminación de cada obra, término que era muy largo e incierto. Hubo allí otra **imposición abusiva**.

En el hecho "DECIMOTERCERO" se afirma que aún vencidos los términos pactados, el **provocante** fue obligado a continuar prestando los servicios "*so pena de declararle un incumplimiento del contrato y hacerle efectivas las pólizas suscritas.*", de manera que con tal amenaza lo inducía en error y temor, y de esa forma "**de manera abusiva, ambigua y sorpresiva imponía sus condiciones.**"

En este mismo hecho se enuncian las fuentes de los perjuicios que reclama, así:

- a) Mora en el pago de las obligaciones, por lo cual se reclamaron *intereses*, a más de los perjuicios por el **abuso de derecho**.
- b) Perjuicios por las prórrogas impuestas luego de vencido el término, lo cual se hacía con la amenaza de declararlo incumplido e incurso en responsabilidad.

b-1.- Abusando de su poder dominante, el provocante lo obligó a efectuar *obras adicionales*, no previstas inicialmente, por el precio que unilateralmente señaló, y el cual sería pagado sólo al terminar la obra.

Ello le trajo a la provocante una situación de insolvencia, al punto que algunas veces la provocada hubo de pagar los materiales y la mano de obra, suma que después era descontada del pago a **ELÉCTRICOS H-G**, incluido el **IVA**, sin mirar que luego se lo devolvió la DIAN por haber sido incluido en gastos.

b-2.- Los "**retenidos**" que se impusieron, a más de la póliza de cumplimiento, no se reembolsaron al vencimiento del término pactado, sino a la terminación de la obra, todo lo cual constituyó **un abuso de derecho**.

b-3.- Fue obligada **ELÉCTRICOS** a mantener toda la planta de operarios hasta la terminación de cada obra, lo cual generó altos costos debido a la *imprevisión de la demandada*, e imposibilitó que la provocante atendiera otros frentes.

En cuanto a las **pretensiones**, las cuales no se transcriben literalmente, sino de la manera como este Tribunal las interpreta, para facilitar desde ya el análisis de su procedencia o improcedencia, se solicitó lo siguiente:

1.- Se declare que sobre los contratos denominados de "**OFERTA COMERCIAL**" *"existe una actividad ficticia"* pues fue preparada por **ARQUITECTURA Y CONCRETO** y sometidas a la adhesión de la parte contraria.

2.- Se declare que lo que se dio fue "**un contrato de adhesión**" impuesto por la demandada.

3.- Se declare que **ARQUITECTURA Y CONCRETO** *"incurrió en actos ilegales y de abuso de derecho"* durante la ejecución de cada contrato.

4.- que *"por virtud del abuso se configuraron dentro de los contratos... situaciones desventajosas para la contratista"* de las cuales debe responder por su posición dominante "**bajo la modalidad de abuso de derecho**".

5.- Que de no acogerse las fórmulas propuestas para estimar el de cada contrato, se acuda a peritos, o bien *"a los términos y fórmulas estipulados en el ANEXO 5 de cada contrato, donde se estipula el pago de multas a razón de \$250.000 diarios por el incumplimiento...a partir del fin del término estipulado para la ejecución de las obras contratadas..."*

6.- Que por la mora en el pago de obligaciones exigibles ha de pagarse intereses por un total de **\$176.315.669** *"por cada uno de los conceptos y obras, tal como se determina en la tabla ANEXA-5"*.

7.- Que se reembolsen a la provocante las sumas por **IVA** que abusivamente fueron descontadas, por un total de **\$18.426.636**.

8.- Que se impongan las costas y agencias en derecho.

IV. RESPUESTA A LA DEMANDA

En su respuesta, la **provocada** manifiesta, en síntesis, que los contratos, son esencialmente independientes, y que no se pueden acumular.

Que no son de **adhesión**, pues el demandante presentaba cotización al igual que otras compañías las que eran seleccionadas por la demandada conforme a sus conveniencias. El demandante era un empresario de experiencia, y al cotizar, lo hacía conscientemente buscando su provecho.

Agrega que el provocante confunde *"los términos abuso de derecho, desequilibrio contractual y contrato de adhesión"*.

Que el abuso de derecho es una figura subsidiaria, la cual no procede aquí pues hay otras figuras principalmente aplicables.

Puntualiza que no había adhesión, pues era el demandante quien presentaba la **cotización** y que, por lo tanto, *"quien determinaba el contrato era el mismo demandante"*.-

En cuanto a valor y fechas de inicio y terminación del contrato dice no ser cierto, *"pues una es la fecha de firma del contrato y otra muy distinta la fecha donde efectivamente comienza la labor eléctrica,.....pues antes de iniciar los trabajos en las obras el contratista eléctrico ya debe estar vinculado, pero es sólo hasta el inicio de la mampostería que se inician los trabajos eléctricos."*

Dice que lo mismo ocurre con la fecha de terminación de la obra, porque para esa época el contratista no tiene todo el personal, *"y la fecha no coincide con la de la entrega final del proyecto..."*

Presenta un cuadro sobre las fechas reales de la labor contratada.

En cuanto a los **"retenidos"**, anota que ello se debe a la *solidaridad* que hace responsables al dueño del proyecto y a quien debe los salarios por la ejecución.

También las pólizas han sido acostumbradas, y el propio convocante continúa prestándolas en contratos con otras compañías.

Respecto a las **obras adicionales**, la demandada expresa que se le pagaban, inclusive a mayor precio.

Por lo referente al **IVA**, expresa que **ARQUITECTURA Y CONCRETO** no lo recuperó, y por ende la pretensión es improcedente.

Agrega que en varias oportunidades la demandada hubo de requerir a la **provocante** por los descuidos y mala administración.

Termina la demandada oponiéndose a las pretensiones y proponiendo las siguientes excepciones:

a) inexistencia de las obligaciones, b) pago, c) oferta mercantil, d) negligencia grave por parte del demandante, d) Negocio jurídico realizado, e) Ausencia de causa para pedir, f) Excepción de contrato no cumplido, g) Culpa del demandante, h) Nemo auditur propriam turpitudinem alegans, i) Neminem laedit qui iure suo utitur, j) ausencia de responsabilidad del demandado, mala fe del convocante, k) Contrato cumplido por parte de la demandada, L) falta de competencia del Tribunal, m) prescripción, n) La ecuménica o genérica.

El Tribunal advierte que en realidad las excepciones propuestas se reducen a las de pago, de contrato no cumplido, de prescripción y de falta de competencia (esta es procesal), pues las otras excepciones técnicamente no lo son; corresponden a argumentos de oposición que el Tribunal está obligado a analizar.

CAPITULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PARA PROFERIR LAUDO.

El Tribunal considera que en este caso se satisfacen los presupuestos de validez y de eficacia para proferir un laudo de fondo.

El único aspecto relacionado con los presupuestos referidos que ha sido objeto de controversia y que amerita un pronunciamiento es el que concierne a la competencia de este Tribunal para procesar las pretensiones esgrimidas, dado que la parte convocada ha insistido en sostener que la cláusula compromisoria pactada en los contratos celebrados entre las partes no lo habilita para dirimir la controversia, tal como lo planteó en la respuesta de la demanda, en el recurso de reposición interpuesto en la primera audiencia de trámite y en el alegato de conclusión.

El Tribunal insiste en su competencia para la resolución del conflicto planteado, teniendo en consideración los argumentos esgrimidos en la decisión que al respecto adoptó en la primera audiencia de trámite celebrada el 17 de abril de 2013 (Folios 682 a 684 del Cuaderno No. 1), en la cual adujo:

- La CÁMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCIÓN –CAMACOL- (a la que aluden las cláusulas compromisorias) carece de Centro de Arbitraje y Amigable Composición, por lo cual no pudo rituar la

solicitud de trámite del proceso arbitral que el convocante le formuló inicialmente.

- La parte convocada no cuestionó en la etapa de designación de los árbitros la competencia del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, e inclusive accedió a designar de consuno a uno de los árbitros, en el trámite que se adelantó ante el Juzgado 28 Civil Municipal de Medellín.

El Tribunal disiente de la conducta asumida por la parte convocada con relación a la competencia y estima que la misma contradice la doctrina de los actos propios, basada en el principio de la buena fe.

Conforme a dicha doctrina, cuando en determinado asunto alguien observa una conducta que ha de mantenerse en el devenir subsiguiente del mismo, no es lícito variarla si no existe razón justa para ello.

Según lo ha dicho últimamente la doctrina y la jurisprudencia, "***venire contra factum proprios non valet***", lo cual permite decir que la parte no debe desplegar actos que vayan en contra de su propio actuar precedente.

La regla de conducta referida fue ignorada por la parte demandada sin que el Tribunal encuentre justificación en la modificación del comportamiento.

Se reitera que en el presente caso **ARQUITECTURA y CONCRETO** concurrió al trámite de nombramiento de árbitros asignado al Juzgado 28 Civil Municipal, no alegó la falta de competencia, sino que, al contrario, de común acuerdo con la parte contraria designó a uno de los árbitros, lo cual indiscutiblemente significa aceptar que la competencia la estaba ejerciendo quien la tenía.

El Tribunal ratifica las razones que lo llevaron a decidir sobre su competencia.

Por lo expuesto, habrán de desestimarse las objeciones efectuadas a la competencia del Tribunal y consecuentemente habrá de proferirse un laudo de fondo.

II. LA PRUEBA PRACTICADA

La instrucción del proceso agotó los siguientes medios probatorios invocados por las partes. A instancia de la parte convocante se recibieron los testimonios de Walter de Jesús Arbeláez Quintero, Javier Henry Correa Giraldo, John Jairo Peláez Brand, Ricardo Andrés Mejía Londoño y el interrogatorio de parte de la representante legal de la convocada, Juan Mauricio Jiménez Gómez.

A su vez, a instancia de la parte convocada, se recibieron los testimonios de los señores, Jorge Luis Betancur Cadavid, Jaime Alberto Arango Echeverri, Gloria Cristina Orozco Salazar, Jhon Abel Acevedo

López, Germán Eduardo Martínez Arboleda, Luis Carlos Arango Duque, Dora Liliana Muñoz Cárdenas, Lina María Isaza Jaramillo y el interrogatorio de parte de la representante legal de la convocante, Luis Fernando Hoyos Londoño.

La prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda, con la respuesta a la misma y en el memorial en que se describió el traslado de las excepciones de mérito. Dicha prueba fue aportada de forma regular y goza de la autenticidad necesaria para la valoración de su eficacia probatoria.

Igualmente, se practicó prueba pericial por parte del ingeniero civil Jorge Aristizabal Ochoa, la cual no fue objetada por error grave.

En cuanto a los oficios solicitados por la parte convocante no fueron tramitados por ésta. Mediante memorial presentado el 3 de julio de 2013 manifestó que hacía devolución de los mismos y que renunciaba a dicha prueba “por considerar que cuanto se pretendía probar con dichos documentos se encuentra suficientemente evidenciado en la prueba testimonial (...)” (Folio 838 del cuaderno No. 2).

Así las cosas, por encontrar el Tribunal que el material probatorio recogido era suficiente para esclarecer los hechos materia del litigio declarado cerrada la etapa instructiva el nueve (9) de agosto de 2013 y fijó fecha para alegatos de conclusión.

III. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales se sintetizan así:

La parte convocante, reiteró las afirmaciones y pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, analizándolos conjuntamente con el material probatorio que reposa en el expediente, principalmente con las declaraciones de testigos.

Afirmó que la relación contractual entre las partes intervinientes en el proceso, se desarrolló en medio de un desequilibrio y abuso por parte de la convocada **ARQUITECTURA Y CONCRETO**, desde el mismo momento de la formación del contrato, donde la convocada, de manera unilateral, elegía el tipo de contrato con el cual se desarrollaría la relación comercial, contrato de obra civil o por medio de oferta mercantil, los cuales se convertían en contrato de adhesión que la convocante redactaba, tanto en sus condiciones generales, como de negociación y cumplimiento.

A la firma del contrato, o fecha pactada como de inicio de las labores, el contratista debía tener el todos los materiales y la mano de obra

disponible, sin importar la fecha real del inicio de las labores, como efectivamente sucedió en casi todos los contratos, donde la ejecución de las obras iniciaban 2, 3 o 4 meses después de la fecha pactada, a causa de retrasos en el proyecto, lo que implicaba pérdidas económicas por concepto de salarios, bodegaje, maquinaria, equipos, entre otros.

Adujo además, que una de las obligaciones de dicha relación comercial, plasmada en un contrato de adhesión, establecía la obligación por parte del contratista, de realizar y desarrollar las obras adicionales o reformas que solicitaban los propietarios de los inmuebles, donde el contratista debía suministrar la mano de obra y material, y donde el plazo de pago era incierto, toda vez que las obras adicionales o reformas solo eran canceladas una vez se liquidara el contrato, lo cual ocasionó perjuicios a la parte **convocante**, hasta, en muchos de ellos, en el 50% del valor total del contrato principal.

Finalmente, estableció el apoderado de la **convocante** que igual perjuicio se generó, en relación con los "retenidos", los cuales se entregaban al contratista una vez terminara el proyecto, es decir, en la etapa de liquidación. Los gastos administrativos, imprevistos y utilidades del contratista, estaban calculados entre el 10% y 12% del valor del contrato y solo los retenidos correspondían al 10% del mismo, lo que para ELECTRICOS H-G resulta abusivo, máxime teniendo en cuenta que la fecha de su devolución era totalmente incierta.

En atención a lo anterior pidió la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

A su turno, la parte **convocada** reiteró los puntos de la contestación a la demanda, de la siguiente manera:

Estableció que la relación contractual que rigió a **ELECTRICOS H-G** y a la sociedad **ARQUITECTURA Y CONCRETO**, desde el principio se dio como un contrato de obra, regido por la voluntad de las partes, las cuales están en igualdad de condiciones, con sujeción a la propuesta presentada por el contratista, resaltando que dichos contratos de obra son comúnmente utilizados en el campo de la construcción, tanto público como privado.

En el desarrollo de la relación comercial entre las partes de este proceso, se ejecutaron varios proyectos bajo la misma modalidad, los cuales permitían, que sus trabajadores rotaran entre las obras y no se presentara, lo que la parte **convocante** denominó "trabajadores cesantes".

Manifestó además, que la parte **demandante** confunde los retenidos, como parte de garantía de paz y salvo y las AIU o utilidades que genera el contrato, lo que fue desvirtuado y aclarado con el dictamen pericial.

Por otro lado, indicó que desde el inicio de las relaciones contractuales, se pactó la posibilidad de que el contrato se extendiera no solo en el tiempo sino también en el objeto, como en el caso de las obras adicionales o reformas, las cuales generaron un mayor valor a favor del contratista, evidenciado ello claramente, la ausencia del daño, como elemento estructural de la responsabilidad, razón por la que, no podrán prosperar la pretensiones del **demandante**.

Finalmente, la apoderada de **ARQUITECTURA Y CONCRETO**, insistió en la falta de competencia del Tribunal, ya que el pacto arbitral establecía que las diferencias debían dirimirse ante el Tribunal de arbitramento de **CAMACOL**.

Con base en lo anterior, solicitó declarar probadas las excepciones presentadas en la contestación.

IV. JUICIO DE MÉRITO

La controversia se centra en establecer:

- Si la sociedad convocada incurrió en "actos ilegales y de abuso del derecho" durante la ejecución de cada uno de los contratos celebrados entre las partes e invocados en la demanda.
- Si se configuraron situaciones desventajosas para la parte convocante, que en uno u otro caso sirvan de sustento para el reconocimiento de la indemnización de perjuicios deprecada.
- Si la sociedad convocada incurrió en mora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias a su cargo, lo cual justificaría la imposición de los intereses reclamados.

Para afrontar los problemas jurídicos planteados es pertinente analizar el contenido de los contratos celebrados entre las partes, sus antecedentes y las circunstancias que rodearon su celebración y ejecución.

4.1 SOBRE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS ENTRE LAS PARTES

La prueba documental recaudada, en coherencia con la posición asumida por las partes, evidencia que la sociedad ELÉCTRICOS H-G suscribió trece "OFERTAS COMERCIALES PARA INSTALACIONES ELÉCTRICAS" con el objeto de ejecutar dicha actividad en trece proyectos inmobiliarios desarrollados por la sociedad ARQUITECTURA Y CONCRETO (ALTOS DE

SAN JORGE, HACIENDA SAN JOSÉ, LAS ANTILLAS APARTAMENTOS, PUEBLA, 43 AVENIDA, PUNTA OESTE, RESERVAS DE SAN JORGE, BOZET ETAPA, MOLINO DE SAN LUCAS, CIUDAD LAS ANTILLAS –CASAS- etapa 1, CIUDAD LAS ANTILLAS etapa 3, BODEGA SABANA SUR y SAN FERNANDO-CASAS).

Las ofertas referidas fueron aceptadas por la sociedad convocada, dando lugar a trece contratos diferentes en los que se pactaron en esencia las siguientes condiciones:

- a) ELÉCTRICOS H-G se obligó a suministrar e implementar las instalaciones eléctricas requeridas en el proyecto inmobiliario respectivo, con las especificaciones previamente establecidas.
- b) La sociedad convocante debía suministrar todas las herramientas y el personal necesarios para la ejecución de la obra contratada, asumiendo todos los riesgos.
- c) Se estableció fecha de iniciación y de terminación de la obra a ejecutar.
- d) Se especificaron las obras y el precio que se pagaría por ellas, pactándose un anticipo que osciló entre el 30% y el 50% (en los proyectos PUNTA OESTE, BODEGA SABANA SUR y en CIUDADELA LAS ANTILLAS ETAPA 3 fue del 50%, en CIUDADELA LAS ANTILLAS fue del 40%, en EL MOLINO DE SAN LUCAS del 35% y en los demás proyectos del 30%) y el saldo en cuotas mensuales sucesivas.
- e) En algunos contratos se estableció un retenido del 10% sobre el precio que sería devuelto por ARQUITECTURA Y CONCRETO al final de la obra (ALTOS DE SAN JORGE, HACIENDA SAN JOSÉ, LAS ANTILLAS APARTAMENTOS, RESERVAS DE SAN JORGE y BODEGA SABANA SUR).
- f) Se determinaron las causas por las cuales ARQUITECTURA Y CONCRETO podría dar por terminado el contrato.
- g) Se estableció cláusula compromisoria para dirimir las diferencias que surgieran en la ejecución, interpretación o liquidación del contrato (Anexo 3 de cada Oferta).
- h) ELÉCTRICOS HG se obligó a constituir pólizas de garantía (buen manejo de anticipo, cumplimiento, estabilidad de la obra, responsabilidad civil y en algunos casos de prestaciones sociales).
- i) Se consagró una cláusula penal (multa diaria con valores diferentes) a cargo exclusivo de Eléctricos H G para el evento de

incumplimiento de las obligaciones a su cargo en los plazos establecidos.

Igualmente en algunos contratos se dispuso:

j) Que en caso de reformas los precios serían calculados con base en los precios unitarios pactados, estableciéndose en algunos que el pago sería al finalizar la obra (ALTOS DE SAN JORGE, PUNTA OESTE, RESERVAS DE SAN JORGE, CIUDADELA LAS ANTILLAS ETAPA 3) y en otros, que la liquidación se haría quincenalmente (43 AVENIDA TORRES DE OFICINAS Y VIVIENDA Y SAN FERNANDO CASAS).

El Tribunal reconoce los siguientes supuestos concernientes a la formación de los contratos referidos:

- Se trató de contratos que se gestaron a partir de invitaciones privadas a contratar que formuló ARQUITECTURA Y CONCRETO y que tuvieron como uno de sus destinatarios a ELÉCTRICOS H-G.

- El precio del contrato lo proponía ELÉCTRICOS H-G y era un criterio determinante para la adjudicación del contrato. El mismo era susceptible de ser discutido por las partes (interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la convocada).

- Los términos de las "OFERTAS MERCANTILES" incluidos su ANEXOS eran establecidos por ARQUITECTURA Y CONCRETO, pese a que tales actos jurídicos fueran suscritos por ELÉCTRICOS H-G (interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad convocada).

- Los contratos se celebraron a través de la oferta mercantil presentada por ELÉCTRICO H-G y de una aceptación posterior de la sociedad convocada. El contrato no se formalizaba en un texto integrado suscrito por las dos partes. Tal mecanismo fue concebido para eludir el pago del impuesto de timbre (interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la convocada).

- Pese al mecanismo utilizado, y tal como lo invoca la parte convocante, se trató de contratos de adhesión, pues las condiciones contractuales -excepto la relativa al precio- fueron predispuestas por ARQUITECTURA Y CONCRETO.

- Previa a la celebración de los contratos relacionados, entre las partes se habían ejecutado otros de la misma naturaleza y con cláusulas análogas (interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la convocante).

- Las cláusulas negociales establecidas no son ambiguas ni sorpresivas como lo afirma la parte demandante (hecho 5º de la demanda). Por el contrario, se trata de cláusulas claras y comunes a casi todos los contratos celebrados.

4.2 EL ABUSO DEL DERECHO INVOCADO POR LA PARTE CONVOCANTE

En su demanda, el actor invoca reiteradamente el **abuso de derecho**, y sobre esa figura fundamenta sus pretensiones. Por ello se ha de principiar puntualizando los alcances de tal principio para orientar, con fundamento en ello, la decisión que va a ser proferida.

La figura denominada **abuso de derecho**, enunciada sin explicaciones, da lugar a equívocos, dado que se le puede estar tomando ya en un sentido **específico**, ya en sentido **genérico**.

El artículo 1494 del C. Civil enuncia las causas eficientes de las obligaciones, a saber: el acuerdo de las partes, el acto unilateral voluntario y lícito de la persona que se obliga, el comportamiento doloso o culposo, y la ley.

En esas fuentes tradicionales no está incluido el **enriquecimiento sin causa** ni el **abuso de derecho**. Estos fueron reconocidos inicialmente por la doctrina y la jurisprudencia, y, por último, el C. de Comercio los canonizó en los artículos 830 y 831.

Pero, ¿en qué consiste ese **específico abuso de derecho**, que no está incluido en el art. 1494 del C. Civil?

Todo titular de un derecho puede ejercerlo, pues de lo contrario sería lo mismo que negarlo o no tenerlo. Pero, ¿en ese ejercicio **habrá límites?** Allí está el problema, porque se ha impuesto la tesis de que el titular del derecho, al ejercerlo, debe mirar que no cause **injustas molestias** a terceros. Es decir, sí hay molestias injustas que el titular del derecho, al ejercerlo, cause a otro, debe abstenerse so pena de indemnizar perjuicios.

Cuando son "**justas**" y cuando sobrepasan los límites de la justicia el ejercicio del derecho, es algo difícil de determinar, y al Juez corresponde calificarlo en cada caso.

El art 1002 del C. Civil estructuró un criterio para calificar la **justicia** del ejercicio en un caso concreto, al disponer:

"Art. 1002. *Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a segarlos.*" (Negrillas ajenas al texto).

De esa norma se derivan estas reglas: **abusa de su derecho** el que sin provecho alguno para sí, causa perjuicios a otro al ejercerlo. También **abusa de su derecho** el que al ejercerlo obtiene ventaja, pero no en la proporción que justifique el perjuicio inferido a otro.

Ese segundo supuesto es el difícil de calificar, y corresponde al juez determinarlo.

Vistos los presupuestos anotados ¿podrá incluirse en ellos **el abuso de derecho** a que se refiere la demanda?

El análisis de la demanda permite advertir que el convocante invoca dos situaciones diferentes: de un lado, y de manera menos específica, alude a la existencia de cláusulas abusivas derivadas de la celebración de verdaderos contratos de adhesión en los que se habría evidenciado el poder dominante de **ARQUITECTURA Y CONCRETO** (escrito mediante el cual se cumplieron los requisitos exigidos por el Tribunal para la admisión de la demanda; Folio 489 del Cuaderno No. 1) y de otro lado esgrime la existencia de conductas constitutivas de abuso del derecho que se habrían presentado en la ejecución de los contratos y que serían las generadoras de los perjuicios cuya indemnización se reclama.

4.3 LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Últimamente se observa que en múltiples demandas donde se alega la responsabilidad contractual o extracontractual, se trae como fundamento **el abuso de derecho**. En tal caso, es necesario mirar cuidadosamente si de los hechos o de las pretensiones puede inferirse que se alude al **abuso de derecho específico**, fuente subsidiaria de responsabilidad, o a las cláusulas abusivas.

Como antes se expuso, en este caso el convocante alude a las dos situaciones, y por ello se procederá a su análisis separado, comenzando por el que atañe a las denominadas cláusulas abusivas.

Qué se ha de entender por cláusulas abusivas? Hablar de cláusulas abusivas en los contratos parece a primera vista una paradoja, porque si se trata de un contrato, es porque hubo acuerdo, y éste parece excluir el abuso. Sin embargo, a veces ocurre que una de las partes goza de **posición dominante**, y utiliza tal posición en desmedro del otro contratante, imponiéndole *cláusulas excesivamente desventajosas* que éste se ve precisado a aceptar *por el apremio de adquirir el servicio, por ligereza o por inexperiencia*.

Las cláusulas abusivas encuentran su explicación en un abuso del derecho a la contratación imputable a la parte que en atención a su posición define las cláusulas del contrato, lo cual explica que se hallan ligadas a los contratos de adhesión y son una manifestación de abuso de posición dominante.

Como lo explica ERNESTO RENGIFO GARCÍA en su obra DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE "*cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento*

del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede o no tener el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

La parte que goza de la posición privilegiada y que ejerce abusivamente su posición dominante al fijar las cláusulas contractuales debe asumir las consecuencias de su conducta, las cuales se concretan en la nulidad absoluta de la cláusula o en su ineficacia de pleno derecho.

En Colombia no se ha dictado una norma que de manera general regule las cláusulas abusivas. En diversas normatividades se ha desarrollado el abuso de posición dominante (normas sobre competencia desleal, Ley de Servicios Públicos, normas sobre prácticas restrictivas de la competencia) y el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) que efectuó una regulación sobre las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo enlistando 14 casos de cláusulas abusivas cuya sanción es la *ineficacia absoluta* (Art. 42). Son, pues, casos taxativos que no permiten la generalización, pero que si son ilustrativos.

Para el Tribunal es claro que las cláusulas abusivas no se reducen a los supuestos regulados por el Estatuto del Consumidor ni a las relaciones de consumo, pues los principios sobre los que se erigen la legislación civil y la legislación mercantil permiten el reconocimiento y “sanción” de las mismas.

El postulado de la buena fe -que rige tanto la etapa de formación del contrato como la de su ejecución- y las buenas costumbres como límite reconocido a la autonomía privada permiten sostener que cuando en un negocio jurídico se pactan cláusulas abusivas las mismas resultan contrarias al ordenamiento jurídico, así no haya una norma expresa que las enliste.

El ejercicio cabal de la autonomía privada implica sujeción a cargas de corrección, lealtad y seriedad, que no se cumplen cuando se establecen cláusulas abusivas.

En el caso concreto el Tribunal considera que las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre las partes no pueden juzgarse como excesivamente desventajosas, con independencia de que se haya demostrado que la sociedad convocada se encontraba en una posición privilegiada con respecto a la sociedad convocante para efectos de establecer el contenido negocial y que los negocios jurídicos celebrados por las partes se pueden calificar como verdaderos contratos de adhesión.

Básicamente el juicio de reproche del convocante gira en torno a las siguientes estipulaciones contractuales: a la cláusula penal, a las causales de terminación del contrato susceptibles de ser invocadas por ARQUITECTURA Y CONCRETO, a la cláusula que autorizaba a la convocada a retener el 10% del precio, a la reglamentación contractual atinente a las reformas que se hiciera necesario ejecutar en cada uno de

los proyectos inmobiliarios y a la obligación de constituir pólizas de garantía.

Pese a que el convocante aduce el carácter abusivo de dichas cláusulas no reclama la consecuencia de la nulidad o de la ineficacia y parece entender que la pretensión indemnizatoria se puede afincar en tal hecho, por la sola consideración de ser abusivas las cláusulas cuestionadas.

El Tribunal reitera que el efecto jurídico de una cláusula abusiva es su nulidad absoluta o su ineficacia de pleno derecho (cuando hay norma expresa que así la consagra), lo cual significa que de calificarse a la disposición negocial dentro de tal categoría el efecto no puede ser indemnizatorio sino que se traduce en la desaparición de la cláusula del contrato, el cual ha de pervivir sin la misma (nulidad o ineficacia parcial), excepto que ella corresponda a un elemento esencial del negocio jurídico o que haya sido móvil determinante de su celebración.

Si bien el pretensor no formula una pretensión de nulidad de las cláusulas que rotula como abusivas, ello no es óbice para que el Tribunal pueda acometer tal análisis, pues se reitera que se trataría de un supuesto de nulidad absoluta o de ineficacia de pleno derecho, correspondiendo a fenómenos jurídicos que el Juez puede analizar de manera oficiosa (Art. 1742 del C.C. y Art. 897 del Co. de Co.).

Para el Tribunal las cláusulas cuestionadas en la demanda no pueden calificarse como excesivamente desventajosas para la parte convocante, pese a que algunas de ellas le atribuyan privilegia la sociedad convocada, pues estos, siempre y cuando no generen una situación de desproporción excesiva entre los derechos y obligaciones de las partes, encuentran sustento en la autonomía privada.

Concretamente y frente a las cláusulas cuestionadas se considera:

- Nada obsta para que en un contrato se establezca una cláusula penal exclusivamente con respecto a una de las partes y frente al incumplimiento de una obligación específica. Resulta acorde con la naturaleza de un contrato de obra que se pacte una multa o pena para el evento específico en que el contratista no ejecute las obras dentro del plazo convenido.
- Aunque podría parecer desproporcionado que se conciba una cláusula de terminación del contrato con respecto a una sola de las partes, la reglamentación específica que se hizo en los contratos celebrados entre las partes no denota tal abuso. Erigir a la muerte del oferente como causa de terminación del contrato resulta inocuo, pues en este caso el contratista es una persona jurídica. Pactar que el contratante puede dar por terminado el contrato si el contratista incumple con las obligaciones a su cargo (# 2, 3 y 4 del Anexo Nro. 2 de cada Oferta Mercantil) no es más que reiterar una potestad legal atribuida al contratante cumplido cuando se presenta un supuesto de incumplimiento contractual; y finalmente, disponer que el contrato se pueda terminar "cuando

ARQUITECTURA Y CONCRETO *deba por cualquier motivo suspender los contratos* es una cláusula válida en el entendido de que debe tratarse de una situación justificada y ajena al contratante.

- La cláusula que faculta al contratante a retener un 10% del valor del precio acordado -que por lo demás no se insertó en todos los contratos- resulta justificada en el entendido de que su finalidad es la de garantizar que el contratista cumpla con todas las obligaciones laborales a su cargo y que no se presenten reclamaciones solidarias en contra del contratante (Art. 3º del Decreto 2351 de 1965). Tal cláusula, por lo demás, resulta proporcional al pago de anticipos del precio que oscilaron entre un 30% y un 50%. La prueba testimonial practicada e inclusive el dictamen pericial demuestran que se trata de una cláusula que se estila pactar en este tipo de contratos.

La suma retenida lo era en garantía por la responsabilidad que pudiera imputarse a la provocante en caso de que no cumpliera debidamente las obligaciones con quienes prestaban la mano de obra o con los vendedores de materiales. De ahí que su legitimidad no puede remitirse a duda.

Su devolución debía hacerse al concluir la obra, y así fue lo acordado. Tampoco hay abuso en ello, porque esa era la oportunidad en que la provocante debía presentar el paz y salvo definitivo con sus empleados y proveedores, y, por ende, la misma en que la provocada recibía certeza de que no sería demandada en responsabilidad.

Inclusive, el gerente de ELÉCTRICOS H-G reconoce en su interrogatorio que las retenciones fueron pactadas y que no está reclamando por ello, sino porque las obras tuvieron demoras excepcionales (F. 725 del Cuaderno No. 2).

- La cláusula relativa a las reformas inserta en algunos clausulados y que en algunos contratos se pactó para que su pago se efectuara al final del contrato tampoco evidencia de entrada una manifiesta desproporción, teniendo en consideración que el precio inicialmente pactado se iría pagando de manera sucesiva.

- La obligación que se le impone al contratista oferente de constituir pólizas de garantía encuentra plena justificación en el interés del contratante de que se ejecute cabalmente el contrato. Se trata también de una cláusula que se estila en este tipo de contratos de ejecución de obra y que no denota abuso.

En síntesis, se estima que las cláusulas analizadas no ponían a ELÉCTRICOS H-G en una posición excesivamente desventajosa con respecto a ARQUITECTURA Y CONCRETO, resaltando que se trata de

contratos celebrados entre dos profesionales y que las cláusulas cuestionadas tienen justificación, sin que se hubiese demostrado una situación de aprovechamiento de necesidad, ligereza o inexperiencia de la sociedad convocante.

Por las razones expuestas el Tribunal concluye que las cláusulas analizadas no son abusivas.

4.4 SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Coherente con lo expuesto resulta claro que el hecho de no reconocerse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales cuestionadas, no descarta la posibilidad de que se hubiese presentado un ejercicio abusivo de las mismas.

Tal situación de abuso se estructuraría en la fase de ejecución del contrato y no en la de su formación, y tendría como base la utilización desviada -en contravía de su razón de ser- de las cláusulas contractuales.

El ejercicio abusivo de las cláusulas contractuales trae como consecuencia la indemnización de los perjuicios que se le generen al contratante afectado como consecuencia de tal hecho, incumbiéndole a éste la prueba del abuso, del perjuicio y del nexo de causalidad entre uno y otro. Se trata de un supuesto de abuso del derecho en el ámbito contractual que resulta idóneo para fundar un juicio de responsabilidad civil.

La parte provocante hace hincapié en situaciones abusivas que habrían ocurrido en la etapa de ejecución del contrato y a las que les atribuye ser generadoras de desequilibrio contractual y de perjuicios. Aunque alude a estas dos consecuencias de manera separada el Tribunal entiende que si el desequilibrio contractual proviniera del ejercicio abusivo del derecho el mismo tendría la connotación de perjuicio y sería susceptible de ser reparado a través de la pretensión de responsabilidad civil, sin que se comparta el planteamiento del apoderado de la parte convocante tendiente a que la figura del "desequilibrio contractual" se aplique como figura autónoma a contratos de derechos privado, de igual manera que como opera en tratándose de la contratación estatal.

En la legislación mercantil se consagra la figura de la teoría de la imprevisión o de la revisión del contrato como un mecanismo específico para restablecer el equilibrio contractual roto por hechos imprevistos o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato y que vuelven excesivamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Pero tal figura no es susceptible de ser extendida a supuestos en los que se afirma que el equilibrio contractual se rompió por la conducta abusiva de una de las partes. Esta situación, se insiste, debe ser remediada acudiendo a la institución de la

responsabilidad civil, que sin duda puede encontrar sustento en el abuso del derecho.

La parte convocante reprocha especialmente: **a)** Que las retenciones indebidas de dinero le trajeron grave daño. **b)** Que se le obligó a cumplir obras no pactadas inicialmente, y ello a un precio injusto unilateralmente fijado por la otra parte. **c)** Que se le obligó a mantener trabajadores cesantes, hasta cuando se le diera espacio para ocuparlos.

Con respecto a tales situaciones el Tribunal considera que hay hechos indicativos de abusos contractuales por parte de la sociedad convocada frente a la convocante, pero que no se probaron de manera concreta los mismos, ni mucho menos los perjuicios invocados.

Se reitera que la parte convocante tenía la carga de demostrar de manera concreta los hechos que le reprocha a ARQUITECTURA Y CONCRETO con respecto a cada uno de los contratos celebrados, acreditar los perjuicios sufridos y aportar elementos de juicio idóneos para su valoración.

El Tribunal estima que no se acreditaron los presupuestos exigidos para la prosperidad de las pretensiones, por las siguientes razones:

- Está demostrado que en casi todos los proyectos inmobiliarios en los que intervino la parte convocante no se cumplieron los plazos previstos para el inicio y la terminación de las obras. De ello da cuenta el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandada (Folio 713 y 714 del Cuaderno No. 2) y los testimonios de JORGE LUIS BETANCUR (755 a 758 del Cuaderno No. 2), GLORIA CRISTINA OROZCO (Folio 777 a 779 del Cuaderno No. 2) y LINA MARÍA ISAZA JARAMILLO (Folio 814 y 815 del Cuaderno No. 2).

- Las demoras que se presentaron en el inicio y en la ejecución de los proyectos no son imputables a la sociedad convocante. La prueba testimonial es positiva en el sentido de reconocer que ELÉCTRICOS H-G observó estrictamente su cumplimiento, y sólo hacia 2008 y 2009, cuando principiaron sus dificultades económicas, fue necesario que la provocada tomara por su cuenta la compra de materiales y el pago de la mano de obra, valores que posteriormente fueron descontados del pago final que se hizo al convocante (Declaraciones de JAIME ALBERTO ARANGO-Folio 738 del Cuaderno No. 2-, JORGE LUIS BETANCUR -Folio 756 del Cuaderno No. 2-, GLORIA CRISTINA OROZCO -Folio 786 del Cuaderno No. 2-, GERMÁN EDUARDO MARTÍNEZ -Folios 790 a 792 del Cuaderno No. 2). Pero ninguna prueba existe de que la dilación en la ejecución de los proyectos inmobiliarios hubiese tenido como causa los problemas financieros que aquejaron a la convocante.

- Con base en las premisas anteriores el Tribunal advierte que la sociedad convocante no tendría por qué soportar las contingencias derivadas de los retrasos en la ejecución del proyecto, máxime

cuando en los contratos celebrados entre las partes, cuyo contenido fue dispuesto por la sociedad convocada, se fijaron fechas concretas de inicio y de terminación de la obra.

- Las demoras suscitadas implicaron para la sociedad ELÉCTRICOS H-G la realización de obras adicionales y reformas -obligación contractualmente pactada- que en muchos casos sólo le eran remuneradas al contratista finalizar el proyecto. La parte convocante reprocha tal situación no solo por la época en que se verificaba el pago de los trabajos adicionales, sino por los gastos que le demandaba la extensión del contrato especialmente en lo que atañe a la disponibilidad de mano de obra y por la dilación en la restitución de los valores retenidos.

- Aunque el Tribunal reconoce una situación abusiva -derivada de la extensión unilateral e indeterminada de los plazos de ejecución de las obras- con implicaciones negativas para el contratista, que se traducían en la obligación de mantener mano de obra disponible y de provisión de materiales, la parte convocante se limitó a probar de manera genérica las mismas, sin demostrar frente a cada contrato el valor de la mano de obra que hubo de sufragar en exceso en razón de tal hecho, el valor de los trabajos adicionales y de las reformas efectuados, la fecha en que se ejecutaron cada uno de los mismos y la fecha en que se verificó su pago.

- Significa lo anterior, que el Tribunal carece de bases objetivas para reconocer una eventual indemnización de perjuicios derivada de la situación que habría afectado a la parte convocante, sin que haya manera de suplir tal falencia.

- En el mismo sentido, para evidenciar que se presentaron retenciones indebidas o abusivas era menester que la parte convocante probara que en los contratos en los que no se pactó tal atribución la sociedad convocada efectuó retenciones o que estas excedieron parámetros razonables, sin que las afirmaciones genéricas sean idóneas para sustentar tal propósito. No existe prueba en el proceso de cuáles fueron los valores retenidos con respecto a cada contrato, ni de la fecha en que se habría verificado su restitución.

- Los cuadros anexos a la demanda -y en los que hace hincapié el apoderado de la convocante en el alegato de conclusión- no tienen mérito probatorio y por lo tanto no son idóneos para demostrar los perjuicios invocados. Se trata de documentos elaborados por la propia parte convocante, que carecen de firma responsable y cuyos datos no tienen respaldo en ninguna otra prueba. Por ello el Tribunal no puede basarse en los mismos para determinar el perjuicio que habría sufrido la parte convocante y su cuantía.

- De otro lado, no es dable suplir la falta de prueba del perjuicio y de su extensión acudiendo a las "multas" establecidas en los contratos (pretensión quinta de la demanda), pues estas tuvieron una finalidad específica. Con las mismas se buscó garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones a cargo de ELÉCTRICOS H-G teniendo la connotación de una indemnización moratoria, sin que sea dable extender sus efectos más allá de lo dispuesto contractualmente.

- De conformidad con el clausulado de varios de los contratos ejecutados se establece que en cada uno de los proyectos podían presentarse *obras adicionales* no previstas al principio, y que en tal caso, Eléctricos H-G presentaría la cotización respectiva para su desarrollo. La convocante aduce que hubo de atender tales obras por la amenaza de que si no lo hacía respondería con las pólizas ya prestadas y se haría efectiva la cláusula penal, quejándose de que lo pagado por ellas también fue un precio vil.

El Tribunal no encuentra asidero en la afirmación de que la sociedad convocante hubiese sido forzada a ello, porque desde un principio las obras adicionales fueron previstas como posibles y se establecieron las reglas para la fijación de su precio. Además, la ejecución de dichos trabajos adicionales resulta conforme a la naturaleza del contrato celebrado, pues por ser construcciones en proyecto para ser ofrecidas en venta, cada cliente podía requerir esas modificaciones, y no era razonable que el encargado se negase a servirlos.

- Tampoco encuentra el Tribunal prueba apta para sostener que la situación de insolvencia que le sobrevino a ELÉCTRICOS H-G y que le suscitó dificultades para la ejecución final de algunos de los contratos sea imputable a ARQUITECTURA Y CONCRETO. Los testigos WALTER DE JESÚS ARBELÁEZ QUINTERO y LILIANA MUÑOZ CÁRDENAS relatan hechos que no son imputables a la sociedad convocada y que explicarían la crisis financiera de la sociedad convocante. Verbi gratia, el primero de los citados declarantes, se refiere a la muerte del hermano del representante legal de la convocante (Folio 750 del Cuaderno No. 2), y la segunda explica que en el proyecto "**Sabana Sur**" Eléctricos H G. recibió en pago una bodega que valió \$900.000.000, que el precio de la obra era de \$480.000.000, y eso le trajo graves dificultades financieras, por lo cual fue necesario resciliar el contrato de la bodega (Folio 807 del Cuaderno No. 2).

- No existe prueba en el proceso de que ARQUITECTURA Y CONCRETO hubiera incumplido a la sociedad convocante con el pago de las obligaciones dinerarias que le incumbían (hecho decimotercero). La pretensión de reconocimiento de intereses (la sexta de la demanda) implicaba que ELÉCTRICOS H-G hubiese demostrado con respecto a cada contrato la fecha de exigibilidad de las obligaciones, el monto de estas y la fecha en que se llevó a cabo su cumplimiento. La ausencia de prueba respecto de tales

supuestos fácticos impide ordenar el pago de los intereses deprecados.

-La alegación sobre la existencia de un precio vil de las obras contratadas corresponde a un supuesto que no fue planteado en la demanda y que se vino a esbozar en el alegato de conclusión. Tal situación no puede ser valorada por el Tribunal en atención a que no se erigió en un hecho fundante de las pretensiones, amén de que el precio de los contratos si fue objeto de negociación entre las partes. Si bien es cierto que el representante legal de la sociedad convocante se acercó en varias oportunidades a la sociedad convocada para pedir ayuda por la pérdida que le estaban dejando los contratos (hecho reconocido en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la convocada; Folio 722 del Cuaderno No. 2), de allí no puede colegirse que la pérdida económica -riesgo inherente a los negocios- hubiera obedecido a una conducta imputable a ARQUITECTURA Y CONCRETO.

- Finalmente, se considera también improcedente la reclamación que se plantea por la parte demandante con relación al IVA descontado. Al final de las obras, cuando principiaron las dificultades financieras de la convocante, ARQUITECTURA Y CONCRETO hubo de atender la compra de materiales y el pago de la mano de obra que contractualmente le incumbían a la convocante, para descontar luego todo ello de los pagos que se hiciesen al encargado. Al comprar los materiales hubo de pagar el IVA de rigor, y quedó incluido en los descuentos que se le hicieron en los pagos a ELÉCTRICOS H-G. La parte convocante reclama por la no devolución de esa suma, siendo así que posteriormente lo cobrado a ARQUITECTURA Y CONCRETO le fue reembolsado por la DIAN. Tal situación es negada por la parte convocada, y en efecto el Tribunal advierte de que no hay prueba en el proceso de que efectivamente se le haya devuelto a la convocada. Es que, si los materiales eran por cuenta de ELÉCTRICOS H-G, parece lógico entender que a su cargo venía todo lo que implicara su adquisición.

Conforme a los razonamientos precedentes el Tribunal concluye que la parte convocante no probó los presupuestos mínimos exigidos para la prosperidad de las pretensiones formuladas.

Para la eficacia de un derecho subjetivo se necesita tener la prueba, y si se carece de ella, no hay lugar a reconocerlo en juicio, porque en él se necesita la prueba del perjuicio y su cuantía cuando se formula una pretensión de responsabilidad civil.

Valga advertir que los efectos de la inasistencia de la parte convocada a la audiencia de conciliación programada por el Tribunal tampoco pueden suplir las falencias probatorias planteadas. El Decreto 2282 de 1989 que modificó el 101 del C. P. Civil, en su art 1º numeral 2º dispone, que a la parte no concurrente "*su conducta se considerará como indicio*

grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito, según fuere el caso.”

Inclusive si se estimara que tal norma es aplicable al proceso arbitral, tal indicio no resulta idóneo para acreditar y cuantificar los perjuicios esgrimidos.

Y no tiene aquí aplicación lo dispuesto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, porque en este caso no existen las bases mínimas para concretar el daño como elemento estructural de la responsabilidad civil ni mucho menos la cuantía que sería susceptible de ser indemnizada.

4.5 CONCLUSIÓN

Con base en los razonamientos precedentes se desestimarán las pretensiones de la demanda, advirtiendo que el Tribunal encuentra inane efectuar un pronunciamiento con respecto a las dos primeras pretensiones, pues las mismas técnicamente no procuran el reconocimiento de un derecho, sino de una situación fáctica que no requiere declaración.

Teniendo en consideración que las pretensiones se desestiman por no haberse demostrados los presupuestos necesarios para ser acogidas, no es pertinente entrar a efectuar un pronunciamiento sobre las excepciones de pago, de contrato no cumplido y de prescripción (que son las únicas que tienen el alcance de verdaderos medios exceptivos).

Se advierte que no puede confundirse la ausencia de un presupuesto para acoger la pretensión con un hecho nuevo enervatorio de ésta (verdadero alcance de la excepción de mérito) y en este caso la razón de la denegación de las pretensiones formuladas se enmarca en el primer supuesto y no en el segundo.

V.- LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

De acuerdo con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, y toda vez que la decisión es desestimatoria de las pretensiones incoadas, el Tribunal condenará a la parte convocante a asumir las costas del proceso, las cuales comprenden los siguientes conceptos:

- **Agencias en derecho:** Para la fijación de las agencias en derecho se tendrá como referente lo dispuesto por el Acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se impondrá a pagar a la convocada como agencias en derecho la suma de \$5.000.000,00.

- **Gastos:** Teniendo en cuenta que no prosperará ninguna de las pretensiones de la demanda, la parte convocante deberá reembolsar a la parte convocada, el ciento por ciento (100%) de la suma que ésta pagó por honorarios de árbitros, de secretario, gastos de administración y funcionamiento, que corresponde a \$12.473.100,00. Igualmente

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

habrá de reconocer el valor de los honorarios del perito que fueron asumidos por la parte convocada por valor de \$1.500.000,00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitral promovido por **ELÉCTRICOS H-G y CIA. LTDA.** para dirimir el conflicto en contra de **ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

FALLA

PRIMERO.- Se desestiman los reclamos contra la falta de competencia del Tribunal, formulados por la parte provocada.

SEGUNDO.- Se desestiman las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar a acoger las excepciones invocadas.

TERCERO.- Se condena a la sociedad **ELÉCTRICOS H-G Y CIA. LTDA.** a pagar a la sociedad **ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A.** las costas del proceso, las cuales se fijan en la suma de \$18.973.100,00 discriminada así:

- \$13.973.100,00 por concepto de gastos del proceso.
- \$5.000.000,00 por concepto de agencias en derecho.

CUARTO.- Se dispone la protocolización del expediente y la liquidación económica del proceso.

QUINTO.- Se ordena la expedición de copia auténtica del laudo con destino a las partes y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín.

El presente laudo arbitral queda notificado en estrados.


FERNANDO OSSA ARBELAEZ
Árbitro Presidente


JUAN CARLOS GAVIRIA G.
Árbitro


ARTURO GÓMEZ DUQUE
Árbitro (Con salvamento de voto)


JUAN DAVID POSADA G.
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Quienes integran conmigo el Tribunal de árbitros me señalaron para elaborar el proyecto de laudo. Empecé la tarea con el debido cuidado, y luego de un arduo estudio y trabajo, entregué a mis compañeros el resultado. Pensé que lo aprobarían sin observaciones, pero me dieron una lección de **responsabilidad admirable**, porque, si bien aceptaron lo sustancial, inadmitieron lo relativo a las *cláusulas abusivas*.

Con todo, lejos de sentir decepción, alabé el cuidado con que han estudiado el problema, y admiré los argumentos que sometieron a mi análisis.- Me parecieron fundados, pero no suficientes para legitimar las cláusulas que sigo considerando abusivas.

Veo que anular esas cláusulas en este laudo no trae consecuencias prácticas para la controversia, pero sí es necesario hacerlo, por dos razones: primera, porque así lo manda la ley; segunda, porque la labor del juez no es únicamente resolver las pretensiones y excepciones de las partes; hay una muy superior que interesa a la sociedad, y es **la docencia** que ha de brillar en las decisiones judiciales, a fin de que así se mantenga para lo futuro la correcta aplicación de las normas.- **Es una tarea dispendiosa, pero vale la pena cumplirla, y el deber lo impone.**

I.- LA POSICION DOMINANTE

Las constancias procesales permiten inferir que ARQUITECTURA Y CONCRETO ha conquistado con su esfuerzo una *supremacía*, que le facilita el camino hacia la clientela y hacia los terceros con quienes contrata.- Pero lejos de reprocharle su envidiable logro, merece aplauso con tal de que lo utilice en provecho propio, sin lesionar los derechos de los que con ella contratan, porque si lo hace, las cláusulas donde ello ocurra son *abusivas*.

II.- CLÁUSULAS ABUSIVAS

El *abuso de derechos* fuente subsidiaria de obligaciones. Se lamenta el demandante que se trató de **contratos de adhesión**, donde la parte provocada aprovechó su *posición dominante* para imponer **cláusulas abusivas** en contra de Eléctricos H. G. y para observar **comportamientos abusivos** durante la ejecución de los contratos.-

Entonces, debemos primeramente dejar claro cuando se dan esos **abusos**, ya en la formación, o bien, durante la ejecución de un contrato.

Las cláusulas abusivas.- Digamos que en la expresión “**abuso**” el prefijo “**ab**” significa **mal**, que por ende, siempre que hablamos de “**abuso de derecho**” significamos que se ha **usado mal el derecho**.-

Últimamente se observa que casi en todas las demandas donde se alega la responsabilidad contractual o extracontractual, se trae como fundamento **el abuso de derecho**. En tal caso, es necesario mirar cuidadosamente si de los hechos o de las pretensiones puede inferirse que se alude al **abuso de derecho específico**, fuente subsidiaria de responsabilidad, o de *cláusulas abusivas* fenómeno especialmente previsto y reglamentado por algunas leyes.-

Qué hemos de entender por cláusulas abusivas.-Hablar de *cláusulas abusivas* en los contratos parece a primera vista una paradoja, porque si se trata de un contrato, es porque hubo acuerdo, y éste parece excluir el **abuso**.- Sin embargo, a veces ocurre que una de las partes goza de **posición dominante**, y utiliza tal privilegio en daño del otro contratante, imponiéndole *cláusulas excesivamente desventajosas*, que éste se ve precisado a aceptar *por el apremio de adquirir el servicio, o por inexperiencia*.-

No hay duda que en tal supuesto la parte que goza del privilegio anotado está **abusando de su derecho** (ha utilizado mal su posición dominante), y debe responder por los perjuicios que de allí surjan.-

En qué consisten las cláusulas abusivas.- Bajando al estudio del *carácter abusivo de las cláusulas*, y como el tema es *gaseoso*, donde prepondera el *análisis práctico de cada caso concreto*, considero preferible transcribir literalmente algunos conceptos y disposiciones legales, para que de allí se infiera una personal conclusión. Aunque no son siempre oportunas las transcripciones, en este caso resultan indispensables, dado lo novedoso del tema, donde no se conoce precedente a nivel de Corte, de Tribunales o de Juzgados, y esta exposición, que quizás resulte la primera, debe procurar la debida fundamentación para este caso y como precedente jurisprudencial.-

III.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.-

Se pudiera citar precedentes doctrinarios, pero no es prudente hacerlo aquí .- Voy únicamente a citar las normas legales vigentes en Francia, Alemania y Suiza, que servirán para captar el espíritu generalizado sobre la manera de resolver el asunto, y ver finalmente si los criterios allí fijados pueden o no aplicarse en Colombia.-

Francia.- En ese país fue presentado un proyecto en 1920 que, aunque mereció el sufragio de JOSSERAN, finalmente no llegó a buen puerto.-

Pero en 1995 sí vino la norma explícita, como lo anota RUBÉN STIGLITZ, así:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

“A partir de la Directiva Comunitaria 93/13 del 5/4 1993 relativa a cláusulas abusivas, Francia produjo la trasposición a su Derecho Nacional de la referida Directiva a través de la ley 95-96 del 1/2/1995, la que define a la cláusula abusiva de la siguiente manera: “En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, **son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.**”¹ (Negrillas ajenas)

Alemania: Este país fue muy acertado en lo relativo al tema, y así dispuso el Código Civil en su art. 138:

Art. 138 “Un negocio jurídico que atenta contra las buenas costumbres es nulo.

Es especialmente nulo un negocio jurídico por el cual alguien, **explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia** de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias **estén en manifiesta desproporción con dicha prestación**”. (Negrillas ajenas)

Muy sabia, precisa y clara la norma, y por ello debemos comentarla:

En primer lugar, contempla la situación *subjetiva* de **abusador**, pues exige que éste sea consciente de la *necesidad, la ligereza o la inexperiencia* del otro.- De esa manera lo asimila al *dolo como vicio del consentimiento*, aunque se distingue porque no hay *maniobras engañosas*, y sí más bien circunstancias de debilidad que afectan a la otra parte, ya preexistentes.-

En segundo lugar, contempla la situación *subjetiva* de la otra parte, es decir, *su necesidad, inexperiencia o ligereza*.-

En tercer lugar, exige un requisito *objetivo*, y es *la manifiesta desproporción de las prestaciones*, más para calificar *esa desproporción* omite las reglas y lo deja al *arbitrio del juez, que ha de calificarla en cada caso*.-

En cuarto lugar, respecto a la sanción aplicable, no dice que el contrato *sea anulable*, sino que “es nulo de toda nulidad”.

Código Federal Suizo de las obligaciones.- En su **art. 21** dispone: “En caso de **desproporción manifiesta** entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, **dentro del término de un año, declarar que rescilia el contrato, y repetir lo que haya pagado, si la lesión ha sido**

¹ RUBÉN S. STIGLITZ, *Derecho de Seguros*, T I, N° 380 pág. 471.

ocasionada por la explotación de sus necesidad, de su ligereza o de su inexperiencia.” .-

Muy similar la norma a la del C. Alemán, porque:

En primer lugar, contempla la situación **subjetiva** del abusador, al exigir que la lesión sea ocasionada *“por la explotación de su necesidad, de su ligereza o de su inexperiencia.”* Hay, pues, **dolo**, aunque es distinto del que causa vicio del consentimiento, pues no se dan las *maniobras engañosas.*-

En segundo lugar, exige también estado **subjetivo de la víctima**, que debe ser impulsada al contrato por *necesidad, inexperiencia o ligereza.*-

En tercer lugar, también exige *“desproporción manifiesta”* entre las prestaciones, dejando su valoración al arbitrio del Juez.-

En cuarto lugar, faculta a la parte lesionada para *“declarar que rescilia el contrato”* pero no aclara si ello puede hacerlo por sí misma o si necesita acudir al Juez. Debe ser lo segundo..-

En quinto lugar, faculta a la víctima para reclamar lo que haya pagado, y eso es obvio en cualquier sistema.-

El contrato entre profesionales y no profesionales.- Merece especial cuidado el contenido de las normas vigentes en Europa, y ver si de su contenido se infiere que para el **abuso** se requiera una parte débil *no profesional*, o si por el contrario un profesional en la materia del contrato puede ser víctima de la posición dominante.- No hay duda que sí puede serlo, pues aunque perciba la desventaja exorbitante, *la necesidad* para él no es la del consumidor, sino la del empresario que **necesita** desarrollar su empresa mediante el contrato que se le ofrece, y para no desaprovechar la oportunidad, se somete a la exorbitancia de las condiciones.- Además, aunque no sea víctima de la *inexperiencia*, *sí puede serlo de la irreflexión.*

IV.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.-

Preferimos este número especial para destacar lo vigente en Colombia.-

En este país no se ha dictado una norma específica que resulte aplicable a todas las *cláusulas abusivas*. El Estatuto del Consumidor, que es la ley 1480 de 2011 en su art 42 enumeró 14 cláusulas abusivas cuya sanción es la *ineficacia absoluta*. Son, pues, casos taxativos que no permiten la generalización.-

Viene la duda sobre si, conforme a ello, en Colombia no es viable aplicar la teoría fuera de los casos enunciados en el Estatuto del

Consumidor. Consideramos que esa conclusión es inconcebible, y muy por el contrario, tenemos en los Códigos Civil y de Comercio un marco legal que permite aplicar el fenómeno con más amplitud que lo previsto en Francia, en Alemania o en Suiza.- Así, veamos:

a) El equilibrio contractual.- Todo cuerpo de normas dicta reglas rigurosas para salvar el **equilibrio de las prestaciones** que ha de darse en todos los contratos **onerosos**, así en los conmutativos, como en los aleatorios.-

Nuestro C. Civil es modelo en ello, y así en el art 1498 dice que en el contrato **oneroso conmutativo** la prestación a cargo de una parte **"se mira como equivalente"** a la que resulte a cargo de la otra.

Merece relieves la terminología empleada por la norma, pues no dice que la prestación sea equivalente, sino que **"se mira como equivalente"**, porque aunque resulte no serlo por detalles comerciales que las partes no percibieron, lo fundamental es que al momento de consentir, ellas **miraron**, es decir, entendieron que esas prestaciones eran iguales entre sí.-

Y ese **equilibrio contractual** debe darse en los contratos **onerosos conmutativos**, y también en los **aleatorios**, porque en éstos **"el equivalente consiste en una contingencia de ganancia o pérdida"**, como lo agrega la norma citada.-

b) Caso de desequilibrio contractual.- En determinado contrato puede presentarse desequilibrio en las prestaciones, y ello puede ocurrir por una de dos causas: la primera es porque *al consentir una de las partes padezca error, fuera o dolo. La segunda es que, aún sin que haya dolo, fuerza ni error, una de las partes imponga de mala fe cláusulas excesivamente onerosas.*- En cualquiera de esos dos casos está rompiéndose el **equilibrio contractual** mandado en el art 1498.-

c) El dolo como vicio del consentimiento, y la mala fe en las cláusulas excesivamente onerosas.- El C. Civil en su **art 1508** enuncia como vicios del consentimiento *el error, la fuerza y el dolo.*- Ese **dolo** contemplado en la disposición tiene un sentido particular, y es *la astucia, falacia o maquinación urdida por una de las partes para engañar a la otra.*-

Por el contrario, *la mala fe* presente al imponer las cláusulas excesivamente onerosas, *no es astucia puesta para engañar, porque la víctima es consciente de lo que acepta, y, además, el abusador no ha desplegado artimañas para engañar.* Pero la parte débil se ve forzada a ello no por violencia, sino por la posición dominante que le impone la parte contraria.- Debido a ello, *la sanción que ha de imponerse en el primer caso es bien distinta de la que merece el segundo*, como lo veremos.

d) La sanción de las cláusulas abusivas.- La mala fe observada por una de las partes al contratar no puede quedarse sin sanción. Cuando ese *dolo* consiste en *maniobras engañosas*, el C. Civil consagra

como sanción la *nulidad relativa* del contrato. (Cfr. último inciso del art. 1740)

Pero, ¿qué sanción se aplicará contra las **cláusulas abusivas**, es decir, contra aquellas donde una de las partes **ha abusado (es decir, usado mal)** de su posición dominante?.- Según lo vimos, hay allí una **mala fe** que no produce engaño, pero que no le deja a la víctima otra alternativa que la de *consentir, para obtener los fines buscados en el contrato*.- De ahí que el contratante poderoso le plantea un dilema: o consciente, y se convierte en víctima, o no consciente, y entonces quedarán frustrados los provechos que buscaba.-

El problema se reduce a buscarle sanción a esa mala fe.-

La Codificación Civil que hemos venido citando dispone en su art. 1602 que el contrato sólo puede invalidarse "*por su consentimiento mutuo (de las partes) o por causas legales*" (negrillas ajenas)

Hemos, pues, de buscar esa causa legal que permite desconocerle eficacia a las **cláusulas abusivas**, dado que su anulabilidad no está prevista en el art. 1740.-

El **art. 1603** del C. Civil manda que los contratos se **ejecuten de buena fe**.- Nada está diciendo si esa **buena fe** queda mandada en la *etapa de formación*. Tal vacío lo llena el C. de Comercio al disponer: "**Art. 871.- los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe**".-

El **art 4º** del C Civil dispone que la ley *manda, prohíbe, permite o castiga*.- Es evidente que el **castigo es la sanción penal impuesta contra la conducta que viola la prohibición o desatiende el mandato**.-

Si pues el mandato consiste en que *el contrato se celebre de buena fe*, ¿Cuál será la sanción si se desatiende aquel precepto? Como lo hemos visto, el **art. 1740** sanciona con la **nulidad relativa** el contrato donde una de las partes actúa con *maniobras engañosas* tales que sorprendan el consentimiento de la otra. Pero, si no hubo esas *maniobras engañosas*, pero si se dio la *mala fe* al aprovechar la **necesidad, inexperiencia o irreflexión** de uno de los contratantes para *imponer ventajas excesivas*, ¿Cuál será la sanción? Se desconoce alguna ley que lo señale de una manera específica, como sí existe en Francia, Alemania y Suiza.-

De ahí que, ¿será lícito concluir que, *pues la ley no señala específicamente una sanción, ésta no existe*?.- Si así fuera, **tendríamos un mandato legal vano e inútil, porque sería de voluntario cumplimiento**.- Esas contradicciones resultan legalmente inadmisibles, porque, para la ley, lo que **manda es de obligatorio cumplimiento, luego debe existir un castigo contra esa desobediencia**.- En Francia, Alemania y Suiza ese castigo está consagrado explícitamente.-

Para Colombia, tenemos el **art 899 del C. de Co.** donde se dispone:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

"Art. 899.- "Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

*"1º) Cuando contraríe una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa."*²

Ahora bien, es indiscutible que el contenido del **art. 768** donde se *manda que los contratos se celebren de buena fe*, es norma **imperativa**, y así, quien al contratar incurre en **mala fe**, la habrá contrariado y, por ello, ese acto **"será nulo absolutamente, ... salvo que la ley disponga otra cosa"**

En el caso de contrariar el precepto de la **buena fe** previsto en el **art 768 del C. de Co.** empleando maniobras engañosas, la ley ha consagrado una sanción distinta a la **nulidad absoluta**, pues para el caso del **dolo como vicio del consentimiento** estableció la **nulidad relativa, (C. C. art 1741).**

Pero cuando se contraría dicho precepto, pero sin acudir a maniobras engañosas, la sanción será **la nulidad absoluta**, como lo dispone el citado art. 899, porque no existe ley que haya dispuesto cosa distinta.-

Razón de considerar el aprovechamiento de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia como cláusula abusiva.- Hemos traído como antecedentes, lo dispuesto en los C. C. Alemán, Suizo, y Francés. No es que pretendamos transferirlos aquí a manera de fuente obligatoria, sino más bien para significar que eso es lo que se ha tenido en cuenta por el *criterio internacional como fundamento de lo aplicable entre nosotros, y que, como está fundado en sana lógica, no hay que sentir asco al aplicarlo.-*

V.- EN QUÉ CONSISTE LA BUENA FE

No es este lugar propicio para detallar la diferencia entre *dolo* y *mala fe*.-Pero digamos que de una manera simplísima, sabia y profunda, nos dice el C. Civil en su **art. 768** que *"La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exento de fraude o de todo otro vicio".-*

Esa definición dada por la ley para decir cuando el poseedor está de buena fe, perfectamente se puede aplicar para un concepto general de *buena fe*.- De ahí que, bien podemos dar esta noción general

Buena fe es la conciencia de estarse obrando conforme a justicia en cada caso concreto.-

² Hay casos en que la ley dispone sanción distinta a la **nulidad absoluta** cuando se contraría norma imperativa, como el caso del **dolo como vicio del consentimiento que se sanciona con la nulidad relativa, (C.Civil art 1741)**, o en el *contrato de seguro*, donde la falta de información *del estado del riesgo, sea dolosa o culposa, se sanciona igualmente con la nulidad relativa.-* (C. de Co. art. 1055 incisos 1º y 2º)

Entonces el estipulante que, al contratar es **consciente de estar contrariando la justicia, está de mala fe**, y ese acto merece la sanción de *nulidad absoluta*, si otra cosa no ha dispuesto la ley de manera expresa.

Pero, además, una cosa debemos advertir, y es que , cuando hay *conciencia errónea*, **si el error es de hecho**, *no daña la buena fe*.- Pero si el *error* es causado por **desconocimiento de la ley**, ese error no sirve para salvar la buena fe.- Al contrario, hay allí "*una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*", como acertadamente lo dispone el mismo **art 768** en su último inciso, norma que es una aplicación de lo previsto en el art 9° del C. Civil, que previene: "*La ignorancia de la ley no sirve de excusa.*"

Prueba de la mala fe.- Para que una cláusula del contrato pueda calificarse de **abusiva**, como lo hemos venido puntualizando, debe haber actuado de *mala fe* la parte responsable. Pero se pregunta si por el hecho de presentarse la *manifiesta desproporción* en las prestaciones, ha de presumirse su mala fe, o debe probarse para obtener la nulidad.-

Sobre lo anterior, veamos: La Constitución Política de Colombia dispone en su **art 83** que "*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe...*".- Se contiene allí un precepto repetido por el C. Civil y el de Comercio.- Pero respecto de la prueba, dice que la buena fe "*se presume en todas las gestiones que aquellos (los particulares) adelanten ante estas*", es decir, ante las autoridades.-

De manera que nada dice respecto de la prueba de la buena fe que ha de observarse cuando la actividad es entre particulares.- Ese vacío lo llena el **art 769 del C. Civil**, al disponer: "*La buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria*".-

Y como para el caso de *las cláusulas abusivas* no ha establecido la ley presunción de mala fe contra el responsable, síguese de allí que *debe probarle su mala fe* quien pretenda la nulidad.-

RUBÉN S. STIGLITZ opina que *el manifiesto y grave desequilibrio en las prestaciones* ya es prueba suficiente de *mala fe* a cargo del beneficiado con la ventaja.³ Esa apreciación es lógica, porque si el desequilibrio es *manifiesto y grave*, ha de entenderse que quine lo impuso los hizo de mala fe.

VI.- LAS SUPUESTAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CASO ESTUDIADO.-

³ Obra citada, T. I N° 384 págs. 475 y 476.-

En los contratos debatidos hay tres cláusulas, que, en sentir del suscrito, *son obviamente abusivas, y son.*- **1º.**- La que impuso una cláusula penal para el caso de incumplimiento. **2º.**- La que postergó el pago de las *obras adicionales* hasta cuando terminara totalmente la obra, y **3º.**- La que autorizó a ARQUITECTURA y CONCRETO S.A. para terminar el contrato mediante una simple comunicación.-

Vamos a estudiar cada una de ellas en forma separada.

1º.- La Cláusula penal

A cada contrato se le agregó un anexo donde se fijó una pena a cargo de Eléctricos H. G como garantía de cumplimiento. En el caso del proyecto "ALTOS DE SAN JORGE" la pena fue de \$ 100.000 diarios "por el incumplimiento de las fechas designadas" (fls 57), y en otros contratos ese valor fue hasta de \$ 250.000 diarios.-

El C. Civil autoriza la cláusula penal, pero es lo razonable que en los contratos bilaterales ella se fije a cargo de cualquiera de las dos partes incumplida. Es que su consecuencia tiene connotaciones muy particulares, como es lo dispuesto en el art. 1599 del C. Civil, donde se dispone que no se necesita probar los perjuicios en caso de incumplimiento, que hay lugar a cobrarla aunque no se hayan producido, y aún más, aunque el incumplimiento le haya traído beneficio a la otra parte.- Entonces, constituye cláusula abusiva la que fija la pena sólo a cargo de la parte débil.-

Lo anterior muestra que la provocada se valió de su *posición dominante* para exigir la inclusión de esa cláusula penal, y aunque durante la ejecución del contrato no se hizo efectiva, ello se debió a que las dificultades de la provocante pudieron haberse originado en las retenciones, no sólo del 10% acordado, sino también del total debido por las obras adicionales que solamente se le pagó cuando se concluyeron en su totalidad.-

Entonces, esa cláusula penal abusiva, aunque en la práctica no produjo consecuencias, sí debiera tenerse en cuenta para sancionarla al momento de regular las costas.-

Pero, viene la duda: ¿Una cláusula penal, como la ya comentada, podrá una de las partes imponerla a la otra, sin que ésta pueda hacer lo mismo? Mis compañeros de Tribunal hallaron eso ajustado a ley.- Aunque esa conclusión es discutible, miradas las circunstancias del caso concreto *el abuso* es manifiesto, porque, primero, se impuso una *retención del 10% de cada pago*, segundo, también se exigieron *cuatro pólizas de cumplimiento*, y a más esas dos garantías, muy suficientes, vino la cláusula penal montada unilateralmente, pues quien la exigió quedó libre de ella y de todo lo anterior.- A nuestro juicio, ELÉCTRICOS H-G no pudo eludir el poder dominante, porque si lo intentaba, otros acudirían a pesar de todo.-

2º.- El pago de las obras adicionales

Para cada contrato se especificaron las obras que debían cumplirse, los plazos, el precio que se pagaría en forma periódica, y el anticipo que se entregaría para el inicio de los trabajos.-

Hasta lo dicho, todo normal.- Pero el *abuso* vino al disponer que, en caso de *obras adicionales*, acordarían su precio, **pero sólo se pagaría una vez terminada toda la obra y entregada a satisfacción.**- Mirando eso desprevenidamente, parece razonable, porque ha de entenderse que si son *obras adicionales*, han de ser muy pocas, ejecutables en poco tiempo, y sin exigencia de mucha inversión.-

Con todo, la realidad fue muy distinta, porque en los trece contratos ocurrió el fenómeno, y en algunos de ellos la adición resultó ser del 50%, el tiempo de su construcción demandó igualmente un 50 por ciento del inicial, y durante todo ese trayecto ELÉCTRICOS H-G hubo de atender el pago de los materiales, la mano de obra, no recibió utilidad, y **tampoco se le hizo anticipo alguno**, como sí ocurrió durante la tarea inicial.-

¿Qué reserva le será bastante a un empresario, para atender un compromiso en esas condiciones? ELÉCTRICOS H-G acabó con su patrimonio, sus acreedores la tienen demandada y en estado de liquidación.- ¿Se debería ello a la mora en el pago de las obras adicionales y a la falta del anticipo?

Mírese, además, que ya de todos los trece contratos venía reteniéndosele un **10% de lo que debía pagársele**, y que sólo se le pagó cuando llegó la oportunidad para pagar las obras adicionales.-

Luego, si continúa sufriendo ese **retenido, no se le entrega ningún anticipo**, y a pesar de ello debe desembolsar de sus reservas lo necesario para el pago de materiales, de mano de obra, y todo ello sin recibir la utilidad, todo vale, al menos, como indicio, de que su fracaso definitivo se debió a la **cláusula sobre las obras adicionales, y su abuso aparece manifiesto.**-

3º.- La facultad para terminar el contrato

En el folio 55 del expediente aparece el anexo N° 2 donde se dice que:

"En cualquier momento ARQUITECTURA y CONCRETO S.A. podrá poner fin al objeto de esta oferta en los siguientes casos: "

Y posteriormente se anotan 5 causales, y dice la 5ª:

"Cuando ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A. deba por cualquier motivo suspender los trabajos por largo tiempo o abandonar definitivamente su ejecución antes de terminar la obra"

Y Agrega que **bastará la comunicación escrita que se envíe a ELÉCTRICOS H-G.**

No hay duda que las partes pueden señalar causales de terminación cuando el *contrato es de tracto sucesivo*. Pero cuando esas causales aparecen consagradas en beneficio de una parte, deben tener la correspondiente compensación en favor de la otra, pues de lo contrario implicará ello **un recargo injusto** que hiere los postulados de la bilateralidad y de la buena fe. Hay, pues, *abuso manifiesto*.

Pero a más de no haberse convenido la debida compensación en beneficio de ELÉCTRICOS H. G., hay otro aspecto de violación grave contra *normas imperativas*, y es el haberse agregado que, al presentarse la causal, "*en cualquier momento podrá ARQUITECTURA Y CONCRETO S.A. poner término al objeto de esa oferta*" **mediante envío de comunicación escrita.-**

Es decir, allí se reservó ARQUITECTURA y CONCRETO S.A. facultad para **aplicarse justicia por mano propia.-** Esto es de tal gravedad, que amerita un estudio especial, y lo haremos en el número siguiente.-

4°.- El derecho subjetivo particular de acción, y el derecho Subjetivo público de acción

Las dos figuras anunciadas ameritarían una exposición muy extensa, pero en otro lugar, no aquí donde solamente se trata de dar los motivos para salvar el voto.- Por ello, lo haré con la mayor concisión posible.-

A) Derecho subjetivo público de acción.- Es el que tiene toda persona de acudir al Estado para que administre justicia mediante el proceso, es decir, para que le dé la razón al que la tenga.

B) Derecho subjetivo particular de acción.- Es esencialmente distinto del anterior, y así lo define CELSO: "*Nihil aliud es actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur.*" Lo cual, para nuestro idioma significa: "*No es otra cosa la acción que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe.*"-

ANDRÉS BELLO, autor del C. Civil Chileno, de donde fue tomado el nuestro, dijo: "*La acción, en cuanto es derecho, pertenece a las cosas incorporales y puede definirse ius persequendi in iudicio quod nobis debetur; en cuanto es tiempo de perseguir nuestro derecho que es como aquí lo consideramos, podemos definirlo: médium legitimum persequendi in iudicio iura nostra.*"⁴ (Negrillas ajenas al texto)

⁴ Andrés Bello. OBRAS COMPLETAS, T. XVII pág. 181

De la definición dada por CELSO y por don ANDRÉS BELLO LÓPEZ inferimos que ellos aluden solamente al cobro de lo que se nos debe, pero bien podemos extenderla a cualquier pretensión formulada judicialmente para que se conceda lo que deseamos.-

Dos cosas debemos observar: la primera, es que no están definiendo *el derecho subjetivo público de acción*, sino el *derecho subjetivo particular de acción*, *compañero inseparable de todo crédito*.

La segunda, es que ambos autores puntualizan que ese derecho debe ejercitarse por medio de un juicio, es decir, *mediante el derecho subjetivo público de acción*.-.-

Es decir, desde CELSO ya se está proscribiendo la *justicia por mano propia*, que existió en los primeros tiempos, y que se constituyó en venero de injusticias y graves problemas.-

C) Lo que dispone el C. Civil.- El art. 1602 preceptúa: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".-

De manera que para invalidar un contrato extrajudicialmente, se necesita que las partes lo acuerden, pues de lo contrario sólo pueden invocarse las causas legales, y ello debe hacerse mediante el *ejercicio del derecho subjetivo público de acción, ante juez competente y con las formalidades legales*.-

Pero se arguirá que la ley señala casos en que el contrato termina de pleno derecho y otros en que autoriza a la parte para darlo por terminado sin acudir al juez.- Ello es verdad, pero son casos taxativos, expresamente señalados, y no pueden extenderse a lo no previsto en ellos, ni siquiera por analogía.-

Veamos:

a) Casos en que la ley no concede acción, porque ella mima, de pleno derecho, consagra los efectos que con la ley se buscarían. Podríamos enunciar hasta 12 casos, pero nos abstenemos de hacerlo, para no herir la brevedad.

b) Acción para cuyo ejercicio basta la decisión unilateral.- Hemos hallado 5 casos que la brevedad manda callar. En ellos, la parte decide terminar el contrato sin que necesite acudir al juez.- Hay allí *justicia impuesta por mano propia*, pero son casos excepcionales, taxativos, que no admiten la generalización.-

Entre ellos no están las causales impuestas por ARQUITECTURA y CONCRETO S.A. de lo cual se infiere que cuando se crea existir una de ellas, debe la parte *ejercitar ante juez el derecho subjetivo público de acción, formular la pretensión, y probarla para que el Juez la declare probada y consecuentemente decreta la terminación del contrato*.-

Entonces, la cláusula donde se autorizó la terminación por voluntad unilateral comunicada a la otra parte, *adolece de nulidad absoluta y debiera declararse en este laudo.*-

Corolario: En cada una de las tres cláusulas reseñadas, y en las tres juntas, aparece una estolidez manifiesta, y debiera el Tribunal de árbitros decretar su nulidad, *aunque el único resultado práctico fuera enseñar a los comerciantes con posición dominante que deben abstenerse de imponerlas en lo sucesivo.*-

Los dos árbitros no están de acuerdo, debo respetar su criterio que mantienen después de ponderado estudio, y por ello he decidido **salvar el voto.**-

Medellín, 30 de septiembre de 2013.



ARTURO GÓMEZ DUQUE
Árbitro