



La retención en garantía: ¿Una cláusula abusiva en los contratos de construcción en Colombia?

María Cecilia Pantoja Ramírez

Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás

Maestría, Derecho Contractual Público y Privado

Director trabajo de grado: Doctora Viviana Beatriz Barajas Villareal

Bogotá, Colombia

Diciembre, 2025

TABLA DE CONTENIDO

La retención en garantía: ¿Una cláusula abusiva en los contratos de construcción en Colombia?

Resumen

Abstract

Introducción

1. Contrato de construcción

1.1. Elementos del contrato de construcción

1.2. Instrumentos de armonización para la estructura del contrato en materia internacional.

1.3. Clasificación de los contratos de construcción.

1.3.1. Según alcance de los trabajos contratados

1.3.2. Según la modalidad de pago del precio.

1.4. Riesgos en el contrato de construcción

1.4.1. Riesgos legales.

1.4.2. Riesgos relacionados con el suelo

1.4.3. Riesgos de variación de precios y disponibilidad de materiales

1.4.5. Riesgos laborales

1.4.6. Riesgo de daño o perecimiento de la obra en construcción

1.4.7. Riesgos de afectaciones a terceros

1.4.8. Riesgo de incumplimiento.

2. Cláusula de retención en garantía

2.1. Concepto

2.2. La retención en garantía frente a otros pactos accesorios al contrato

2.2.1. Retención en garantía y arras

2.2.2. Retención en garantía y clausula penal.

2.2.3. Retención en garantía y fianzas contractuales.

- 2.3.** Retención en garantía en las formas de contratación FIDIC.
 - 2.4.** Retención en garantía en la ley de edificación española
 - 2.5.** Retención en garantía usada en los contratos de construcción celebrados entre particulares en Colombia.
- 3.** Análisis de la abusividad de la cláusula de retención en garantía, en los contratos de construcción celebrados entre particulares en Colombia.
- 3.1.** Aplicación del test de abusividad a la cláusula de retención en garantía.
 - 3.2.** Características arquetípicas de la cláusula abusivas.
- 4.** Conclusiones
- 5.** Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo aborda el problema de la incorporación sistemática de la cláusula de retención en garantía en contratos de construcción celebrados entre empresarios particulares en Colombia, pese a la ausencia de regulación normativa expresa. Esta figura, aunque ampliamente utilizada como mecanismo de protección ante incumplimientos contractuales, ha sido aplicada en condiciones que generan desequilibrios en perjuicio del contratista, contraviniendo los principios de buena fe objetiva y proporcionalidad. El objetivo general es determinar si dicha cláusula puede ser calificada como abusiva, a partir de su análisis estructural, funcional y normativo. La metodología empleada es cualitativa, de tipo jurídico-dogmática y comparada, basada en el análisis documental de normas, jurisprudencia, doctrina nacional e internacional (con énfasis en la legislación española y los contratos FIDIC), así como en la revisión de contratos reales de obra privada. Los resultados permiten establecer que, en muchos casos, esta cláusula es impuesta unilateralmente por el contratante, sin límites de razonabilidad ni garantías de devolución efectiva, lo cual configura una ventaja desproporcionada en el marco de relaciones contractuales formalmente simétricas. En la discusión, se propone que el uso de esta figura debe ser revisado jurídicamente y regulado con base en criterios de equidad y equilibrio, incluso entre partes empresarias. El estudio abre espacio para futuras investigaciones sobre otras cláusulas contractuales potencialmente abusivas en entornos B2B.

Palabras clave: retención en garantía, cláusulas abusivas, contratos de obra, derecho privado, buena fe.

Abstract

This research addresses the problem of the widespread inclusion of the retention clause in construction contracts signed between private business parties in Colombia, despite the absence of explicit legal regulation. Although this figure is commonly used as a protection

mechanism against contractual breaches, it is often applied under conditions that create imbalances detrimental to the contractor, thereby violating the principles of objective good faith and proportionality. The objective is to determine whether the retention clause can be classified as abusive, through a structural, functional, and normative legal analysis. The methodology is qualitative, using a legal-dogmatic and comparative approach, based on a documentary analysis of laws, jurisprudence, national and international doctrine (particularly Spanish law and FIDIC contracts), and a review of actual private construction contracts. The results show that this clause is often unilaterally imposed by the employer without reasonable limits or effective refund guarantees, creating an unjustified advantage in contracts that are formally symmetrical. The discussion suggests that the clause should be reviewed and regulated based on principles of equity and contractual balance, even in B2B contexts. This research provides a basis for future studies on other potentially abusive clauses in private contracting.

Keywords: retention clause, abusive clauses, construction contracts, private law, good faith.

Introducción

La construcción ha estado presente en el desarrollo y avance de todas las civilizaciones del mundo, pues es una industria de relevancia transversal que impulsa la generación de empleos directos e indirectos y, dadas las necesidades de su cadena productiva, demanda diversos productos de otros sectores económicos, tales como: agregados para concreto (cemento, arena, arcilla, piedra, etc.), vidrio, productos metálicos y no metálicos, ocupación de maquinaria y equipos, madera, etc. Así, estableciendo su relevancia en la economía nacional pues tiene importante encadenamiento con el 54% de actividades económicas: actividades extractivas, industriales, de servicios, financieras e inmobiliarias (MEN-Camacol, 2019).

En este mismo sentido, durante el Congreso Colombiano de la Construcción 2021, la Cámara Colombiana de la Construcción-CAMACOL, dio a conocer las cifras del sector en Colombia, resaltando la recuperación del mismo y su contribución a la reactivación de la economía nacional, destacando que pese a los efectos de la pandemia declarada por el COVID-19 y los

conflictos sociales afrontados por el país, los primeros 7 meses de 2021, el sector construcción sostenía 1.5 millones de puestos de trabajo (Valor Analitik, 2021). Recientemente, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE, reveló que en 2021 el PIB del país creció el 10,6 por ciento, siendo notoria la contribución del sector de la construcción para jalonar la economía nacional (Semana, 2021).

Por otro lado, el sector de la construcción se divide en dos subsectores dentro de los que se pueden categorizar las construcciones según su uso o función; edificaciones e infraestructura. El primero se subdivide según el uso ocupacional de las construcciones en residenciales y no residenciales; y el segundo se desagrega también según el uso y comprende mayoritariamente, obras promovidas por el gobierno nacional o local, por lo que la mayor parte de sus negocios jurídicos se desarrollan de conformidad con las normas de derecho público.

Dentro de este contexto, el presente trabajo analiza la cláusula de retención en garantía o *retergarantía* en contratos para la construcción de obras civiles celebrados entre empresarios particulares en Colombia, en el subsector de edificaciones, los cuales se enmarcan en los llamados contratos B2B (*Business to Business*), en los que, dado el carácter profesional de los contratantes, se presume la igualdad contractual entre ellos (Contreras Delgado, 2020). Se propone con la finalidad de establecer el rompimiento del equilibrio jurídico que genera esta cláusula, que, por adolecer de una regulación específica, resulta necesario determinar si es abusiva en el derecho colombiano, toda vez que su inclusión en el clausulado contractual, de este tipo de negocios, se constituye en una ventaja injustificada a favor del contratante.

Ahora bien, dada la carencia de regulación específica sobre la retención en garantía dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el análisis se apoya, en algunas de las herramientas más utilizadas para la celebración y ejecución de contratos de construcción internacional y una revisión comparativa respecto de la regulación que del tema existe en la legislación española Ley de ordenación de la edificación (Ley 38, 1999), en la cual se regula expresamente la retención en garantía, tema central del presente estudio.

Ante este panorama, la presente investigación se propone responder a la siguiente pregunta

de investigación: ¿Constituye la cláusula de retención en garantía, tal como se pacta en los contratos de construcción celebrados entre particulares en Colombia, una cláusula abusiva que vulnera los principios de buena fe, equilibrio contractual y proporcionalidad?

Para abordar esta cuestión, en una primera etapa se estudiará la naturaleza y régimen jurídico del contrato de construcción en Colombia, identificando los elementos que determinan su complejidad y los riesgos asumidos por las partes. Es necesario comprender las bases legales que rigen este tipo de contratos para identificar el entorno jurídico en el que se inserta la cláusula de retención en garantía, incluyendo principios como la autonomía privada, la buena fe y la equivalencia de prestaciones.

En segundo lugar, se analizará la configuración jurídica, doctrinal y práctica de la cláusula de retención en garantía, contrastando su aplicación nacional con modelos internacionales como el FIDIC y la legislación española. Este objetivo se desarrolla, bajo un concepto claro de la figura y se identifican sus elementos característicos, su finalidad y sus distorsiones, especialmente a partir del estudio de 50 cláusulas reales. El análisis comparado permite evidenciar cómo otros sistemas regulan esta figura para proteger el equilibrio contractual.

Y en tercer lugar, se evaluará la potencial abusividad de la cláusula de retención en garantía en el contexto colombiano, a la luz de los principios de buena fe, proporcionalidad y equilibrio contractual, con base en criterios jurisprudenciales. Así las cosas, se aplicará el test de abusividad desarrollado por la Corte Suprema de Justicia y se identificarán patrones contractuales que vulneran los principios del derecho privado. Este análisis busca establecer cuándo la cláusula, aun entre empresarios, se convierte en una condición abusiva.

La metodología empleada es cualitativa, de tipo jurídico-dogmática y comparada, basada en el análisis documental de normas, jurisprudencia, doctrina nacional e internacional (con énfasis en la legislación española y los contratos FIDIC), así como en la revisión de contratos reales de obra privada. Los resultados permiten establecer que, en muchos casos, esta cláusula es impuesta unilateralmente por el contratante, sin límites de razonabilidad ni garantías de devolución efectiva, lo cual configura una ventaja desproporcionada en el marco de relaciones contractuales formalmente simétricas. En la discusión, se propone que el uso de

esta figura debe ser revisado jurídicamente y regulado con base en criterios de equidad y equilibrio, incluso entre partes empresarias. El estudio abre espacio para futuras investigaciones sobre otras cláusulas contractuales potencialmente abusivas en entornos B2B.

1. Contrato de construcción

El contrato de obra, denominado por la doctrina también como contrato de empresa, dada la ausencia de subordinación del constructor o empresario respecto del contratante (Gómez, 2008), constituye el género del cual el contrato de construcción es una especie, ya que mediante aquel puede pactarse la producción de cualquier resultado, material o intelectual, bien de creación, bien de transformación de una obra corporal o incorporeal, reparación o creación de un mueble, una obra artística, literaria, etc. (Berrios, 1979). Cuando nos referimos al contrato de construcción, versa específicamente sobre obras realizadas en inmuebles, al decir de Bonivento (2017) “el contrato de construcción no es otra cosa que el de confección de obra material referida a la labor de construcción de edificios por un precio único prefijado” (p. 591).

Así, el artículo 2060 del Código Civil (1982), se refiere específicamente a la construcción de edificios por un precio único, en el cual se establece la imposibilidad de variación de este, aun cuando los precios de materiales o mano de obra hayan aumentado. En el mismo sentido refiere Díez-Picazo al acoger como el más antiguo y propio significado de la idea de edificio, el contenido en el Código Civil español (art 334,1º) el cual refiere a las “construcciones de todo género adheridas al suelo” (2010, p. 390).

Así pues, en términos del artículo 2060 del C.C., habida cuenta de que es el contratante quien suministra la materia principal, para el caso el terreno, los vicios ocultos en el mismo serán un riesgo a su cuenta y así lo establece la citada norma. De igual forma, consagra este artículo la conocida garantía decenal para los inmuebles, relacionada con la estabilidad de la construcción y exigible cuando estos perecen o amenazan ruina¹ dentro de los 10 años siguientes a su construcción por vicios en la misma, en los materiales o atribuibles al constructor quien lleva la carga de la experticia dado su carácter profesional.

¹ Díez-Picazo (2010) hace referencia al concepto de ruina funcional, como la destrucción o derrumbamiento de una obra después de haber sido recibida y aprobada.

Existe contrato de construcción cuando el constructor o contratista adquiere el compromiso de construir y entregar al comitente o contratante una obra inmueble, o generar un resultado en esta en forma independiente, esto es, sin ningún tipo de subordinación y asumiendo o no los riesgos técnicos y económicos, a cambio de un precio determinado o determinable (Podetti, 2004).

La praxis en el sector de la construcción se ha desarrollado más allá de la básica regulación que de este contrato nos ofrece el Código Civil, actualmente se desarrollan dentro de un proyecto de construcción, diferentes negocios jurídicos coligados que garantizan el *iter* del proyecto desde sus estudios previos hasta la instalación de servicios, acabados e incluso el funcionamiento productivo del bien. Sin embargo, pese a existir amplio marco regulatorio y normativo del sector de la construcción (CAMACOL, 2019), se adolece de falta de regulación específica de los negocios jurídicos que en su desarrollo se celebran y ejecutan, y específicamente de regulación de la cláusula de retención en garantía, a la que se hará referencia más adelante ya que se constituye en objeto del presente estudio.

A diferencia de la legislación colombiana, en la legislación española atendiendo a la gran importancia del sector de la edificación en su sociedad y la inexistencia hasta ese momento de una regulación completa, existe la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38, 1999), mediante la cual se regula la actividad constructora estableciendo un marco general que otorga claridad sobre los agentes que intervienen en la misma, su responsabilidad frente a la actividad, las garantías otorgadas a los usuarios y la responsabilidad frente a estos, entre otros asuntos.

1.1. Elementos del contrato de construcción

A la luz del artículo 1501 del Código Civil colombiano, un elemento esencial del contrato de construcción es la independencia del contratista o empresario, lo que evita que se convierta en un contrato laboral; así mismo, el contener obligaciones de hacer y de resultado, es lo que constituye su principal diferencia frente al mandato; de igual forma le es esencial que exista un precio por la obra a ejecutar, cuya ausencia lo convertiría en

una donación; que el contratante sea quien suministre la materia principal so pena de degenerar en contrato de venta, del que también se diferencia por las garantías otorgadas por el contratista, ya que mientras el vendedor responde por evicción y vicios redhibitorios, el contratista garantiza la calidad y estabilidad de la obra, elemento que es natural al contrato (Lorenzetti, 2004).

Al analizar la cláusula de retención en garantía a la luz del mencionado artículo, se puede establecer claramente que la misma no hace parte de la esencia ni de la naturaleza del contrato de construcción, siendo un elemento simplemente accidental.

1.2. Instrumentos de armonización para la estructura del contrato en materia internacional

Una característica del contrato de construcción es la de ser consensual, sin embargo, dada su importancia en la economía de los países, su desarrollo ha sido amplio, especialmente para aquellos negocios jurídicos de orden internacional. Con base en ello, se han desarrollado propuestas para la forma y estructura de estos contratos, las cuales se convierten en la base para la adaptación a cada proyecto en particular de pautas o modelos desarrollados por organizaciones internacionales tales como, UNIDROIT, UNCITRAL con su Guía Para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales, las formas NEC-New Engineering Contract, contrato modelo propuesto por la Institución de Ingenieros Civiles del Reino Unido. Así mismo, se encuentran las formas FIDIC, los cuales son de muy amplia utilización no solo para contratos con actores de varios países, sino que también se han implementado para uso local en varios de ellos y han sido adoptados como forma oficial en proyectos de la banca multilateral como, por ejemplo, el Banco Mundial es usuario de estas formas para los proyectos que financia (Rojas Tamayo y Rodríguez Fernández, 2008). Las formas FIDIC contienen la regulación estándar de los proyectos con las ventajas que, para los actores de este conlleva esta uniformidad a efectos de lo anterior. Ofrece así, sus diferentes libros (Arbitraje Internacional, 2008) diseñados de conformidad con el alcance de la negociación y caracterizados por un contenido equilibrado y claro para los contratantes en los diferentes supuestos.

En Colombia, estas formas cobran gran importancia y cada vez son más utilizadas en el contexto de los negocios jurídicos internos, ya que proporcionan bases y parámetros importantes, aunque su uso es prevalente en los contratos estatales o los que incluyen inversión extranjera. Sin embargo, cabe resaltar que la práctica evidencia que aunque estas formas son tomadas como base, lo usual es que sean modificadas según la necesidad y el tamaño del proyecto, o a conveniencia de la parte redactora del contrato, con lo cual se aumenta el riesgo de desequilibrio y oscuridad de su contenido.

1.3. Clasificación de los contratos de construcción

A efectos de evidenciar el alcance del objeto de los contratos que nos ocupan, lo cual es determinante a la hora de establecer los riesgos que con su celebración asume cada una de las partes, se procede a continuación a mencionar la clasificación de los contratos de construcción más usados en las relaciones jurídicas de este tipo, celebradas entre particulares no consumidores en Colombia.

1.3.1. Según el alcance de los trabajos contratados

1) Diseño y Construcción: en este tipo de contratos se encarga al contratista del diseño del proyecto y la construcción de este. De igual forma es el que mayor responsabilidad y riesgo asigna al contratista constructor, ya que es de su cargo la responsabilidad por la idoneidad tanto de los diseños y documentos técnicos, como de los materiales escogidos para su desarrollo y de la construcción de la edificación. Bajo esta modalidad las partes pueden acordar que los materiales sean suministrados por cualquiera de ellas. En el contexto internacional, estos contratos son conocidos como EPC, Turn Key o Contrato llave en mano; y FIDIC propone para este tipo de negociaciones su Libro Plata, de Condiciones de Contratos para Proyectos EPC/TURN KEY.

2) Construcción: mediante el contrato de construcción, el de mayor tráfico en el mercado delimitado para este estudio, el contratista se obliga a la ejecución de los trabajos según los diseños, planos y demás información entregada por el contratante. Con referencia al suministro de los materiales para la construcción de la obra también hay libertad de estipulación y acuerdo entre las partes, asunto del que debe haber plena claridad en los acuerdos y documentos contractuales a efectos de las garantías de calidad

que acompañan a las obras. Para la ejecución de este tipo de contratos FIDIC ofrece su forma más utilizada, el Libro Rojo, de Las Condiciones Generales de Contratación para trabajos de Construcción y Obras de Ingeniería Civil.

1.3.2. Según la modalidad de pago del precio

Tratándose de un contrato oneroso y bilateral, el precio en el contrato de construcción, como ya se mencionó, es un elemento esencial al mismo, y su fijación parte de la base de la equivalencia de prestaciones entre las partes; para estos efectos pueden las partes acordar diferentes modalidades para el pago de la obra, siendo las más usuales:

- 1. Precio alzado o global fijo:** bajo esta modalidad de remuneración se incluyen todas las prestaciones necesarias para la ejecución cabal de la obra y la utilidad del contratista. El precio incluye en su tasación todos los riesgos previsibles dentro de la debida diligencia y experticia requerida al constructor. En este sistema de fijación de precio, las modificaciones son muy limitadas, prácticamente reduciéndose a la aparición de vicios ocultos en el terreno o las contempladas dentro de la teoría de la imprevisión, esto es, circunstancias no previstas y cuya previsión no era posible al momento de la celebración del contrato y cuya ocurrencia impide la ejecución del objeto o lo hace excesivamente oneroso (Rojas Tamayo y Rodríguez Fernández, 2008).
- 2. Precios unitarios:** en esta modalidad de pago, se establece un valor fijo por cada unidad construida. Mediante este método se tiene un costo estimado de la obra, sin embargo, el valor final de la misma solo se establecerá una vez finalizada su ejecución como la sumatoria de las cantidades ejecutadas por el precio unitario pactado (Podetti, 2004).
- 3. Remuneración por reembolso:** bajo este sistema, el contratante pagará al contratista la totalidad de los gastos en que incurra para la ejecución de las obras, más un valor adicional pactado previamente como AIU (administración, imprevistos y utilidad). No es un sistema muy utilizado puesto que no incentiva la optimización de recursos por parte del contratista.

- 4. Precio máximo garantizado:** En la práctica de los contratos a los que se limita este estudio, es común que las partes pacten un sistema de remuneración mixto, dentro del cual el contratista se compromete a la realización de las obras por un precio global que será el máximo pagado por el contratante, pero dejan abierta la posibilidad de que el contratista desarrolle optimizaciones de ingeniería o logística que generen ahorros que serán repartidos entre las partes de conformidad con las reglas previamente establecidas.

1.4. Riesgos en el contrato de construcción

Dada la naturaleza de sus prestaciones y las diferentes contingencias a las que puede estar sometida, es aceptado y conocido que la actividad constructora es en sí una actividad peligrosa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1990, Sentencia No. 153)². En este sentido, la ejecución del contrato de construcción conlleva diferentes riesgos que deben ser asumidos por cada parte de conformidad con la capacidad de administración de cada una de ellas frente a estos. Para estos efectos, pactan distintas estipulaciones contractuales que permitan una mejor administración de tales riesgos.

Por su parte, Cárdenas (2021) afirma que los contratos son actos de previsión de las partes e implican de una manera u otra la distribución entre los contratantes de los riesgos que pueden afectar la ejecución de los mismos, entendiendo el riesgo como un “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato” (Decreto 1082, 2015. Art. 2.2.1.1.1.3.1). En este sentido, gran parte del contenido del contrato de construcción se dedica a esta distribución y su regulación, siendo esta la determinante del contenido obligacional del mismo.

² Afirma la Corte: que “encuentra tempestivo reiterar que la construcción de edificios es, por su propia naturaleza, una actividad peligrosa. Que, además, la responsabilidad que de ella se deriva puede serle adjudicable, ya al constructor, ya al propietarios de la obra – por serlo también del terreno-, o, en fin, a ambos por virtud de la solidaridad dimanante del artículo 2344 del Código Civil.”

Así mismo, en el contexto internacional se revela un mayor esfuerzo por regular la distribución de riesgos en los contratos de construcción, dado el reconocimiento de la existencia de diversas contingencias y peligros que contiene su naturaleza (Morales et al., 2009), tal y como se puede apreciar en la Guía de la UNCITRAL o en las formas FIDIC. En ese sentido, la Ley de Edificación española contiene los riesgos a cargo de cada uno de los actores de estos contratos. A diferencia de ello, la legislación colombiana no tiene más regulación en materia de estos, que la asunción de los mismos respecto de la oportunidad del recibo de la obra por parte de la contratante establecida en el Código Civil, así pues se entrega a la convención entre las partes esta distribución.

En palabras de Rodríguez (2006) como principio general, el riesgo en un proyecto debe estar ubicado en cabeza de la parte que mejor pueda administrarlo y en este sentido, el precio debe reflejar la mayor cantidad, potencialidad e intensidad de los riesgos asumidos por el contratista.

Así las cosas y habida cuenta de que este tipo de contratos contienen obligaciones de hacer y de resultado, contienen también el tratamiento, por parte del contratante, del riesgo de incumplimiento del contratista, manejado con las cláusulas de apremio y sanción y las diferentes garantías contractuales.

A continuación, se mencionarán los riesgos más relevantes y su manejo dentro de un contrato de construcción celebrado entre particulares en Colombia:

1.4.1. Riesgos legales

El cumplimiento de la ley para cada actividad a desarrollar corresponde naturalmente a la parte destinataria de la misma; corresponde al contratante o dueño del proyecto asumir el riesgo de variaciones en la regulación legal relacionadas con el terreno, su uso y destinación, así como en los trámites que deben surtir para estos efectos, tal es el caso de la revocatoria de la licencia de construcción por variaciones en el uso del suelo por

decisión de la administración en modificaciones al POT (Plan de Ordenamiento Territorial).

1.4.2. Riesgos relacionados con el suelo

La construcción de inmuebles trae consigo la probabilidad de ocurrencia de imprevistos relacionados con el comportamiento del suelo, el hallazgo de interferencias no previstas, etc.³. Este riesgo naturalmente corresponde al propietario del proyecto y el terreno, y debe ser asumido por este, quien puede implementar medidas para reducirlo mediante la realización juiciosa de estudios y campañas de exploración previa, así como la aplicación de controles que permitan su continua vigilancia a efectos de implementar las medidas pertinentes y necesarias en forma oportuna.

1.4.3. Riesgo de variación de precios y disponibilidad de materiales

El riesgo inherente a la variación del precio y la disponibilidad de oferta de materiales a ser utilizados en la construcción se encuentra en cabeza de quien tiene a su cargo la adquisición de estos. Aun cuando en principio es el contratante quien entrega al contratista no solo el terreno sino también los materiales requeridos para la construcción, las partes pueden pactar la adquisición de materiales como una prestación a cargo de contratista, con lo que le es trasladado este riesgo.

1.4.4. Riesgos laborales

El pago de salarios, prestaciones sociales y cumplimiento en general de obligaciones laborales para con las personas empleadas en la ejecución del contrato de construcción, corresponde a quien funge como su empleador, esto es, al contratista; no obstante, la legislación colombiana, tanto civil (Código Civil, 1982, Art. 2060) como laboral (Código

³ Las interferencias pueden versar bien sobre la composición del suelo con cambios entre una y otra ubicación del terreno, el hallazgo y/o daño de redes señalizadas o no en planos, etc.

Sustantivo del Trabajo, 2011, Art. 34), ha hecho de este incumplimiento un riesgo compartido entre las partes al establecer la solidaridad en dicha responsabilidad. En virtud de ello, este es uno de los riesgos cuya mitigación se realiza mediante su transferencia a una compañía de seguros, con la exigencia al contratista de la inclusión de este amparo en la garantía de cumplimiento del contrato.

1.4.5. Riesgo de daño o perecimiento de la obra en construcción

Tal y como lo establece el Código Civil, el riesgo de perecimiento de la obra en construcción corresponde al contratista, salvo que esta haya sido recibida por el contratante o este se encuentre en mora de tal recibo. Dada su potencialidad, el manejo de este riesgo se realiza habitualmente con su transferencia a una compañía de seguros, mediante la contratación de un seguro de todo riesgo construcción (TRC), (Mejía, 2011).

1.4.6. Riesgo de afectaciones a terceros

El riesgo de afectar a personas o bienes de propiedad de terceros con causa u ocasión de la ejecución de un contrato de construcción es de alta probabilidad y considerable potencialidad para todas las partes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1990, Sentencia No. 153)⁴, por lo que su manejo se realiza habitualmente trasladando el mismo a una compañía de seguros, mediante la adquisición de seguro de responsabilidad civil extracontractual (RCE). Regularmente, tanto el contratante como el contratista adquieren seguros de responsabilidad civil extracontractual, los cuales normalmente cubren en forma coordinada los riesgos materializados: la adquirida por el contratante, en exceso de la otra, contratada por el contratista, la cual regularmente es derivada del cumplimiento del contrato.

1.4.7. Riesgo de incumplimiento

⁴ Al respecto afirma la corte: “aunque la construcción de una casa o un edificio o la realización de otras obras, es una actividad lícita, se pueden causar con ella daños a los vecinos y a terceras personas, y de ahí que el dueño o el constructor de la edificación o la obra deban tomar las precauciones necesarias y poner mayor cuidado en la ejecución de esta para prevenir aquellos perjuicios”.

Dada la bilateralidad del contrato de construcción, el riesgo de incumplimiento del mismo lo asumen ambas partes, sin embargo, las estipulaciones contractuales generalmente están orientadas a proteger el interés del contratante, como se evidencia a continuación a través de los siguientes instrumentos jurídicos:

1)Apremios y sanciones: los contratos de construcción contemplan las sanciones para la mora o el incumplimiento de obligaciones o del contrato mismo, tales como las multas y la cláusula penal. Las primeras están creadas para su imposición durante el plazo de ejecución de las obras el cual es controlado con un cronograma, que regularmente forma parte integral del contrato y cuya medición establece las pautas para medir el avance de la obra y controlar el riesgo de incumplimiento del plazo contractual, y con ello del contrato en sí. El cronograma puede o no contener hitos o metas parciales de entrega parcial de las obras, pero definitivamente es la herramienta mediante la cual se mide el avance de estas y en consecuencia, determina los atrasos del contratista y es el principal insumo para la imposición de multas a aquel, a título de apremio para los casos de atraso en ejecución. Regularmente, el contrato también contiene multas por incumplimientos en obligaciones accesorias, tales como las relacionadas con seguridad industrial, asuntos ambientales, de cumplimiento de reglamento de la obra, PMT (Plan de Manejo de Tráfico) etc.

En los contratos de construcción en Colombia, en adición a las multas anteriormente mencionadas, también pactan las partes una cláusula penal, bien como tasación anticipada de perjuicios, caso en el cual la penalidad cubre los perjuicios que sufriría la parte cumplida en caso de incumplimiento contractual por parte de su cocontratante, o bien de apremio, caso en el que no limita responsabilidad del incumplido ni lo libera del cumplimiento de la obligación principal, dejando intacta la posibilidad del cumplido de reclamar los perjuicios que logre demostrar que se le han generado por el incumplimiento. Lo usual es que en los contratos de construcción a los que se refiere este análisis es que la cláusula penal se estipule en favor del contratante, aunque se presenten excepciones a esta generalidad.

2) Fianzas: otra herramienta para mitigar el riesgo de incumplimiento del contratista en el contrato de construcción es la obligación de aquel, de contratar bien con una entidad bancaria, bien con una aseguradora, una garantía que afiance el fiel cumplimiento de las obligaciones que contrae al celebrar el contrato. Generalmente, la garantía de cumplimiento debe contener los amparos de: cumplimiento del contrato, cuya suma asegurada se acostumbra entre el 20% y 30% del valor total de este; buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo cuyo monto debe ser igual al entregado por concepto de anticipo o pago anticipado; pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cuyo monto asegurado oscila entre el 10% y 20% del valor del contrato, pero depende directamente de la mano de obra contratada para la ejecución de los trabajos; calidad de la obra o servicio y estabilidad de la obra para las cuales el monto de cobertura acostumbrado se encuentra entre el 20% y 30% del valor total del contrato y cuya vigencia debe extenderse entre 2 y 5 años contados desde la terminación de los trabajos o liquidación del contrato (Mejía, 2011).

3) Forma de pago: en adición a las anteriores estipulaciones contractuales, todas ellas accidentales al contrato de construcción y herramientas utilizadas para proteger al contratante del riesgo de incumplimiento del contratista, la forma de pago en estos contratos está, por regla general, atada a los avances en la ejecución de los trabajos y solo se autorizarán pagos parciales de los trabajos ejecutados y aprobados por el contratante o su representante. Aunque puede acordarse un monto que oscila entre el 10% y el 30% a título de anticipo, este será amortizado en la misma proporción en cada uno de los pagos parciales con lo que al terminarse la ejecución de los trabajos, el contratista habrá amortizado en su totalidad el valor recibido como anticipo. Habida cuenta que el contratante únicamente paga por la obra ejecutada, su riesgo ante el incumplimiento del contratista también se encuentra mitigado por este medio. La forma de pago incluye también la cláusula objeto de esta investigación, la de retención en garantía a la cual se hace referencia a continuación.

2. Cláusula de retención en garantía

En adición a la responsabilidad y obligación expresa de atender y corregir en forma inmediata cualquier observación respecto de la calidad de las obras, de las fianzas otorgadas mediante una aseguradora, y de las sanciones y apremios mencionados en la sección anterior, se encuentra dentro de los contratos de construcción celebrados en Colombia entre empresarios particulares, la conocida como cláusula de retención en garantía o retergarantía, que se ha convertido en una cláusula de estilo en este tipo de negocios jurídicos, ya que, aunque no existe regulación legal de la misma, aparece en la gran mayoría de los contratos de construcción.

Se procederá a hacer un análisis de esta cláusula a efectos de evidenciar que la misma constituye una cláusula abusiva dentro del contrato de construcción celebrado en Colombia entre empresarios no consumidores.

Generalmente incluida como parte de la forma de pago, confiere al contratante el derecho de retener un porcentaje que oscila entre el 5% y 15% del valor de cada pago parcial del precio, con lo que finalizada la ejecución de la obra, el contratante habrá retenido entre el 5% y 15% del valor total del precio pactado como remuneración del contratista.

La restitución del dinero retenido está sometida a una o varias condiciones; básicamente está la terminación de las obras, la suscripción del acta de liquidación del contrato y la acreditación del cumplimiento de obligaciones legales tales como las laborales o tributarias, aunque suele adicionarse condiciones como la recepción a entera satisfacción, la verificación de funcionamiento, el recibo a satisfacción por parte del usuario o propietario final del inmueble; es frecuente que se incluya la realización de actividades por parte del contratante tales como la ejecución de obras o trabajos posteriores, la entrega de los inmuebles, etc. Ahora bien, la regla general es que el listado de requisitos para la devolución de dinero de la retención en garantía al contratista incluye la suscripción del acta de liquidación del contrato, siendo esta una de las grandes dificultades, toda vez que frecuentemente se encuentra que los requisitos para este acto no están determinados en el contrato, o contiene estipulaciones como “los demás que el contratante considere

necesarios”, convirtiendo en indefinida esta condición cuya estipulación se convierte en incierta y oscura para el contratista.

De igual forma, la restitución del dinero retenido está sujeta a plazo, el cual se establece de consuno entre las partes en algunas ocasiones, en otras, es el contratante a su arbitrio quien lo determina y en otras ocasiones ni siquiera existe un plazo contractualmente establecido para la devolución de este dinero que, como ya se dijo, hace parte del precio. Habida cuenta que en Colombia no se encuentra reglada la presunción de recepción de las obras por su ocupación por parte del contratante, su uso o el transcurso de un tiempo determinado desde la terminación de las mismas y su notificación por parte del contratista, este plazo se convierte en un incierto.

2.1. Concepto

La retención en garantía es un pacto accesorio al contrato de construcción, consistente en una garantía adicional otorgada en favor del contratante (Consejo de Estado, 2011, 2021, Ref. 18082 y 52085. Cámara de Comercio de Bogotá, 2019)⁵, la cual se suma a las fianzas

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata (Abril 28 de 2021). Rad. 25000-23-26-000-2009-00909-01(52085) Actor: Liberty Seguros Demandado: Instituto De Desarrollo Urbano – IDU en la que una Compañía Aseguradora a la cual le fue cedido un contrato de obra, solicita entre otras pretensiones el reconocimiento y pago de la retención en garantía de un contrato de obra diferente al que le fue cedido; Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante negando las pretensiones refiriendo que la retención en garantía tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de un contrato y su devolución se encuentra sujeta a esta condición, la cual no fue modificada con la cesión.

Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero (octubre 19 de 2011) Rad. No.25000-23-26-000-1992-07954-01(18082) Actor: Aníbal Franco Gomez Demandado: Instituto De Desarrollo Urbano-IDU en la que decide la sala entre otras pretensiones la de devolver el valor de la retención en garantía, confundida por el aquo con un costo adicional en las garantías contractuales, al respecto se pronuncia: (...) En estos términos, se observa que la suma citada corresponde, exactamente, al porcentaje pactado como “garantía adicional”, y también entiende que el IDU reconoce su valor y que esta suma pertenece al contratista, a la que tenía derecho por ejecutar los trabajos, sólo que las partes acordaron que el contratante la podía retener, aplazando su entrega, hasta la terminación del negocio, con la finalidad de que cumpliera la función de garantía de la ejecución. Sin duda, se trata de una protección adicional a la que ya se había acordado con la constitución de las pólizas –cláusula 13-, pero en todo caso posible cuando las partes acuerdan este tipo de aseguramientos por el cumplimiento de las obligaciones”

Cámara de Comercio de Bogotá – Centro de Arbitraje y Conciliación. (10 de junio de 2019) Laudo Arbitral de Asoincon SAS Vs. Grupo Empresarial OIKOS SAS. En el cual se hace referencia a la Reteguarantía en los siguientes términos: “Los valores descontados al contratista a título de reteguarantía, son el respaldo adicional a los seguros, ante cualquier incumplimiento, mientras el contrato no se termine y se entregue la obra a satisfacción y en consecuencia mientras no se suscriba el acta de liquidación, más sesenta (60) días.

normalmente exigidas, en virtud de la cual el contratante retiene un porcentaje de cada pago correspondiente a la obra ejecutada por el contratista, monto que se acrecienta conforme la ejecución del contrato avanza y cuya restitución a este se encuentra sujeta generalmente a plazo y condición establecidos según las exigencias del contratante. En principio, la finalidad de esta retención es asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, esto es la construcción y entrega de las obras de conformidad con los acuerdos entre las partes, los diseños, planos y normas técnicas. Ahora bien, se encuentra en los diferentes negocios jurídicos que el alcance de esta finalidad es variable; en algunos, se estipula simplemente para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones adquiridas, en otros, el aseguramiento de la obligación principal, el pago de posibles daños que se causen a terceros e incluso hay contratos en los que se estipula que de allí pueden pagarse las multas o cláusulas penales pactadas, o compensarse cualquier tipo de obligación previa entre las partes, aunque no derive del contrato al cual es accesorio el pacto.⁶

⁶ A manera de ejemplo se citan algunas cláusulas de retención en garantía utilizadas en la práctica en los contratos materia del presente estudio:

1. Retegarantía: el contratista declara expresamente que acepta constituir un fondo de reserva por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, que garantizará la buena calidad de los trabajos prestados, la reposición o reparación de cualquier elemento por responsabilidad imputable al mismo (incluyendo sus empleados, subcontratistas, agentes, dependientes, etc.), el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio a terceros y el pago oportuno de honorarios, salarios, prestaciones, indemnizaciones o cualquier otro pago a cargo del contratista, así como el cumplimiento de cualquier obligación derivada del presente contrato o de cualquiera otra relación jurídica entre las partes. De tal forma, del valor a cancelar de cada una de las facturas a ser canceladas por el contratante al contratista y/o de cualquier pago que se le realice será deducido el diez por ciento (10%) de su monto total, el valor de la retegarantía será devuelto al contratista una vez se hayan prestado a satisfacción los trabajos en su integridad, lo cual constará en un acta de recibo de los trabajos que deberá ser aprobada y suscrita por el representante del contratante, junto con la correspondiente acta final de liquidación del contrato, debidamente aprobada y suscrita por el representante designado por el contratante para la supervisión y ejecución del presente contrato, junto con todos los documentos solicitados para estos efectos.

2. Retención en garantía: las partes acuerdan que de cada uno de los pagos que el contratante deba realizar a el contratista, se hará una retención equivalente al diez (10 %) por ciento del valor del pago respectivo, que se destinará a cubrir el valor de las obligaciones que el contratista llegare a incumplir en la ejecución del presente contrato, incluyendo el pago de los salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores; esta suma será reembolsada a el contratista una vez comprobado el cumplimiento de todas sus obligaciones a juicio del contratante.

3. (...) a estos pagos se les realizará el quince por ciento (15%) de retención en garantía, retenciones que son autorizadas y aceptadas por la contratista con la firma del presente contrato. La suma de dinero que resulte retenida será utilizada por la contratante para enmendar o corregir los daños y perjuicios generados por las actividades contratadas que no hayan sido ejecutadas o se hayan ejecutado imperfectamente. En caso en que no haya lugar a aplicar esta garantía, la misma será entregada a la contratista una vez hayan transcurrido mínimo seis (6) meses desde la fecha de firma del acta de liquidación final de la obra, (...) con la respectiva actualización de las pólizas y la revisión del pago del FIC, SENA y seguridad social.

2.2. La retención en garantía frente a otros pactos accesorios del contrato

La retención en garantía no se encuentra regulada en la legislación colombiana, por lo que se procede a realizar una propuesta sobre su naturaleza jurídica, a través de la diferenciación con otros pactos accesorios (Mendoza, 2020) frecuentemente usados en los contratos de construcción.

2.2.1. Retención en garantía y arras

En revisión histórica del pacto de arras, la primera función fue probatoria, esto es, se entregaban en prueba de la celebración de un contrato, se habla entonces de las arras confirmatorias, otorgadas al existir el acuerdo de voluntades y las cuales serán parte del precio. En palabras de Cárdenas (2021) “Las arras confirmatorias no permiten la retractación, por lo cual si una de las partes manifiesta querer retractarse del contrato, realmente lo que está haciendo es incumpléndolo con las consecuencias que ello implica” (p.216). Después de Justiniano, a quien se le atribuye la designación de la función retractatoria de las arras (Oviedo, 2010), se habla de arras de retracto, pactadas para otorgar a cualquiera de las partes la posibilidad de retractarse o desistir de la celebración de un negocio jurídico sin incurrir en un incumplimiento, entregadas una vez convenido el contrato, si quien la entrega se retracta de su celebración las pierde, y si el retractor es quien las recibe, deberá devolverlas dobladas (Código Civil, 1982, Art. 1859-1861; Código de Comercio, 1971, Art. 866).

Junto con las arras confirmatorias y las retractatorias, reguladas en el ordenamiento, se encuentran las arras confirmatorias penales, que no encuentran esta regulación típica, pero que han sido reconocidas jurisprudencialmente en Colombia y son aquellas que se pactan como estimación anticipada de los perjuicios que se causarían las partes por su incumplimiento del negocio jurídico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil., 2018)⁷; son diferentes de las retractatorias o penitenciales en que aquellas precisamente

⁷ Resume la Corte que la finalidad de las arras retractatorias penales es “confirmar el acuerdo y asegurar su ejecución, supuesto este último que se extiende a la estimación anticipada de los perjuicios por el incumplimiento contractual (...)”

otorgan la alternativa de retracto a las partes, en las confirmatorias penales no, tienen un componente sancionatorio, su fin es tasar anticipadamente los perjuicios de un incumplimiento, luego no permiten retracto.

Cualquiera que sea el tipo de arras pactado, estas son entregadas al momento de la celebración del contrato, elemento esencial confirmado en la definición que de las mismas contiene el Código de Comercio colombiano cuando dice que:

En los contratos celebrados con arras, esto es, dando una cosa en prenda de su celebración o de su ejecución, se entiende que los contratantes podrán retractarse del negocio jurídico perdiendo las arras el que las haya dado, o restituyéndolas dobladas el que las haya recibido (Código de Comercio, 1971, Art. 866).

En el contrato de construcción, el pacto de arras, cuando se conviene, es un medio de aseguramiento de la oportunidad del cumplimiento de la obligación de hacer.

La retregarantía, a diferencia de las arras en cualquiera de sus modalidades, no es entregada al celebrarse el contrato de construcción, la suma estimada para la misma es acumulada a medida que la obra contratada avanza en su ejecución; tampoco otorga facultades de retracto, ni tiene como fin tasar anticipadamente perjuicios, aunque pueda llegar a usarse para su subsanación. Tampoco tiene función probatoria ni de confirmación de la realización del negocio. Así las cosas, no se encuentra identidad entre estas figuras, más que su carácter económico y de pacto accesorio en los contratos y la retregarantía no es sustitutiva de un pacto de arras.

2.2.2. Retención en garantía y cláusula penal

Regulada tanto por el Código Civil (1992, art. 1592), como por el de Comercio (1971, art 867), la cláusula penal constituye una tasación anticipada de los perjuicios que puede sufrir el acreedor de la prestación por el incumplimiento de su deudor. Ahora bien, la legislación faculta a las partes para asignar a este pacto accesorio la función de subsanar los perjuicios

compensatorios, caso en el cual el pago de la pena extingue la obligación principal; o moratorios, caso en el que se le asigna una función de apremio. En estos eventos la pena cumple una función de apremio y su pago no libera al deudor de la ejecución de su obligación principal (Mendoza, 2020).

Respecto de la cláusula penal, el acreedor solo tendrá derecho a reclamar la misma cuando se configura el incumplimiento del deudor, para nuestro caso, el contratante solo podrá reclamarla cuando se dé la condición de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o tardío de la obligación de hacer a cargo del contratista. La cláusula penal, en cualquiera de sus clases, cumple en el contrato de construcción la función de asegurar la oportunidad y el resultado de las obligaciones.

A diferencia de esta, la retención en garantía es una suma que el contratante, retiene durante la ejecución del contrato y se acrecienta a medida que avanza el cumplimiento de la obligación de hacer en cabeza del contratista, no se estima como tasación anticipada de perjuicios, ni como sanción por incumplimiento alguno; permanece en poder del contratante durante la ejecución del contrato y un lapso posterior a ella para su disposición por parte de este en diferentes eventos.

La retención en garantía no constituye una sanción, razones estas que permiten asegurar que no hay identidad de la retengarantía con la cláusula penal.

2.2.3. Retención en garantía y fianzas contractuales

Las garantías contractuales pactadas en el contrato de construcción, establecidas para afianzar el cumplimiento tanto de la obligación principal, como de las diferentes obligaciones legales que se generan para el contratista con la celebración de estos negocios jurídicos, son un contrato accesorio al de construcción, celebrado con un tercero (el asegurador o afianzador) que encuentra su regulación en nuestra legislación y cuya reclamación está sujeta a la ocurrencia del siniestro, esto es, al incumplimiento del contratista.

Las garantías o fianzas contractuales en el contrato de construcción aseguran en favor del contratante el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el de las obligaciones legales que de él derivan, el resultado de la obligación en cuanto a su calidad y estabilidad y los recursos económicos entregados por el contratante al inicio del contrato, bien como anticipo o bien como pago anticipado.

La retención en garantía es otorgada por el mismo contratista, con cargo a su remuneración por su prestación contractual, por lo que, aunque tiene también entre sus funciones la de garantizar el cumplimiento de obligaciones, no encuentra identidad con las fianzas mencionadas ni las sustituye.

En línea con lo anterior, se tiene que la retención en garantía no encuentra identidad y tampoco sustituye ninguno de los pactos accesorios señalados. Su naturaleza jurídica corresponde con la de una garantía, pero coexiste con las otras otorgadas por el contratista, asegurando en exceso el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquel y en consecuencia cargándolo en exceso a la vez que el contratante asegura en exceso su riesgo a costa del contratista, parte débil del contrato de construcción.

2.3. Retención en garantía en las formas de contratación FIDIC

En el contexto del contrato internacional de construcción, las formas FIDIC otorgan a las partes la facultad de pactar en el apéndice correspondiente retenciones al contratista, las cuales se realizan en cada estimación de obra⁸, junto con la amortización del anticipo y otros descuentos procedentes en los pagos parciales; estas retenciones tienen como finalidad el aseguramiento del buen funcionamiento de los bienes a su entrega, lo que significa que operan como una garantía adicional para asegurar el funcionamiento de los bienes construidos al momento de la entrega de los mismos. La cláusula 14 del Libro Rojo de FIDIC

⁸ Las estimaciones de obra hacen referencia a los documentos que legalizan los cortes parciales en la ejecución de los trabajos, y autorizan los respectivos pagos parciales al contratista; generalmente correspondientes a hitos fijados en el cronograma.

regula el Precio Contractual y Pago, y en esta se establecen de manera clara y cierta los pagos a realizarse al contratista y los plazos y condiciones para ello. Así, en la cláusula 14.9 se establece a detalle el procedimiento para el pago de las retenciones realizadas al contratista según pacto en el apéndice y se reglamenta que su devolución al contratista será autorizada por el ingeniero una vez emitido el certificado de recepción y las obras hayan superado las pruebas pactadas, en un 50%; el restante 50% será devuelto al contratista una vez vencido el periodo de notificación de defectos.

2.4. Retención en garantía en la Ley de Edificación española

En España la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38, 1999, art. 17), regula la responsabilidad del constructor frente a los vicios y defectos de calidad de las obras, estableciendo periodos de 10 años para los cimientos y elementos estructurales, 3 años para incumplimiento de requisitos de habitabilidad y 1 año para los elementos de terminación o acabado de las obras el cual, a la luz del literal a) del art 19 (Ley de Ordenación de la Edificación, 1999):

Puede ser sustituido por la retención por parte del promotor de un 5% del importe de la ejecución de la obra, suma que deberá ser pagada al contratista dentro del año siguiente a la entrega de las obras, en caso de que las mismas no presenten defectos; si, por el contrario, las obras presentan defectos en sus acabados, el promotor podrá descontar de la retención de obra los valores correspondientes.

La misma ley establece para las partes la posibilidad de contratar un perito experto que dirima los desacuerdos respecto de los defectos y sus costos. Ahora bien, respecto del plazo, cuando el promotor no ha recibido la obra, la ley establece la recepción tácita de la misma (art 6.4) cuando transcurridos 30 días desde que el constructor le comunica formalmente la terminación de los trabajos, aquel no ha manifestado mediante escrito reservas o rechazo de las obras.

Así las cosas, se puede entender que, en el ordenamiento español, se encuentra una figura

muy similar a la de la retención en garantía a la que se hace referencia en el presente trabajo: la retención de obra, la cual en España constituye el sustituto de una garantía legalmente regulada, parte de la remuneración al contratista cuya devolución está sujeta a condición suspensiva positiva y plazo máximo de un año para su devolución en tal caso.

2.5. Retención en garantía usada en los contratos de construcción celebrados entre particulares en Colombia

En el caso colombiano, en el marco de los contratos materia del presente estudio, la retegarantía no es una sanción, no es garantía sustitutiva de ninguna de las fianzas o alguna de las otras garantías otorgadas, por el contrario, coexiste con ellas.

Contrario a lo estipulado en la Ley de Edificación española o a la regulación contenida en los modelos FIDIC, en los cuales la retención practicada al contratista tiene un fin claramente estipulado y unas condiciones y plazos perentorios para su devolución, en Colombia se carece de esta regulación, convirtiendo el pacto de retención en garantía en un instrumento del contratante mediante el cual se asegura en exceso el cumplimiento del contrato, reteniendo parte del precio pactado, dinero que administra a su arbitrio durante el tiempo que determine y en gran parte de los casos sin un fin específico determinado, lo que la convierte en un mecanismo para dar fluidez financiera al proyecto en tanto que forma parte del precio de las obras ya ejecutadas, el dinero se ha causado e incluso facturado, simplemente se encuentra retenido sin mayor regulación para su devolución, con lo cual en diferentes supuestos de negocio jurídico se convierte en herramienta que rompe el equilibrio jurídico del contrato.

3. Análisis de la abusividad de la cláusula de retención en garantía, en los contratos de construcción celebrados entre particulares en Colombia

Tomando como puntos de partida de una parte, que los contratos que nos ocupan no son libremente negociados, bien porque se trata de condiciones generales de contratación o bien porque el clausulado contractual es mayoritariamente impuesto por el contratante, parte fuerte en la relación, con lo que estamos hablando de contratos de adhesión. Y de otra parte,

el previo análisis realizado a los pactos accesorios comúnmente encontrados en los contratos de construcción celebrados entre empresarios no consumidores en Colombia, mediante el cual se acredita que los mismos se establecen como mecanismo de administración de los riesgos contractuales, tanto aquellos cuya ocurrencia puede obedecer a hechos ajenos a las partes, mitigados mediante la contratación de seguros, como el de responsabilidad civil extracontractual o todo riesgo construcción, como los que pueden depender del cumplimiento y responsabilidad de las partes los que se mitigan con apremios y sanciones, tales como las multas o cláusula penal, y con la contratación de fianzas otorgadas por terceros como bancos o aseguradoras; se puede establecer con claridad que la cláusula de retención en garantía se establece para garantizar en exceso el cumplimiento ya garantizado de obligaciones a cargo del contratista, erigiéndose esta cláusula como una carga excesiva e injustificada a cargo del contratista.

En adición a su propia naturaleza, la falta de regulación de este pacto contractual le otorga la posibilidad de convertirse en un instrumento mediante el cual se rompe el equilibrio jurídico en este tipo de contratos, pues genera a cargo del contratista una carga adicional e injustificada, con la cual garantiza en exceso obligaciones ya garantizadas, tal y como quedó establecido con la finalidad de los otros pactos accesorios mencionados con anterioridad y en múltiples ocasiones es utilizada por el contratante como instrumento para otorgar mayor flujo de caja al proyecto a costa del contratista pues, como se ha descrito, su monto es creciente en la medida que el riesgo de incumplimiento desaparece, alcanzando la cuantía completa de la misma cuando la obligación de hacer a cargo del contratista ha sido culminada y el resultado de la misma ha sido evaluado por el contratante, requisito este indispensable para la aprobación de los pagos parciales del precio.

Dicho como ha quedado, que la retención en garantía constituye una garantía adicional y excesiva que debe otorgar el contratista como deudor de la obligación de hacer dentro del contrato de construcción de edificaciones en Colombia, se procederá a analizar si la misma quebranta el equilibrio jurídico del contrato y, en consecuencia, se puede hablar de esta como una cláusula abusiva dentro del negocio jurídico.

Al decir de una fracción de la doctrina, para que un acto jurídico funja como fuente de obligaciones, poco importa que una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra (Ospina, 2016), y en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no corresponde al Juez pasar a analizar si una o alguna cláusula en un contrato de adhesión fue aceptada de forma individual, siendo esta una tarea asignada a la ley. Sin embargo, esta afirmación solo tiene asidero en el supuesto de que exista entre las partes una libertad contractual e igualdad jurídica, con lo que la realización de la presente investigación conduce a diferir de esta postura, toda vez que, es menester realizar la revisión de la génesis del negocio jurídico a efectos de esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que tuvo la negociación para establecer la ausencia de igualdad jurídica entre las partes contractuales, toda vez que la superioridad negocial del contratante permite y proporciona la imposición de esta cláusula.

En las relaciones contractuales delimitadas para este estudio, esto es los contratos de construcción de edificaciones, celebrados en Colombia entre particulares empresarios, una gran parte de los contratos son prediseñados por el contratante; habitualmente los procesos de selección privada de contratistas para ejecución de contratos de construcción traen predispuesto el clausulado general del contrato a suscribirse en caso de escogencia del contratista o bien, este debe acoger la minuta de contrato remitida por el contratante una vez seleccionado; para estos casos existe claridad respecto de la existencia de un contrato de adhesión, dado que aun cuando no se trate de una relación de consumo masivo, si encajan en la afirmación realizada por Posada (2014), según la cual la categoría de los contratos de adhesión abarca no solo las relaciones de consumo, sino también los contratos celebrados entre empresarios no consumidores, como es el caso que nos ocupa, en los que la parte más fuerte impone sus condiciones contractuales al empresario más débil, quien tiene la opción de contratar o no, más no de negociar el clausulado contractual en todo o parte. Tenemos entonces que, para estos casos, en los cuales el contratante es quien prerredacta el contrato y el contratista solo tiene la opción de aceptarlo o rechazarlo, estamos ante verdaderos contratos de adhesión (Díez-Picazo y Gullón, 2012).

A lo anterior debe sumarse que regularmente la posición de superioridad del contratante es

una constante, así como la necesidad del adherente (contratista) de celebrar el contrato lo que podría enmarcarse en una posición de dependencia económica (Contreras, 2020).

Resulta necesario resaltar que el contrato de construcción es uno de aquellos cuya fase de formación es sucesiva toda vez que normalmente existe un proceso previo a la celebración del contrato, en el que generalmente se agota un proceso de selección público o privado y dentro del cual, en un amplio segmento de las relaciones (segmento que es objeto del presente estudio), la formación del contrato se da con la adhesión del contratista en forma parcial o total al clausulado contractual impuesto por el contratante (Díez-Picazo, 2006).

Ahora bien, acogiendo la definición planteada por Roppo (2011) respecto de los contratos asimétricos según la cual aquellos “son relaciones contractuales entre una empresa dominante y otro sujeto del mercado (sea o no un consumidor), que se encuentra en condiciones de desigualdad en cuanto a su poder contractual, en razón de su posición objetiva del mercado” (p.178), podemos determinar que los contratos de construcción celebrados entre empresarios no consumidores en Colombia pueden pertenecer a esta categoría, siempre que, los constructores se vean obligados a asumir total o parcialmente el clausulado contractual impuesto, so pena de no ser destinatarios del negocio requerido. La asimetría económica y de poder contractual se hace evidente en este tipo de relaciones (Posada, 2015).

La cláusula de retención en garantía, es un ejemplo de esta asimetría, ya que regularmente no se trata de una cláusula de libre discusión y contiene en favor del contratante distintas estipulaciones, entre estas, condiciones cuya realización incluso tiende a corresponder a la mera liberalidad este, tal y como ocurre cuando la condición es que los trabajos se encuentren recibidos a entera satisfacción del contratante, pero se niegan a incluir en el contrato o como parte de él los parámetros técnicos y objetivos que habiliten esta recepción, convirtiendo el criterio de satisfacción como el rector del proceso. Cuando no existe un plazo cierto, determinado o determinable para que se realice esta recepción, o se suscriba el acta de recibo o de liquidación del contrato y esta determina el inicio del conteo del pretendido plazo, sin embargo no son claros y se deja al arbitrio del contratante el listado de requisitos documentales o técnicos para llevar a cabo el proceso de liquidación; o cuando no se

menciona la finalidad del dinero retenido o, más aún, se plasma que puede ser destinado a cualquier concepto que “a juicio” del contratante deba solventar el contratista incluso si no guarda relación con el contrato garantizado. Así mismo, como quedó expuesto previamente, la cláusula de retención en garantía contiene el favorecimiento al contratante mediante una garantía excesiva para sus intereses, que a su vez agrava de manera injustificada los del contratista afectando la posibilidad de este de recibir oportunamente el precio pactado por la ejecución del objeto contratado.

A la luz del art 1535 del (Código Civil, 1982), son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga, en consecuencia, la nulidad absoluta de la cláusula debería ser la consecuencia en los casos en los cuales la finalidad de la retención no se encuentra delimitada y además la devolución del dinero retenido se encuentra sujeto a condiciones como “que a juicio del contratante no se haga necesaria la retención” o la satisfacción del contratante respecto de la calidad de las obras, sin estipular las condiciones técnicas existentes para ello.

3.1. Aplicación del test de abusividad a la cláusula de retención en garantía

Aceptado como se encuentra en la jurisprudencia colombiana que las cláusulas abusivas no son exclusivas de los contratos de adhesión celebrados con consumidores (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001, Exp. 5670) ⁹, en la medida en que existe la posibilidad de la existencia de disposiciones que generan de manera injustificada una carga excesiva a la parte débil en la relación contractual, tal y como es el caso que nos ocupa, en el cual el

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001, Exp. 5670. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., dos

(02) de febrero de dos mil uno (2001). Ref.: Expediente No. 5670, mediante la cual se decide recurso extraordinario de casación interpuesto por Seguros del Caribe S.A. - llamada en garantía - contra la sentencia proferida el 31 de enero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por INVERSIONES VELAR LIMITADA contra la sociedad “NACIONAL DE DECORACION Y CONSTRUCCION LIMITADA” - Naldecon Ltda. -. “ (...) Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas –que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones –de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio –por regla general- para su negociación individual”

contratista debe garantizar en exceso el cumplimiento de su obligación de hacer, aun cuando el riesgo de su inexecución, ejecución tardía o imperfecta se encuentra blindado no solo por apremios y sanciones contractuales y otras garantías adicionales al contrato, sino con su propia remuneración, toda vez que el pago de su prestación se realiza una vez finalizada la misma; se pasará a revisar la cláusula de retención en garantía a la luz de esta teoría a efectos de establecer su aplicación como un remedio al desequilibrio jurídico o normativo generado por la cláusula que nos ocupa, utilizando para estos fines el test de abusividad, de creación jurisprudencial, según la cual son:

Características arquetípicas de las cláusulas abusivas -primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001, Exp. 5670).

3.2. Características arquetípicas de las cláusulas abusivas

En el mismo sentido que lo manifiesta la Corte, se exponen de manera detallada cada una de las características:

1) Que en su negociación no haya sido individual

Como se ha mencionado previamente, una gran porción de los contratos de construcción a los que se refiere el presente estudio se celebran mediante condiciones generales con un contenido predispuesto por el contratante, y aún en los casos en que no exista estrictamente un contenido general predispuesto, en particular la cláusula de retención en garantía es predispuesta por el contratante y el contratista no tiene posibilidad alguna de influir en la misma, esto es, no es objeto de negociación y aun cuando el contratista discuta sobre esta, no conduce a resultado alguno (Díez- Picazo. 2006), por lo que en estos casos efectivamente podemos hablar de una cláusula no negociada en forma individual toda vez que el contratista, so pena de no de ser destinatario de la adjudicación del proyecto se ve obligado a aceptar

bien el texto íntegro del contrato, bien esta cláusula en particular aun cuando esta afecta la posibilidad de recibir en forma justa y oportuna el pago de la prestación, sin posibilidad alguna de discutir o negociar la misma (Rengifo, 2004), corresponde entonces al contratante desvirtuar la presunción de no negociación, de conformidad con el principio *contra proferentem*¹⁰ que sanciona el abuso de la debilidad o dependencia del contratista (Albiez, 2017). Siendo entonces evidente la predisposición, o la posición de dominio del predisponente de la cláusula, además de la necesidad del contratista de aceptar la incorporación de la cláusula de retención en garantía, so pena de renunciar a la celebración del contrato resulta claro que esta no es una cláusula de negociación individual (Carrasco, 2017).

La situación descrita se contempla casi a diario en la práctica, durante la etapa de formación del contrato (la negociación) y se evidencia el contenido de las actuaciones y tratativas precontractuales en las cuales mayoritariamente el contratista es invitado a participar en procesos privados de selección y o bien recibe la minuta de contrato a celebrarse como parte del paquete documental para participar o bien, una vez adjudicado el contrato recibe la minuta del mismo; en ambos casos se incluye la cláusula de retención en garantía preestablecida por el contratante, por lo que se presume no negociada.

2) Que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial

La buena fe constituye un principio consagrado tanto en la Constitución Nacional (Constitución Política, 1991, art. 83) como en la ley (Código Civil, 1992, art. 1603; Código de Comercio, 1971, arts. 863, 871) y su presencia se presume en cada una de las actuaciones

¹⁰ Cita el autor que desde el año 2015 existen también los “Principios OHADAC sobre los contratos comerciales” para el Caribe, según explican los redactores de este modelo internacional de alcance regional, no se pretende representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria*. Es, además, un modelo pensado exclusivamente en los contratos entre empresarios, como los Principios Unidroit, y quedan fuera los contratos con consumidores. Comparte con los textos citados más arriba que es un modelo opcional de contratación. Los Principios OHADAC, que parten necesaria mente del reconocimiento expreso del principio de libertad contractual, al menos algunas normas básicas sobre las CGC (art. 2.1.9) y resuelve el conflicto entre formularios (art. 2.1.10). Además contiene algunas reglas que benefician a quien se encuentre en una situación contractual débil, como la regla de la interpretación *contra proferentem* (art. 4.1.3) o la sanción del abuso de debilidad o dependencia en la contratación (art. 3.4.8).”

los actos tanto de las entidades como de los particulares; contiene un control razonable (Benítez, 2010) en el contexto de las relaciones contractuales, además de ser fuente de integración, criterio de interpretación de los contratos (Bianca et al., 2007) y constituye una regla de conducta que debe estar presente in extenso, esto es, durante toda la relación contractual y debe ser observada igualmente por ambas partes del contrato (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001, Exp. 6146)¹¹. La ejecución de buena fe implica para los contratantes proceder honesta y lealmente y ajustándose a los dictados de la equidad, así como el cumplimiento de los deberes de información y claridad.

En este sentido, en aquellos casos en que la cláusula de retergarantía se utiliza por parte del contratante en situación más beneficiosa para imponer mayores cargas al contratista, efectivamente lesiona los requerimientos emergentes de la buena fe negocial, esto es, quebranta el postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad y lealtad (Neme Villareal, 2006). “Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2012, Ref. 11001)¹². Luego, el aprovechamiento de la debilidad del cocontratante para incluir cláusulas que afectan el equilibrio contractual, es contrario a los postulados del principio de buena fe,

¹¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Ref.: Exp. N° 6146 Agosto 2 de 2001. Mediante el cual se resuelve recurso extraordinario de Casación interpuesto por La Sociedad demandada contra la sentencia del 26 de marzo de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Civil, en el proceso ordinario adelantado por Dolly Mejía Montes y otros contra La Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A. en la cual respecto del Principio de la Buena fe cita la Corte:

“En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas —sin distinción alguno— en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación.

Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico —constitucional y legal— y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo “fe”, puesto que “fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará”

¹² Mediante la cual se decide el recurso de casación interpuesto por las sociedades Coordinal Car Limitada, Coordinadora Multimodal de Carga S. A. e Inversiones y Representaciones J. J. y Cía. S. en C. respecto de la sentencia de 24 de septiembre de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de las recurrentes contra BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A.

y dado que este es un criterio que además de servir para interpretar el contrato, es útil para reconstruirlo a partir de las expectativas razonables de las partes (Rengifo, 2004), a la luz del mismo se puede vislumbrar su transgresión cuando el contratante con posición más favorable y estipulante del contrato en todo o parte, incluye en este una cláusula que como la de retención en garantía, favorece su posición a costa de crear una carga excesiva e injustificada al contratista reteniendo, al amparo de esta cláusula, parte del precio de la obra ya ejecutada y recibida al contratista, favoreciendo de esta forma el flujo de caja del proyecto a costa de este gravamen excesivo e injustificado impuesto al contratista, comportamiento este que defrauda la confianza del contratista (Posada, 2.015); transgrede el deber de obrar con corrección, lealtad y honestidad al momento de preredactar el contrato; de igual forma el comportamiento del contratante, parte fuerte de la relación cuando no es claro en los requisitos para la devolución del dinero retenido en garantía o convierte en indeterminado el plazo para ello son actitudes que transgreden este columnar principio y dan muestra de la abusividad de la cláusula de retención en garantía.

3) Que genere un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones que contraen las partes

Partiendo de que el contrato de construcción es un contrato conmutativo en el cual, como ya se analizó se garantizan en exceso las prestaciones en favor del contratante, ya que los riesgos contractuales se encuentran cubiertos mediante las herramientas arriba mencionadas, (sanciones y apremios, fianzas contractuales, posibilidad de retener el pago del precio al no recibir total o parcialmente los trabajos), se evidencia que la imposición de la cláusula de retención en garantía resulta en un desequilibrio de las obligaciones de las partes, cargando en exceso al contratista con la imposición de una garantía en exceso que menoscaba en forma muchas veces indefinida el ingreso del contratista al paso que favorece la caja del contratante en tanto que es dinero debido por los trabajos ejecutados.

En este sentido destaca Larroumet (1993) el señalamiento de la doctrina en el sentido de que:

El problema se plantea no sólo en lo tocante a la equivalencia cuantitativa de las prestaciones, sino también cuando una de las partes, que está en posición ventajosa en un contrato que es

de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos en su favor que no se puedan equiparar con los que se asignan a la otra parte. En estas circunstancias se habla de cláusulas abusivas (p. 388).

En igual sentido existen pronunciamientos tanto arbitrales como judiciales para ampliar, al ámbito de las relaciones individuales, la teoría de las cláusulas abusivas (Cámara de Comercio de Bogotá, 2002 y 2016; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2019)¹³.

Así las cosas, se encuentra que la teoría de las cláusulas abusivas constituye un remedio que debe aplicarse en el análisis individual que corresponde al juez frente al negocio jurídico en particular, toda vez que, ha de revisarse en primer término la igualdad negocial de las partes, la presencia de buena fe en cada una de las etapas contractuales, esto es, la formación del negocio jurídico, su celebración, su ejecución y liquidación (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001). Así como el iter del contrato a efectos de establecer, en el contexto integral del mismo, que sin lugar a duda la retención en garantía rompe, en forma injustificada el equilibrio jurídico del contrato, pues incorpora una ventaja desproporcionada al contratante (Hinestrosa, 2002), imponiendo al contratista una mayor carga para asegurar las obligaciones en favor del contratante.

4. Conclusiones

¹³ Cámara de Comercio de Bogotá. (Nov. 15, 2002) Laudo Arbitral de Adriana María Calderón Palacio Vs Cafesalud Medicina Prepagada S.A. en el cual se cita: “Sea lo primero advertir que no existe en Colombia una definición legal de cláusula abusiva. Con todo, la literatura jurídica se ha venido ocupando crecientemente del asunto. Con base en las más significativas construcciones doctrinarias puede afirmarse que la cláusula abusiva es aquella que, impuesta o dictada por la parte que detenta la posición fuerte o dominante y que por ello ostenta un preeminente poder de negociación, privilegia o favorece inequitativamente al predisponente en detrimento del adherente, lesionando con ello el normal equilibrio del contrato”

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, (diciembre 1 de 2006). Tribunal de Arbitramento Concelular

S.A. – En Liquidación Vs. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Se pronuncia el fallador del Laudo respecto de la doctrina de las cláusulas abusivas en los siguientes términos: (...) Se ha entendido por tales, las estipulaciones que producen una desproporción significativa e injustificada entre las obligaciones de las partes, desproporción que implica violación de la buena fe a que están obligados los contratantes. La finalidad es bastante obvia: se trata de proteger a la parte débil de la relación contractual, la cual parte en la contratación masiva no participa en la determinación

1. La cláusula de retención en garantía, al carecer de una regulación específica en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido implementada de forma arbitraria en numerosos contratos de construcción entre particulares, generando prácticas contractuales que atentan contra el equilibrio de las prestaciones. Esta laguna normativa ha facilitado que se impongan porcentajes desproporcionados, plazos excesivos de retención y condiciones que vulneran los principios generales del derecho privado, especialmente el de buena fe objetiva y el de equidad contractual.
2. El análisis de la naturaleza jurídica del contrato de construcción evidencia que, a pesar de su uso masivo y su impacto económico, sigue siendo considerado un contrato innominado, regulado de manera fragmentaria por normas civiles, comerciales y estándares internacionales como FIDIC. Esta indefinición contribuye a que se estructuren relaciones contractuales desequilibradas, en las que cláusulas como la retención en garantía se convierten en mecanismos de control financiero injustificado por parte del contratante.
3. A la luz del test de abusividad desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en contextos B2B (relaciones entre empresarios), se concluye que la cláusula de retención en garantía puede ser calificada como abusiva cuando impone cargas contractuales desproporcionadas, no negociadas y contrarias al principio de equivalencia de las prestaciones. En dichos escenarios, la cláusula no opera como una garantía legítima, sino como una forma encubierta de sanción o ventaja económica indebida a favor de la parte predisponente del contrato.
4. Es urgente promover una intervención legislativa que regule expresamente la cláusula de retención en garantía en los contratos de construcción entre particulares en Colombia, estableciendo límites temporales, cuantitativos y procedimentales para su aplicación. Esto permitiría evitar abusos, reforzar la seguridad jurídica del contratista, fomentar una cultura de equilibrio contractual y dotar al juez de herramientas normativas para evaluar la validez de estas cláusulas en contextos de asimetría

negocial.

Como resultado de la aplicación del test de abusividad definido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la cláusula de retención en garantía es una cláusula abusiva, puesto que es impuesta por el predisponente del contrato, transgrede los postulados de la buena fe contractual y constituye una garantía adicional y excesiva del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que genera una protección adicional e injustificada en favor del contratante, quien tiene asegurados sus riesgos mediante diferentes pactos accesorios al contrato tales como sanciones contractuales, garantías afianzadas por terceros y manejo en la forma de pago; en ejercicio de su superioridad contractual impone como garantía adicional y excesiva la retención de parte del precio debido al contratista mediante la cláusula de retención en garantía.

Pese al gran desarrollo e importancia del sector, el contrato de construcción de edificaciones, celebrado entre empresarios particulares en Colombia carece de una regulación específica, así como la actividad edificadora, aunque se encuentra ampliamente regulada, carece de una regulación unificada que permita otorgar seguridad jurídica y contractual a sus actores.

Una gran porción de los contratos celebrados y ejecutados en el segmento delimitado, se caracterizan por la desigualdad negocial entre sus partes, y se constituyen en contratos asimétricos y/ o de adhesión en los que el contratante predispone el clausulado en todo o parte.

Durante la realización del presente estudio se pudo evidenciar la existencia de cláusulas abusivas y otros fenómenos que afectan el equilibrio jurídico en los contratos de construcción celebrados entre empresarios no consumidores en Colombia, lo que constituye a su análisis en trabajos futuros, desde puntos de vista como la imposición de cláusulas penales unidireccionales, estos es, que solo protegen del incumplimiento al contratante, que no fueron considerados en el alcance de este proyecto y con lo cual se deja abierta las posibilidades de indagar a partir de estos resultados.

5. Referencias bibliográficas

Albiez Dohrmann, K.J. (2017). Algunos desiderátums sobre las condiciones generales de la contratación. Diálogo francés, español y argentino con trasfondo europeo y latinoamericano.

Anuario de Derecho Privado, (1), 215-256. <http://dx.doi.org/10.15425/2017.202>.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá.

Arbitraje Internacional (diciembre 31, 2018). Contratos FIDIC: descripción general de la suite FIDIC [portal web]. <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/fidic-contracts-overview-of-the-fidic-suite/>.

Benítez Caorsi, J. J. (2010). La revisión del contrato. TEMIS

Berrios Rojas, C. E. (1979). Apuntes sobre el contrato de construcción. Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 13(3), 461-478.

Bianca, M.; Hineyrosa, F. y Cortez, E. (Trads.), (2007). Derecho civil 3. El contrato. Universidad Externado de Colombia.

Bonivento Fernández, J. A. (2017). Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 20th ed. Librería Ediciones del Profesional.

Cárdenas Mejía, J. P. (2021). Contratos: notas de clase. LEGIS

Cámara de Comercio de Bogotá (febrero 15, 2002). Laudo Arbitral. Adriana María Calderón Palacio Vs. Cafesalud Medicina Prepagada S.A. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21557>

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación (diciembre 10, 2006).

Laudo arbitral. Concelular S.A. (en liquidación) contra Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21724>

Cámara de Comercio de Bogotá (febrero 23, 2007). Laudo Arbitral Punto Celular Vs Comunicación Celular S.A.- COMCEL S.A.

<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21735>

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación (abril 24, 2019). Tribunal Arbitral de SDV Energía e Infraestructura S.L. contra Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia (ahora Frontera Energy Colombia Corp., Sucursal Colombia) Bogotá.

<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/23490>.

Cámara de Comercio de Bogotá – Centro de Arbitraje y Conciliación. (10 de junio de 2019) Laudo Arbitral de Asoincon SAS Vs. Grupo Empresarial OIKOS SAS.

Carrasco Perera A. (2017). Derecho de Contratos. 2da Ed. ARAZANDI S.A.U.

Congreso de la República de Colombia (1873). Del contrato de arrendamiento: de los contratos para la confección de una obra material. En Ley 84. Código Civil Colombiano, Título 26, Cap. 8. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>

Contreras Delgado, S. A. (2020). Sobre la protección contra abusos entre empresarios. Las cláusulas abusivas y el abuso de posición de dependencia económica. Con-texto, Revista de Derecho y Economía, (53), 127-151. <https://doi.org/10.18601/01236458.n53.07>.

Corte Constitucional de Colombia (agosto 14, 1997). Sentencia T-375/97. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-375-97.htm>

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (abril 27, 1990). Sentencia No.153. M. P. Héctor María Naranjo. Gaceta Judicial Tomo CC 1990 No. 2439, Primer Semestre.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (octubre 31, 1995). Expediente No. 4701. M. P. Pedro Lafont Pianetta. <https://vlex.com.co/vid/552508142>.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (febrero 2, 2001). Expediente No. 5670. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá. <https://vlex.com.co/vid/552615618>.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (agosto 2, 2001). Expediente No.6146. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá. t.ly/6zf0.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (febrero 27, 2012). Ref. 11001- 3103-002-2003-14027-01. MP. William Namén Vargas. <https://vlex.com.co/vid/552510366>.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (octubre 19, 2011). Exp: 11001-3103-032-2001-00847-01. M.P. William Namén Vargas. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-sustitutiva-corte-suprema-874033032>.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil., (julio 31 de 2018) Ref. SC3047- 2018. MP Luis Alonso Rico Puerta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (octubre 19, 2011). Rad. 18082. CP. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (abril 28, 2021). Rad 52085. C.P. Alberto Montaña Plata.

Díez-Picazo L. (2007). Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol. I. 6ta Ed. Ed. THOMSOM CIVITAS.

Díez-Picazo L. (2010). Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol. IV. 1ra Ed. Ed. THOMSOM REUTERS- CIVITAS.

Díez-Picazo L. y Gullón, A. (2012). Sistema de derecho civil. Vol II, Tomo I. 10ª Ed.

TECNOS. FIDIC (1999). Condiciones de Contratación para proyecto y obra. Libros FIDIC
Gómez Estrada, C. (2008). De los principales contratos civiles. 4a ed. TEMIS

Jefatura del Estado de España (noviembre 5, 1999). Ley 38, Ordenación de la Edificación.
BOE (266), 38925-38934. <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/11/05/38>

Hinestrosa F. (noviembre de 2002) Prólogo. En Rengifo García, E. Del abuso del derecho al
abuso de la posición dominante. 2 ed. Universidad Externado de Colombia.

Larroumet, C. (1993). Teoría general del contrato, vol. 1. TEMIS. Citado en Laudo Arbitral
(abril 24 de 2019) de SDV Energía e Infraestructura S.L., como parte convocante, contra
Meta Petroleum Corp Suc. Colombia (ahora Frontera Energy Colombia Corp., Sucursal
Colombia), como parte convocada. Cámara de Comercio de Bogotá - Centro de Arbitraje y
Conciliación.

Lorenzetti, R. (2004). Tratado de los contratos. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores.

Mejía Delgado, H. (2011). Gestión Integral de Riesgos y Seguros para empresas de servicios,
comercio e industria, 2 ed. ECOE.

MEN-CAMACOL (2019). Catálogo de Cualificaciones Sector Construcción, Convenio de
Asociación No. 201.

[https://www.colombiaaprende.edu.co/sites/default/files/files_public/2021-
08/caracterizacion-sector-construccion.pdf](https://www.colombiaaprende.edu.co/sites/default/files/files_public/2021-08/caracterizacion-sector-construccion.pdf)

Mendoza Ramírez, A. (2020). Obligaciones. 1 ed. TEMIS

Ministerio del Trabajo de Colombia (junio 7, 1951). Código Sustantivo del Trabajo. Diario
Oficial (27.622).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Morales Neira, M. L., Ramírez Torres, G. L. y Romano Rebolledo, L. E. (2009). Distribución

del riesgo en el contrato de construcción: Perspectiva Internacional. Revista e-Mercatoria, 8(2). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2032>.

Neme Villareal, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. Revista de Derecho Privado, (11), 79-126.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575/543>

Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2016). Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7 ed. TEMIS.

Oviedo, J. (2010). El pacto de arras en los contratos de derecho privado. Revista Via Inveniendi Et Ludicandi, 5(2). <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2010.0002.09>

Presidencia de la República de Colombia (1971). Decreto 410. Código de Comercio de Colombia.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Presidencia de la República de Colombia (mayo 26, 2015). Decreto No. 1082. Por Medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653>

Podetti, H. (2004). Contrato de construcción. Editorial Astrea

Posada Torres, C. (2014). El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. Grupo Editorial Ibáñez.

Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, 29, 141-184.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.

Rengifo García, E. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2 ed.

Universidad Externado de Colombia.

Revista Semana, (feb. 19, 2022). ¿Cuáles son los sectores que están impulsando la economía del país? Foro Semana. <https://www.semana.com/nacion/articulo/cuales-son-los-sectores-que-estan-impulsando-la-economia-del-pais/202200/>

Rodríguez Fernández, M. (2006). Contrato internacional de construcción: aspectos generales. *Revist@ e-Mercatoria* 5(1). 1-29.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2090>

Rodríguez Yong, C. A. (2013). Una aproximación a las cláusulas abusivas. Universidad del Rosario; Legis editores.

Rojas Tamayo, A. y Rodríguez Fernández, M. (2008). Sistemas para la determinación del precio y condiciones de pago en el contrato internacional de construcción. *Revista e-Mercatoria*,7(1).
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2051/1838>

Roppo, V. (2011). Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. *Revista de Derecho Privado*, (20), 177-223.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3688567.pdf>

Valora Analitik (noviembre 8, 2021). Aprueban \$20 billones para megaproyectos de infraestructura 5G en Colombia [Portal web]. En Noticias de infraestructura. t.ly/mDnx