

D. Lord

LC0063 / SENTENCIA

JUZGADO OCTAVO DE CIRCUITO, RAMO CIVIL, DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE PANAMA. Panamá, veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012).

SENTENCIA No.20

VISTOS:

1. Procede el dictado de la sentencia que pondrá fin a la primera instancia de este Proceso de Protección al Consumidor promovido por **THOMAS RICHARD LORD JR**, varón, estadounidense, mayor de edad, portador del pasaporte No.084181912, en contra de **MARY EDITH BOCK**, mujer panameña, mayor de edad, portadora de la cédula de identidad personal No.8-396-774 y licencia profesional expedida por la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura No.2001-001-46.

El demandante pretende con su demanda lo siguiente:

- Que se declare judicialmente la nulidad absoluta de la cláusula Décimo Segunda del Contrato de Diseño y Construcción suscrito entre las partes.
- Que se declare judicialmente el incumplimiento del contrato suscrito entre las partes y, en consecuencia, se ordene la devolución del monto desembolsado para la construcción de la obra por la suma de Noventa y Seis Mil Balboas con 00/100 (B/.96,000.00), más los daños y perjuicios por lo que cueste reparar los trabajos realizados de manera deficiente por un monto de Treinta y Cuatro Mil Doscientos Balboas con 00/100 (B/.34,200.00) y los gastos que genere la acción.

HECHOS DE LA DEMANDA

La demanda contiene en síntesis los siguientes hechos:

- Que el 7 de enero de 2008 las partes suscribieron un contrato de Diseño y Construcción cuya finalidad fue la remodelación de la vivienda de **THOMAS RICHARD**, identificada con el No.46 B, ubicada en Ciudad Jardín Albrook, Calle Tulipán Africano, Corregimiento de Ancón, Distrito y Provincia de Panamá, por un monto de Ciento Veinticuatro Mil Seiscientos cuatro Balboas con 96/100 (124,604.96), de acuerdo a la cláusula Décimo Tercera del Contrato.
- Que mediante nota fechada de 29 de agosto de 2008 se establece lo concerniente al inicio de la obra, para lo cual el demandante pagó a **MARY BOCK** la suma de Veintitrés Mil Balboas con 00/100 (23,000.00) y el 29 de septiembre de 2008 se realizó un segundo pago por la suma de Veintitrés Mil Balboas con 00/100 (23,000.00).
- Que a través de nota de 17 de octubre de 2008, la demandada le comunica a **THOMAS RICHARD** el incremento en el costo del proyecto debido a un aumento en el costo de los materiales, cuestión con la que el demandante no estuvo de acuerdo y así lo hizo saber mediante nota de 23 de octubre de 2008. Posteriormente, el 27 de octubre de 2008, la arquitecta **BOCK** mediante carta expone varios temas, entre ellos, el aumento de costos, nota a la que se respondió el 29 de octubre de 2008 mostrando desacuerdo.
- Que no obstante lo anterior, y para darle inicio a la segunda etapa de la obra, el 30 de octubre de 2008, **THOMAS RICHARD** desembolsa un abono del 25%, equivalente a B/.25,000.00, llevando un total pagado de B/.69,000.00 Balboas.
- Que el 24 de diciembre de 2008 se realiza un último pago por un monto de Veinticinco Mil Balboas (B/.25,000.00).
- Que el 27 de febrero de 2009 el demandante envía una nota en la que solicita a la demandada los documentos que sustenten los gastos efectuados con el dinero desembolsado y donde reclama sobre las irregularidades con el uso del presupuesto, alegando que no existe congruencia con el dinero pagado y el avance de la obra; sin embargo, no recibió respuesta alguna por parte de la demandada.
- Que el demandante contrató los servicios de la arquitecta **Zoraya Chang Valdés** para que evaluara las condiciones actuales de la obra y estableciera los puntos del proyecto que deben ser subsanados y los trabajos necesarios para su culminación. El presupuesto para la reparación de los daños fue de Treinta y Cuatro Mil Doscientos Balboas con 00/100 (34,200.00).

- Que el Banco Nacional emitió informe el 8 de junio de 2009 donde hace un análisis sobre el informe presentado por la arquitecta Chang Valdés.
- Que el demandante interpuso formal queja ante la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia identificada con el número 396-09 C, solicitando que se le devuelva el dinero desembolsado, debido a que se encuentra insastifecho con la obra. Se citó a las partes para que asistieran a Audiencia de Conciliación programada para el 23 de septiembre de 2009, no obstante, ese mismo día el Licenciado Dionicio Rodríguez en representación de MARY BOCK, presentó escrito mediante el cual solicitó que la conciliación se lleve a través de los Tribunales de Arbitraje, ya que la cláusula Décimo Segunda establece que en caso de que surja entre las partes cualquier controversia o litigio, deberá resolverse a través de arbitraje en derecho.
- Que dicha cláusula es a todas luces abusiva.

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

Al contestar la demanda, el Licenciado **DIONICIO RODRIGUEZ BERNAL** apoderado judicial de la demandada **MARY EDITH BOCK**, se opuso a las pretensiones de la parte actora en cuanto a la nulidad absoluta de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Diseño y construcción señalando que la misma es Ley entre las partes y deben respetarse sus cláusulas; de igual forma se opone a que se declare judicialmente el incumplimiento del Contrato Suscrito entre las partes.

Aceptó que las partes suscribieron un Contrato de Diseño y Construcción, y la finalidad del mismo. Igualmente aceptó que el demandante interpuso queja administrativa en la ACODECO, que el día de la Audiencia de Conciliación, presentó un escrito solicitando cualquier tramitación a través de los Tribunales de Arbitraje en virtud del contenido de la cláusula décimo segunda del mencionado contrato.

Los demas hechos de la demanda fueron negados y en defensa de la demandada señaló que el contrato fue incumplido por la parte actora. Agrega que la cláusula décimo segunda es clara en el espíritu de la voluntad de los contratantes, y que las apreciaciones subjetivas del demandante no tienen asidero jurídico, puesto que el contrato fue firmado sin que mediase engaño o coacción que hubiese viciado la voluntad. Concluye en que el contrato no es abusivo.

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS Y POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Corresponde ahora valorar las pruebas, a fin de determinar si las mismas sirven al propósito de acreditar los hechos arriba listados. Esto encuentra su fundamento jurídico en el artículo 781 del Código Judicial: "Las pruebas se apreciarán por el juez según las reglas de la sana crítica" y añade que "el juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el merito que corresponde". Adicionalmente, el artículo 783 del mismo cuerpo legal señala que las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. Cabe señalar que no requieren ser probados los hechos que fueron aceptados por la parte demandada.

En el transcurso del proceso, quedó acreditada la existencia del Contrato de Diseño y Construcción, la finalidad del mismo y los pagos realizados por el demandante para la ejecución del contrato mencionado. Igualmente se encuentra acreditado el contenido de la cláusula décimo segunda del contrato, la queja administrativa presentada por el demandante ante la ACODECO y que el día programado para llevar adelante la Audiencia de Conciliación, se presentó un escrito por la parte demandada con el cual se solicitó que la conciliación fuese llevada a través de los Tribunales de Arbitraje.

Han sido probado los pagos realizados por el demandante para la ejecución del contrato mencionado. Dan cuenta de ello la nota de 5 de enero de 2009, la cual señala el monto y fecha de los pagos realizados por la parte demandante, documento que no fue objetado por la parte demandada, desglosado de la siguiente manera:

Pagado	Observación
\$23,000.00 se pagó el 29 de agosto de 2008.	Orden de proceder
\$23,000.00 se pagó el 30 de septiembre de 2008.	Primera etapa completa
\$23,000.00 se pagó el 20 de octubre de 2008.	Segunda etapa completa
\$25,000.00 se pagó el 24 de diciembre de 2008.	Tercera etapa completa
\$1,020.00 se pago el 30 de diciembre de 2008	Tejas y transporte
\$50.00 se pagó el 3 de enero de 2009	Ventilador Aluminio
\$85.88 se pagó el 5 de enero de 2009	Pintura madera de techo
Total abonado:	\$95,155.88

Queda probado que la demandada le notificó a Thomas Richard Lord el incremento en el costo del proyecto, debido a un aumento en el costo de los materiales. Da cuenta de ello la nota de 17 de octubre de 2008 firmada por Mary Böck, dirigida a Thomas Lord y a Mariela de Lord. Igualmente se acreditó el desacuerdo de la parte actora frente al referido aumento, y así consta en el expediente en nota de 23 de octubre de 2008, dirigida a Mary Böck, firmada por Thomas Lord y Mariela de Lord.

La parte actora acreditó que Mary Bock, mediante carta de fecha 27 de octubre de 2008, le expone el tema del aumento de costos; y, mediante nota de 29 de octubre de 2008, le contesta manifestando desacuerdo. El demandante en acto de audiencia de 16 de agosto de 2011, aportó el original de las cartas de 27 de octubre de 2008 y de 29 de octubre de 2008, documentos que no fueron objetados.

Del mismo modo, quedó probado que el 27 de febrero de 2009, THOMAS RICHARD LORD envió una nota con la cual solicita los documentos que sustenten los gastos efectuados con el dinero desembolsado y en la que reclama sobre irregularidades en el uso del presupuesto, alegando que no existe congruencia con el dinero pagado y el avance de la obra (la nota mencionada fue aportada en sesión de audiencia de 16 de agosto de 2011, sin manifestarse objeción por la contraparte).

Cabe señalar que la demandante aportó un informe elaborado por la Arquitecta ZORAYA CHANG VALDEZ, de fecha 13 de marzo de 2009 y nota dirigida al Banco Nacional de Panamá, a la cual se le adjunta el informe mencionado; además incorporó informe sobre la remodelación de la residencia de Thomas Lord, con fecha 8 de junio de 2009, elaborado por el Banco Nacional de Panamá; y un informe elaborado por Changmarin & Asociados, encargada de revisar y sumar las facturas entregadas por el señor Lord y certificar la cuantía de las mismas.

Al respecto de estos informes debemos decir que, en verdad, no se trata de pruebas documentales, sino que son pericias documentadas, realizadas por expertos en materia distinta a la formación de este Juzgador, las cuales debieron ser aducidas en el expediente según lo establece la normativa procesal panameña. Los artículos 966 y 967 del Código Judicial señalan los lineamientos básicos de toda prueba pericial. Estos artículos rezan de la siguiente manera:

“966. Para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia en el proceso, de carácter científico, técnico, artístico o práctico, que no pertenezca a la experiencia común ni a la formación específica exigida al juez, se oír el concepto de peritos.

El juez, aunque no lo pidan las partes, puede hacerse asistir por uno o más peritos cuando no esté en condiciones de apreciar por sí mismo los puntos de la diligencia, cuestión, acto o litigio.

967. La parte que adujere la prueba pericial debe indicar el punto o puntos sobre que ha de versar el dictamen de los peritos y expresará en el mismo escrito la persona o personas que designe para desempeñar el cargo.

Cuando la parte haya pedido un peritaje sin llenar los requisitos exigidos, puede el juez practicar tal prueba, previa notificación a las partes. En caso de que no indique el nombre del perito, el juez puede designar uno.

La contraparte, dentro del término de traslado, podrá formular su cuestionario, designar peritos o adherir a los ya nombrados. Vencido este término, el juez señalará día y hora para la práctica de las pruebas y fijará el término que tienen los peritos para rendir su dictamen.

El juez deberá en todo caso, designar uno o varios peritos, los cuales participarán con las mismas facultades y deberes que los peritos designados por las partes.”

La técnica probatoria que impone el Código Judicial a fin de garantizar el debido proceso y los principios procesales que el mismo entraña como lo son el contradictorio, la intermediación y el derecho de defensa hacía necesario que esas pruebas ingresaran al expediente por vía pericial (con los requisitos arriba expuestos en la norma legal), esto es, con la participación e intermediación del juez quien inspecciona la «cosa litigiosa» y la participación además de la parte contraria (quien tiene derecho a objetar o contradecir la prueba en sí o sus contenidos). No sobra señalar que todo indica el conocimiento de la apoderada judicial de la parte actora sobre la normativa legal a que hemos hecho referencia; hay constancia en actas de haberse aducido la prueba pericial y que la misma fue admitida por el Juzgador por considerarla pertinente y conducente. Quedó plasmado en dicha Acta que la prueba se admitiría con la participación de perito y no de testigo, tomando en cuenta el objeto de la prueba pericial (verificar los avances de la construcción, si se ajustó a los planos y si habían defectos y omisiones en la construcción a partir o en función de tales planos). Textualmente, la prueba aducida (y admitida) tenía como finalidad dejar establecido:

1. El estado actual o el avance en que quedaron los trabajos de remodelación realizados por la arquitecta MARIA EDITH BOCK.
2. La concordancia de los trabajos realizados por la arquitecta MARIA EDITH BOCK de acuerdo a lo diseñado por ella en los planos de remodelación de la vivienda.”

Y es que, el Código Judicial, en el artículo arriba transcrito (966) impone que el juez aprecie directamente el hecho y lo evalúe; y si se trata de un asunto que no pertenece a su experiencia común ni a su formación científica específica, debe acompañarse de peritos. Naturalmente que el examen de planos, la evaluación de la correspondencia o no existente entre lo plasmado en los planos y lo construido, requiere de profesionales idóneos en la materia (peritos).

Pese a lo anterior (la aducción y admisión de la prueba pericial) fue presentado un escrito por la apoderada judicial de la parte demandante (proponente de la prueba) a través del cual renuncia a la práctica de la misma, renuncia que fue autorizada mediante Auto N°891 de 11 de octubre de 2011. Así las cosas, no hay prueba válida en el expediente que acredite si los trabajos efectuados en la residencia del demandante se ajustan o no a los planos confeccionados.

En este proceso también fueron aducidas las siguientes pruebas de informe, para cuya recabación se giraron los necesarios oficios, sin embargo a la fecha, no hay constancia en el expediente de sus respectivas respuestas, a saber:

- Por parte del demandante
 - Al Banco Nacional de Panamá a fin de obtener copia autenticada de toda la documentación que reposa en sus archivos referente a los desembolsos realizados para la remodelación de la vivienda identificada con el número 46 B, ubicada en Ciudad Jardín Albrook, calle Tulipan Africano, corregimiento de Ancon, Distrito y Provincia de Panamá, en la cual reside THOMAS RICHARD LORD con pasaporte N°084181912, además de toda la documentación existente referente al caso.
 - A la Dirección de Obras y Construcciones Municipales de los Municipios de Panamá, San Miguelito y Colón a fin de obtener copia autenticada de cualquier permiso de proyectos de remodelación o construcción que haya realizado, esté en trámite o vaya a realizar la Arquitecta MARIA EDITH BOCK M., portadora de la cedula N°8-396-774 y licencia profesional expedida por la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura N°2001-001-46.
- Por parte del demandado
 - A las empresas que se mencionan en el paquete enrolado que fue presentado en audiencia como prueba.

Este operador judicial ha incurrido en el examen de la pretensión consistente en que se declare judicialmente el incumplimiento del contrato suscrito entre las partes y, en consecuencia, se ordene la devolución del monto desembolsado para la construcción, más los daños y perjuicios por los costos de la reparación de aquellos realizados deficientemente y los gastos que genere la acción por cuanto considera que cualquier persona que califique como «un consumidor» no puede ser compelido a acudir a resolver sus disputas en sede arbitral (no al menos a un arbitraje que no sea de consumo, como señala la Ley,

pendiente aún de ser desarrollado o reglamentado). Téngase presente que el derecho de los consumidores de acceso a la justicia y a contar con mecanismos que hagan efectivos esos derechos tiene rango constitucional; téngase presente que al tratarse de materia no disponible, concebida para tutelar a una clase de personas -consumidores- no puede forzarse a un consumidor a acudir a resolver sus diferencias en sede arbitral de naturaleza mercantil. Por tanto cualesquiera reclamaciones que tenga un consumidor habrán de ser atendidas en estas sedes judiciales, creadas para tales fines (ya sea accediendo o no a las mismas). Dispone el artículo 49 de la Constitución Política de la República de Panamá lo siguiente:

El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.

La demandante pretendió con su libelo de demanda que se declarase la nulidad absoluta de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato suscrito. No sobra citar el artículo 74 numeral 7 de la Ley 45 de 2007, el cual señala que *son abusivas y absolutamente nulas las codiciones generales de los contratos de adhesión que impliquen renuncia del consumidor de las acciones procesales, los términos y las notificaciones personales, establecidos en el Código Judicial o en leyes especiales*. De la norma in comento se desprende que para decretar la nulidad de una cláusula, se debe probar el carácter adhesivo del contrato (Contrato de Adhesión), definido como *"aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar"* (artículo 2 numeral 4 del Decreto Ejecutivo Nº46 de 2009, que reglamenta el Título II de Protección al Consumidor de la Ley 45 de 2007).

El jurista GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES lo define como *"aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles Cláusulas"* (Cabanelas de Torres, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, 19na Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2008).

La Cláusula de la cual se pretende la nulidad, es del tenor siguiente:

"DÉCIMO SEGUNDA: Cualquier litigio o controversia proveniente o relacionado con este contrato, así (sic) su interpretación, aplicación, resolución, obligación de cumplirlo y terminación o cualquiera otra forma no enumerada aquí deberá resolverse por medio de arbitraje en derecho, previo intento de conciliación con el centro de conciliación y arbitraje."

No está probado en los autos que el contrato objeto de este proceso y que contiene la cláusula impugnada sea un contrato de adhesión. A simple vista no presenta características que son propias de esta clase de contratos tipo (1. El espacio en el cual se anota el nombre del consumidor es (por lo general) una línea sin llenar; 2. Antes del nombre del cliente/ consumidor, preceden indistintamente los artículos el/la/los/las; 3) No distinguen el género del consumidor, redactándose "señor(a)", por mencionar algunos). De otra parte, tomando en cuenta el objeto del contrato, la remodelación de una específica vivienda, no puede presumirse que existen otras tantas viviendas de las mismas características sobre las cuales recaen similares o iguales contratos.

Ahora bien, el hecho de que quien reclama es consumidor, conlleva que este Tribunal debe examinar sus pretensiones, como se ha hecho aún cuando se concluya que no ha sido acreditado en el expediente el carácter adhesivo del Contrato sobre el cual se demanda la Nulidad de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Diseño y construcción suscrito entre las partes en litigio; tampoco ha sido probado el incumplimiento de la demandada en la obligación de "AMPLIACIÓN Y REMODELACIÓN DE LA RESIDENCIA DE LA FAMILIA LORD, ubicado en la calle de Tulipán africano Albrook, Corregimiento de Ancón, de la Ciudad de Panamá" tal como lo señala la Cláusula Primera del Contrato de Diseño y Construcción, suscrito entre las partes en litigio y, en consecuencia, no quedan probados los daños y perjuicios, por lo que las pretensiones de la parte actora deben ser negadas.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, quien suscribe, JUEZ OCTAVA DE CIRCUITO, RAMO CIVIL, DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

- **PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la parte actora dentro del Proceso de Protección al Consumidor propuesto por THOMAS RICHARD LORD JR en contra de MARY EDITH BOCK M.
- **SEGUNDO:** EXONERAR al consumidor del pago de las costas en virtud de lo que indica el artículo 128 numeral 8 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007. Liquidense los gastos por secretaría.