



REPÚBLICA DE PANAMÁ
UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

INVESTIGACIÓN
EL IMPERATIVO DE REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES
GENERALES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN ENTRE
EMPRESARIOS

INVESTIGADOR: DR. LUIS A. CAMARGO V.

MARZO 2025 – MAYO 2026

ÍNDICE

1. PORTADA
2. RESUMEN (EN ESPAÑOL E INGLÉS)
3. PALABRAS O FRASES CLAVES
4. INTRODUCCIÓN
5. CONTENIDO
6. PARTE EXPERIMENTAL
7. RESULTADOS
8. CONCLUSIONES
9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

RESUMEN

Los contratos de adhesión con condiciones generales son los modelos contractuales más utilizados en el tráfico mercantil y, en la prestación de bienes y servicios, tanto en el ámbito empresarial como en la contratación con consumidores. A través de la Ley 45 del 31 de octubre de 2007, se regulan dichos contratos, pero solo cuando se realizan entre un empresario y un consumidor, con lo cual, se puede ejercitar ante los tribunales un control judicial de las condiciones generales cuando tengan carácter abusivo en perjuicio del consumidor; sin embargo, esta legislación no alcanza a dar protección contractual a los contratantes cuando son empresarios o comerciantes que también utilizan esta modalidad contractual y que contratan en condiciones de debilidad por razones de mercado.

Lo descrito amerita de un estudio y análisis para determinar la necesidad o no de regular las condiciones generales en contratos de adhesión cuando se utilicen entre empresarios y que se prevenga el abuso de la posición dominante contractual de una empresa sobre otra, en que se evidencie un rompimiento del paradigma contractual de igualdad entre los contratantes, históricamente contenido en la regulación de contratos, por el Código Civil y por el Código de Comercio y que la posibilidad de una nueva normativa o regulación pueda corregir esa deficiencia, bajo las realidades de la contratación moderna y la necesidad de contratar que también tiene el sector empresarial que en innumerables casos se encuentra en condición de dependencia de productos o servicios que ofertan otras empresas, para poder sostener su actividad profesional o comercial. Por ello, el derecho debe encontrar un mecanismo de solución jurídica, que bajo ciertas condiciones pueda contribuir a resolver esta problemática actual.

SUMMARY

Adhesion contracts with general terms and conditions are the most commonly used contractual models in commercial transactions and in the provision of goods and services, both in business-to-business (B2B) dealings and in consumer contracts. These contracts are regulated by Law 45 of October 31, 2007, but only insofar as they are entered into between a business and a consumer. This allows for judicial control of general terms and conditions when they are deemed abusive to the detriment of the consumer. However, this legislation does not extend contractual protection to contracting parties when they are entrepreneurs or merchants who also rely on this contractual modality and enter into agreements under conditions of weakness arising from market forces.

The described situation warrants a study and analysis to assess whether it is necessary to regulate general terms and conditions in adhesion contracts used between businesses, in order to prevent the abuse of a dominant contractual position by one enterprise over another. Such abuse reflects a breakdown of the traditional paradigm of contractual equality between parties, historically upheld by civil and commercial law. The possibility of introducing new legislation or regulatory measures could correct this deficiency in light of the realities of modern contracting and the necessity faced by the business sector to contract, as in countless cases enterprises find themselves dependent on goods or services offered by other companies in order to sustain their professional or commercial activities. Therefore, the law must identify legal mechanisms which, under certain conditions, may contribute to addressing and resolving this current problem.

PALABRAS CLAVES

Contrato de adhesión, condiciones generales, consumidor, empresario, comerciante, cláusulas abusivas, posición dominante en el contrato, contratación masificada, nulidad de cláusulas, contratos mercantiles, contratos de consumo.

KEYWORDS

Adhesion contract, general terms and conditions, consumer, entrepreneur, merchant, abusive clauses, dominant contractual position, mass contracting, nullity of clauses, commercial contracts, consumer contracts

INTRODUCCIÓN

La utilización de las condiciones generales insertas dentro de contratos de adhesión, indiscutiblemente, constituyen una técnica y método contractual que se ha convertido en una de las características más relevantes de las nuevas formas y modelos contractuales tanto en el ámbito del derecho de los consumidores como en el derecho mercantil. Es a través de las condiciones generales que los comerciantes y empresarios pueden unificar el contenido de los contratos que predisponen y ofertan a compradores y consumidores de productos y servicios, lo que a su vez les permite concretar un gran número de contratos de forma rápida, mediante el mecanismo de adhesión de la contra parte, la cual solo puede negociar y discutir condiciones particulares, tales como el precio y la forma de pago, entre otras, sin que pueda negociar de forma aislada las condiciones generales, que deba aceptar, dada la condición de necesidad o dependencia económica que tiene frente al predisponente del contrato.

Las condiciones generales en los contratos mercantiles y de consumo se incorporan a un número plural de contratos, pero son redactadas por solo una de las partes, lo que en ocasiones es aprovechado por el redactor para introducir cláusulas que limitan o restringen los derechos del adherente, que manifiesta su consentimiento a través de la firma del contrato, que con estas características es denominado “contrato de adhesión”. Lo anterior se traduce en que el acuerdo de voluntades entre los contratantes puede encubrir situaciones de abuso e imposición en aspectos tales como: la resolución del contrato, la forma en que se ejercitarán los derechos dimanantes del mismo, limitaciones al ejercicio de esos derechos, falta de información sobre el objeto y su característica, etc., en la etapa precontractual y luego durante la ejecución del contrato.

Es indudable que las condiciones generales que se utilizan en los contratos de adhesión son establecidas para ser introducidas en una pluralidad de contratos, lo que la moderna contratación se denomina “contratación masificada” y que se justifica dentro de la actividad empresarial, ya que permite agilizar los contratos reduciendo el tiempo y los medios para su concreción, que surgiría de técnicas de negociación contractual individualizada, por lo tanto, estas condiciones generales cumplen una función económica importante; sin embargo, las mismas debido a la forma en que se introducen en el contrato de forma unilateral por una de las partes, la que oferta el producto o servicio, requieren de un control de validez que siempre será posterior a la culminación del contrato, ya que inclusive en su uso algunos sectores comerciales, solo se produce una revisión somera del modelo de contrato que se ha ofertado (v.gr. banca y seguros), por lo que, corresponderá a los jueces ejercer el control de validez de estas condiciones generales de modo que en el marco de los contratos de consumo se verifique su nulidad o no cuando tengan carácter abusivo.

La regulación de las condiciones generales en los contratos de adhesión en la ley

de protección de los consumidores, resuelve los problemas que confronta el contratante débil en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, pero también resulta evidente que en los contratos entre empresarios y profesionales existen situaciones de dependencia contractual y condiciones de contratantes que pueden verse sometidos al abuso de la posición dominante en el contrato dado que, las grandes empresas que se encuentran en condiciones de monopolio y oligopolios, sin que exista un mercado competitivo, que permita acceder a productos, fuentes de insumo y servicios necesarios dentro de la actividad comercial y profesional, por lo que, el afectado por el abuso contractual no cuenta con una normativa de protección, frente a circunstancias que afectan la negociación del contrato mediante un control previo de su contenido, que concrete principios básicos de la contratación, tales como la igualdad, la buena fe y la equidad, que corrija el desequilibrio contractual y que en contados casos solo se realiza a través de un control de la forma y no del contenido del contrato.

El abuso de la posición dominante, en los contratos con condiciones generales, también se produce en los contratos entre profesionales, comerciantes y empresarios, para los cuales no existen reglas especiales aplicables a este tipo de contratación, lo que requiere que, en nuestro país con base en estos supuestos, se prevengan las cláusulas abusivas dentro de la contratación mercantil y no solo dentro de los contratos de consumo. Por ello, proponemos que nuestro país cuente con una Ley de Condiciones Generales en la Contratación, o reformas al Código de Comercio, que regule las cláusulas abusivas fuera del marco de los contratos con consumidores y los principios que deben ser respetados en el uso de las condiciones generales en los contratos de adhesión cuando el empresario o profesional predisponente del contrato, imponga el contenido contractual aprovechando su posición dominante y afectando los derechos del otro contratante adherente, aun cuando este último también pueda ser un comerciante o empresario, y estemos en presencia de un contrato mercantil y no de un contrato de consumo.

CONTENIDO

A través de la investigación la que realizamos con carácter exegético se realizó un análisis dogmático jurídico de la normativa regulatoria de los contratos y específicamente de los contratos de adhesión, como moderna forma dinámica de concreción de los acuerdos, convenios y pactos entre las partes a través de los cuales se obligan a cumplir contraprestaciones que involucran derechos y obligaciones que el contrato materializa produciendo efectos jurídicos, que el derecho reconoce y que ante el incumplimiento permite obtener una declaración jurisdiccional o sentencia judicial que obligue a su cumplimiento o en su defecto al resarcimiento de los daños y perjuicios causados debido a la frustración de los fines perseguidos por las partes a través del contrato y que en definitiva se erigen como obligaciones de dar, hacer o no hacer algo, con un contenido económico y que permite a las partes obtener diferentes tipos de beneficios y satisfacción de sus necesidades.

En cuanto al aspecto metodológico, tratándose del derecho una ciencia social destinada a regular la conducta humana, debimos abordar el problema con un enfoque formal en el análisis descriptivo de la estructura de las normas rectoras de la figura contractual y principalmente, como dentro de ellos subyace la materialización de los valores jurídicos que la ley representa, lo que le da validez a la normativa e involucra también los principios generales del derecho, los derechos fundamentales, la justicia social y principalmente la vigencia del principio de la dignidad humana que están previstos en el preámbulo de la Constitución Nacional; por lo que, utilizamos por la naturaleza del estudio la metodología exegética y formal del ordenamiento jurídico aplicable, pero resaltando el contenido económico que involucra la regulación de los contratos, tanto en el ámbito civil como en el ámbito comercial, en el ámbito del derecho de consumo y en el derecho de los mercados y sus características.

Tampoco podemos soslayar el carácter axiológico que debe ponderarse dentro de ese contenido normativo que nace de los valores y su estudio que resulta fundamental en un análisis normativo más allá de la mera formalidad y descripción de la norma de la conducta que se pretende regular, lo que compartimos con el Dr. Julio Lombardo, cuando señala que: “De lo anterior se infiere que los elementos que contiene la estructura operante del Derecho son de carácter plurifacético, en la medida que son mandatos con sentido axiológico (vg. Los actos por los que se tiende a cumplir las normas sobre responsabilidad civil son mandatos relativos al valor justicia, conforme al cual no debe hacerse daño a otro; y aquellos con los cuales se tiende a aplicar “libertades fundamentales” son mandatos relativos al valor libertad y a los respectivos derechos humanos).”¹

La regulación jurídica de los contratos, encuentra su espacio de aplicación dentro del sistema económico que se implanta en la Constitución Nacional a través de principios

¹ Dr. Julio Lombardo. Metodología del Derecho. Panamá, 2022. Pág.12

fundamentales como lo son: la iniciativa privada en materia económica y comercial, la garantía respeto de la propiedad privada, la libertad de asociación, la libertad para el ejercicio de profesiones y oficios y principalmente la autonomía de la voluntad de las partes para contratar con un objeto lícito, al establecer la Constitución Nacional que los particulares pueden pactar libremente siempre que no incurran en violación de la Ley.

El contrato se erige entonces como el arquetipo o modelo ideal que históricamente y hasta nuestros días materializa la forma civilizada y jurídica a través del cual las partes concretan diferentes tipos de relaciones jurídicas, ya sean de carácter personal y de carácter real y que representa un aspecto fundamental del llamado derecho patrimonial privado que permite el intercambio de bienes y servicios con efectos jurídico y a la vez la más importante fuente de obligaciones que pueden ser exigibles, tal como lo establece el artículo 1105 del Código Civil Panameño y que encuentra su regulación principal en el Libro IV, del Código Civil, denominado “De Las Obligaciones y Los Contratos”, y que sirve de base a otras legislaciones que regulan la figura contractual de forma especial y que en todo caso remiten de forma supletoria a la normativa general del Código Civil (v.gr. Contratos Comerciales, Contratos de Consumo, etc.).

El mismo Código Civil claramente enuncia en su artículo 974, que los contratos son fuentes de las obligaciones y en el artículo 976 que, “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de la misma”, bajo un principio de relatividad en que las obligaciones que dimanen de los contratos solo son extensibles a las partes contratantes salvo las estipulaciones a favor de terceros que pueden realizarse de forma excepcional, de ahí que una vez perfeccionado el contrato genera efectos jurídicos que pueden trascender en cuanto a su cumplimiento a la esfera jurisdiccional con el fin de que se cumpla lo expresamente pactado sus consecuencias siempre que sean conforme a la buena fe, a los usos y a la ley, tal cual consagra el artículo 1109 del Código Civil.

La investigación comprobó la relevancia y el conocimiento que se tiene por estudiantes, profesionales del derecho, abogados, docentes, funcionarios del Órgano Judicial, etc., de la importancia y el respecto a lo pactado en los contratos, siempre que contenga sus elementos relevantes, a saber consentimiento, capacidad, objeto y causa; sin embargo, cuando se utiliza el concepto de “contrato de adhesión”, surgen interrogantes, respecto a la naturaleza de este tipo de contratos e inclusive si pueden ser incluidos dentro de la categoría contractual, dada la duda que genera la manifestación del consentimiento en el uso de contratos pre redactados por una de las partes, es decir, con carácter unilateral o con el uso de “contratos estandarizados” o “formularios contractuales” en los cuales se discute si existe o no una verdadera manifestación del consentimiento por parte del contratante – adherente, siendo que esta dinámica o metodología contractual moderna es la que impera en la moderna contratación privada con el uso generalizado de condiciones generales ya redactadas por el predisponente del

contrato, aplicable a todos los contratantes que se adhieren y que convierten el contrato en un modelo de “contrato de adhesión”.

Sobre ello hemos señalado que: “En cuanto a la noción y concepto que identifica al contrato de adhesión, podemos señalar que es aquel contrato en el cual el contenido contractual se determina de forma anticipada por el predisponente, generalmente el ofertante del producto o servicio, al cual se debe adherir el otro contratante que desee establecer una relación jurídica, por lo cual se puede explicar que si bien la regla general será que el contrato de adhesión contendrá condiciones generales, el uso del término “condiciones generales”, estará delimitado por la inserción de dichas condiciones a una pluralidad de contratos, lo que explica el entendimiento que asimila el uso de condiciones generales dentro de los contratos de adhesión, pero no introduce la posibilidad de que existan cláusulas predispuestas dentro de un contrato que sean impuestas a un contratante sin que las mismas tengan carácter de condiciones generales aplicables a un conjunto de contratantes en el mismo tipo y clase de contratos, lo que permite establecer una diferencia entre condiciones generales y cláusulas predispuestas, siendo que las primeras son predispuestas con carácter general y las segundas pueden tener esa misma categoría pero ser utilizadas en un contrato individualizado.”²

La doctrina también señala que: “Por ello, no debe ser cuestionable la utilización de contratos de adhesión con condiciones generales predispuestas, por cuanto forman una especialidad de la moderna contratación mercantil, que separa la concepción histórica de los contratos individualizados o negociados de forma particular con un nuevo esquema o tipología contractual caracterizado por la repetición o pluralidad que identifican a los contratantes frente a un mismo empresario o proveedor, lo que se denomina “contratación masificada”, que evidentemente provoca un replanteamiento del régimen jurídico aplicable⁴ a las controversias que en esta clase de contratos puede generar, pero que sirve a los propósitos de la organización de la grandes empresas, que concretan su oferta mediante el mercadeo y la publicidad masiva que produce la conclusión de negocios jurídico bajo este esquema.”³

El artículo 33 de la Ley 45 de 2007, es la única norma en la legislación panameña que define el contrato de adhesión, cuando señala en su numeral 3 que es “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”, lo que deja claro que tal concepto se asocia con la materia de consumo, lo que sería equivocado y por esta razón el problema de los contratos de adhesión no encuentra una solución directa en la regulación que ofrecen las normas de protección de los consumidores contenidas en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, para otro tipo de contratantes que no sean consumidores. La misma ley solo aplicable a consumidores finales, sanciona como abusivas en los artículos 74 y 75, las condiciones generales que restrinjan los derechos de

² Dr. Luis A. Camargo V. (Tesis Doctoral). El Control Judicial de las Condiciones Generales en los Contratos de Adhesión. Panamá. 2015. Págs.181-182.

³ Para el profesor Todd D. Rakoff los contratos de adhesión, «estandard form contracts», «estandard form documents», a pesar de su constante presencia y creciente desarrollo en la contratación actual, no han sido objeto aún de un tratamiento legal adecuado, aunque éste resulte cada vez más necesario en la práctica jurídica presente. (Cfr. Viguri Perea, Agustín. La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano. Editorial Comares. Granada. 1995. Pág.8.

los consumidores, limiten las obligaciones del proveedor, creen una desproporción contractual, conlleven renunciaciones de los derechos del consumidor, limiten la responsabilidad del otorgante o proveedor, confieran al proveedor plazos desproporcionados para la ejecución de los contratos, establezcan indemnizaciones, cláusulas penales e intereses desproporcionados en perjuicio del consumidor, etc.

Con carácter general serán nulas por abusivas las condiciones generales que afecten los derechos constitucionales y legales de los consumidores, pero resulta excluyente para otros ámbitos de la contratación que también utilizan este tipo de contratos, tal es el caso de la contratación entre comerciantes o empresarios e inclusive entre personas naturales y jurídicas sometidas a la regulación contractual del Código Civil, lo que plantea que en nuestro país no existe una regulación general que proteja a los contratantes-adherentes en la dinámica del uso generalizado de los contratos de adhesión con condiciones generales, siendo que fuera del marco del derecho de consumo, tales contratos también pueden concretizar un abuso de posición dominante en el que el predisponente del contrato de forma encubierta y bajo la apariencia de un contrato paritario aceptado, introduce cláusulas lesivas, cláusulas abusivas o cláusulas restrictivas de derechos, que el adherente por su necesidad de contratar no puede rechazar y que con posterioridad durante la fase de ejecución del contrato sean aplicadas sin que hayan cumplido con principios y valores jurídicos que resultan inherentes y muy importante para la contratación privada, tales como la transparencia, la buena fe, la equidad de las partes y la solidaridad contractual.

La restricción que impone la presencia de un consumidor en el contrato de adhesión impide a profesionales y empresarios acceder a la protección especial de la Ley 45 de 2007, además, determina la competencia de los tribunales, ya que nuestro país cuenta con tribunales especiales de protección de los consumidores que conforman una jurisdicción especializada y la falta de esa condición ocasiona que cualquier reclamo derivado cláusulas generales insertas en contratos de adhesión entre empresas deba ser conocida por los tribunales de la jurisdicción civil ordinaria en los que no se prevé esa protección especial, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tercer Tribunal Superior especializado en la materia de consumo al señalar “Lo anterior, deja claro que la apertura de cuentas corrientes bancarias por parte de sociedades mercantiles dentro de su giro de actividades comerciales o como partes de un mismo grupo económico que han obtenido el servicio bancario, y que a través de dicho contrato de cuenta corriente generan obligaciones y derechos para las partes, no permite concluir que estemos en presencia de una relación de consumo, sujeta a las disposiciones de la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007”. (Fallo de 20 de enero de 2025, dentro del proceso de Protección al Consumidor interpuesto por MOLINO VIRZI S.A., AGROGANADERA MARIANA, S.A., AVÍCOLA SUPER POLLO, S.A., e, INMOBILIARIA DON JUAN VIRZI B., S.A. en contra de BANCO GENERAL, S.A. Mgdo. Ponente: Luis Camargo V.).

Es en este último supuesto que la investigación determinó que la normativa del Código Civil y del Código de Comercio resulta insuficiente para prevenir el abuso de

posición dominante en los contratos de adhesión con condiciones generales fuera del marco de la contratación con consumidores, inclusive la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de contratar que se consagra en el artículo 18 de la Constitución que permite a los particulares realizar contratos y transacciones introduciendo pactos, cláusulas, estipulaciones que a bien tengan siempre que no se infrinja la Constitución y la Ley, resulta en ocasiones afectada al no existir disposiciones expresas que regulen el mal uso de las condiciones generales y de los contratos de adhesión cuando cumplan una función espuria y contraria al equilibrio contractual y a la equivalencia de las prestaciones que debe imperar en los contratos.

En el Código Civil, se encontraron las siguientes disposiciones que tratan de solventar el problema, pero que se enmarcan dentro de la tradicional regulación de carácter liberal de finales del siglo XIX de los contratos privados y que se ha mantenido a largo de los años, sin tomar en cuenta la evolución de las técnicas contractuales que impera hoy en día mediante los contratos de adhesión o estandarizados realizados de forma unilateral por el predisponente del contrato. Así tenemos, que el artículo 5 del Código Civil señala “Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor ...”. “Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho y la costumbre siendo general y conforme a la moral cristiana”. El artículo 1106 señala “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la Ley a la moral y al orden público”. El artículo 1107 establece, “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, y el artículo 1139 indica “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

Debe tomarse en cuenta que estas normas son aplicables a los contratos mercantiles en virtud del artículo 5 del Código de Comercio establece que, las normas del derecho civil son fuentes del derecho mercantil y el artículo 194 del mismo Código ratifica que lo que no esté dispuesto en materia de contratación mercantil podrá utilizarse las prescripciones del derecho común relativas a las obligaciones y contratos en general, todo lo cual en un análisis exegético y dogmático jurídico revela una insuficiencia en la regulación que se hace necesario solventar a través de disposiciones específicas y con carácter general que regulen la nueva forma de contratación con carácter general para prevenir los abusos de posición dominante contractual que se producen no solo en la materia de protección de los consumidores.

Un análisis cualitativo que surge de la investigación produce como consecuencia y conclusión que nuestro país adolece de una normativa especial para los contratos de adhesión con condiciones generales que prevenga el abuso contractual e imponga el deber de información, transparencia y buena fe al contratante que utilice esta técnica de

contratación, teniendo presente que las normas existentes fuera de la contratación con consumidores resultan escasas y bajo la regla de la interpretación del Código Civil también aplicable a los contratos mercantiles se sostienen sobre una contratación “igualitaria” o “paritaria”, que la mayoría de las veces no es real y en la que un contratante se ve sometido por necesidad de obtener un producto o servicio sea o no con carácter final, ante el abuso del dominante que controla el suministro o distribución de dicho producto o servicio en los diferentes mercados. Un ejemplo referencial de lo afirmado son los contratos de prestación de servicios públicos, telefonía móvil, de seguros o bancarios, en los que indefectiblemente el predisponente del contrato tiene posición dominante para establecer las condiciones y cláusulas del contrato, sin que el adherente pueda discutirlos o solicitar su exclusión del convenio (v.gr. un contrato de seguro o un contrato bancario de préstamo suscrito por una pequeña empresa que no tiene la condición de consumidor).

La realidad de la contratación privada hoy día supera la concepción tradicional del método de realizar pactos, convenios y contratos, inclusive la llegada de la normativa de protección de los consumidores al ordenamiento jurídico a través de la Ley 29 de 1996 (hoy día Ley 45 de 2007), produjo un replanteamiento importante en dicha contratación, pero solo resolvió parte del problema que deriva de las reglas del sistema económico, aún más en mercados oligopólicos con pocos ofertantes de productos y servicios y gran demanda de los mismos, no solo consumidores sino también empresarios y profesionales que quedaron excluidos de la regulación especial al no tener la condición de “consumidores finales”, es decir, aquellos que adquieren un bien o servicio para su uso personal o familiar con carácter final, ya que el producto o servicio agota su circulación en el mercado o cuando tenga por objeto un ánimo de lucro como ocurre en el caso de empresarios y profesionales. Esta situación es claramente apreciable con la introducción del artículo 49 de la Constitución Nacional, mediante el Acto Legislativo No.1 de 2004, que por primera vez introdujo dentro de las garantías fundamentales, los derechos de los consumidores, lo que refleja una concepción “ius-privatista”, de nuestro sistema económico sostenida en los principios de la libre empresa, la iniciativa privada, el respeto a la propiedad privada, la libertad de asociación, la libertad en el ejercicio de las profesiones y oficios y la libertad de contratar, que se resumen en las características de una economía de mercado.

Durante la investigación se llevó a cabo una recopilación bibliográfica y legislativa que permitió obtener información acerca de los modelos de regulación de las condiciones generales en los contratos de adhesión que han sido implementados en otros países, en los que se observa claramente que en todos existe dicha regulación, pero para los contratos de consumo, asignando el control de validez de las condiciones generales y la nulidad de cláusulas abusivas a autoridades administrativas o judiciales. Es de notar que la regulación de condiciones generales entre empresarios y comerciantes también es un problema en otras legislaciones, encontrando pocos países con un régimen jurídico

aplicable a las cláusulas abusivas que puedan existir entre empresarios y comerciantes, sin la presencia de un consumidor contratante.

Resultó referencial en la legislación española la Ley 7 del 13 de abril de 1998 denominada “Ley de Condiciones Generales de Contratación”, que señala en su exposición de motivo que la misma tiene por objeto “no solo trasponer las regulaciones sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sino también regular las condiciones generales de la contratación como parte de la legislación mercantil y civil ...”. En la investigación de análisis de esta ley encontramos que también señala en su exposición de motivos “La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello, la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrato como una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”. El texto también señala “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante; pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trata de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

Lo anterior, sienta las bases y claramente explica las razones que justifican la existencia de una ley que regule las condiciones generales en los contratos de adhesión en todo tipo de contrato, cuando se esté en presencia de un contratante débil, entendiendo por tal, aquel que se encuentre en una posición de inferioridad para negociar el contenido del contrato y que necesita realizar, frente al otro contratante con posición dominante y que ofrece productos o servicios en un mercado en el cual existen uno o pocos ofertantes con independencia que de que se trate o no un consumidor. Esta misma ley establece principios rectores de este tipo de contratación que procuran el equilibrio contractual y evitar el abuso de poder del contratante dominante y también introduce en la normativa, el derecho a la información, la transparencia, la claridad y sencillez y la exclusión de cláusulas sorprendentes o exorbitantes que puedan afectar al contratante débil.

Otras legislaciones, como la de Argentina y Perú, introdujeron reformas en sus Códigos para regular los contratos celebrados por adhesión, lo que no ha ocurrido en nuestro país salvo lo dispuesto en la Ley 45 de 2007 de protección de los consumidores. En el caso del Código Civil y Comercial de Argentina, se establece que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensible, claras, fácilmente legibles y autosuficientes y debe ser aplicable estos principios con carácter general no solo en la materia de consumo y en el caso de Perú, dentro de su Código Civil se introduce la definición del contrato de adhesión y de las cláusulas generales de la contratación, pero

asignando el tratamiento de dichas cláusulas a autoridades administrativas (v.gr. banca, seguros y servicios públicos), dándole competencia para determinar la validez de estas estipulaciones cuando exoneren al predisponente, limiten su responsabilidad, esta puede suspender la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo o prohibir a la otra parte alegar excepciones y defensas en contra de dichas cláusulas.

Finalmente, el Código Civil Alemán, también regula condiciones generales de la contratación haciendo una separación de las que se utilizan en contratos con consumidores y las que se realizan entre empresarios, pero también cuenta la legislación alemana con una ley de condiciones generales; por lo que, existe una doble regulación en el marco del derecho civil y en una ley especial, que la doctrina analiza, indicando que puede ser extensible en su aplicación a los que no tienen la condición de consumidores y en Francia se adoptó la fórmula de regulación a través del Código Civil Francés, regulando el contrato de adhesión y el control de cláusulas abusivas, que ha generado una discusión en cuanto a si resulta aplicable a cualquier contrato de adhesión y no solo a los contratos de consumo, ya que también existe una regulación especial para los contratos de consumo que parece indicar que en la normativa del Código Civil resulta aplicable a los contratos de adhesión entre empresarios y la norma especial para los contratos de adhesión con consumidores.

Por esta razón, la investigación refleja la necesidad de una reacción legislativa, que encuentra apoyo en legislaciones de otros países en las cuales se ha encontrado la necesidad de regular con carácter general y de forma exclusiva para los consumidores la contratación mediante contratos de adhesión, formularios contractuales y condiciones generales predispuestas unilateralmente, de modo tal que mediante un control previo cuando se utilice esa técnica se puedan prevenir los abusos y que el contratante adherente reciba toda la información necesaria, se impida la inserción de cláusulas oscuras también llamadas cláusulas abusivas que en ocasiones se convierten en “cláusulas exorbitantes o sorpresivas” dado el desequilibrio que producen entre los derechos y obligaciones que asumen las partes, generalmente favoreciendo la posición contractual del predisponente, solo concediendo derechos y límites de responsabilidad y trasladando la carga obligacional inclusiva limitando derechos y acciones procesales al “contratante débil”, que no necesariamente tiene la condición de consumidor y que por ende no encuentra respuesta para anular dichas cláusulas en la jurisdicción especializada de protección de los consumidores al carecer de esta condición y que en el marco de la regulación y la jurisdicción civil resulta difícil que se pueda apreciar el desequilibrio y la falta de equivalencia entre los contratantes partiendo de la premisa equivocada de que el contrato fue realizado por ambas partes y por tanto conforme al artículo 976 del Código Civil, tiene fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, sin que el juzgador pueda indagar en la técnica de contratación o la encubierta intención de una de las partes de incumplir con la equidad y la solidaridad contractual, lo que en ocasiones convierte al contrato civil o comercial bajo esta dinámica, en un instrumento de

sometimiento del adherente necesitado de contratar.

PARTE EXPERIMENTAL

En el aspecto experimental para la determinación del conocimiento sobre el contenido del problema y obtener información de especialistas y profesionales involucrados en la materia con el fin de arribar a conclusiones que permitan adoptar decisiones debidamente fundamentadas, más allá del aspecto jurídico, incluyendo aspectos sociales y económicos se utilizó la metodología de aplicación de encuestas, para abogados (con una muestra de 82 encuestados) y de funcionarios de agencias reguladoras de sectores económicos en los cuales se usan los contratos de adhesión como ACODECO, ASEP, SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS y DIRECCIÓN DE EMPRESAS FINANCIERAS DEL MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS, se obtuvo una muestra de 27 encuestados, específicamente de abogados y funcionarios relacionados con la materia las cuales tenían como objetivo obtener información sobre el conocimiento y percepción de los abogados acerca de los contratos de adhesión con condiciones generales, su utilidad, la posibilidad de abusos hacia el contratante débil y la necesidad de regular estas condiciones generales fuera de los contratos de consumo y en el otro aspecto obtener información acerca de la percepción de las agencias reguladoras de seguros, bancos, servicios públicos, libre competencia y protección de los consumidores bajo esas mismas premisas.

Las muestras arrojaron como resultado que para los profesionales del derecho existe un conocimiento de casi un 90% de los encuestados de lo que son los contratos de adhesión, pero solo un 62.2% aseveró que los mismos son útiles para la contratación mercantil. Resulta relevante para las conclusiones que más del 90% de los abogados encuestados concluyó que las condiciones generales de los contratos de adhesión pueden ocasionar abusos hacia el contratante débil que se adhiere al contrato y que más del 90% también concluyó que se hacía necesario regular las condiciones generales de los contratos de adhesión fuera del ámbito de los contratos de consumo.

Ante la pregunta de que medidas de control se propondrían para la regulación de los contratos de adhesión fuera de los contratos de consumo, un 63.4% de la muestra estableció que se hacía necesaria una ley de condiciones generales de la contratación para todo contrato de adhesión y un 31.7% propuso que se podría lograr la regulación a través de una reforma al Código de Comercio y finalmente un 61% de la muestra revela que una regulación de las condiciones generales de los contratos de adhesión entre empresarios y comerciantes si impactaría en la actividad económica y el mercado de bienes y servicios.

En cuanto a los funcionarios de las agencias reguladoras un 70% estableció la utilidad del uso de los contratos de adhesión con condiciones generales en la contratación de la banca, seguros y actividades financieras y significativamente un 96.3% señaló que estos contratos pueden ocasionar abusos hacia el contratante débil que requiere los bienes

y servicios y en igual proporción que se hacía necesario regular las condiciones generales de los contratos de adhesión fuera del marco de protección de los consumidores, en cuanto a la forma que debe adoptarse para dicha regulación un 74.1% propuso que debía realizarse mediante una ley de condiciones generales de la contratación.

RESULTADOS

Estos resultados permiten concluir en que la moderna contratación privada no solo debe ser regulada en el uso del contrato de adhesión de condiciones generales en los contratos entre empresarios y consumidores sino también entre empresarios comerciantes y profesionales de la actividad comercial en los cuales también se visualiza un desequilibrio y una de las partes (el adherente) asume el rol de contratante débil al no poder negociar las condiciones del contrato frente al contratante que predispone el contenido y posee la posición dominante contractual, por lo que, el imperativo de regulación que proponemos como hipótesis de la investigación para la solución del problema resulta comprobable y la gran mayoría de los encuestados (abogados y funcionarios conocedores de la materia), se inclina hacia la promulgación de una Ley de regulación de las condiciones generales en los contratos de adhesión y en mucha menor proporción mediante una reforma al Código de Comercio y al Código Civil.

CONCLUSIONES

- Los contratos de adhesión y el uso de condiciones generales representan una técnica contractual que permite agilizar la contratación entre empresarios y entre empresarios y consumidores reduciendo los costos y tiempo de las transacciones en los diferentes modelos contractuales.
- La utilización de contratos de adhesión con condiciones generales se realiza de forma masificada en los mercados de bienes y servicios logrando que a través de un formulario o modelo de contrato se uniformen multiplicidad de intereses de contratar un determinado producto o servicio. Este modelo contractual es redactado de forma unilateral por el proponente u ofertante del producto o servicio.
- La posibilidad de que el predisponente del contrato abuse de su posición dominante frente a la necesidad de contratar del adherente ha motivado que se regulen las cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores de bienes y servicios a través de una legislación especial de carácter proteccionista. En Panamá se encuentra esta regulación en la Ley 45 del 31 de octubre de 2007, que permite se declare la nulidad de cláusulas abusivas cuando afecten los derechos del consumidor o usuario.
- El abuso de la posición dominante contractual del predisponente no ha encontrado una solución ante la existencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre comerciantes y empresarios y en pocos casos ha tenido que ser resuelto el problema a través de decisiones de los tribunales, basadas en unas pocas normas contenidas en el Código Civil de 1916, como fuente supletoria de los contratos mercantiles.
- En otras legislaciones como España, Francia, Alemania, Argentina y Perú, se han regulado con carácter general los contratos de adhesión y en algunos casos de forma especial en el ámbito de consumo mediante leyes que establezcan principios generales de la contratación que deben cumplir los que utilicen condiciones generales para contratar y en otros se ha establecido con carácter general la nulidad de cláusulas que resulten abusivas para el adherente que requiere contratar con esta modalidad.
- Principios como la equidad, la solidaridad contractual, la buena fe, la transparencia, la prevención del abuso y otros, son los pilares básicos que deben imperar en la contratación y que deben ser reconocidos en los contratos de

adhesión con condiciones generales, cuando se favorezca la posición contractual del predisponente, se introduzca un desequilibrio contractual relevante o se impongan restricciones o renuncia a derechos que tiene un contratante con lo que se quiebre el sinalagma contractual.

- Panamá no cuenta con una regulación general de las condiciones generales y los contratos de adhesión y solo se encuentra en la ley de protección de los consumidores para los casos en que uno de los contratantes sea un consumidor de bienes y servicios lo que produce un problema que puede ser resuelto de forma directa a través de una regulación general con prescindencia de la condición del contratante adherente que buscaría dar transparencia y seguridad jurídica a toda persona natural o jurídica que contrate por medio de este tipo de contrato entre los que pudiera mencionarse las pequeñas y medianas empresas y comerciantes en condiciones de dependencia frente a otro con posición dominante en un mercado.
- La investigación revela la necesidad de regulación de las condiciones generales en el ámbito de la contratación mercantil y la opinión mayoritaria es que esa regulación debe realizarse y que debe concretarse a través de reformas al Código de Comercio, para regular los contratos de adhesión y sus restricciones y así adecuar la legislación nacional a los avances y realidades del mercado, que ya han sido reconocido y establecidos en la legislación de otros países de forma tal que previniendo los abusos se logre el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios sin distorsiones que afecte el sistema económico en general que al final se traduce en incremento de los precios, prácticas monopolísticas, relativas y afectación del principio económico de la libre oferta y demanda.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Dr. Julio Lombardo. Metodología del Derecho. Panamá, 2022.
- Dr. Luis A. Camargo V. (Tesis Doctoral). El Control Judicial de las Condiciones Generales en los Contratos de Adhesión. Panamá. 2015.
- Viguri Perea, Agustín. La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano. Editorial Comares. Granada. 1995.

PROPUESTA SUGERIDAS DE REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS DE ADHESIÓN

A. LEY DE CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS DE ADHESIÓN

1. Condiciones generales de la contratación:

Serán consideradas condiciones generales de la contratación las cláusulas que hayan sido redactadas de forma unilateral por un proveedor de bienes y servicios destinadas para ser utilizadas e incorporadas en un número plural de contratos.

2. Ámbito de aplicación:

Las condiciones generales de la contratación podrán ser utilizadas en contratos predispuestos o de adhesión entre proveedores o profesionales y consumidores y también entre proveedores y profesionales con otros profesionales o agentes económicos.

3. Exclusiones:

La regulación de las condiciones generales en la contratación no podrá ser aplicables a los contratos administrativos que suscribe el Estado, los contratos de trabajo regulados por el Código de Trabajo, ni los contratos de constitución de sociedades mercantiles regulados en el Código de Comercio o en leyes especiales.

4. Las cláusulas abusivas:

Solo podrán ser consideradas como cláusulas abusivas las condiciones generales de los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores bajo la regulación de la Ley 45 del 31 de octubre de 2007, cuando las mismas restrinjan los derechos del consumidor, limiten o extingan las obligaciones del proveedor o lo exoneren de responsabilidad por daños ocasionados y favorezcan excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del proveedor en detrimento de los derechos del consumidor e impliquen renuncia de cualquier derecho que la ley garantice a los consumidores.

5. Requisitos de las condiciones generales de la contratación:

Aun cuando no pueden ser consideradas como abusivas las condiciones generales en los contratos entre empresarios y profesionales, las mismas quedan sujetas a las causales de nulidad contractual en los siguientes casos:

a. Cuando no se haya cumplido con el deber de información del predisponente del contrato, en torno a la aplicación de las condiciones generales y sus efectos.

b. Cuando en el contrato se establezca una condición general y la información pertinente no se encuentren en el mismo sino en otra documentación que no se le presenta al adherente.

- c. Cuando las condiciones generales carezcan de transparencia y claridad en cuyo caso la interpretación de la condición general no debe favorecer al predisponente sin perjuicio de su nulidad.
- d. Cuando la redacción de una condición general no se concrete de forma clara y resulte de una imposición o un abuso de posición dominante del predisponente o proveedor aprovechando la necesidad de contratar el producto o servicio del adherente.
- e. Las condiciones generales que sean ambiguas, oscuras, contradictorias o ilegibles para el adherente.
- f. Las condiciones generales que dejen a la exclusiva voluntad del predisponente la validez y el cumplimiento del contrato o impliquen renuncia de derechos del adherente consagrados en la Constitución o las leyes.
- g. Las disposiciones del Código Civil, en materia de nulidad contractual serán aplicables a los contratos de adhesión con condiciones generales que se realicen entre empresarios y profesionales

6. El control de incorporación y el control de contenido:

La aprobación de modelos de contratos de adhesión con condiciones generales por parte de autoridades administrativas en el ámbito de la banca, los seguros, servicios financieros y servicios públicos, no excluye la interpretación y control del contenido de los contratos de adhesión con condiciones generales por parte de los jueces de la jurisdicción civil ordinaria, salvo que se trate de un contrato de consumo en cuyo caso el control judicial corresponderá a los jueces de la jurisdicción de libre competencia y asuntos del consumidor, bajo la regulación de la Ley 45 del 31 de octubre de 2007.

- 7. Serán nulas de nulidad absoluta las condiciones generales que impliquen renuncia del derecho a acudir a los tribunales competentes.
- 8. La cláusula compromisoria de arbitraje deberá ser incorporada al contrato mediante una condición especial y negociada por las partes contratantes.

B. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO

Los contratos mercantiles podrán utilizar la modalidad de contratos de adhesión con condiciones generales predispuestas unilateralmente por el proveedor de los bienes o servicios en cuyo caso deberán redactarse por escrito y en formato físico o electrónico y quedarán sujetos los principios de equidad, transparencia, sencillez, claridad y buena fe contractual, y supletoriamente a las normas del Código Civil.

C. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

El contrato de adhesión es aquel contrato a través del cual las cláusulas han sido establecidas unilateralmente por uno de los contratantes y el otro declara su voluntad de aceptar las estipulaciones mediante su firma en el que respetarse el equilibrio en las contraprestaciones que asumen las partes, que quedará sujeto a las disposiciones del Libro IV, Título II, Capítulo I y IV, de este Código, en lo concerniente a los principios generales de la contratación y las causales de nulidad absoluta y relativa de los contratos, siempre que no se trate de un contrato de consumo regulado por la ley 45 del 31 de octubre de 2007.