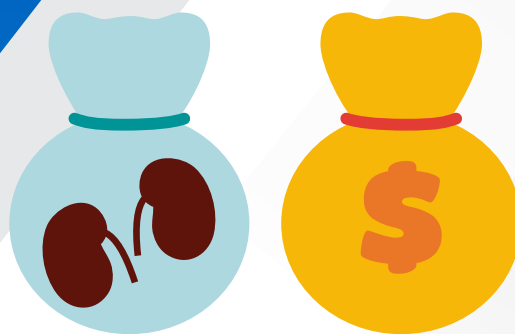


Panamá en contra de la **trata de personas**



Tráfico de órganos

**El desequilibrio significativo como
causa de modificación o anulación
de los contratos civiles**

Mgter. Abdiel A. Ábrego

Catedrático de Derecho Civil y Comercial,
Universidad de Panamá

Correo electrónico: abdielabrego@gmail.com

El desequilibrio significativo como causa de modificación o anulación de los contratos civiles

Recibido: Junio 2021

Aprobado: Julio 2021

Resumen

La contratación civil se fundamenta en la igualdad de las partes contratantes ante la ley. Pero de hecho esa igualdad no existe, lo que existe es el desequilibrio entre ellas. La tendencia moderna es evitar que ese desequilibrio produzca inequidades económicas, caso en el cual será considerado significativo y causa de anulación o modificación de las relaciones contractuales. La legislación actual ha regulado este tema en los llamados contratos de adhesión, pero nuestra aspiración es que esta regulación alcance todo tipo de contratación.

Abstract

Civil contracting is based on equality of the contracting parties before the law. But in fact this equality does not exist, so there is the imbalance between them. The modern trend is to prevent economic inequalities that imbalance occurs, in which case it will be considered significant and nullified or modification of the contractual relationship. Current legislation has regulated this issue in so-called contracts of adhesion, but our hope is that this regulation reach all types of contracts.

Palabras Claves

Contratos – adhesión- responsabilidad – equilibrio- ley del contrato – cláusulas abusivas

Keywords

Contracts - adhesion-liability - Damage - balance- contract law - Abusive clauses

Introducción

El derecho romano clásico fundamentó la contratación civil en la absoluta igualdad de los contratantes y el respeto a las estipulaciones de las partes. Recordemos que el derecho civil era la ley de la *civis*, la ciudad, para regular la convivencia de los ciudadanos. Y de hecho los ciudadanos romanos debían ser todos iguales ante la ley. Esta fue una presunción de derecho que no admitió hasta la actualidad ninguna discusión.

Pero de hecho la igualdad absoluta es ideal, no existe en la realidad. En la medida

en que las motivaciones personales o intereses económicos determinen una negociación la igualdad de las partes queda fuera del negocio, pero la norma y las presunciones siguen actuando como si esa igualdad existiera.

Similar situación tenemos con otras presunciones, como la Buena Fe de las partes, que debe presumirse a falta de prueba en contrario; como la presunción de culpa del contratante que incumple sin causa justificada aparente, y otras que veremos en el transcurso.

El mito de la igualdad va presentando

inconvenientes y rajaduras a medida que se desarrolla el derecho y las relaciones contractuales se vuelven más complejas. Desde hace mucho no existen ciudadanos iguales frente a extranjeros, libertos y esclavos, sino que los códigos civiles expresan la igualdad de todos frente a la ley civil, y es esta regulación la que causa lo que se ha denominado el desequilibrio contractual entre las partes, en donde la realidad indica que no hay igualdad, pero la ley ordena tratarlas como iguales.

En este breve análisis presentaremos los casos más relevantes de desigualdades contractuales y los remedios encontrados o sugeridos por la doctrina. Comoquiera que se trata de un análisis subjetivo solo invitamos a la reflexión sobre el tema.

Delimitación del concepto.

Entendemos por Desequilibrio Significativo la situación jurídica en la cual, dado un contrato válido y conforme con todos los requisitos y solemnidades, la aplicación literal de algunas de sus cláusulas, o del contrato como un todo, produce una carga obligatoria desigual e injusta para una de las partes, o la exime de ésta.

La noción de lo que es en esencia la figura del desequilibrio significativo ha asomado desde siempre en la doctrina y la legislación bajo la denominación de desequilibrio contractual, pero la utilización de esta expresión -equilibrio significativo- dentro de un contexto normativo data desde el 2013 cuando el Consejo de las comunidades Europeas -CEE- expidió su Directiva 93-13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la cual dispone que el equilibrio de la relación contractual debe ser medido en consideración a los derechos y obligaciones de las partes, y proveer a los jueces y autoridades administrativas medios eficaces para prevenir

y sancionar las contrataciones abusivas.

El Consejo de las Comunidades Europeas, CEE, en su directiva de 2013 utiliza la expresión “desequilibrio importante”, que ha sido llevada a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia como “desequilibrio significativo”.

Dice esta Directiva en su artículo 3:

Artículo 3.

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.
3. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que en una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. (CEE, Directiva 93-13, 2013)

A lo largo de este trabajo nos referiremos a la posición sugerida por la regulación de la comunidad europea, sobre todo en el contenido de los artículos supra citados.

El tratadista Rubén Stiglitz es uno de los hispanoamericanos pioneros en el tema de la contratación de adhesión y cláusulas abusivas, siendo su especialidad la contratación de seguros. Seguiremos algunos de sus

razonamientos.

El desequilibrio se manifiesta por la inclusión de cláusulas contractuales que favorecen a una de las partes o agravan las obligaciones y cargas de la otra. Esas cláusulas perturban la economía del contrato provocando un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes. (Stiglitz, 2012, p. 86)

El desequilibrio significativo de un contrato puede manifestarse mediante la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato o mediante los efectos del contrato como un todo. Podemos identificar como presumiblemente abusivas las cláusulas de un contrato cuyo efecto sea la exoneración, restricción o limitación de la responsabilidad de una parte por incumplimiento total o parcial del acuerdo, habiendo o no dolo o culpa.

La calificación de abusiva o no de una cláusula debe depender de un criterio normativo y no de un criterio económico. Sugiere Stiglitz (2012), que el desequilibrio será significativo cuando se da entre derechos y obligaciones y no precisamente entre bienes y servicios.

La liberación a cualquiera de las partes de responsabilidad civil por hechos de terceros también ha sido considerada como abusiva, no importa el contexto de contratación de que se trate, así como toda exoneración anticipada de responsabilidad por lesiones corporales o pérdida de la vida.

También han sido consideradas como abusivas las cláusulas que impiden o evitan que una de las partes pueda interponer acciones o excepciones judiciales relacionadas con la validez o ejecución de un contrato o algunas de sus cláusulas, así como las que obligan

a recurrir a soluciones procesales gravosas para los menos favorecidos económicamente. Vg. Constitución de tribunales arbitrales en contrataciones simples o relacionadas con personas de escasos recursos.

Se han mencionado como abusivas las cláusulas cuyo efecto sea la elusión de normas vigentes que favorezcan a la parte débil en la contratación.

En conjunto deberán considerarse, a nuestro juicio, abusivas las cláusulas impuestas, que exoneren, aunque sean por culpa leve, a personas que al momento de la contratación se encuentren prestando servicios o que de una forma u otra estén bajo mandato u órdenes, directos o indirectos, de la contraparte.

Parafraseando a Stiglitz (2012), debemos acotar que el desequilibrio contractual ha sido definido como el poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas.

La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. El poder desequilibrante es de naturaleza jurídica desde que encuentra su origen en el contrato mismo.

La absoluta igualdad de las partes contratantes es un concepto caro al derecho romano. El *ius civile* se asentaba sobre la absoluta igualdad de cada uno de los ciudadanos romanos, igualdad que era demostrada al momento de la emisión de la voluntad al contratar en igualdad de condiciones cualesquiera hubieren sido las

circunstancias.

Podemos aceptar como hecho cierto que hace tres mil años un ciudadano romano era igual a otros, pues no tenemos medio alguno para comprobar que no lo eran, y además tenemos toda la historia de la legislación civil que así parece confirmarlo.

Pero mantener ese concepto de igualdad de las partes en las relaciones contractuales civiles modernas carece de sentido, dado que la desigualdad personal de los sujetos de derecho es su común denominador, y no su semejanza. Igualdad ante la ley no debe confundirse, a mi juicio, entonces con igualdad de los sujetos de derecho.

Si aceptamos la existencia de la desigualdad personal de todas las partes en las relaciones contractuales entonces podemos abocarnos a una cabal comprensión del desequilibrio significativo. Y la desigualdad se da en la economía y el conocimiento. La parte que maneja mejor la información siempre tendrá una ventaja sobre la otra, aunque económicamente sean equivalentes.

La desigualdad existente entre las partes contratantes no siempre influye en la manifestación de voluntad, pues conlleva una gradación que va desde lo inane hasta lo claramente injusto. Y es por ello que llamamos significativo al punto en el cual el desequilibrio deja de ser normal y se convierte en abusivo.

De la onerosidad, concepto arcaico.

Necesario es, en este punto, traer a colación el concepto civil y comercial de *contrato oneroso conmutativo*, que es indispensable para aprehender los conceptos subsiguientes. Se consideran onerosos y conmutativos aquellos contratos en que ambas partes reciben contraprestaciones más o menos equivalentes

patrimonialmente. En otras palabras, habrá “una atribución patrimonial entendida como beneficio o ventaja como contrapartida del sacrificio que se procura a la otra parte a o un tercero” (Siglitz, 2012, p. 94.).

Aclara el jurista Rubén Siglitz que “Para que el contrato sea considerado oneroso se hace menester que las atribuciones patrimoniales se hallen en relación de causalidad, de suerte tal que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia” (2012, p. 102).

Esta definición aplica para una celebración de contratos negociada *inter pares*, en donde todas las partes posean la oportunidad de analizar y vetar o imponer la totalidad de las cláusulas de que se trate. En estos casos habrá un equilibrio entre los intereses económicos y jurídicos de los participantes en el negocio.

La premisa fundamental en los negocios civiles y comerciales es la de la igualdad de las partes contratantes seguida por el respeto a la autonomía de la voluntad. En respeto a esta absoluta igualdad de condiciones las partes pueden incluir en los contratos todas las cláusulas que a bien tengan sin más limitación que la ley, la moral y las buenas costumbres.

Pero la regla general es que no existe la paridad absoluta en las negociaciones. Siempre habrá algún factor que desequilibre la relación jurídica a favor de alguna de las partes. Tenemos entonces que la condición normal en la contratación sería el desequilibrio legal o económico. Pero es también cierto que en muchos casos ese desequilibrio, por inevitable, viene aceptado de antemano por los intervinientes en una contratación, y han tomado las previsiones para que no cause lesiones importantes a los respectivos intereses.

Por ejemplo: Un particular que desea realizar una inversión que a su juicio es ventajosa y decide vender su casa con urgencia. Los compradores que sepan de esa urgencia aprovecharán para realizar ofertas lo más bajas posibles. Existe desequilibrio en este caso pero es conocido y aceptado por las partes, y puede ser evitado por la parte débil en la contratación. Cuando a pesar del conocimiento del desequilibrio la parte más vulnerable carece de la opción de abstenerse de contratar, surge entonces la figura del desequilibrio significativo.

¿Adhesión como causa o como efecto?

Cuando existe en la relación contractual una parte con poder, jurídico o económico, suficiente para imponer unilateralmente todas las condiciones a la otra parte, que no puede negociar con absoluta libertad, y se ve empujada a aceptar condiciones desventajosas en la contratación, nos encontraremos entonces ante una situación de desequilibrio contractual.

En algunas ocasiones este desequilibrio se manifiesta en la suscripción de los llamados “contratos de adhesión” y en otras en la suscripción de contrataciones abusivas, ya en ciertas cláusulas, ya en la totalidad misma del contrato. Pero el contrato de adhesión no siempre es abusivo, así como el contrato “negociado” no siempre se negocia con libertad.

Según Stiglitz (2012), el desequilibrio se manifiesta por la inclusión de cláusulas contractuales que favorecen a una de las partes, sin contraprestación, o agravan las obligaciones y cargas de la otra, también sin contraprestación o equilibrio de condiciones. Añadimos nosotros que a veces la contratación como un todo puede exhibir o manifestar un

desequilibrio obvio.

Indica este autor que podrían ser causas de desequilibrio en los contratos la desigualdad de conocimientos, cuando la parte que redacta el contrato es la única que maneja toda la información que se incluye en el mismo, la celebración de contratos de adhesión, la mayoría de los cuales imponen la voluntad de la parte fuerte en la relación, y la inclusión de cláusulas abusivas, pues estas provocan un equilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Agregaríamos que en algunas ocasiones la aplicación literal de los términos de un contrato conlleva que sea éste en su totalidad un contrato abusivo, a pesar de que sus cláusulas vistas individualmente parezcan equilibradas. Sobre este punto deseo tomar como referencia los contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles utilizados en el mercado inmobiliario de la República de Panamá.

Una de las manifestaciones más visibles del desequilibrio son las cláusulas que limitan la responsabilidad de una de las partes por incumplimiento total o parcial del contrato.

Las cláusulas restrictivas (de exoneración o limitación) de la responsabilidad del deudor, desde la época de sus inicios modernos, esto es, desde la revolución industrial en Inglaterra y en especial desde los años de 1900, se han utilizado en la práctica contractual, en un inicio en el contrato de transporte de mercancías por vía marítima (Lefebvre A., *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939, *passim*.) para luego extenderse a los demás tipos de contratos, su uso se intensificaría con motivo del surgir de la contratación de masa, por medio de contratos estándar o

por adhesión. (Proyecto de Ley número 90 DE 2006 del Senado de la República de Colombia, Exposición de motivos.)

Dos aspectos deseo profundizar al respecto. Primero: no sólo en la contratación en masa se utilizan los contratos de adhesión. La adhesión guarda relación con la libertad de negociar y no sólo con la cantidad de contrataciones. Segundo: No sólo en los contratos de adhesión encontraremos cláusulas abusivas o desequilibrio significativo.

La presunción de buena fe contractual no es parte de la solución sino parte del problema.

Dada la ausencia de una regulación civil o comercial de aplicación general sobre los casos de desequilibrio significativo la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por utilizar la argumentación relativa a la buena fe contractual para buscar nivelar las condiciones de los contratantes.

Del estudio de las definiciones sobre el equilibrio significativo colegimos que la inclusión de cláusulas abusivas en las contrataciones siempre es intencional, luego es dolosa. Su objetivo es provocar el desequilibrio significativo a favor de la parte proponente ya sea aumentando derechos o disminuyendo los ajenos o disminuyendo las propias obligaciones sin el correlativo beneficio para la contraparte. Pero el que alega el dolo debe probarlo.

Consideramos prioritario introducir en la legislación civil una cláusula de inversión del *onus probandi*, de forma tal que, ante la calificación de abusiva de una cláusula, quede el proponente obligado a probar que no hubo mala fe en la contratación.

Castronovo (2001), “De tal forma, el criterio del equilibrio del contrato entraría a

ser una manifestación del criterio de la buena fe, y este último parte del orden público en protección de la actividad económica y la vida en armonía “(p. 301).

De ahí que se sostenga con acierto que las partes deben cumplir con un deber de moderación encaminado a la proporcionalidad, que se acompaña al deber de lealtad, el cual está relacionado con el deber de coherencia para evitar el detrimento de una de las partes, con la buena fe y la obligación esencial del contrato, para aparecer como un deber que protegerá de los abusos. Las partes también deberán cumplir con el deber de cooperación, como una manifestación de la ética contractual que es expresión del solidarismo contractual a fin de evitar desequilibrios. (Mazeaud D., 2003, pp. 295, 296 y 310 a 316).

Aquí tropezamos con el escollo de que la buena fe se presume a favor de ambos, por lo tanto, debemos probar la existencia de mala fe en la contratación por parte del contratante mejor situado en la relación contractual, lo que sabemos serán apreciaciones subjetivas. No es lícito presumir mala fe en una de las partes por el mero hecho de que la otra se encuentre en inferioridad de condiciones ante el negocio.

Algunos ejemplos de la interposición de la buena fe en la anulación de negocios inequitativos lo encontramos en los siguientes ejemplos:

Principios de Derecho Europeo de los Contratos, PDEC, artículo 8:109

Artículo 8:109. Cláusula de exclusión o de limitación de las protecciones.

“Las protecciones por incumplimiento pueden

ser excluidas o limitadas salvo que hacer valer tales exclusiones o limitaciones resulte contrario a la buena fe y a la lealtad”.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos, PDEC, artículo 4º: 118.

Artículo 4º: 118. Exclusión o limitación de las protecciones.

1. Las protecciones para el dolo, la violencia y el injusto provecho o las ventajas inequitativas, así como el derecho a anular una cláusula abusiva que no haya sido objeto de negociación individual, no pueden ser excluidas ni limitadas.
2. La protección concerniente al error y las informaciones inexactas pueden ser excluidas o limitadas, salvo que la exclusión o limitación esté en contraste con la buena fe y la lealtad.

Como podemos apreciar se debe receptar la cláusula si existe buena fe. Pero como hemos dicho la buena fe se presume, por lo cual se traslada a la parte débil de la contratación probar que hubo mala fe de parte del contratante mejor situado, lo cual es un doble daño que se le infiere.

Debemos incluir en este discurrir el axioma de la Ley del Contrato: las autoridades no podrán modificar las cláusulas de un contrato válido. Solo podrán anularlas si son contrarias a la ley, la moral o las buenas costumbres. En los casos de desequilibrio significativo no tenemos una motivación exactamente aplicable a esos supuestos.

Algunas exclusiones que no lo son.

Seguiremos a Stiglitz (2012), en los siguientes razonamientos para brindar las acotaciones pertinentes:

Según este autor, no revisten carácter de abusivas las cláusulas que importen:

a) “Ventajas y sacrificios análogos, como lo constituye que ambas partes se reserven el derecho de rescindir el contrato unilateral e incausadamente, pues la relación de equivalencia se halla preservada”; (Stiglitz, 2012. p. 25)

A pesar de que a priori parezca la facultad para ambos de rescindir unilateralmente los contratos una cláusula equivalente, a mi juicio no lo es, puesto que la parte más débil económicamente tendrá interés en la ejecución del contrato y la parte dominante puede no tenerlo. Vg. Las empresas promotoras de bienes raíces venden propiedades a precios atractivos en lo que denominan preventas, o ventas por maqueta, antes de la construcción de los inmuebles. Los interesados comprarán a esos precios y esperarán la entrega que tardara de dos a cinco años. Cuando las edificaciones estén por terminarse su precio ha subido casi al doble. Los promotores sin dudarlo procederían a rescindir “incausadamente” los contratos de los primeros compradores para vender a mucho mejor precio.

A mi modesto modo de ver toda cláusula que permita rescindir un contrato “incausadamente” debe ser sospechosa de abusiva. Las acciones sin causa en principio deben considerarse contrarias a derecho.

b) Desequilibrio no significativo. El equilibrio contractual no importa una simetría a raja tabla entre ventajas y sacrificios. El desequilibrio que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que importe una desproporción manifiesta. (Stiglitz, 2012, p. 25)

La asimetría en las prestaciones será normal en las relaciones económicas, pues

esto es parte del rejuego de la oferta y la aceptación en los negocios. Pero lo medular es poder establecer si –no importa su tamaño– sin el desequilibrio se habría realizado o no la contratación, y de ser así, si ese desequilibrio conlleva algún tipo de perjuicios o cargas que hagan más gravoso el contrato.

c) Haber sido negociadas individualmente. Ello acontece cuando el asegurado/adherente le ha sido posible influir en el contenido de la cláusula. (Stiglitz, 2012, p. 25)

El hecho de haber negociado o no una cláusula no es lo que le va a dar el carácter de abusiva, si no su contenido intrínseco. Porque lo abusivo no reside en la calidad de adhesivo o no de un contrato, sino en los efectos que puede causar o ha causado.

La diferencia entre el contratante fuerte y el contratante débil no desaparece por el hecho de que se le permita a este último negociar individualmente una o más cláusulas. En realidad, reitero, el desequilibrio significativo no se manifiesta sólo en los negocios adhesivos, sino en cualquier tipo de contratos. Podemos encontrarlo hasta en los tratados internacionales.

Consecuencias en Panamá de las cláusulas abusivas.

En Panamá no ha existido manejo del concepto de desequilibrio significativo en la contratación en general y solamente se maneja la figura de las cláusulas abusivas en relación con los contratos comerciales de adhesión. Así, en la Ley 45 de 2007, sobre protección al consumidor, los artículos 74 y 75 se refieren a la Nulidad absoluta y Nulidad Relativa de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, respectivamente.

Así, el artículo 74 de la Ley 45 de

2007, sobre protección al consumidor, es del siguiente tenor:

Artículo 74. Nulidad Absoluta de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión que:

1. Restrinjan los derechos del adherente o consumidor, aunque tal circunstancia no se desprenda claramente del texto.
2. Limiten o extingan la obligación a cargo del otorgante o proveedor.
3. Favorezcan excesiva o desproporcionadamente la posición contractual de la parte otorgante o proveedor, e importen renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor.
4. Exoneren o limiten la responsabilidad del otorgante o proveedor por daños corporales, incumplimiento o mora.
5. Faculten al otorgante o proveedor para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente o consumidor, nacido del contrato, excepto cuando la rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada a incumplimiento imputable al consumidor.
6. Obliguen al adherente o consumidor a la renuncia anticipada de cualquier derecho fundado en el contrato.
7. Impliquen renuncia del adherente o consumidor de las acciones procesales, los términos y las notificaciones personales, establecidos en el código Judicial o en leyes especiales,

8. Sean ilegibles.
9. Estén redactadas en idioma distinto del español.

Por su parte el artículo 75 de la Ley 45 de 2007 preceptúa lo siguiente:

Artículo 75. Nulidad relativa de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Son abusivas y relativamente nulas las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

1. Confieran al otorgante o proveedor, para la aceptación o el rechazo de una propuesta o la ejecución de una prestación, plazos desproporcionados o poco precisos.
2. Confieran al otorgante o proveedor un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para la ejecución de la prestación a su cargo.
3. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, con relación a los daños por resarcir a cargo del adherente o consumidor.

En mi opinión la Ley no debió limitar esta norma a los contratos de adhesión. La desigualdad no es producto del contrato en sí mismo sino de la característica intrínseca de las partes negociantes. En cualquier tipo de contrato podría darse un desequilibrio significativo entre las partes y podrían introducirse cláusulas abusivas. Ya sea una compraventa, un arrendamiento, un contrato de transporte de carga o pasajeros.

Por ejemplo: el transportista que aprovechando una coyuntura que le da una ventaja momentánea –ser el único transporte disponible- y duplica o triplica abusivamente los precios de pasajes o fletes. El proveedor que

ante un daño grave en una industria y es el único que posee el reemplazo de las maquinarias a corto plazo, y así sucesivamente.

Como ejemplo para justificar esta preocupación, volvamos a la exposición de motivos del Proyecto 90 de 2006 sobre protección al consumidor del Senado de la República de Colombia:

Las cláusulas sobre la responsabilidad pueden ser establecidas además de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, en contratos celebrados entre profesionales, pudiendo ser impuestas al otro, pues también es posible que entre profesionales de una actividad en contratos que no son de consumo, una de las partes sea desde el ámbito económico más fuerte que la otra, dando lugar a desequilibrios irracionales o significativos entre las obligaciones y deberes de las partes, como sería cuando un empresario fuerte impone a otro empresario menos fuerte cláusulas restrictivas de responsabilidad a condición de mantenerle una determinada exclusividad en un contrato o servicio. (Proyecto 90, p. 3)

Agregaríamos que en algunas ocasiones la aplicación literal de los términos de un contrato conlleva que sea éste en su totalidad un contrato abusivo, a pesar de que sus cláusulas vistas individualmente parezcan equilibradas.

La pregunta obligada es: ¿en los contratos que no son de adhesión habrá posibilidad de anular las cláusulas abusivas? ¿O tal vez de anular el contrato mismo?

¿El desequilibrio significativo genera posibilidades de rescisión o modificación de los contratos?

La regulación nacional vigente sobre

cláusulas abusivas, inserta en la ley sobre protección al consumidor, habla de nulidad absoluta y nulidad relativa de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. No extiende dicha nulidad a todo el contrato. Los artículos 1141 y 1142 del código civil panameño indican, *numerus clausus*, cuándo los contratos son nulos o anulables. Pero la calificación de abusivas o no solo cabrá en las cláusulas de los contratos de adhesión, según la ley de protección al consumidor.

En primer lugar, vayamos al Código Civil (1916). Este en su artículo 1107 expresa claramente que “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, el 1139 señala “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad” y el conocido artículo 13 dispone: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes...”

Infiero de las normas citadas que para afirmar que en caso de demandarse o solicitarse la anulación de cláusulas de un contrato en donde no se prevea la anulación de éstas por abusivas, si se prueba la existencia del desequilibrio significativo, se deberá recurrir por analogía legal a los artículos 74 y 75 de la ley 45 de 2007, aunque el contrato no sea de adhesión y aunque el contrato no sea comercial.

Tal interpretación, en ningún caso podrá beneficiar a la empresa o persona que haya elaborado, o dispuesto los términos del contrato, pues no le es lícito beneficiarse de la oscuridad que ha causado.

Cuando un contrato, sea civil o comercial, no sea de adhesión, no se podrá solicitar,

en principio, su modificación al poder judicial, pero si su anulación por las causas preestablecidas por la ley.

Stiglitz, (2012), nos refiere lo siguiente:

Es necesario no olvidar que el principio aplicable en el Derecho de los Contratos es el de la libertad y el de la fuerza obligatoria de las convenciones y que la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato concluido constituye una injerencia del juez en las relaciones contractuales, por tanto una excepción con relación al principio vinculante, el que establece que los contratos tienen fuerza de ley. (p. 20)

El principio de Ley del contrato no debería extenderse a extremos que permitan que la contratación civil o comercial sea utilizada como instrumento para la comisión de despojos patrimoniales.

El desequilibrio significativo en el derecho comparado

Código europeo de contratos

El Código Europeo de Contratos, CEC, reglamentó las cláusulas abusivas dentro de los artículos 106 y 30 (Academie des privatistes europeens, Code European des Contrats, coordinado por G. Gandolfi, avant – projet, 2002, livre 1, pp. 818 y 855.):

Código Europeo de Contratos, CEC, artículo 106.

Artículo 106. Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad.

1. Todo acuerdo que excluya o limite previamente la responsabilidad del deudor por dolo o falta grave es nulo.

2. El acuerdo por el cual se convenga que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o retrasar la prestación debida, carece de eficacia en cuanto a las excepciones de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato. Sin embargo, incluso en los casos en que el acuerdo sea eficaz, el juez, si aprecia la concurrencia de circunstancias graves, podrá suspender la condena, imponiendo, si hay lugar, una caución.
3. A reserva de lo previsto en el artículo 30 sobre cláusulas abusivas, el acuerdo que excluya o limite la responsabilidad del deudor por falta leve carece de eficacia si el acreedor lo ha concluido mientras aquel estaba a su servicio, o si la responsabilidad se origina en el curso de una actividad profesional o empresarial ejercida en régimen de monopolio por una autorización administrativa.
4. Teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación y la cualidad de las partes, estas pueden concluir válidamente acuerdos por los que convengan márgenes de tolerancia en el cumplimiento o una franquicia en cuanto a la indemnización del daño, conforme a los usos y a la buena fe.
5. Las partes pueden concluir válidamente acuerdos estableciendo presunciones simples de caso fortuito para sucesos que, por su índole, se consideran normalmente caso fortuito”.

Código Europeo de Contratos, CEC, artículo 30.

Artículo 30. Contenido lícito y no abusivo.

1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones de este código, a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

2. El contenido del contrato es ilícito cuando con él se pretende eludir la aplicación de una norma imperativa.
(...)
3. En las condiciones generales de contrato reguladas en el artículo 33 carecen de efectos a menos que sean expresamente ratificadas por escrito, las cláusulas que establezcan a favor de las predisponentes limitaciones de la responsabilidad, (...) limitaciones a la facultad de oponer excepciones, (...) derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los tribunales.
4. En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor incluso si el profesional obra de buena fe.

Italia.

Ya desde 1942 el Código Civil italiano incluía la figura del desequilibrio contractual, aunque un tanto atenuadas en cuanto a su alcance y consecuencias.

Artículo 1229 Códice Civile italiano:

1229. Cláusulas de exoneración de responsabilidad. Es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave.

Es nulo además cualquier pacto preventivo de exoneración o limitación de responsabilidad para los casos en los cuales el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de

obligaciones que derivan de normas de orden público.

Artículo 1341 Codice Civile italiano:

1341. Condiciones generales de contrato. “(...) no tendrán efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, (...)”.

Artículo 1469 quinquies. Codice Civile Italiano:

Artículo 1469 “quinquies. Ineficacia. Las cláusulas consideradas abusivas en el sentido de los artículos 1469 bis y 1469 ter. Son ineficaces las cláusulas que no obstante ser negociadas tengan por objeto o por efecto:

“1. Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, que resulte de un hecho u omisión del profesional; (...)

“La ineficacia opera solo en ventaja del consumidor” (...)

Alemania.

Basta mencionar el BGB alemán con la reforma a dicho estatuto en el año 2002, cuya finalidad no es otra que adaptar su legislación interna a las directrices comunitarias, en donde se mantiene la tendencia italiana de reconocer la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pero sin que con ellas se pretenda restringir la responsabilidad del deudor por culpa grave o dolo.

Del mismo modo, también se establece que tales cláusulas serán válidas cuando el

deudor pretenda restringir la responsabilidad que a él corresponde por culpa o el hecho de sus auxiliares, pero en la medida que ellas serían válidas para sus hechos propios.

Además, se establece en las condiciones generales del contrato que serán nulas cuando recaen sobre daños a la persona (§ 276, § 278 y § 309 BGB), además del sometimiento general del actuar contractual al principio general de la buena fe (§ 242 BGB).

§ 276 BGB.

§ 276 Responsabilidad del deudor.

(...)

“3. el deudor no puede ser de manera previa exonerado de la responsabilidad por dolo”.

§ 278 BGB.

§ 278. Responsabilidad del deudor por obra de terceros.

(...)

“El deudor debe responder por la conducta dolosa o culposa cometida por su representante legal o por las personas de las cuales se vale para cumplir sus propias obligaciones en la medida en la que responde de su propia conducta dolosa o culposa” (...).

§ 309 BGB.

§ 309. Cláusulas prohibidas sin posibilidad de una valoración discrecional.

(...) “Son ineficaces, si son introducidas en las condiciones generales de contrato (...)

“7. Exoneraciones de la responsabilidad por lesiones causadas a la vida, al cuerpo y a la salud y por incumplimiento debido a culpa grave” (...)

Francia.

El derecho francés, por su parte, no obstante reconocer por la jurisprudencia y la doctrina la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, de acuerdo con la aplicación de varias normas del code civil, en tema de contratos con el consumidor, el Code de la Consommation ha establecido en el artículo L. 132-1 que las cláusulas contractuales que determinen un desequilibrio significativo entre las obligaciones y deberes de las partes en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores serán abusivas, y de ser abusivas, ellas deben ser decretadas nulas. Esta disposición se establece como de orden público y hace referencia a un anexo en el cual se considera que las cláusulas restrictivas de responsabilidad por daños a la persona del consumidor, por un acto u omisión del profesional que resulten establecidas en este tipo de contratos, podrán catalogarse de abusivas. (Exposición de Motivos, Proyecto de ley número 90 de 2006 Senado, 2006)

España.

En España el tema del desequilibrio contractual se haya regulado por el Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de defensa del consumidor. En el artículo 82 de ese Decreto se lee:

Artículo 8: “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causa, en

perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...”

Portugal.

La Ley 24/96 de 31 de julio de 1996, de defensa del consumidor, es el cuerpo normativo que regula la materia in examine en el territorio lusitano. En el artículo 1469 establece lo siguiente:

Artículo 1469: “... con vista en la prevención de los abusos resultantes de los contratos preelaborados, el productor de bienes o el prestador de servicios está obligado a no incluir cláusulas en los contratos singulares que originen un desequilibrio significativo en detrimento del consumidor”.

Bélgica.

El derecho belga también trata la materia dentro del derecho de protección a los consumidores en la Ley 14 de julio de 1991, según fue subrogada por la ley del 7 de diciembre de 1998, que establece en su artículo 31,

Artículo 31: “... se debe entender por cláusulas abusivas, toda cláusula o condición que, ella sola o combinada con otras cláusulas o condiciones, cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes”.

Conclusión y recomendaciones

A diferencia del derecho social en donde abundan los mecanismos de protección a los contratantes menos favorecidos, en la contratación civil -en aras de la libertad contractual- existe un interés prioritario en la protección al contrato mismo. Por ello la modificación de los contratos está vedada en principio al juez, a quien sólo se le permite determinar la validez o no de los contratos por las causas que la ley señala, no encontrándose entre ellas el desequilibrio significativo.

Una vez determinada la validez de un contrato sólo se permite al poder judicial interpretarlo conforme a las reglas de

hermenéutica contractual contenidas en el Código Civil, artículos 1132 a 1140. Pero entre estas reglas de hermenéutica no se encuentra la facultad del juez o las partes de verificar la existencia de cláusulas “abusivas”.

Nuestra recomendación es la inclusión de una disposición que permita al órgano judicial la calificación de abusiva o no de las cláusulas de un contrato, de cualquier índole, no solo en la esfera de protección consumidor y no solo en los contratos de adhesión, adicionando el Capítulo IV, del Título II del Libro Cuarto del Código Civil, y que le permita la modificación, anulación parcial o la rescisión del contrato.

Referencias Bibliográficas

- Bürgerliches Gesetzbuch -BGB- Código Civil de Alemania, 2001, Bundesgesetzblatt
- Code de la Consommation, Republique de France, 2021, (<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069565/>)
- Codice Civile italiano, Regio decreto de 16 marzo 1942-XX, n. 262, 2020.
- Código Civil de la República de Panamá, Ley N° 2 de 22 de agosto de 1916, G.O. 2404 de 22 de agosto de 1916, (Panamá) 2017,
- Código Europeo de Contratos, CEC (proyecto del grupo de Pisa 2017), (https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429015669_codi goeuropeodecontratosdelaacademiadep avia.pdf)
- Código Europeo de Contratos, CEC (proyecto del grupo de Pisa 2017), (https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429015669_codi goeuropeodecontratosdelaacademiadep avia.pdf)
- Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre de 2007, Reino de España, Ley General para la Defensa de los Consumidores, (<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>)
- Directiva 93-13, Consejo de las Comunidades Europeas -CEE-, 2013. (Bruselas) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=celex:31993L0013>)
- Proyecto de Ley número 90 de 2006 del Senado de la República de Colombia, por el cual se adiciona al Código Civil Colombiano el artículo 1604 bis, referido al régimen general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, 2006, (<https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/Novitas113/FileNovitas113/P190-2006S.htm>)
- Ley 14 de julio de 1991, Reino de Bélgica, sobre prácticas comerciales. 1991, (<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:140:0015:0015:ES:PDF>)

Lei 24/96 de 31 de julio de 1996, República Portuguesa, régimen legal de la defensa de los consumidores, Diario de la República 176/1996.

Ley 45 de 31 de octubre de 2007, de la República de Panamá, sobre protección al consumidor, G: O: 45914 de 7/11/2007.

Canaris C, 2003, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova.

Castronovo, C., 2001, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I y II, Milano

MAzeaud Deans., 2003, *Ruptures et permanence dans le droit des contrats*, en RDC,

Rawach E., 1999, *Observations sur la notion de clauses exonératoires de responsabilité selon les principes Unidroit*, en D Aff, ,

Rossi, Jorge Oscar, 2009, *Responsabilidad Civil & Daños*, Ed.D&D.

Stiglitz, Rubén, 2012, *El desequilibrio contractual*. Una visión comparatista, RIS.

Vargas, C. 2001, *Aspectos controvertidos de la responsabilidad contractual*, Vniversitas,

Viney, G.- Jourdain P., 2001, *Les effets de la responsabilité*,
<http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>.
<http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php>

Mgter. Abdiel A. Ábrego

Estudios:

- Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá.
- Maestría en Derecho Privado con énfasis en D. Civil y D. Comercial, Columbus University.
- Doctorado en Derecho Civil, Andragogy American University.
- Postgrado en Docencia Universitaria con especialización en Andragogía, UNIEDPA.

Experiencia:

- Cargos Públicos de Asesor: Asamblea Nacional, Ministerio de Agricultura, Tribunal Electoral.
- Sub director General de la Corporación Azucarera la Victoria.
- Catedrático Titular de Derecho Civil de la Fac. de Derecho, U. de Panamá.
- Director del Centro de Investigación Jurídica.

Publicaciones:

Cinco libros, veinticinco artículos.