

En cumplimiento de nuestras atribuciones Constitucionales y legales y en especial como Consejeros jurídicos de los servidores públicos administrativos, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota s/n, calendada 7 de abril de 1998, recibida el día 13 de abril del presente año, a través de la cual solicita nuestra opinión sobre los siguientes interrogantes.

"1.¿Si es legal o no, que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor resuelva o declare nulo Contratos de Adhesión que presente cláusulas abusivas de nulidad absoluta?(art. 62 Ley 29 de 1 de febrero de 1996.)

2. ¿Si es legal o no que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor declare relativamente nulas las cláusulas generales de los Contratos de Adhesión?(art.63 Ley 29 de 1 de febrero de 1996.)

3.¿Se puede considerar como publicidad engañosa, si un Contrato de Adhesión o por los Medios de Comunicación Social, una empresa ofrezca un servicio o venta de mueble e inmueble y luego no cumple lo anunciado, tiene la facultad la Comisión para anular este contrato?(art. 32 de 1 de febrero de 1996)

4.¿Debe obligatoriamente devolver el total de las sumas pagadas al consumidor la empresa que incurrió en esta anomalía? (art. 49 de 1 de febrero de 1996)"

No obstante lo anterior, dada la importancia de su consulta, procederemos a resolver sus interesantes preguntas, previa definición de algunos conceptos como: contrato de adhesión, cláusula abusiva, publicidad engañosa, para analizar posteriormente las atribuciones o no que tiene la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor para resolver o declarar la nulidad de éstos contratos.

Sobre el particular, queremos indicar, que no es dable a esta Procuraduría de la Administración declarar la legalidad o ilegalidad de actos administrativos que ejecute la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, ya que esta facultad recae única y exclusivamente en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

I. CONCEPTO

A.CONTRATO DE ADHESIÓN

Existen varias definiciones sobre el contrato de adhesión, pero en términos generales, algunos autores lo conceptualizan como un contrato "estándar", en el cual se limita la participación de las partes; pues la mecánica de estos contratos consiste en la creación de una serie de formularios preimpresos, y se establecen una serie de cláusulas, sin que pueda intervenir la parte en la discusión de las mismas.

En opinión del Jurista de Le Pera, en sentido estricto, "contrato de adhesión, parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad respecto de la otra".

El maestro Messineo, define el contrato de adhesión, "como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas".

Federico de Castro y Bravo, ofrece su concepto sobre condiciones generales: "basta a nuestro objeto decir que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar". (De le Pera, Messineo, Federico de Castro y Bravo, Cit. por Arrubia Paucar, Jaime A. Contratos Mercantiles Tomo I, 2a.ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1992 pág.72)

B. CLÁUSULAS ABUSIVAS

El autor Arrubla Paucar, explica que para establecer el alcance y la fuerza obligatoria de los contratos de adhesión, es necesario determinar qué debe entenderse por Cláusula Abusiva; y señala que existen distintos tipos de cláusulas abusivas; las que limitan o excluyen la responsabilidad por culpa en caso de daño o pérdida de las mercancías; las que limitan o excluyen la responsabilidad por violación del contrato, permiten modificar la ejecución en relación con lo que razonablemente se podía esperar, o que se reservan el derecho de eximirse de la ejecución total o parcial de la obligación.

Manifiesta este autor, que la Cláusula Abusiva, no significa necesariamente que sea lícita pero puede serlo. Desde el punto de vista formal algunas estipulaciones pueden aparecer completamente ilícitas, pero serían abusivas en cuanto al fin que persigue el predisponente que es asegurar su posición dominante en el contrato.

Es imprescindible señalar que la Cláusula Abusiva no reporta ventaja económica necesariamente a favor del predisponente, basta que se produzca una ventaja de cualquier naturaleza a favor del mismo para que estemos frente de estas cláusulas que podría provocar una situación de inferioridad o desventaja del adherente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones o reclamos de sus derechos. (Cfr.ARRUBIA PAUCAR, Jaime, págs.89 y 90.)

C. PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

Definitivamente este tema es sumamente delicado, ya que los efectos que puedan implicar, son serios y pueden ser perjudiciales a los consumidores que esperan de un anuncio publicitario una información certera y valiosa sobre el producto que se pretende adquirir.

Para el autor Stiglitz, Gabriel A., la problemática publicitaria se sintetiza en una actitud persuasiva, ciertamente atentatoria contra las libertades humanas. De allí, la intervención de las directivas comunitarias en la materia, que consagran las disposiciones tuitivas del consumidor necesarias para el efectivo ejercicio de sus derechos.

El anuncio es considerado engañoso (y entonces antijurídico) cuando induce en error al consumidor sobre elementos esenciales del producto: su naturaleza, composición, propiedades, calidad, fecha de fabricación y vencimiento, etcétera. Aparece como una situación de aprovechamiento de la buena fe o inexperiencia del consumidor. Consiste en la falta de utilización de aserciones positivas y la ausencia de indicación sobre elementos esenciales, que generan efectos sugestivos, falsas convicciones, impresiones erróneas. En otras palabras crean expectativas que el

producto promocionado no puede ofrecer. Es una conducta reprochable la del empresario al no informar con precisión la finalidad del producto o lo que esté promocionando. (Cfr.STIGLITZ, Gabriel A. Protección Jurídica del Consumidor 2a. de. Edit. Depalma, Argentina. 1990 pás.16, 17 y 18)

II. ATRIBUCIONES DE LA CLICAC

La Ley 29 del 1 de febrero de 1996 "Por el cual se crean normas para la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas" establece en su artículo 103, las funciones de la Comisión. La Comisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- "1. Determinar sus políticas generales y velar por su ejecución;
2. Crear, en cualquier parte del territorio nacional, las unidades administrativas que requiera su funcionamiento, incluyendo oficinas provinciales, y señalarles sus funciones;
3. Aprobar el presupuesto general de gastos que presente el director general y someterlo a la consideración del Órgano Ejecutivo;
4. Expedir su reglamento interno;
5. Aprobar el programa de publicidad y de educación al consumidor que presente el director general;
6. Autorizar la celebración de contratos y la realización de gastos, que excedan de veinticinco mil balboas (B/. 25,000.00);
7. Elegir anulamente, de su seno, un presidente y un secretario;
8. Investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos o conductas prohibidos por esta Ley;
9. Establecer los mecanismos de coordinación, para la protección al consumidor y para la prevención de las prácticas restrictivas de la competencia y las de comercio desleal, así como las sanciones administrativas de su competencia;
10. Emitir opiniones sobre las leyes, reglamentos, actos administrativos y proyectos, que se relacionen con las materias objeto de esta Ley;
11. Recabar documentos, tomar testimonios y obtener otros elementos probatorios de instituciones, públicas o privadas, y de personas naturales, dentro de los límites de su competencia;
12. Conocer de las consultas que sometan a su consideración los agentes económicos y los consumidores;
13. Realizar estudios sobre el comportamiento del mercado, para detectar distorsiones en el sistema de economía del mercado que afecten a los consumidores, y propiciar la eliminación de tales prácticas, sea mediante su divulgación o mediante la recomendación de medidas legislativas o administrativas encaminadas a su corrección;
14. Llevar a cabo campañas educativas dirigidas al consumidor, las cuales podrá coordinar con las asociaciones de consumidores, las organizaciones empresariales, los clubes cívicos y los gremios profesionales;
15. Supervisar la actuación de los agentes vendedores comisionistas ambulantes, y sancionarlos por el incumplimiento de las disposiciones legales vigentes, así como establecer la responsabilidad de los establecimientos comerciales por las actuaciones de dichos agentes;
16. Coordinar con el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Comercio e Industrias, acciones para que las normas técnicas se apliquen a todos los productos y servicios ofrecidos a los consumidores;
17. Fomentar el cumplimiento de las normas sobre garantías y publicidad;

18. Conocer de las quejas que presenten los consumidores, en forma individual o colectiva, en relación con las garantías sobre funcionamiento, reparación, reemplazo del bien o devolución de sumas pagadas por el consumidor, cuando dicho bien no funcione adecuadamente durante el período de garantía, por defecto del producto o causa imputable al fabricante, importador, proveedor, siempre que el bien tenga un valor de hasta quinientos balboas (B/.500.00).

Las decisiones de la Comisión, en los casos señalados en este numeral, serán de obligatorio cumplimiento, y la Comisión, previa reglamentación al efecto, deberá garantizar el derecho de apelación en caso necesario.

En los casos de un bien cuyo valor exceda de quinientos balboas (B/.500.00), el consumidor podrá, indistintamente, utilizar el proceso de conciliación a que se refiere el capítulo II del título VII, o hacer uso del proceso jurisdiccional prescrito en el título VII, de esta Ley;

19. Fomentar, reglamentar y supervisar las asociaciones de consumidores organizadas;

20. Denunciar, ante las autoridades sanitarias competentes, la venta o distribución de artículos que representen un riesgo o peligro para la salud;

21. Conocer de los procedimientos administrativos señalados en esta Ley;

22. Supervisar el buen uso de las claves de descuento autorizadas por la Contraloría General de la República, la Caja de Seguro Social y las entidades autónomas del Estado. Se exceptúan de la aplicación de esta disposición los bancos, cooperativas y empresas financieras reguladas por la Ley 20 de 1986, siempre que no brinden el servicio de subclave de descuentos de los proveedores o de quienes, que no cumplan con los requisitos de esta Ley;

23. Las funciones discrecionales señaladas en el artículo 236 y cualquier otra que le atribuyan la Ley o los reglamentos que se dicten en su desarrollo.

En las comunidades indígenas y áreas apartadas, la Comisión tomará medidas especiales para facilitar el cumplimiento efectivo de las obligaciones del proveedor en beneficio de los consumidores."

Luego de conocer las atribuciones que le confiere la Ley a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, podemos extraer que en ninguna de las disposiciones precitadas, establece que la CLICAC, puede resolver o declarar nulo Contratos de Adhesión que presente cláusulas abusivas de nulidad absoluta, ya que el procedimiento a seguir por la CLICAC en este tipo de casos, es administrativo y no jurisdiccional; hacemos referencia específicamente al procedimiento de QUEJAS, regulado en el Decreto Ejecutivo N°.31 de 1997 "Por la cual se reglamentan los Artículos 103 y 112 de la Ley 29 de 1 de febrero de 1996, sobre la Defensa de la Competencia" en sus artículos 11 y 12, los cuales disponen:

"Artículo 11. Una vez la Comisión o a quien ella delegue conozca las quejas presentadas en contra de un proveedor, intentará conciliar a las partes, emitiendo boleta de citación para el proveedor, con indicación clara del lugar, fecha, hora y motivo de la diligencia, el cuál deberá ser notificada por lo menos con dos días de anticipación."

"Artículo 12. El proceso utilizado para la Conciliación será oral y sin formalidades. El conciliador informará a las partes lo que dispone la ley al respecto e intentará avenirlas, propiciando un arreglo amigable entre las partes. Acto seguido levantará un acta indicando si ha habido avenimiento o no. Si no lo hubiere dejará constancia de ello, a efecto de que el consumidor quiera recurrir a la vía jurisdiccional.

La Comisión o quién ella delegue, cuando lo estime conveniente ordenará un peritaje sobre la materia objeto de conflicto, a fin de determinar la verdad de los hechos. El peritaje será pagado por el consumidor y por el proveedor. El resultado que arroje el peritaje será acatado por la Comisión para decidir sobre el conflicto."

Como podemos observar, el procedimiento a seguir la CLICAC, como protectora de los intereses del consumidor, es administrativo, y no está facultada per se para anular contratos de adhesión por nulidad absoluta o relativa, ya que existe un principio de autonomía de la voluntad, en el cual las partes están de acuerdo con lo tasado en el Contrato y como tal, debe ser respetado. Ahora bien, si existiera detrimento en los derechos del consumidor, tocará a éste, ya sea en forma individual o colectiva presentar la demanda ante las autoridades jurisdiccionales para que se anule el Contrato, comprobado los hechos en que se fundamenta la demanda. En todo caso, la CLICAC, podrá solicitar la nulidad del contrato ante el Juez del ramo respectivo(comercio) o coadyuvar en la defensa de los intereses del consumidor en el proceso instaurado contra la empresa en vía jurisdiccional, corrobora esta afirmación el artículo 68 y 69 de la Ley 29 de 1996, cuyo texto es del siguiente tenor:

"Artículo 68. Legitimación. La Comisión y las asociaciones de consumidores organizadas están legitimadas procesalmente para iniciar como parte, o intervenir como coadyuvante, en defensa de los intereses legítimos de los consumidores, en el procedimiento de conciliación administrativa o en la vía jurisdiccional.

"Artículo 69. Acceso. Para hacer valer sus derechos, el consumidor podrá iniciar, individual o colectivamente, los procesos para reclamar la anulación de contratos de adhesión, el cumplimiento de garantías o el resarcimiento de daños y perjuicios, de conformidad con las disposiciones de este título, los cuales serán competencia del Órgano Judicial."

Lo antes dicho, nos lleva a concluir que la autoridad competente para declarar o resolver la nulidad del Contrato de Adhesión ya sea por nulidad absoluta (artículo 62 de la Ley 29.) o nulidad relativa (artículo 63), es el Órgano Judicial, a través de los Juzgados de Circuito ramo civil especializados para conocer exclusiva y privativamente, entre otras materias "las controversias que se susciten con motivo de la aplicación o interpretación de la presente Ley, en materia de monopolio, protección del consumidor y prácticas de comercio desleal" de acuerdo al Procedimiento Jurisdiccional que establece el artículo 141 y s.s. de la citada Ley 29 de 1996.

En cuanto a la tercera interrogante, el artículo 32 de la Ley 29, es prístino al indicar que toda información, publicidad u oferta al público, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, en relación con los bienes ofrecidos o servicios a prestar, vincula al proveedor que solicite, autorice o pague la difusión correspondiente. Dicha información formará parte del contrato de venta que se celebre entre el proveedor y el consumidor. Es decir, que la publicidad como tal, forma parte del Contrato y si una de las partes, en este caso el consumidor considera que la publicidad es engañosa, podrá demandar la nulidad del Contrato ante el Juzgado correspondiente de acuerdo con el artículo 69, y 141 de la Ley 29 de 1996.

En lo que se refiere a la última interrogante, el artículo 49, de la Ley 29 de 1996, es claro al indicar que "en todos los casos en que proceda la devolución de las sumas

pagadas por el consumidor, no aceptará notas de crédito el adquirente del bien o servicio, cuando el precio ha sido pagado en dinero o signos que lo representen." Si el contrato ha sido de venta al crédito, la devolución se compondrá de lo pagado en dinero y de una nota en que conste la anulación del saldo adeudado. En efecto, si el Banco, rechaza el préstamo hipotecario al cliente (prominente comprador), el prominente vendedor deberá devolver al prominente comprador el abono inicial, sin deducciones, si efectivamente éste fuera el caso, ello se desprende de las cláusulas contenidas en el Contrato que se adjunta a la Consulta y que dice:

"Quinta. EL PROMINENTE VENDEDOR declara que el abono inicial, consignado por el PROMINENTE COMPRADOR, le será devuelto a éste, sin deducciones, en caso que por cualquier razón el préstamo hipotecario sea rechazado por el Banco"