

 <b>Defensoría del Consumidor</b>	<b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b>	Fecha: 27/05/21 Hora: 09:07 Lugar: San Salvador.	Referencia: 250-20
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedor denunciado:			
<b>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</b>			
<p>Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el 02/09/2019 practicó inspección en el establecimiento denominado " ", ubicado en municipio y departamento de San Miguel, propiedad del proveedor</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada se levantó el acta correspondiente —fs. 3 y 4— en la cual se consignó mediante inspección, tres fotocopias de contratos, denominados como "Solicitud de servicios funerarios", siendo el detalle siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) A folio cinco del expediente, contrato correspondiente al consumidor con número cero cero cero uno siete cero, suscrito en fecha ocho de julio de dos mil diecinueve.</li><li>b) A folios seis del expediente, contrato correspondiente a la consumidora , con número cero cero cero uno siete tres suscrito en fecha quince de julio de dos mil diecinueve.</li><li>c) A folios siete del expediente, contrato correspondiente a , con número suscrito en fecha doce de julio de dos mil diecinueve.</li></ul> <p>Los contratos extendidos tienen la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, los que se caracterizan por establecer, de forma anticipada, condiciones generales de negociación, resultante de un consentimiento sin convención. Tales contratos, de conformidad con el artículo 22 de LPC, no deberán contener ninguna cláusula que pueda calificarse como abusiva.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que hoy se analiza, a través de inspección se solicitó contratos de prestación de servicios firmados por los consumidores y la documentación anexa a estos, a fin de verificar la información contenida. En razón de las circunstancias anteriores, aseguró que el denunciado ha infringido disposiciones establecidas en el artículo 17 letra i) de la LPC al establecer cláusulas abusivas en los contratos firmados por los consumidores.</p>			
<b>III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</b>			

***Infracción atribuida.***

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 18-20), al proveedor denunciado se le imputó la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 44 e) de la LPC, correspondiente a la conducta relacionada a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de prestación de servicios. Por lo anterior, este Tribunal desarrollará la configuración de la infracción y sus elementos.

***Sobre las cláusulas abusivas en los contratos.***

Conforme a lo establecido en el art. 44 letra e) de la LPC constituye infracción grave *“Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales”*.

Para analizar la configuración de dicha infracción es preciso tener en cuenta que el artículo 17 de la LPC indica: *“Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como: (...) i) Las cláusulas que supongan la imposición de una penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor. Para analizar la correspondencia entre el daño causado y la penalización, se tendrá en cuenta entre otros aspectos, el valor del contrato, su estado de ejecución, los costos demostrables incurridos por el proveedor y la naturaleza de las prestaciones de las partes”*; y en su parte final, la referida disposición señala que *“El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de la celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro de que este dependa (...)”*

El Derecho de Consumo nace, precisamente, para tutelar los derechos del consumidor, propiciando la equidad entre las partes, ante el desequilibrio en que se encuentra el consumidor en algunas relaciones comerciales, y es al amparo de los principios de este Derecho que el artículo 17 de la LPC proscribe *todas aquellas estipulaciones contractuales que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.*

Esa situación justifica de forma especial el control de las cláusulas de los contratos de adhesión, pues puede haber lugar a que existan ciertas estipulaciones que en términos legales implican para la parte contratante más débil de la relación jurídica, un sometimiento a las mismas sin que tenga la libertad real de controvertirlas o rechazarlas. En ese sentido, el artículo 978 del Código de Comercio – en adelante C.Com.- establece que cuando *los contratos estén redactados en formularios impresos o preparados por una de las partes, se interpretarán en caso de duda, en el sentido más favorable al otro contratante*; y, por la misma razón el artículo 976 del C.Com. dispone que *en los contratos de adhesión, las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aunque éstas no se hayan cancelado.*

En aplicación de la LPC, esta autoridad está facultada para someter las cláusulas contractuales, que sean cuestionadas ante esta instancia, a un análisis de proporcionalidad y equidad, a fin de determinar si alguna condición contractual constriñe indebidamente los derechos de los consumidores, incrementa desproporcionadamente sus obligaciones o crea, en general, situaciones innecesariamente desiguales entre las partes en cuanto a sus derechos y obligaciones, en menoscabo del consumidor.

Para realizar ese análisis e interpretar si una cláusula contenida en un contrato suscrito entre proveedor y consumidor tiene un carácter abusivo, debe también evaluarse las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, la naturaleza de los bienes o servicios contratados, la totalidad de las condiciones contractuales o extracontractuales relacionadas con la aplicación de dicha cláusula.

Además, cabe señalar que la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC, se configura por el solo hecho de incluir una cláusula abusiva en el contrato, razón por la cual, el carácter abusivo resulta de su propio texto, sin que sea necesaria su aplicación por parte del proveedor para efectos de que la infracción se materialice.

Aunado a lo antes expuesto, el Reglamento de la LPC contiene una clara regulación de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, en la cual establece una serie de obligaciones a los proveedores, a partir de la cual —en cualquier etapa del proceso de contratación— las cláusulas, condiciones o estipulaciones contenidas en contratos de adhesión, deben de cumplir con lo siguiente:

- **Artículo 22 —Requisitos de los contratos de adhesión—:** *Los contratos de adhesión y sus anexos deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Estar redactados en términos claros, expresando esencialmente la naturaleza del contrato celebrado, el objeto y finalidad del mismo, las especificaciones sobre el bien o servicio que se contrata, el plazo del contrato; el precio, tasas o tarifas; la facturación y forma de pago, la forma en que el consumidor puede hacer sus reclamos, los derechos y obligaciones de las partes y las formas de terminación (...).*
- **Artículo 27 —Especificaciones sobre la terminación contractual—:** *Las cláusulas relativas a la terminación del contrato, deberán contener las especificaciones siguientes: a) Las causales de terminación del contrato, debiendo incluir la posibilidad y condiciones de ejercicio de los derechos de renuncia, desistimiento, retracción y a darse de baja, en los casos en los que, de conformidad con la Ley y este Reglamento, el consumidor goce de los mismos (...).*

Jurisprudencialmente, la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia —en adelante SC—, en su resolución de las diez horas con veintisiete minutos del día 25/06/2009, en la Inconstitucionalidad bajo referencia 26-2008, ha sostenido que: "(...) En efecto, la autonomía de la

*voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y no reconociéndola más que dentro de ellos (...)*", el resaltado es nuestro.

Además, el artículo 101 inciso 2° de la Cn establece: *"El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores"*, disposición que fortalece la protección del interés de los consumidores, como una categoría jurídica de rango constitucional.

Por su parte, la SCA en la resolución de las quince horas nueve minutos del 13/06/2016, en el procedimiento bajo referencia 275-2010, sostuvo: *"Este principio —defensa de los intereses de los consumidores es desarrollado mediante normas de orden público que pretenden proteger a la parte —de la relación de consumo que se encuentra en desventaja, restableciendo el equilibrio contractual. Debe precisarse que no se trata de menoscabar al proveedor, sino de disolver en el mayor grado posible las condiciones que afectan la autonomía de la voluntad real del consumidor"*.

#### **IV. CONTESTACIÓN DEL PROVEEDOR DENUNCIADO**

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa del señor \_\_\_\_\_ en resolución de fs. 8-10, se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 24/11/2020 (fs. 11).

Al respecto, el día 01/12/2020 se recibió por este Tribunal, escrito firmado por el señor \_\_\_\_\_ actuando en calidad de propietario del establecimiento \_\_\_\_\_ en el que contesto la audiencia conferida, expuso los argumentos de defensa, señaló lugar, medios técnicos para recibir actos de comunicación en este procedimiento e incorporó documentación atendiendo el requerimiento de documentación financiera solicitada por este Tribunal, (fs. 20-22).

En relación a la infracción atribuida en este procedimiento administrativo sancionatorio, el proveedor denunciado, expresó, que con relación a lo señalado en el auto de inicio, considera que no existe una adecuación de los hechos constatados con la descripción del tipo imputado, indica que el literal i) del artículo 17 de la LPC, estipula como infracción la imposición de una penalización que no corresponda al daño causado por el incumplimiento del consumidor, considera que no corresponde a

lo determinado en la cláusula e) del contrato. Es decir, que dicha cláusula no regula una penalidad consistente en el pago de una cantidad de dinero como consecuencia del incumplimiento. Aduce, que se limita a condicionar la continuación de la prestación de los servicios del contrato, al pago efectivo de los montos adeudados. Considera que si el Tribunal Sancionador considera que la cláusula c) contraviene el artículo 17 de la LPC, se estaría violentando el principio de taxatividad como vertiente material del principio de legalidad. Finalmente, considera que en el Derecho Administrativo Sancionador el principio de taxatividad exige que la ley describa una conducta – acción u omisión –, de sus elementos esenciales o de forma genérica, pero que sea constatable por el aplicador de la ley.

Sobre lo anterior, este Tribunal hace la siguiente consideración, en resolución, la SCA de la Corte Suprema de Justicia de referencia 390-2016 de fecha 11/09//2019, en la que además sostuvo: *“De manera que, dentro del principio de legalidad y de su subprincipio de tipicidad, también resulta comprendida la aplicación de la sanción que específicamente corresponde a la infracción atribuida (...).”*

*En ese sentido, puede acotarse, que la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden y de si la sanción a imponer es la que resulta adecuada a la situación sancionable. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad. (...).”*

Bajo esta premisa, en el presente caso, los indicios contenidos en la denuncia interpuesta por la presidencia de la Defensoría del Consumidor se adecuan al tipo descrito en el artículo 44 letra e) de la LPC, en relación a lo dispuesto en el artículo 17 letra i) de la misma normativa, lo cual será analizado y valorado en los párrafos precedentes.

#### V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; a excepción de la prueba documental, la cual se realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad*

jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”. (Los resaltados son nuestros).

Dicho esto, el art. 106 inc. 6º de la LPA dispone: “Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario”.

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil determina el valor probatorio de los instrumentos, así: “**Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica**”. (Los resaltados son nuestros).

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad. El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.*

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 44 letra e) de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los contratos suscritos por el proveedor con los consumidores.

2. Constan en el expediente administrativo los siguientes medios de prueba:

a) Acta No 864 —fs. 3 y 4— de fecha 02/09/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de la inspección realizada en el establecimiento propiedad del proveedor denunciado, recibió tres contratos denominados, solicitud de servicios funerarios.

b) Fotocopia de los contratos de servicios funerarios a nombre de los consumidores

(fs. 5),

(fs. 6) y

(fs. 7)

relacionada con el acta No 864 —fs. 3 y 4—, con las que se comprueba la relación de consumo entre los consumidores y el proveedor. Asimismo, mediante los referidos contratos se acredita la incorporación de la cláusula, bajo la denominación: “CLÁUSULA C y D”:

i. *Relativa a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora.*

La referida cláusula c), se encuentra incluida en el contrato de servicios funerarios y establece

literalmente lo siguiente: “Se entenderá como contrato en MORA, cuando el contrato tenga 6 cuotas atrasadas ya sean alternas o consecutivas, y en este caso si necesita el servicio será EXIGIBLE LA CANCELACIÓN DE LA DEUDA PARA PODER ENTREGAR EL SERVICIO, SEA EL CONTRATANTE U OTRA PERSONA EL FALLECIDO”. Letra d) Si el contrato estuviese en Mora, pierde VALIDEZ por lo tanto se dará por ANULADO y no habrá devolución de dinero por parte de la Empresa”.

## VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

1. Este Tribunal estima conveniente realizar ciertas delimitaciones conceptuales en lo que al tema de cláusulas abusivas en contratos concierne, y cuáles son las circunstancias propias que configuran el cometimiento de la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC.

En primer lugar, esta autoridad hace las siguientes consideraciones:

A. La contratación debe ser libre, es decir, es el resultado de una decisión personal de los contratantes, entendido como el derecho a determinar el contenido del contrato: la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes.

La *libertad contractual o libertad de configuración interna*—según la doctrina, una de las dos manifestaciones más importantes en el Sistema de Contratación Civil de la autonomía de la voluntad— es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás.<sup>1</sup>

Tal derecho se encuentra regulado en el artículo 23 de la Constitución de la República —en adelante Cn—, el cual establece: “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinara los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.

Vinculado al mismo, se encuentra uno de los principios fundamentales del derecho contractual moderno, el *principio de la autonomía de la voluntad* el cual consiste en la posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo —aún no reglamentadas expresamente por la ley— cuyos efectos se extienden hasta la libertad que éstos tienen para la determinación del contenido de los contratos, es decir, la libertad para el establecimiento de las obligaciones que de él derivan.

<sup>1</sup> Hernández Fraga, Katuska y Guerra Cosme, Danay (2012) EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL CIVIL. SUS LÍMITES Y LIMITACIONES. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6. Pág. 31.

La doctrina sostiene que éste se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas, es decir, *a través de actos o negocios jurídicos*, el cual no solo se concreta en crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que *también posibilita determinar el contenido de la misma*, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.<sup>2</sup>

Ahora bien, en materia de contratos, rige la voluntad de las partes, la cual constituye el vínculo obligacional de fuente contractual, pero tal noción, no es óbice para considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, ya que, tal como se señalaba anteriormente, la autonomía de la voluntad no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

Es menester señalar que, en el Derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas, donde existe la colaboración de ellas en el diseño o configuración del contrato, entendido como *aquel en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes*.<sup>3</sup>

Sin embargo, actualmente las restricciones al principio de autonomía de la voluntad se han hecho mucho más evidentes con el surgimiento de figuras como las condiciones generales de la contratación —cláusulas abusivas—, así como la proliferación de la contratación masiva —contratos de adhesión— donde no hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; y la libertad contractual, no existe o se encuentra reducida a su mínima expresión.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que las cláusulas generales de contratación se manifiestan cuando *es una parte contratante la que unilateralmente elabora e integra el contenido del contrato, y es la otra la que manifiesta su voluntad de contratar o no bajo estas condiciones*<sup>4</sup> Asimismo, destaca que los contratos de adhesión, son del tipo de contratos en donde el consumidor *únicamente se adhiere al mismo con condiciones generales, colocando su firma al final del documento forzado por la necesidad de hacerlo para poder obtener el producto o servicio que contrata, viéndose afectados en la*

<sup>2</sup> Hernández Fraga, Katiúška y Guerra Cosme, Danay (2012) EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL CIVIL. SUS LÍMITES Y LIMITACIONES. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6, Pág. 30.

<sup>3</sup> *Ibídem*. Pág. 28.

<sup>4</sup> *Ibídem*. Pág. 43

*falta de libertad contractual para tomar decisiones racionales, la falta de información —asimetría informativa— y claridad sobre el producto, bien o servicio y sobre las condiciones para la celebración del acuerdo.*<sup>5</sup>, señalando que lo peligroso de los mismos es la existencia de cláusulas abusivas, *es decir, aquellas cláusulas que, sin haberse negociado, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*<sup>6</sup>.

**B.** Por lo anterior, surge la intervención del Estado, mediante la aplicación de la ley como un importante límite a la autonomía de la voluntad, producto de una necesidad imperiosa de poner barreras a la desigualdad económica existente entre las partes del negocio contractual, la cual de igual forma debe efectuarse sin excesos.

En el caso del Derecho de Consumo, es sobre la base del orden público de protección, que se limita la autonomía de la voluntad para proteger a los consumidores, negando eficacia a ciertas cláusulas contractuales por considerarlas abusivas, con motivo de la vulnerabilidad económica e informativa del consumidor.

En ese orden de ideas, el art. 17 de la LPC establece un catálogo de cláusulas que se consideran abusivas —no taxativas—, por ir en contra de las exigencias de la buena fe, por causar un perjuicio en el consumidor o un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, lo cual permite, una protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas impuestas por los proveedores del mercado, lo anterior se encuentra relacionado con los artículos 23 y 24 del Reglamento de la LPC.

Y es que, el Derecho del Consumidor tiende a proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa existente en el mercado. Por otra parte, el objeto de las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión es agilizar el tráfico comercial, mejorar la comercialización de los bienes y servicios, reducir costos de transacción y las discusiones contractuales, dada la identidad de los productos colocados en el mercado. No obstante, que los objetos que persiguen son diferentes, las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión deben guardar una estrecha relación con el derecho del consumidor. Ante dicha práctica comercial —contratos de adhesión o cláusulas generales—, inicialmente, el cliente o consumidor se encuentra en una situación de inferioridad con relación al predisponente de las cláusulas, es decir que puede existir en la contratación a base de dichas cláusulas una debilidad del consentimiento, asimilable a un vicio de la voluntad.

<sup>5</sup>Herrera-Tapia, Belinha y Álvarez-Estrada, Jassir (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. Revista Jurídicas. Pág. 40.

<sup>6</sup>Gazmuri, Iñigo de la Maza (2019). Contratos por Adhesión y cláusulas abusivas. Revista chilena de derecho privado. Pág. 119.

El no tener el poder suficiente para establecer el esquema contractual o no tener una considerable información respecto del objeto del contrato, pone a una de las partes en una situación de desventaja frente a la otra. Situación que normalmente, sin la injerencia del derecho al consumidor, podría ser irrelevante con base en la libertad de contratación.

La libertad de contratación está sostenida doctrinariamente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad que en la actualidad es reconocida como derecho fundamental en las democracias liberales; sin embargo, se encuentra limitada y regulada por la legislación —Ley de Protección al Consumidor—, con el fin que los derechos de interés público sean respetados. Es decir que, a pesar que la legislación reconozca la libre contratación, este derecho no queda al libre arbitrio. Particularmente, una de las limitantes se verifica en la letra d) del artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, la cual establece que: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como: (...) d) Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte (...)».

Aunado a lo antes apuntado, la LPC dispone que es Tribunal Sancionador en el cumplimiento de su potestad sancionadora conforme a lo regulado en el artículo 79 LPC, el competente para instruir los procedimientos sancionatorios en materia de protección del consumidor —como es el presente caso—, e imponer las sanciones o resolver lo que corresponda, entre otras, tal como lo establece el artículo 83 de la LPC.

De lo anterior, se concluye que el control contra las cláusulas abusivas efectuado por el Tribunal Sancionador se ejercita una vez celebrados el o los contratos y de corroborarse la existencia de cláusulas abusivas, se busca como objetivo dejarlas sin efecto y restablecer el desequilibrio que hayan generado, todo con la finalidad de garantizar en determinadas situaciones un consumo digno y para buscar la corrección de las insuficiencias que afecta el ejercicio de la libertad contractual de los consumidores.

2. Ahora bien, este Tribunal analizará cada una de las cláusulas denunciadas, con el objeto de determinar si estas pueden calificarse como abusivas, es decir, si han sido impuestas unilateralmente por el proveedor, perjudicando de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo general de los consumidores. Es decir, se efectuará un análisis orientado a determinar si las cláusulas sometidas a conocimiento de este ente colegiado son de aquellas que el art. 17 LPC señala como contrarias a las exigencias de la buena fe, capaces de causar en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes:

i. *Relativa a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora.*

La referida cláusula c), se encuentra incluida en el contrato de servicios funerarios y establece literalmente lo siguiente: *"Se entenderá como contrato en MORA, cuando el contrato tenga 6 cuotas atrasadas ya sean alternas o consecutivas, y en este caso si necesita el servicio será EXIGIBLE LA CANCELACIÓN DE LA DEUDA PARA PODER ENTREGAR EL SERVICIO, SEA EL CONTRATANTE U OTRA PERSONA EL FALLECIDO"*. Letra d) *Si el contrato estuviese en Mora, pierde VALIDEZ por lo tanto se dará por ANULADO y no habrá devolución de dinero por parte de la Empresa"*.

Según la Presidencia, esta cláusula contraviene lo dispuesto en el artículo 17 letra i) de la LPC donde establece que tendrán el carácter de abusivas las cláusulas que impongan una penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el posible incumplimiento de dicho contrato por parte del consumidor.

Ahora bien, sobre la cláusula penal en comento, este Tribunal se ha pronunciado anteriormente perfilando cuáles son los elementos que podrían definir el carácter abusivo de una cláusula que fije una penalidad desproporcionada, en cuanto supone la imposición de una penalización que no corresponde al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor. Así, este Tribunal en reiteradas ocasiones ha afirmado que si bien toda cláusula penal está orientada a un efecto disuasivo, y tiene además una finalidad indemnizatoria para la parte que ha sufrido el incumplimiento, el establecimiento de la posibilidad de apropiarse de la totalidad de lo pagado -que podría en algunos casos ser casi el porcentaje total del precio- puede generar una evidente desproporción, y derivar en un desequilibrio y beneficio a favor del proveedor, sin que exista una contraprestación suficiente que lo justifique.

En ese sentido, por resolución definitiva emitida en el procedimiento clasificado bajo la referencia 1036-09, emitida a las trece horas con treinta minutos del día 18/01/2010 este Tribunal ha señalado que "...toda cláusula penal está orientada a un efecto disuasivo, y tiene además una finalidad indemnizatoria para la parte que ha sufrido el incumplimiento tratándose de *"un avalúo anticipado de los perjuicios resultantes la de infracción de un contrato"*. En consecuencia, este Tribunal debe determinar si la cláusula en estudio le permite a la parte que determina los requisitos generales de la contratación, la instauración de penas desmesuradas, que no han podido ser debatidas por el consumidor y, además, si la penalidad impuesta es capaz de generar un desequilibrio y beneficio a favor del proveedor, sin que exista contraprestación suficiente que lo justifique.

Por consiguiente, en el presente caso, se debe determinar qué tan equilibrada es la relación

entre el presunto daño producido al proveedor por la mora del consumidor y la penalidad impuesta a éste. Y es que, la cláusula penal descrita, opera conforme a los términos siguientes: toda vez que el consumidor acaece en mora un plazo equivalente a seis meses el contrato se tendrá por anulado; por lo que estos meses de mora pueden originarse manera continua o de forma aislada pero acumulada; es decir, que si el consumidor paga o no durante esos seis meses, el contrato de igual forma se anulará, en virtud de esto, la consecuencia es que el consumidor pierda la posibilidad de recibir el servicio o la pérdida del dinero cancelado.

Como puede observarse, la sanción que se le impone al consumidor por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales origina un detrimento mayor que la propia mora, siendo que, esta conllevará algún gasto administrativo a la proveedora. Por lo demás, no se puede observar que éste último incurra en gastos añadidos o que padezca alguna pérdida trascendente, pues ningún servicio ha sido prestado ni se ha entregado bien alguno. Parecería entonces desequilibrado o desproporcionado el que la proveedora conserve la totalidad de los pagos efectuados por el consumidor, frente al incumplimiento de aquel, por lo cual puede afirmarse que la cláusula analizada efectivamente deriva en un desequilibrio y beneficio a favor del proveedor, sin que exista una contraprestación suficiente que lo justifique.

Se puede concluir que la cláusula en análisis genera un desequilibrio entre las partes al establecer la terminación unilateral del mismo con beneficio directo para la proveedora de servicios funerarios, evitando la posibilidad de acudir al órgano judicial u otro medio de solución de conflictos para determinar la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo. A la vez, es excesiva y desproporcional frente a los clientes —consumidores—, respecto de los daños y perjuicios que pueden ser consecuencia del incumplimiento, tal como se establece. Consecuentemente, es una cláusula abusiva.

En virtud de lo anteriormente analizado, este Tribunal concluye que existen los elementos suficientes para afirmar que las cláusulas examinadas encajan en las denominadas cláusulas abusivas contenidas —no de manera taxativa— en el artículo 17 letra i); dando como resultado una contravención a la LPC. En otros términos, se ha comprobado que las estipulaciones contractuales objeto de análisis, son capaces de causar una afectación en la esfera jurídica de los consumidores, al colocarlos en desventaja respecto de los derechos y obligaciones de la proveedora, mediante la suscripción de contratos de adhesión en los que los consumidores no han tenido la posibilidad de discutir las cláusulas por haber ausencia de negociación individual. Del mismo modo se ha constatado un desequilibrio de las obligaciones impuestas en cada uno de los supuestos examinados. Así, se ha determinado que cada una de las cláusulas analizadas, independientemente de su denominación o finalidad, reúnen los requisitos o aspectos para ser catalogadas como cláusulas abusivas, en

consecuencia, al haberse acreditado los elementos del tipo infractor previsto en el art. 44 letra e), es procedente imponer una multa, la cual será desarrollada junto con sus parámetros, en el siguiente apartado.

## VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción muy grave contenida en el artículo 44 letra e) de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales en relación al artículo 17 letra d) de la misma ley, la que se sanciona con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, (artículo 47 de la LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

A continuación, se concretará cada uno de ellos, en lo aplicable al presente caso:

### a. *Tamaño de la empresa.*

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: "*Microempresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores*".

A partir de la documentación presentada por el proveedor consistente en copia de la declaración del libro de ventas de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2020, este Tribunal tomará el promedio de los meses en mención y la cantidad asciende a \$3,700.00 dólares.

Además, al constatar la información financiera del proveedor (declaración de libros de ventas de los meses de agosto, septiembre y octubre del año 2020) según lo establecido en el art. 3 de la Ley MYPE, este Tribunal concluye que el proveedor denunciado, cuenta con ingresos que pueden

equipararse a los de una *micro empresa*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

Cabe mencionar, que en el presente procedimiento administrativo sancionador el infractor ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber presentado la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

**b. Grado de intencionalidad del infractor.**

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el proveedor ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del proveedor. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Así, en reiteradas ocasiones este Tribunal ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aun a título de simple negligencia o descuido.

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2° del Código Civil, según el cual: "*Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)*", así como a lo estipulado en el inc. 3° del mismo artículo: "*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*", y a lo señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: "*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*".

Además, en el presente procedimiento se comprobó que el proveedor incurrió en la infracción regulada en el **artículo 44 letra e) de la LPC**, actuando con negligencia, al incluir en los contratos de adhesión, cláusulas abusivas mediante las cuales *impone una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora*; cuando debía cumplir diligentemente con ciertas especificaciones como lo dice el Reglamento de la LPC y demás leyes aplicables al presente procedimiento, a fin de evitar, en perjuicio de los consumidores, el desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

**c. Grado de participación en la acción u omisión.**

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la comisión de la infracción del proveedor es directa e individual, pues se acreditó que en los contratos suscritos con los consumidores, se incumplió con las prohibiciones estipuladas en el artículo 17 letra i) de la LPC, consistente en introducir cláusulas abusivas, circunstancias que han afectado los consumidores, causando un evidente desequilibrio en favor del proveedor denunciado, al imponer y restringir los derechos otorgados por ministerio de ley.

*d. Impacto en los derechos del consumidor y naturaleza del perjuicio ocasionado.*

En cuanto a la configuración de la infracción regulada en el artículo 44 e) de la LPC en relación al artículo 17 letra i) de la citada ley, ésta materializa situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones, además acentúa una situación de desventaja injustificada para este último, expresada mediante la limitación, imposición o supresión de sus derechos o facultades contractuales.

Con ello se afecta la buena fe del contrato de consumo que supone un comportamiento leal, transparente y honesto de los participantes, y además se genera una expresa desigualdad al concederse derechos solo a una de las partes.

Por su parte, la doctrina sostiene que la buena fe debe estar presente en todo el iter contractual, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente *in extenso*, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada "intensidad", durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio *sub examine*.<sup>7</sup>

En otro orden, y de forma más específica, el hecho de introducir en los documentos contractuales cláusulas con las cuales el proveedor impone una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora, denota un mayor crecimiento injustificado de carácter pecuniario a sus arcas a costa de los consumidores.

*e. Finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción.*

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir al proveedor denunciado \_\_\_\_\_, quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 letra e) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

En cuanto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) de la LPC, se pretende prevenir la introducción por parte de los proveedores de cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades de los mismos, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato; de ahí que, el objetivo es que los consumidores se encuentren en igualdad de condiciones, es decir, que tengan posibilidad de negociarlas, hacer contra

<sup>7</sup> Neme Villarreal, Martha Lucía (2006) El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. Revista de Derecho Privado, núm. 11.

ofertas o modificarlas, y no simplemente aceptarlas o rechazarlas en su integridad, de manera que, ambas partes tengan la facultad de establecer y aceptar mutuamente las cláusulas del contrato.

Por consiguiente, para la determinación y cuantificación de la multa procedente, este Tribunal debe prever que, en el caso concreto, la comisión de la conducta infractora no resulte más ventajosa para el denunciado que asumir las sanciones correspondientes, como consecuencia de las mismas.

#### VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4º de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer al infractor

, pues se ha determinado que ésta introdujo cláusulas abusivas en contravención a las prohibiciones estipuladas en el artículo 17 letra i) de la LPC.

Respecto a la infracción del artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra i), ambos de la LPC —sancionable hasta con 500 salarios mínimos urbanos en la industria— se acreditó que el proveedor introdujo cláusulas abusivas —previamente pre redactadas e impuestas por la misma— en los documentos contractuales, en el que los consumidores no tuvieron la posibilidad de negociar la incorporación o el contenido de la misma, ocasionando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes y una afectación al principio de buena fe, así como a los derechos económicos de los mismos.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es equiparable a una infracción muy grave; que el proveedor es una persona natural cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es la de una micro empresa; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por el infractor, no se acreditó el dolo sino negligencia; que ésta contravino las prohibiciones reguladas en la LPC, introduciendo cláusulas abusivas en los contratos de servicio funerario; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador, resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta idónea, necesaria y proporcional para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la

comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Por otra parte, en el presente procedimiento el proveedor ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber de prestar colaboración en la entrega de la documentación que le ha sido requerida y contestando cada una de las etapas del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el artículo 17 número 5 de la LPA.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer al proveedor una multa de: **TRESCIENTOS CUATRO DÓLARES CON DIECISIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$304.17)** equivalente a un salario mínimo mensual urbano en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra e), en relación al artículo 17 letra i), ambos de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los contratos de servicio funerario, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

#### **IX. DECISIÓN**

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2º de la Constitución de la República; artículos 17 letra i), 44 letra e) 47, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 218 y 314 ordinal 1º del CPCM y 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Sanciónese* al proveedor con la cantidad de **TRESCIENTOS CUATRO DÓLARES CON DIECISIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$304.17)**, equivalentes a un *salarios mínimos mensuales urbanos en el sector de la industria*—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra i) de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

La anterior multa deberá hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**

Notifíquese.

### INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

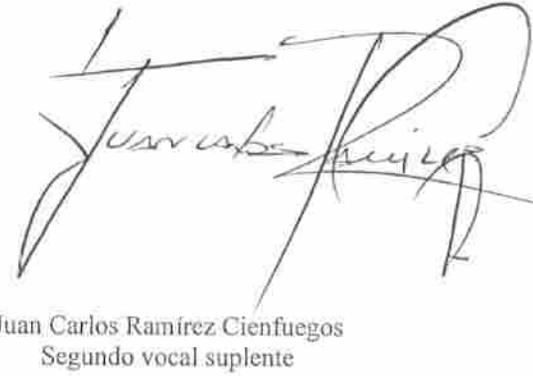
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: "Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma."; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: "La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)":



José Leóisick Castro  
Presidente



Pablo José Zelaya Meléndez  
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal suplente

PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR QUE LO SUSCRIBEN.

RG/MIP



Secretario de Tribunal Sancionador