

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 08/10/2021 Hora: 11:12 Lugar: San Salvador</p>	<p>Referencia: 355-2020</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor		
Proveedora denunciada:	Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>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 –en adelante LPC– expuso, en síntesis, que el día 06/09/2019 delegados de la Presidencia se apersonaron al establecimiento denominado: “La Resurrección Parque Memorial”, ubicado _____ municipio y departamento de San Salvador –propiedad de la proveedora denunciada–, con el objetivo de realizar inspecciones para verificar: a) los contratos de prestación de servicios firmados por los consumidores y la documentación anexa a éstos; b) que los documentos de obligación no se encuentran firmados en blanco por el consumidor; c) identificar las comisiones cobradas al consumidor; d) la información contenida en los anuncios publicitarios; y e) que no exista aumento de precio por compras con tarjeta de crédito o diferenciar el precio en relación a compras en efectivo.</p> <p>En virtud de lo anterior, respecto a la información de la letra a), los delegados efectuaron un requerimiento de información a la persona que los atendió, consistente en la entrega de tres fotocopias de contratos de diferentes tipos de servicios ya celebrados y firmados por los consumidores durante el período del 01/01/2019 a la fecha de dicha inspección –06/09/2019–, los cuales debían presentarse junto a sus anexos, estar firmados y sellados por la persona responsable, en un período no mayor a diez días hábiles, contados a partir del siguiente de la inspección, en las oficinas de la Defensoría del Consumidor; Dirección de Vigilancia de Mercado, ubicada en calle circunvalación número 20, Plan de La Laguna, Antiguo Cuscatlán.</p> <p>En ese orden, en cumplimiento a dicho requerimiento, la proveedora presentó un escrito en fecha 09/09/2019, acompañado de la siguiente documentación:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Contratos de prestación de servicios funerarios y anexos respectivos, fs. 19-26, 35-40, 48-53 y 60-65; y, b) Fotocopias de facturas, notas de abono, registro de venta, documentados únicos de identidad, estado de cuenta, confirmación de venta telefónica, todos anexos de fs. 10-18, 27-34, 41-47, 54-59 y 66, debidamente firmados y sellados por la proveedora. 			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			

7/10

Infracción atribuida.

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 67-70), a la proveedora denunciada 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 introducción 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 concurran 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 proscribió *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, retracto 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 PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V., pues en resolución de fs. 67-70 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 11/01/2021 (fs. 73).

En fecha 18/01/2021 se recibió escrito firmado por la licenciada (fs. 74-76), en calidad de apoderada general judicial de la denunciada Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V., la cual comprueba mediante copia certificada por notario del testimonio de escritura pública de poder general judicial otorgado a su favor (fs. 79-84). En dicho escrito, la proveedora agrega documentación la cual consta de fs. 78-114; y, en síntesis, manifestó lo siguiente:

A. En relación a la cláusula “VII) CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO” del contrato de derecho a plazos, que supuestamente incumple lo establecido en el art. 17 letra d) de la LPC, por considerarse una “*renuncia anticipada a los derechos que la Ley reconoce a los consumidores (...)*”, expresó que esto es completamente ajeno a lo que realmente pretende el documento en comento, pues el objetivo de la cláusula es la ratificación del consumidor que “*está enterado*” que ha adquirido una “*obligación*” que acarrea un “*pago*” con el proveedor, liberando a éste de restituirle cualquier cantidad de dinero por los bienes que ya le fueron brindados y otorgados; por lo que no puede entenderse esta cláusula como una limitación a algún derecho del consumidor, más bien, es una revalidación a su compromiso adquirido.

Para dar sustento a lo anterior, cita una definición doctrinaria de lo que se entiende por obligación; asimismo, cita el artículo 1308 del Código Civil de El Salvador, y concluye que al hacer alusión en un contrato que el consumidor tiene la obligación para con su proveedor de pagarle por todos los bienes o servicios que le sean conferidos, dados o realizados no puede ser considerado como una cláusula abusiva.

Sobre dicho alegato, este Tribunal destaca que en la cláusula no se menciona expresamente lo que manifiesta la apoderada de la denunciada, específicamente en cuanto a que *se libera al proveedor de restituirle la cantidad de dinero por los bienes que ya fueron brindados u otorgados*, sino que en la misma

se expresa que “(...) la parte compradora reconoce y acepta que ha adquirido una obligación de pagar el precio total a la Resurrección, no estando obligada la Resurrección a reintegrar a la parte compradora cantidad alguna”. En ese orden de ideas, la forma en que está redactada la cláusula permite establecer ciertas ventajas a la denunciada, lo que se traduce en un detrimento a los derechos de los consumidores; por ejemplo, cuando el proveedor incurre en mora el consumidor tiene el derecho de renunciar a que se le entregue el bien o preste el servicio, *debiendo el proveedor reintegrar lo pagado e indemnizar al consumidor*, ello de conformidad con lo establecido en la ley (art. 13 inc. 4° de la LPC). De ahí, pues, que dicha cláusula pretende que Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V. se abstraiga de las obligaciones legales que benefician a los consumidores.

B. Respecto a la cláusula “*XII. DERECHO DE RETRACTO*”, argumenta que según el art. 2 de la Ley General de Cementerios (LGC), por cementerio se entiende “(...) *es un bien inmueble destinado a inhumaciones de cadáveres y restos humanos*”, que según el art. 15 de dicha ley, los servicios de sêpultura se prestarán a perpetuidad y temporales, y que según el art. 20 de la LGC el derecho sobre dichos puestos será acreditado por un título de propiedad, el cual le confiere todos los derechos de uso y disposición a su propietario.

En esa línea, arguye que al ser el cementerio un bien inmueble sobre el cual se ofrecen los puestos a perpetuidad o temporales a cualquier persona que los necesite y si algún consumidor adquiere uno o más puestos, se confía en la buena fe del adquirente, y deja de ofrecer esos espacios a alguien más; por lo que –según su dicho– carece de sentido entender que el consumidor aún no hace uso de los servicios y por tal razón ya no tiene la obligación de restituirle todo lo pagado. Refiere, que como proveedor tiene gastos y costos administrativos que deben ser absorbidos por el consumidor desde el momento que este adquiere tales bienes, por lo que la premisa de “hacer uso o no” es subjetiva a la necesidad directamente del consumidor.

Además, señala que si bien es cierto el consumidor aún no ha hecho uso de ciertos servicios, esto no lo exime de que él ya tiene bajo su dominio el título que lo convierte en poseedor de los espacios para las inhumaciones, de los cuales puede hacer uso en el momento que él lo necesite; por lo que la presunción de que aún no se ha hecho uso de los servicios no es del todo cierta, ya que dependerá exclusivamente del consumidor hacer uso o no de éstos.

Finalmente, en alusión a esta cláusula, alega que la misma sí hace un reconocimiento expreso del derecho al retracto del cual goza el consumidor; pero, que también se hace la acotación que se harán descuentos que la LPC otorga. Sin perjuicio de lo anterior, la apoderada reconoce que por error no fue redactada de forma clara las formas en que se harán los descuentos; sin embargo, menciona que su representada se compromete a cambiar los contratos y a redactar de mejor manera la cláusula en comento, acorde con el tenor de la ley.

Referente al argumento de si el hecho de hacer uso o no del bien o servicio da cabida para poder ejercer el derecho desistimiento, advierte este Tribunal que la imputación planteada por la Presidencia gira entorno

al aspecto abusivo de la cláusula, mas no los supuestos que dan pie para ejercer el derecho de desistimiento; por ello, dichos alegatos de defensa resultan impertinentes en atención a la infracción atribuida.

Por otra parte, la proveedora reconoce que la cláusula no fue redactada correctamente –cuya deficiencia se traduce en una cláusula abusiva–, pues los porcentajes consignados en el contrato (12% anual de costos operativos, 13% del IVA y 10% de gastos administrativos) contravienen lo regulado en el art. 13 inc. 4º de la LPC, en virtud que éste último reconoce la facultad a la proveedora que, en caso de desistimiento, pueda retener en concepto de gastos administrativos una cantidad que no podrá exceder del monto que resulte de calcular el interés legal mercantil (12%) sobre la cantidad entregada, ya sea en concepto de prima, anticipo o precio total.

C. Sobre la cláusula “IX. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO”, menciona que la pretensión de la misma es dar certeza jurídica de lo que sucederá en caso que el consumidor no cumpla con su obligación, que en ningún momento puede entenderse que los usuarios quedan desprotegidos en cuanto a la parte que ya canceló. Además, alega que su poderdante cuenta con un formulario para liquidar la relación contractual y los pagos efectuados, dándole opciones al consumidor de que utilice o se le devuelva lo pagado.

Al respecto, es menester referirse al motivo por el cual la Presidencia considera esta cláusula como abusiva; así, menciona que opera en el sentido que una vez ha caído en mora el consumidor tiene un plazo de 3 meses más para ponerse al día con sus pagos, caso contrario, la proveedora le impone como pena tanto la pérdida de su dinero como de la posibilidad de recibir el servicio.

No obstante lo anterior, el tenor literal de la referida cláusula reza lo siguiente: “(...) *el plazo para el pago de las cantidades adeudadas a su favor se tendrá por caducado, y las cantidades adeudadas serán exigibles en su totalidad como de plazo vencido en los siguientes casos: a) por el incumplimiento en el pago de dos cuotas consecutivas (...)*”.

En ese orden de ideas, advierte este Tribunal la falta de conexión fáctica entre el supuesto planteado por la Presidencia y el consignado en la cláusula, pues en la misma se habla del incumplimiento de pago en dos cuotas consecutivas y no de tres como se ha planteado en la denuncia; asimismo, no se ha estipulado como consecuencia de la mora la pérdida de su dinero ni la del servicio.

En consecuencia, en lo que concierne a esta cláusula, y en respeto al principio de congruencia¹, este Tribunal estima procedente *absolver* a la proveedora; sin perjuicio que la misma puede ser abusiva por cualquier otra causal de las establecidas en el art. 17 de la LPC.

¹ “Sobre los alcances del principio de congruencia, éste se dispone a partir del ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la decisión y los términos en que el particular ha formulado su petición; hay que tener en consideración que la petición no es sólo el resultado que el peticionario pretende obtener –lo que pide a la autoridad–, sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide, que es lo que en la terminología procesal se denomina causa de pedir o causa petendi. Por ello, la autoridad decisoria, así como no puede rebasar la extensión de lo pedido, tampoco puede modificar la causa de pedir, pues hacerlo significaría una alteración de la petición. En otras palabras, en la resolución necesariamente debe existir relación entre la causa petendi y la ratio decidendi” (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 23/10/2020, en el proceso con número de referencia 11-20-RA-SCA).

D. En lo que concierne a la cláusula “XVIII. HONORARIOS, GASTOS E IMPUESTOS”, argumentó que la misma se refiere a los honorarios, gastos e impuestos que en su momento deberá correr por cuenta del consumidor por el otorgamiento del contrato en el caso de cobro de deudas (si las hubiere), y las tasas e impuestos fiscales y municipales en que pudieren incurrir por los puestos a perpetuidad, mas no al pago de las tasas e impuestos fiscales y municipales sobre el inmueble le corresponde a la proveedora. Asimismo, enfatiza en que el supuesto hallazgo encontrado en los contratos no coincide con la falta establecida en la ley; por ello, considera que su poderdante no está violentando derecho alguno.

En alusión a lo esbozado, este Tribunal advierte que la Presidencia en su denuncia (fs. 2 vuelto y 3 frente) expuso que la referida cláusula vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción de los consumidores, el cual comprende la posibilidad de hacer uso y agotar todos los recursos previstos por la legislación correspondiente.

Ahora bien, de dicho argumento no se logra comprender por qué el pago –por parte del consumidor– de los honorarios y gastos que ocasione el contrato, así como los honorarios y gastos en que incurra la proveedora para el cobro de la deuda, vulnera el derecho de recurrir de los usuarios –implícito en el derecho de acceso a la justicia–. En otras palabras, la Presidencia no ha brindado suficientemente los elementos fácticos y jurídicos para analizar que dicha cláusula sea abusiva por vulnerar el derecho a recurrir.

Por consiguiente, en lo que concierne a esta cláusula, y en respeto al principio de congruencia², este Tribunal estima procedente *absolver* a la proveedora; sin perjuicio que la misma puede ser abusiva por cualquier otra causal de las establecidas en el art. 17 de la LPC.

E. Referente a la cláusula “XIX. LEGISLACIÓN APLICABLE Y DOMICILIO”, la proveedora afirma que, sin perjuicio de lo establecido por este Tribunal en su jurisprudencia, en los contratos entregados a la Defensoría del Consumidor consta expresamente el sometimiento voluntario al domicilio de los tribunales de San Salvador, pero esto no significa que sea producto de una decisión unilateral de la proveedora, pues los consumidores manifiestan su voluntad de contratar los servicios haciendo las valoraciones necesarias para determinar el domicilio al cual el consumidor accederá y ejercerá su derecho a la justicia. Asimismo, señala que a partir de los Documentos Únicos de Identidad (DUI) que corren agregados al expediente, cada uno de los usuarios tiene como domicilio la ciudad de San Salvador, departamento de San Salvador; por lo que –según su dicho– no se incurre en el supuesto de que la jurisdicción señalada sea inaccesible en virtud de la distancia y costos.

En lo que concierne a los contratos de adhesión, este ente colegiado en autoprecedentes –v.gr. resolución del 30/06/2010, ref. 320/2010 y 23/01/2012, ref. 762/2011– ha establecido que “*Sus características más*

² “Sobre los alcances del principio de congruencia, éste se dispone a partir del ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la decisión y los términos en que el particular ha formulado su petición; hay que tener en consideración que la petición no es sólo el resultado que el peticionario pretende obtener –lo que pide a la autoridad–, sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide, que es lo que en la terminología procesal se denomina causa de pedir o causa petendi. Por ello, la autoridad decisoria, así como no puede rebasar la extensión de lo pedido, tampoco puede modificar la causa de pedir, pues hacerlo significaría una alteración de la petición. En otras palabras, en la resolución necesariamente debe existir relación entre la causa petendi y la ratio decidendi” (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 23/10/2020, en el proceso con número de referencia 11-20-RA-SCA).

importantes están relacionadas con la posición asimétrica que en términos reales se ubican las partes contratantes, de tal manera que una de ellas –el proveedor– tenga la capacidad de imponer a la otra –el consumidor– el contenido del contrato, resultando que el cliente solo puede aceptarlo o rechazarlo, en el marco de la conveniencia, necesidad o urgencia que pueda tener de contratar ciertos bienes o servicios (...) los contratos de adhesión o las condiciones generales de contratación, se caracterizan por su formulación unilateral por parte de quien ostenta la posición de ventaja frente al consumidor, condiciones que por antonomasia no son negociadas” (Los resaltados son nuestros).

Aunado a lo anterior el artículo 24 del Reglamento de la LPC estipula lo siguiente: “**Cláusulas adicionales de libre discusión.** No deberán aparecer como parte del formulario impreso del contrato que se entrega al consumidor, sino que deberán pactarse como cláusulas adicionales, libremente discutidas por las partes y no como una condición para la celebración del contrato, las estipulaciones siguientes (...) d) la determinación del tribunal al que, por razón del territorio, se sometan las partes en caso de acción judicial”.

En ese orden de ideas, se entiende, pues, que para que la cláusula relativa a la determinación del tribunal sea considerada como de libre discusión por las partes –proveedor y consumidor– ésta debe constar por aparte. En consecuencia, el hecho de que la apoderada de la denunciada afirme que, efectivamente, fue de libre discusión carece de sustento en virtud del mandato legal en cuanto a la forma que debe cumplirse para que se entienda así.

Por último, la denunciada pretende afirmar que la cláusula fue de libre discusión en razón del departamento que se encuentra consignado en los DUI de los consumidores –San Salvador–, y que por ello ambas partes fijaron el municipio y departamento de San Salvador como domicilio especial; sin embargo, cabe recalcar –además de lo esbozado en el párrafo anterior– que dos de los consumidores residen en el municipio de Mejicanos (fs. 5-61 y 44) y dado que en dicha circunscripción territorial hay tribunales, la aseveración efectuada por la apoderada de la proveedora no se ajusta a lo legalmente establecido por la LPC y su Reglamento.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA/HECHOS PROBADOS

A. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA–, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas en los cuerpos normativos antes mencionados, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) –vigente al momento que sucedieron los hechos– de la LPC.

Al respecto, el artículo 146 de la LPC establece que en los procedimientos ventilados ante este Tribunal serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común -en lo que fuere aplicable con la naturaleza de este- y los medios científicos idóneos. Asimismo, en el inciso final del referido artículo se dispone que las pruebas aportadas en los procedimientos ante este Tribunal serán valoradas según las reglas de la sana crítica, que están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y los

conocimientos científicos idóneos. En el mismo sentido regula la prueba, el artículo 106 incisos 1° y 3° de la LPA.

El artículo 313 del Código Procesal Civil y Mercantil –en lo sucesivo CPCM–, de aplicación supletoria en el presente procedimiento según lo dispuesto en los artículos 167 de la LPC y 106 inciso 1° de la LPA, señala que la prueba tendrá por objeto las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos; prueba que debe haber sido obtenida de forma lícita, estar relacionada con el objeto de la misma y ser idónea según las reglas y criterios razonables. En otras palabras, para que una prueba sea valorada debe ser oportuna, pertinente y conducente.

Dicho esto, el artículo 106 inc. 6° 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 CPCM 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 la proveedora con los consumidores.

B. Constan en el expediente administrativos los siguientes medios de prueba:

a) Acta No. SS2108/2019 (fs. 5-6), de fecha 06/09/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en razón del artículo 58 letra f) de la LPC, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada a fin de verificar el cumplimiento a la ley.

b) Fotocopia de la siguiente documentación:

TIPO DE DOCUMENTOS	NOMBRE DE CONSUMIDOR			
	Celina Rosabel Salamanca Gálvez	Carlos Girón Viscarra	Iris Dolores Mejía	Rigoberto López Ortiz
Factura	Folio 10	Folio 27	Folio 41	Folio 54
Nota de abono	Folio 11	Folio 28	Fotocopia sin folio e incompleta	Fotocopia sin folio
Registro de Venta	Folio 12	Folio 29	Folio 42	Folio 55
Carta de aceptación de términos y condiciones	Folio 13	Folio 30	Folio 43	Folio 56
Guía de confirmación de venta	Folio 16	Folio 32	Folio 45	Folio 57
Estado de cuenta	Folio 17	Folio 34	Folio 47	Folio 59
Contrato de derechos a plazo junto a ficha de entrega y anexos.	Folios 18 y del 19 al 26	Folio 33 y del 35 al 40	Folio 46 y del 48 al 53	Folio 58 y del 60 al 65

Con dichos documentos se establecen las cláusulas siguientes:

i. Relativo a limitar derechos que la Ley confiere a los consumidores, donde estipula la cláusula VII) titulado CUMPLIMIENTO ESPECIFICO de todos los contratos de prestación de servicios funerarios antes enunciados, se contempla literalmente lo siguiente: “La parte compradora está enterada que el presente contrato confiere a la Resurrección el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la parte compradora, en especial, el pago del precio, por lo que la parte compradora reconoce y acepta que ha adquirido una obligación de pagar el precio total a la Resurrección, no estando obligada la Resurrección a reintegrar a la parte compradora cantidad alguna” (el resaltado es nuestro).

Asimismo, en la cláusula XII titulada DERECHO DE RETRACTO, se establece: “(...) pudiendo únicamente DESISTIR de los servicios que aún no recibe, como son los servicios de construcción de criptas, servicios de inhumación y servicios ceremoniales, los cuales son los únicos servicios que la parte compradora no ha empezado a usar y a gozar a partir de este momento, los cuales se valúan en 20% de las cantidades pagadas por la parte compradora, a los que se le hará las deducciones siguientes: 12% anual de costos operativos, 13% del IVA y 10% de gastos administrativos”.

ii. La imposición de una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora; donde se consigna la cláusula la cláusula IX) titulada RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, dispone literalmente: “(...) el plazo para el pago de las cantidades adeudadas a su favor se tendrá por caducado, y las cantidades adeudadas serán exigibles en su totalidad como de plazo vencido en los siguientes casos: a) por el incumplimiento en el pago de dos cuotas consecutivas (...)”;

iii. Relativa a la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción y de apelación por parte del consumidor; donde se encuentra la cláusula XVIII titulada HONORARIOS, GASTOS E IMPUESTOS se consigna literalmente: “Serán por cuenta de la parte compradora: a) los honorarios y gastos que ocasionen el presente contrato y cuantos honorarios y gastos incurriere la Resurrección para el cobro de la deuda; (...)”.

iv. Relativa a la imposición de domicilio especial por parte de la proveedora, donde se determina la cláusula XIX) titulada *LEGISLACIÓN APLICABLE Y DOMICILIO ESPECIAL*, que literalmente dispone “(...) las partes se someten y señalamos como domicilio especial los tribunales judiciales de la ciudad de San Salvador, departamento de San Salvador”.

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.*³

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.

La doctrina sostiene que este 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.⁴

³ 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.

⁴ 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. 30.

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.*⁵

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*⁶ 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 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.*⁷, 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*⁸.

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.

⁵ Ibidem. Pág. 28.

⁶ Ibidem. Pág. 43

⁷ 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.

⁸ Gazmuri, Iñigo de la Maza (2019). Contratos por Adhesión y cláusulas abusivas. Revista chilena de derecho privado. Pág. 119.

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.

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 la proveedora, 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 de la 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 limitar el ejercicio de los derechos reconocidos por ley.

La *cláusula VII)* titulado *CUMPLIMIENTO ESPECIFICO* de todos los contratos de prestación de servicios funerarios antes enunciados, se contempla literalmente lo siguiente: *“La parte compradora está enterada que el presente contrato confiere a la Resurrección el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la parte compradora, en especial, el pago del precio, por lo que la parte compradora reconoce y acepta que ha adquirido una obligación de pagar el precio total a la Resurrección, no estando obligada la Resurrección a reintegrar a la parte compradora cantidad alguna”* (el resaltado es nuestro).

Asimismo, en la *cláusula XII* titulada *DERECHO DE RETRACTO*, se establece: *“(…) pudiendo únicamente DESISTIR de los servicios que aún no recibe, como son los servicios de construcción de criptas, servicios, de inhumación y servicios ceremoniales, los cuales son los únicos servicios que la parte compradora no ha empezado a usar y a gozar a partir de este momento, los cuales se valúan en 20% de las cantidades pagadas por la parte compradora, a los que se le hará las deducciones siguientes: 12% anual de costos operativos, 13% del IVA y 10% de gastos administrativos”*.

En relación a estas cláusulas, la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, alegó que el literal d) del artículo 17 de la LPC, prevé como cláusulas abusivas aquellas que producen a los consumidores la renuncia anticipada de los derechos que la ley les reconoce –o bien, su limitación-, así como aquellas que amplían los derechos de la otra parte.

Esta disposición contractual, figura una inhabilitación práctica de derechos concedidos por mandato de ley a los consumidores. Éstos últimos se tratan específicamente del derecho a desistir de un contrato y del derecho de reversión de pagos contemplados en los artículos 13 inciso cuarto y 13-D ambos de la LPC.

Referente al derecho de desistimiento, este Tribunal ha sostenido en casos precedentes –v.gr. resolución definitiva pronunciada a las diez horas con cinco minutos, del día 02/12/2013, en el proceso referencia 289-12 Acum.– *que el artículo 13 inciso 4° de la LPC establece el derecho que tienen los consumidores de pedir el desistimiento del contrato celebrado con un determinado proveedor, esto sobre la base de que el consumidor tiene, dentro de sus derechos básicos, la libertad de elección* –artículo 4 letra e) de la LPC– lo que implica que tiene una gama de opciones dentro de la actividad comercial, de las cuales puede escoger la que mejor le convenga, sin que se le pueda imponer un producto o servicio para la satisfacción de sus necesidades particulares.

Entonces, en el contexto de la LPC, el desistimiento es la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la ley, en el lapso existente entre la fecha en que se perfeccionó el contrato y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor.

En ese orden de ideas, la ley dispone que el efecto de que el consumidor solicite el desistimiento –cumpliendo una serie de requisitos– es que el proveedor debe reintegrarle lo pagado, pero podrá retener en concepto de gastos administrativos, una cantidad que **no habrá de exceder del monto que resulte de calcular el interés legal mercantil sobre la cantidad entregada**, bien en concepto de prima, anticipo o precio total. El interés se calculará teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha en que se realizó el pago y la fecha que se desistió del contrato (artículo 13 inciso 4° de la LPC); tal retención corresponde a los gastos administrativos en los que pudo incurrir el proveedor, y que tiene derecho a retener, ya que no habría incumplimiento ni retraso en la entrega del bien o servicio.

En cuanto a derecho de reversión de pagos regulado en el artículo 13-D de la LPC, se puede decir que términos generales y como marco doctrinal, debe entenderse que el concepto de reversión tiene su origen en el vocablo “reversio” y llegó a nuestra lengua como reversión. Se trata, sobre todo en el ámbito del derecho, del proceso y la consecuencia de revertir. Este verbo se refiere a regresar una cosa al estado que tenía antes o a dejar sin efecto un cierto cambio.

Lo anterior se considera que el consumidor puede solicitar que se le reverse lo cancelado cumpliendo con una de las condiciones descritas en el artículo supra mencionado; que entre ellas se encuentra la descrita en la letra b), consistente en *“que el producto adquirido no haya sido recibido o que el servicio contratado no haya sido prestado”*.

En ambos casos precedentes, si el consumidor aún no ha recibido el servicio contratado, por mandato de ley le ampara la facultad de ejercer los derechos antes explicados; por lo cual, al limitar los mismos – de manera anticipada y sin excepciones– se está en contravención al artículo 17 letra d) de la LPC, por acarrear una naturaleza abusiva.

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

La cláusula IX) titulada *RESOLUCIÓN DEL CONTRATO*, dispone literalmente: “(...) el plazo para el pago de las cantidades adeudadas a su favor se tendrá por caducado, y las cantidades adeudadas serán exigibles en su totalidad como de plazo vencido en los siguientes casos: a) por el incumplimiento en el pago de dos cuotas consecutivas (...)”

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 a la proveedora por el posible incumplimiento de dicho contrato por parte del consumidor. Específicamente detalla que una vez el consumidor haya caído en mora tiene un plazo de 3 meses más para ponerse al día con sus pagos, caso contrario, la proveedora le impone como pena tanto la pérdida de su dinero como de la posibilidad de recibir el servicio.

No obstante lo anterior, el tenor literal de la referida cláusula reza lo siguiente: “(...) el plazo para el pago de las cantidades adeudadas a su favor se tendrá por caducado, y las cantidades adeudadas serán exigibles en su totalidad como de plazo vencido en los siguientes casos: a) por el incumplimiento en el pago de dos cuotas consecutivas (...)”.

En ese orden de ideas, y tal como se mencionó anteriormente, existe una desconexión fáctica entre el supuesto planteado por la Presidencia y el consignado en la cláusula, pues en la misma se habla del incumplimiento de pago en dos cuotas consecutivas y no de tres como se ha planteado en la denuncia; asimismo, no se ha estipulado como consecuencia de la mora la pérdida de su dinero ni la del servicio.

En consecuencia, en lo que concierne a esta cláusula, y en respeto al principio de congruencia, este Tribunal estima procedente *absolver* a la proveedora; sin perjuicio que la misma puede ser abusiva por cualquier otra causal de las establecidas en el art. 17 de la LPC.

iii. Relativa a la renuncia al derecho de apelación (acceso a la jurisdicción) por parte del consumidor.

La cláusula XVIII titulada *HONORARIOS, GASTOS E IMPUESTOS* se consigna literalmente: “Serán por cuenta de la parte compradora: a) los honorarios y gastos que ocasionen el presente contrato y cuantos honorarios y gastos incurriere la Resurrección para el cobro de la deuda; (...)”.

La Presidencia manifestó que tal estipulación constituye una cláusula abusiva, a la luz del artículo 17 letra d) de la LPC, en tanto constituye una renuncia anticipada, por parte de los consumidores, a un derecho que la ley y la propia Constitución le reconocen, es decir, el derecho al acceso a la jurisdicción, el cual comprende la posibilidad de hacer uso y agotar todos los recursos previstos por la legislación correspondiente; consecuentemente, sostuvo que la citada renuncia configura una limitación del ejercicio de dicho derecho, puesto que el consumidor queda vedado para hacer uso de los recursos que estime convenientes, siendo de carácter abusivo de la lectura de su propio texto.

En virtud de ello, la denunciante acotó que la LPC en su artículo 17 desglosa de forma no taxativa nueve supuestos en los cuales una cláusula se considera abusiva; por tanto, en el cobro de “gastos, honorarios, costas procesales y demás” existe un evidente perjuicio al consumidor, lo que considera ocasiona un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, pues la proveedora traslada la obligación de pago de dichos gastos al consumidor.

En suma, la Presidencia concluyó que el contenido de dicha cláusula es abusivo ya que prácticamente provoca una renuncia expresa por parte del consumidor, afectando los derechos económicos de éstos, pues lo limita a no hacer uso de las instancias judiciales a las que tiene derecho, lo que a la luz del artículo 17 letra d) considera se constituye en una cláusula abusiva.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional *v.gr.* en la SC, Amparo ref. 167-97 de 25/05/1999, se ha pronunciado a través de sus resoluciones afirmando que la renuncia anticipada del derecho a apelar contraría el contenido esencial de los derechos reconocidos en los artículos 2, 3 y 11 de la Constitución, pues pretende sustraer de la esfera jurídica de los particulares, cuando éstos se sometan a un proceso, un derecho de rango constitucional sin ninguna justificación más que por un supuesto acuerdo previo de voluntades entre las partes. Y es que, según lo expuesto en la referida resolución, los acuerdos de esta naturaleza no pueden tomarse en cuenta al momento de decidir sobre la admisión de un recurso, por más voluntario que haya sido, ya que nadie, ni el mismo titular, puede renunciar a sus derechos constitucionales, pues sería "desbaratar" la institucionalidad que los acompaña. Por otro lado, con la aceptación de los efectos de dicha renuncia, se estaría truncando el derecho de todo ciudadano a ser "oído y vencido" en segunda instancia dentro de un proceso, es decir, imposibilitándole una segunda oportunidad de poder defender sus pretensiones; desconociendo, por otra parte, la igualdad procesal a que están llamados salvaguardar todos los juzgadores; igualdad que debe de manifestarse durante todo el desarrollo del proceso, desde la demanda hasta la sentencia.

En alusión a lo esbozado, y tal como se mencionó previamente, este Tribunal advierte que la Presidencia en su denuncia (fs. 2 vuelto y 3 frente) expuso que la referida cláusula vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción de los consumidores, el cual comprende la posibilidad de hacer uso y agotar todos los recursos previstos por la legislación correspondiente.

Ahora bien, de dicho argumento no se logra comprender por qué el pago –por parte del consumidor– de los honorarios y gastos que ocasione el contrato, así como los honorarios y gastos en que incurra la proveedora para el cobro de la deuda, vulnera el derecho de recurrir de los usuarios –implícito en el derecho de acceso a la justicia–. En otras palabras, la Presidencia no ha brindado suficientemente los elementos fácticos y jurídicos para analizar que dicha cláusula sea abusiva por vulnerar el derecho a recurrir a la luz de lo consignado en la ley y jurisprudencia aplicable.

Por consiguiente, en lo que concierne a esta cláusula, y en respeto al principio de congruencia, este Tribunal estima procedente *absolver* a la proveedora; sin perjuicio que la misma puede ser abusiva por cualquier otra causal de las establecidas en el art. 17 de la LPC.

iv. Relativa a la imposición de domicilio especial por parte de la proveedora.

La cláusula XLX) titulada *LEGISLACIÓN APLICABLE Y DOMICILIO ESPECIAL*, literalmente dispone “(...) las partes se someten y señalamos como domicilio especial los tribunales judiciales de la ciudad de San Salvador, departamento de San Salvador”.

La Presidencia de la DC sostuvo que, esta cláusula, no atiende a lo regulado en el artículo 17 literal d) de la LPC, por cuanto la fijación del domicilio especial (en este caso la ciudad de San Salvador) se ha dado como producto de una decisión unilateral de la proveedora tratándose de una cuestión que – por su naturaleza- debe ser de libre discusión para las partes intervinientes en el contrato.

Al respecto, este Tribunal se ha pronunciado en resolución final con referencia 34-09, emitida a las trece horas con treinta minutos del día 26/10/2009, donde se expuso que podría derivar en el hecho de que la jurisdicción pactada sea inaccesible para el consumidor, en virtud de la distancia y los costos derivados de su participación en una jurisdicción distinta en la que – en un principio- le correspondería; por lo cual, esto podría afectar al acceso a la justicia por parte del consumidor, tratándose de un derecho que por ministerio de ley le corresponde.

En adición a lo anterior, el artículo 24 del Reglamento de la LPC, establece que ciertas cláusulas deberán pactarse como adicionales, es decir, libremente debatidas por las partes intervinientes y no como una condición para la celebración del contrato. Entre ellas, la letra d) del mencionado artículo, contempla lo relativo a la determinación del tribunal al que, por razón del territorio, se someten las partes en caso de acción judicial.

En el presente caso, se ha acreditado que la proveedora denunciada al introducir la cláusula antes descrita ha vulnerado el derecho de los consumidores a decidir sobre la jurisdicción a la que se quisieran o corresponda someterse.

3. 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 d); 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 la ruptura de la buena fe y 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) –vigente al momento que sucedieron los hechos–, por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales en relación al artículo 17 letra d) ambos de la LPC, 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 la proveedora, consistente en: **a)** estado de situación financiera al 31/12/2019 (fs. 85); **b)** estado de resultado del 01/01/2019 al 31/12/2019 (fs. 86); **c)** estado de cambios en el patrimonio del 01/01/2019 al 31/12/2019 (fs. 87); **e)** estado de flujo de efectivo del 01/01/2019 al 31/12/2019 (fs. 88); **d)** declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2019 (fs. 89-90); **e)** declaraciones y pagos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre agosto de 2019 a julio de 2020 (fs. 91-114); se tomará en cuenta el promedio mensual de ventas de las declaraciones y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del año 2020, el cual asciende al monto de **\$170,885.63**.

Al contrastar la información financiera de la proveedora con los tipos de empresas establecidos en los parámetros del artículo 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que no es posible encajar a la proveedora Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V. en ninguna de las categorías antes citadas, ya que la misma cuenta

con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, los cuales se equiparan a los de un mediano contribuyente —conforme al listado de grandes y medianos constituyentes emitido por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda—, por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una *empresa de tamaño mediano*, 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 la proveedora infractora 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 la proveedora 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 de la proveedora. 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 la proveedora 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 *limita derechos que la ley le confiere a los consumidores e impone un domicilio especial para someterse a tribunales en caso de controversia*; 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 de la proveedora 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 d) de la LPC, consistente en introducir cláusulas abusivas, circunstancias que han afectado los

consumidores, causando un evidente desequilibrio en favor de la proveedora denunciada, 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 d) de la citada ley, ésta materializa situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones, pues, por un lado, la situación de superioridad de la proveedora le permite sustraerse de sus obligaciones o cargas contractuales y limitar el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley a los consumidores; en tanto que del otro lado de la palestra, se concreta y 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*.⁹

En otro orden, y de forma más específica, el hecho de introducir en los documentos contractuales cláusulas con las cuales la proveedora restringe el ejercicio de los derechos de desistimiento y reversión de pagos, están intrínsecamente relacionados al patrimonio de la proveedora.

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

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir a la proveedora denunciada Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V., 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 antes descrita, 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 ofertas o modificarlas, y no simplemente aceptarlas o rechazarlas en

⁹ Neme Villarreal, Martha Lucía (2006) El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano Revista de Derecho Privado, núm. 11.

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 la infractora que asumir las sanciones correspondientes, como consecuencia de las mismas.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° 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 a la infractora Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta introdujo cláusulas abusivas en contravención a las prohibiciones estipuladas en el artículo 17 letra d) de la LPC.

Respecto a la infracción del artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra d), ambos de la LPC —sancionable hasta con 500 salarios mínimos urbanos en la industria— se acreditó que la proveedora introdujo cláusulas abusivas —predispuestas por la misma— en los documentos contractuales, en el que los consumidores no tuvieron la posibilidad de negociar la incorporación o el contenido de las mismas, 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 tipificada en la LPC como una infracción muy grave; que la proveedora es una *persona jurídica* cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es la de una *mediana empresa*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la infractora, no se acreditó el dolo sino *negligencia*; que esta 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 de la introducción de dichas cláusulas dentro de un contrato de adhesión en el que los consumidores no tienen las posibilidades de negociación; 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 la proveedora 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 a la proveedora **Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V.**, una multa de: **CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS CON CICUENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,562.55)**, equivalentes a quince salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra e), en relación al artículo 17 letra d), ambos de la LPC, por introducir cláusulas abusivas, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 3% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción –quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria–, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

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; 17 letra d), 44 letra e), 46, 47, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

a) Sanciónese a la proveedora **Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V.**, con la cantidad de: **CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS CON CICUENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,562.55)**, equivalentes a quince salarios mínimos mensuales urbanos en el sector 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) –vigente al momento que sucedieron los hechos– en relación al artículo 17 letra d) de la LPC, por introducir cláusulas abusivas; dicha infracción según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo conforme al análisis expuesto en el romano VIII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

b) Absuélvase a **Cementerio La Resurrección, S.A. de C.V.**, por la supuesta comisión de la infracción consignada en el artículo 44 letra e) en relación con el artículo 17 letra d) e i) ambos de la LPC; por la introducción de las cláusulas denominadas “*XVIII. HONORARIOS, GASTOS E IMPUESTOS*” y “*IX.*

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO". Lo anterior, en virtud de los motivos expuestos en la presente resolución y sin perjuicio que las mismas puedan ser abusivas por causas diferentes a la atribuidas por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor.

La referida 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**.

c) *Tómese nota* del lugar y medios técnicos señalados por la apoderada de la proveedora a efectos de recibir notificaciones.

d) *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 Leoisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Lidia Patricia Castillo Amaya
Segunda vocal

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

IA/YM

Secretario del Tribunal Sancionador