

| | | | |
|--|--|--|---------------------|
|  | TRIBUNAL SANCIONADOR | Fecha: 26/09/2022 Hora: 08:00 a.m. Lugar: San Salvador | Referencia: 41-2021 |
| RESOLUCIÓN FINAL | | | |
| I. INTERVINIENTES | | | |
| Denunciante: | Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante la Presidencia— | | |
| Proveedora denunciada: | LA CORNUCOPIA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. representada legalmente por los licenciados _____ y _____, según se acredita en folios 1744-1751, tomo IX. | | |
| II. HECHOS DENUNCIADOS | | | |
| <p>A. El día 15/01/2021 (folios 1-28, tomo I), la Presidencia expuso en su denuncia que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 69 letra i) y 143 letras b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, requirió el inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., por posibles incumplimientos a la Ley Contra la Usura —en adelante LCU— y en la LPC, en perjuicio de los intereses económicos y colectivos de las y los consumidores.</p> <p>B. Mediante la resolución de inicio de fecha 24/11/2021 (folios 1718-1734, tomo IX) este Tribunal determinó que la denuncia cumplía con los requisitos exigibles previstos en los artículos 143 inciso final de la LPC, 71 y 150 de la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante LPA—.</p> <p>Respecto a las conductas observadas por la Presidencia, tal como se desarrolló ampliamente en la resolución antes citada, este Tribunal analizó la calificación de las mismas de forma individualizada y ordenó el inicio del procedimiento contra LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., por el posible cometimiento de las infracciones siguientes —las cuales, una vez aplicado el cómputo de prescripción—, fueron delimitadas así:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Infracción al artículo 44 letra d) de la LPC en relación al artículo 12 de la misma ley, <i>por supuestamente realizar cobros en concepto de comisión por desembolso y resguardo en contravención a la LPC</i>, en un total de 30,004 créditos que corresponden a 5,241 consumidores por la cantidad de \$91,085.38 dólares.2. Infracción al artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, <i>por posiblemente haber pactado y cobrado una tasa de interés superior a la TML establecida por el BCR</i>, en un total de 37,005 créditos que corresponden a 6,707 consumidores por la cantidad de \$112,000.63 dólares.3. Infracción al artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, <i>por posibles cobros indebidos realizados en concepto de afianzamiento</i>, en un total de 41,717 créditos que corresponden a 7,303 consumidores por la cantidad de \$225,640.59 dólares. | | | |

4. Infracción al artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 17 letras b), d) e i) de la misma ley, *por introducir posibles cláusulas abusivas en los documentos contractuales.*
5. Infracción al artículo 12 inciso tercero de la LCU en relación al artículo 6 de la misma normativa, *por no remitir la información de su actividad crediticia al Banco Central de Reserva* de 15,742 operaciones crediticias otorgadas durante el periodo de junio de 2019 a noviembre de 2019 —correspondientes a la 14va TML—, que debió haberse reportado en el mes de diciembre de 2019.

Asimismo, se citó a la proveedora denunciada para que compareciera a expresar su defensa por escrito dentro del plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación del auto de inicio, respecto a los hechos atribuidos en su contra. Además, se previno a: a) La proveedora que, al contestar la audiencia conferida, si ofrecía prueba debía especificar el propósito de la misma, debiendo ser pertinente y útil, conforme a los artículos 106 y 153 de la LPA; y b) La Presidencia delimite el cobro indebido en concepto de afianzamiento realizado en cada uno de los 41,717 créditos, clasificando los créditos por tipo, es decir, estableciendo si es un crédito decreciente o mutuo prendario con desplazamiento.

Dicha resolución fue legalmente notificada a la proveedora el día 29/11/2021, según consta a folio 1735, tomo IX.

III. DILIGENCIAS, INCIDENTES Y OTRAS ACTUACIONES

Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora, quien compareció conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

A. El día 13/12/2021, se recibieron escritos (folios 1738 y 1752-1754, tomo IX) firmados por el licenciado [redacted], en su calidad de apoderado general judicial de la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., mediante el cual realizó la solicitud de prórroga bajo los argumentos ampliamente detallados en resolución de fecha 20/12/2021 (folios 1776-1778, tomo IX), misma en la que se otorgó la prórroga solicitada por el plazo de 5 días hábiles. Además, adjuntó a su escrito la documentación de folios 1739-1751 y 1755-1763, tomo IX.

B. Asimismo, el día 04/12/2021, se recibió escrito (folios 1764-1765, tomo IX) suscrito por la licenciada [redacted], en su calidad de apoderada de la Presidencia, por medio del cual pretendía subsanar la prevención efectuada en resolución de inicio antes referida, señalando en síntesis:

- Que el detalle de la clasificación de los créditos solicitados respecto al cobro de afianzamiento —que fueron extraídos de la base de pagos entregada por la proveedora—, únicamente se puede determinar para los 37,103 créditos sujetos a revisión, ya que han sido los que se lograron vincular con la información relacionada de otorgamiento, cuyo detalle del cobro se encuentra en el “Anexo I” en el CD de folio 1,766, tomo IX.

- Que considera procedente que este Tribunal requiera a la denunciada la clasificación por tipo de crédito de un total de 4,164 créditos que no pudieron ser relacionados con la base de pagos por no contar la Defensoría con la información correspondiente, los que se encuentran identificados como “Anexo 2” en el CD referido.

De lo anterior, se determinó por parte de este Tribunal que la Presidencia ha subsanado de forma parcial la prevención antes relacionada, pues se vio imposibilitada de clasificar 4,614 créditos, a pesar de ser la que debió haber presentado la información total que le fue requerida, pues a ésta le corresponde la carga de la prueba. Por ello, se solicitó a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., que determinará la clasificación de las referencias crediticias detalladas en el “Anexo 2” del CD antes referido, conforme a lo consignado en la resolución de folios 1776-1778, tomo IX.

C. Posteriormente, el día 07/01/2022, se recibió escrito (folios 1783-1799, tomo IX) firmado por los licenciados _____ y _____, apoderados generales judiciales de la proveedora, a través del cual contestaron la audiencia otorgada en resolución de inicio, alegando en síntesis —argumentos ampliamente detallados en resolución de apertura a prueba de fecha 26/05/2022, folios 1800-1805, tomo IX— lo siguiente:

- Nulidad del procedimiento según la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante LPA—, por considerar que el acto de inicio del procedimiento notificado es nulo de pleno derecho, con base a la configuración del supuesto contenido en el artículo 36 letra b) de la LPA considerando que debe declararse de tal forma a fin de sanear el presente trámite y evitar que la resolución final del mismo adolezca de tal grave defecto, misma que fue declarada sin lugar, por cuanto este Tribunal ha apegado sus actuaciones dentro del marco legal respectivo y en ningún momento se ha generado vicio de ilegalidad alguno, lo cual fue ampliamente desarrollado en el romano II de la resolución de apertura a prueba antes relacionada.
- Nulidad de pleno derecho por violación a derechos constitucionales que subyace como defecto en la argumentación referida a la infracción por cobro de intereses arriba de lo establecido por la regulación emitida por el BCR, señalando que el penúltimo inciso del artículo 5 de la Ley Contra la Usura —en adelante LCU— es por demás inconstitucional, por considerar que, las condiciones de riesgo real de las operaciones de una casa de empeño, son totalmente diferentes a la categoría que se ha aparejado —tasa de interés propia del segmento de créditos de consumo, con el cual pretende empatársele—, que los créditos prendarios no recibieron una categoría especial en el referido artículo y que no contempló el segmento de la población a que sirven esta clase de créditos, indicando que la equiparación del crédito prendario al de consumo es errónea, lo cual devela un desconocimiento al momento de la redacción del mismo.

Asimismo, luego de realizar un amplio estudio jurisprudencial sobre el artículo 164 de la Constitución de la República —en adelante Cn—, determinó que si un administrado considera

que un acto es nulo de pleno derecho puede acudir a la legislación secundaria, o en su caso al artículo 164 Cn indistintamente, con la única condición procedimental que al hacer esto último, debe acreditarse que con dicho acto se violenta un derecho constitucionalmente establecido, concluyendo que la pretensión de sancionar a su mandante, representa flagrantes violaciones a las categorías jurídico constitucionales de seguridad e igualdad jurídica bajo los respectivos corolarios de falta de razonabilidad jurídica e interdicción a la arbitrariedad de los funcionarios públicos.

Sobre el referido alegato, este Tribunal, tiene a bien advertir lo resuelto en la sentencia 8-2008 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Honorable Corte Suprema de Justicia —en adelante SCA—, a la que alusión la proveedora en su escrito y sobre la que pretende se declare la nulidad de pleno derecho, misma que consigna —respecto del análisis del artículo 164 Cn— lo siguiente:

"(...) Por supuesto, para determinar si en efecto estos actos adolecen de este vicio de nulidad de pleno derecho, hará falta que un juez así los declare, tanto por ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales -artículo 172 de la Constitución- en función de la seguridad jurídica, la igualdad y la propia estabilidad y supervivencia del Estado de Derecho. Sostener que no debe mediar un juez que declare la nulidad y, en consecuencia, el acto no debe ser obedecido, implicaría una amenaza imponderable para el Estado, en la medida en que cada ciudadano podría entender dicho concepto a su conveniencia y simplemente desobedecer aquello que no le agrada o favorezca porque a su juicio es nulo. De ahí que sea necesario que el juez declare que determinado acto administrativo es nulo por ser contrario al ordenamiento constitucional (...)". El resaltado es nuestro.

La Constitución de la República, en el artículo 183 Cn reconoce la exclusividad para la Sala de lo Constitucional de conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, consignando literalmente, lo siguiente: *"La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano (...)"*. El resaltado es nuestro.

La doctrina por su parte, sostiene que: *No existe en la actualidad en las sociedades democráticas, un mejor mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales, que una jurisdicción constitucional, integrada por organismos especializados e independientes que tienen bajo su responsabilidad atender las quejas de los ciudadanos, cuando sus derechos fundamentales han sido violentados por las autoridades o por otras estructuras de poder (...). El recurso de inconstitucionalidad de las leyes, permite la acción ciudadana, una de las últimas expresiones de la soberanía popular, al tener los ciudadanos acción para pedir que las leyes inconstitucionales sean expulsadas del sistema; en algunos estados existen tribunales constitucionales, independientes del sistema judicial ordinarios, otros, como el nuestro mantiene una Sala*

de lo Constitucional, dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia.¹, tal recurso se encuentra regulado en el Título II de la Ley de Procedimiento Constitucionales, consignando en el artículo 6.- *La demanda de inconstitucionalidad deberá presentarse por escrito ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (...)*, consignando el listado de requisitos que debe contener tal escrito.

En virtud de lo anterior, la proveedora debió hacer uso de las herramientas legales antes señaladas, presentando su respectiva demanda de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional, a efectos de fundamentar, por qué la aplicación de la tasa de interés de los créditos de consumo —conforme a lo regulado en el artículo 5 de la LCU— al tipo de sector de créditos que constituyen el objeto de su negocio, esto es créditos prendarios —los cuales no se encuentran regulados en la LCU— es irrazonable, arbitraria o desproporcionada, en el que justifique del por qué las diferencias en los tipos de sectores de negocios son relevantes para considerar inaceptable el rango específico que la ley les fija para determinar el máximo de interés, y no sobre la base de una simple inconformidad con la forma en que la LCU regula los límites al cobro de intereses en el otorgamiento de créditos para las casas de empeño.

En consecuencia, resulta procedente declarar sin lugar la nulidad de pleno derecho por la falta de inaplicabilidad de la ley secundaria por parte de este Tribunal, ya que la proveedora, ante la especulación de una posible inconstitucionalidad del artículo 5 de la LCU, debió haber hecho uso del recurso de inconstitucionalidad conforme a lo regulado en la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Finalmente, respecto del resto de los argumentos alegados por la proveedora en cuanto a la violación de los principios de verdad material, legalidad, tipicidad, congruencia y transparencia, respecto de las imputaciones efectuadas por la Defensoría del Consumidor —en adelante DC—, serán analizados en el apartado correspondiente de la presente resolución; así como, el pronunciamiento de la nulidad de pleno derecho por violación a derechos constitucionales.

D. Posteriormente, y en virtud de lo alegado por la proveedora denunciada, este Tribunal, por medio de la resolución de apertura a prueba arriba relacionada (folios 1800-1805, tomo IX) misma en la que se desarrollaron los argumentos base de la inexistencia de prueba de cargo alegada, solicitó a la Presidencia se pronunciara sobre: a) la nulidad de pleno derecho por violación a derechos constitucionales en relación a la infracción por cobros de intereses arriba de lo establecido en la regulación emitida por el BCR; y, b) violación de los principios de verdad material, legalidad, tipicidad, congruencia y transparencia, respecto de las imputaciones efectuadas por la DC, las cuales tienen como base el *Informe de resultado de la verificación del cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, Ley Contra la Usura, y otra normativa de consumo en proveedores que prestan servicios financieros, no supervisados por la Superintendencia del Sistema Financiero*.

F. En virtud de ello, el día 14/06/2022 (folios 1810-1818, tomo IX), se recibió escrito firmado por la licenciada _____ quien actúa en calidad de apoderada general judicial con cláusula

¹ Solano, Mario (2007). Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid. Página 344.

especial de la Presidencia de la DC, en el que se pronunció sobre las nulidades de pleno derecho alegadas por la proveedora denunciada, manifestando lo siguiente:

- Que la DC considera imperante citar la sentencia 8-2008 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Honorable Corte Suprema de Justicia —en adelante SCA—, la cual, sumado a los extractos que fueron referidos por los apoderados de la proveedora en su escrito de folios 1783-1799, tomo IX, consigna —respecto del análisis del artículo 164 Cn— lo siguiente: *“(...) Por supuesto, para determinar si en efecto estos actos adolecen de este vicio de nulidad de pleno derecho, hará falta que un juez así los declare, tanto por ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales -artículo 172 de la Constitución- en función de la seguridad jurídica, la igualdad y la propia estabilidad y supervivencia del Estado de Derecho. Sostener que no debe mediar un juez que declare la nulidad y, en consecuencia, el acto no debe ser obedecido, implicaría una amenaza imponderable para el Estado, en la medida en que cada ciudadano podría entender dicho concepto a su conveniencia y simplemente desobedecer aquello que no le agrada o favorezca porque a su juicio es nulo. De ahí que sea necesario que el juez declare que determinado acto administrativo es nulo por ser contrario al ordenamiento constitucional (...)”*.

Asimismo, señaló, lo regulado en el artículo 183 Cn sobre la inaplicabilidad de las leyes, mismo que dispone: *“La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano (...)”*.

- Que en virtud de ello, la alegación de presuntas violaciones a la seguridad e igualdad jurídica, bajo el supuesto de considerar inconstitucional que los créditos prendarios que otorga la proveedora denunciada se equiparen a los créditos de consumo en la segmentación contenida en el artículo 5 de la LCU, carece de fundamentación jurídica.
- Advierte que para la realización de los cálculos, aplicación de metodología a utilizar y aplicación de preceptos legales, no se ha designado a la proveedora en cuestión de forma deliberada en el segmento de créditos de consumo para efectos de realización de la auditoría y elaboración de la denuncia en cuestión, sino que la misma LCU en el artículo 7 inciso tercero, establece: *“(...) En cualquier caso, la tasa efectiva de las operaciones sujetas a la presente Ley, que no estén incluidas en algunos de los tipos de crédito mencionados en el Art. 5 de esta Ley, no podrá ser mayor a la tasa máxima más alta publicada por el BCR para el período (...)”*, razón por la cual, que se han efectuado los cálculos con base al tramo designado en la segmentación que detalla el artículo 5 de la LCU, apartado denominado créditos de consumo, en la forma en la que ya fue expuesta dentro de la denuncia que corre agregada en el expediente de mérito, concluyendo que

este Tribunal deberá desestimar dicho alegato y multar a la proveedora por cobrar una tasa de interés superior a la máxima fijada por el BCR.

En relación a la presunta violación a principios de verdad material, legalidad, tipicidad, congruencia y transparencia, respecto de cada imputación sostuvo lo siguiente:

(i) *Imputación referida a supuestos cobros indebidos en concepto de afianzamiento y en concepto por desembolso y resguardo.*

- Que el artículo 12-A inciso primero de la LPC, establece de forma clara lo que debe entenderse por servicio inherente al objeto del contrato; que la proveedora utiliza para el otorgamiento de créditos, contratos de mutuo prendario con desplazamiento, que de conformidad al artículo 2134 del Código Civil, debemos entender por contrato de prenda: “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario (...)”. Asimismo, define el contrato de prenda con desplazamiento como aquella donde el bien que es entregado en calidad de prenda, queda retenida por la institución que otorga el crédito, señalando que, la proveedora denunciada ocupa la calidad de depositario de los bienes, mientras el consumidor termina de pagar el crédito que esta le otorga, buscando al final del crédito, recuperar el bien que se entregó como garantía para el pago del crédito.
- Que la proveedora cobra a los usuarios un valor *bajo el concepto de afianzamiento*, un porcentaje del 7% sobre el monto otorgado más IVA, el cual se describe en el contrato como CONSTITUCIÓN DE FIANZA, cobros que la DC considera indebidos, ya que la fianza es un seguro de respaldo para la proveedora denunciada, en caso que el consumidor no pague el crédito, razón por la que considera que no es un servicio prestado al consumidor de forma adicional, ya que éste no recibe ninguna prestación adicional por el crédito (El resaltado es nuestro).
- Por ello, cuestiona que sucede en los casos en que el consumidor pago de forma correcta su crédito y adicionalmente pago el 7% en concepto de fianza, concluyendo que en tales casos el consumidor no recibió nada, sin embargo la proveedora ya tenía una garantía por el presunto impago del crédito, el cual es el bien entregado en prenda, reflejando su ganancia con el cobro de intereses que ya efectúa, por lo que, la carga de la ya mencionada “fianza” le corresponde a la proveedora y no al consumidor, ya que el servicio por afianzamiento quien lo recibe al final de todo es la proveedora denunciada y no el consumidor, pues es su garantía (El resaltado es nuestro).
- Que la proveedora cobra a la mayoría de los clientes *bajo el concepto de comisión por desembolso y resguardo*, un porcentaje del 4.50% del monto otorgado más IVA, el cual se describe en el contrato como COMISIÓN POR OTORGAMIENTO, cobro que, por tratarse de

contratos de prenda con desplazamiento, obedece a un servicio que es inherente al objeto del contrato, con lo que incumple del mismo modo lo establecido en el artículo 12-A de la LPC.

- Que por ello, se observa que el cobro del “afianzamiento” y la “Comisión por otorgamiento y resguardo” no son servicios adicionalmente prestados por la proveedora, sino que al contrario, por la naturaleza del contrato de fianza con desplazamiento, la fianza, el otorgamiento y resguardo se vuelven inherentes al objeto del contrato, advirtiendo que realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores consistentes en cobros indebidos, constituye por parte de la proveedora una violación a los derechos económicos de los mismos, configurándose de esa forma la infracción establecida en el artículo 44 letra e) en relación a los artículos 12-A, 18 letra c) y 19, todos de la LPC, por lo que no hubo ninguna afectación al principio de legalidad, verdad material, ni tipicidad como lo alegan los apoderados de la proveedora, ya que la base legal con la que se ha denunciado fue la antes citada.

(ii) *Imputaciones referidas al tema de cláusula abusivas dentro de los contratos.*

- Que en ningún momento la DC se contradice o falta al principio de congruencia —luego de relacionar los argumentos expuestos por los apoderados de la proveedora en cuanto a tales incumplimientos— en primer lugar, porque sin perjuicio al principio de legalidad que emana de la Constitución, en materia de consumo, y por especialidad, las actuaciones de la DC se rigen por la LPC y el artículo 167 de la misma regula la aplicación supletoria de la legislación común, la cual dicta que en lo no previsto en la LPC, se aplicarán las disposiciones del derecho común siempre que no contradiga los principios que informan a la misma.
- Que debe considerarse que existe una presunción de legalidad en las actuaciones de la Administración Pública, relacionando jurisprudencia al respecto. Además, señala que los contratos que utiliza LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. poseen la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, los cuales se caracterizan por establecer de forma anticipada las condiciones generales de negociación resultantes de un consentimiento sin convención, relacionando el artículo 22 de la LPC y del Reglamento de la LPC, mismo que consigna los requisitos que deben cumplir tales contratos.
- Que, luego de realizar una breve reseña del concepto de cláusulas abusivas, lo regulado en el artículo 17 de la LPC sobre éstas y sobre los mandatos implícitos que contiene el principio de tipicidad, concluye que con la inclusión de cláusulas —las cuales dejan en una evidente situación de desigualdad al consumidor frente al proveedor denunciado— se determina una violación al artículo 17 de la LPC, ya que el proveedor, valiéndose de su posición dominante, incorpora tales cláusulas en el contrato de adhesión o condiciones generales de contratación —el cual según la doctrina, se define como aquellos cuyo contenido ha sido determinado por uno solo de los contratantes, al que se deberá adherir la contraparte que desee acordar una relación jurídica

obligatoria—, por lo que el consumidor no puede disponer u opinar sobre las mismas, por cuanto la proveedora únicamente entrega un formulario al momento que éste solicita el crédito, no teniendo más opción —por la necesidad de acceso al préstamo— que adherirse a tales condiciones, razones por las que ratifica cada uno de los incumplimientos e infracciones acreditados dentro de la denuncia de mérito.

(iii) ***Imputación basada en la supuesta inconsistencia en la información de operaciones crediticias remitidas al BCR.***

- Luego de relacionar los argumentos señalados por la proveedora, concluye que la DC es respetuosa de la Cn, de las leyes, reglamento y normativa que les dota de competencia como institución defensora de los derechos de los consumidores, a quienes procura proteger frente a cualquier violación de sus derechos, por lo que, la denuncia presentada contra la proveedora denunciada, han sido fundamentadas conforme a las leyes, las conductas acreditadas son típicas por estar prescritas dentro de la norma, y apegada a derecho respetando el principio de legalidad que emana de la Cn —artículo 86 de la Cn—, ratificando cada uno de los incumplimientos señalados dentro de la denuncia.
- Sobre esta imputación, resulta importante mencionar que, de conformidad a los argumentos expuestos en la resolución de inicio, la infracción al artículo 12 inciso tercero de la LCU en relación al artículo 6 de la misma normativa, esto es por remitir información inexacta de la actividad económica de los meses de junio y diciembre del año 2019 reportada por la proveedora al BCR, fue declarada *improponible* por atípica.

G. El día 21/06/2022, se recibió escrito (folios 1828 y 1829, tomo IX) firmado por el doctor [firma], en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la proveedora, mediante el cual solicitó la ampliación del plazo de 8 días hábiles otorgado en la resolución de apertura a prueba del día 26/05/2022 (folios 1800-1805, tomo IX), petición que fue concedida por el plazo de 4 días, conforme a lo consignado en la resolución de folios 27/06/2022 (folios 1830 y 1931, tomo IX), contestando la referida audiencia a través del escrito de folios 1836-1846, tomo IX, cuyos argumentos que serán desarrollados en el **romano IV** de la presente resolución.

H. Finalmente, en el referido escrito, los apoderados de la proveedora —luego de exponer los motivos de su petición, así como el resto de argumentos de defensa— solicitaron la realización de un peritaje judicial, proponiendo para tal efecto al licenciado [firma], así como la declaratoria de suspensión del procedimiento por el plazo máximo de 2 meses conforme a lo regulado en la LPA, para que el perito nombrado emitiera su dictamen, petición que también fue concedida por este Tribunal conforme a lo consignado en la resolución de fecha 13/07/2022 (folios 1848-1851, tomo IX) en la que suspendió el plazo para concluir el procedimiento por treinta días contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma, para la realización de las diligencias para mejor proveer, en donde se requirió a la proveedora denunciada la

presentación del dictamen ofrecido, por los motivos expuestos en **romano II** de la referida resolución, la cual fue notificada mediante correo electrónico en fecha 27/07/2022 (Folios 1854 y 1855, tomo IX).

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA DENUNCIADA Y PRUEBA OFERTADA

A. Como primer punto, los apoderados de la proveedora denunciada a través del escrito de folios 1783-1799, tomo IX, manifestaron, respecto de las infracciones atribuidas lo siguiente:

- (i) En relación a la imputación referida a supuestos cobros indebidos en concepto de afianzamiento:
- Que la imputación es atípica y por ello la pretensión de sancionar es ilegal, considerando que la DC objeta a su mandante el transparentar los costos asociados a la emisión del crédito, señalando que toda institución que presta dinero tiene costos asociados a los créditos que emite, y que cada institución posee distintas ofertas de servicios y estas tienen diferentes intereses y costos asociados a las mismas, asimismo, señalan que la DC se ha apartado del estudio de la verdad material, es decir, de la realidad del negocio de su mandante.
 - Además, sostienen que las garantías que cada cliente contrata para respaldar los intereses, se puede sustituir por un fiador o avalista presentado por el cliente al momento de contratar el crédito, o por otro lado, contratarse por la totalidad del crédito, sin embargo por la naturaleza del crédito, el destino y la facilidad que representa, los clientes no optan por tal opción, buscando por el contrario el pronto retiro con el crédito aprobado y su desembolso inmediato, sin complicaciones adicionales, pese a que esto represente para ellos el pago de un valor adicional.
 - Concluyendo que no puede devenir en ilegal un servicio prestado a los clientes que no es inherente al negocio sino el resultado de la necesidad de los clientes de obtener un financiamiento de una manera inaccesible en otro tipo de prestadores de servicios financieros, como los bancos o cajas de crédito cuyos trámites son prolongados y complejos, por lo que, el pretender que el cliente contrate en contra de su voluntad el 100% del monto otorgado, estaría el principio de eficiencia y economía a favor del consumidor por hacerlo incrementar el costo del crédito contratado innecesariamente.
- (ii) En relación a la imputación referida a supuestos cobros en concepto de comisión por desembolso y resguardo:
- Que tal imputación está basada en una consideración incompleta y superficial del negocio de su mandante, puesto que se ha presumido, sin mayor estudio ni análisis de las características propias en un negocio como el de su mandante, señalando que debe considerarse dicho cobro como no inherente al negocio sino como un gasto que forma parte del sistema de costos indispensables y naturalmente adicionales para la actividad económica de la misma, con lo cual se aparta del estudio de la verdad material.

- Advierten que el resguardo cumple con las condiciones que estipula el artículo 12-A de la LPC, por lo que la imputación es atípica, y por ello la pretensión de sanción es ilegal, reiterando que al objetar la DC a su mandante el revelar a sus clientes el valor de sus créditos y los costos asociados, viola lo establecido en el artículo 20 y 21 de la LPC, faltando a los principios de legalidad y verdad material, ya que efectivamente lo que se oferta al cliente y lo que se cobra es el costo asociado a la custodia del bien dado en garantía

(iii) En relación a la imputación referida a supuesta violación por la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, por ejecución de la opción de dación en pago:

- Que de una lectura cuidadosa de la cláusula se puede colegir, que la pública subasta es una posibilidad, por lo que tal imputación, violenta el principio de verdad material al darle una interpretación distinta a la que la formulación del contrato da, ya que en ningún momento se determina la obligación de entregarlo, sino una posibilidad, la cual puede o no llegar.
- Por último, advierten que la DC falta al principio de legalidad a favor del consumidor, relacionando lo regulado en el artículo 978 del Código de Comercio —en adelante C.Com.—, disposición que falla a favor del cliente en caso que una cláusula resultare en una duda de aplicación, agregando que la DC emite una resolución que viola el principio de congruencia, cuando en su redacción realiza objeciones contradictorias, ya que por una parte sostiene que el prestador de servicio se abstrae en el contrato de la jurisdicción y con posterioridad declara que el prestador de servicios obliga al cliente a someterse a determinada jurisdicción, deviniendo en una contracción excluyente entre sí, ya que por una parte asegura que los clientes renuncian a la jurisdicción y que anticipadamente entregan el bien en pago, pero por otra, reclaman que los clientes se sometan a una jurisdicción en particular.

(iv) En relación a la imputación referida a supuesta violación por las responsabilidades del cliente frente a la recuperación judicial de su deuda:

- Que tal objeción violenta el principio de legalidad, en función de que pretende exigir a su mandante requisitos o formulaciones que la LPC no ordena, relacionando a tal efecto el artículo 16 de la LPC, manifestando que califica de abusiva la cláusula en la que se responsabiliza de los gastos de cobro al cliente moroso por el hecho de no definir o listar todas las posibilidades de costos asociadas a la recuperación de una deuda sobre un bien, cuando por la naturaleza de los negocios que se realizan, una definición taxativa o más detallada es imposible e inviable, considerando que a pesar de ello, la forma en la que ha quedado consignada en el texto no contraría ninguna disposición en cuanto a la información que por ley debe contener la cláusula, es decir si las posibilidades son considerables la única forma de definirlo de manera clara para el consumidor es por la forma en la que se ha hecho: “costos asociados a la recuperación”, por lo que, a su juicio, tal imputación carece de tipicidad.

(v) En relación a la imputación referida a supuesta violación por señalamiento de domicilio especial:

- Que tal señalamiento no es atípico, ya que las partes definen el domicilio de San Salvador como un lugar donde ser demandados en caso de diferencias, es decir ambas partes poseen certeza de donde recurrir en caso de acción judicial, es decir, una renuncia sería dejar a merced del acreedor la decisión de donde demandar, como en el caso que el cliente firmara un acuerdo que lo obligara expresamente a renunciar a su domicilio dejando a opción del acreedor dónde demandar, situación que consideran no sucede en el presente caso, por lo que tal cláusula lejos de ser abusiva da seguridad a ambas partes.

(vi) En relación a la imputación referida a supuesta sustracción de obligaciones, por declarar en el contrato que no es responsabilidad del acreedor la pérdida de la cosa por caso fortuito y fuerza mayor:

- Que tal imputación viola los principios de legalidad y tipicidad, ya que la sustracción de obligaciones —porque la acreedora no será responsable del bien dado en garantía en caso que éste sea dañado, deteriorado, destruido o cualquier otra forma en que ocurra dado por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier causa sobreviviente—, no es prohibida conforme a lo regulado en: **a)** el artículo 1987 del Código Civil —en adelante C.C.—, el cual regula las responsabilidades del depositario, señalando que tal cláusula no deviene en un abuso al cliente, por cuanto solo retoma lo que ya reguló la ley; y, **b)** el artículo 955 del C.Com., por cuanto conforme al mismo, no es prohibido que su mandante se abstenga de excluir la responsabilidad en una manera que dicho cuerpo legal no prohíbe, ya que las causales que determinan donde no es responsable la prestadora no son las que limita el mismo.

Concluyendo que es una imputación atípica que la DC pretenda que un prestador de servicios, aclare en qué momento es y no responsable de los bienes que tiene en custodia cuando la ley no le prohíbe hacerlo.

(vii) En relación a la imputación referida a la cláusula que establece que el acreedor aplique la caducidad por falta de pago de una cuota:

- Que la DC realiza una imputación atípica y violenta al principio de legalidad porque el acreedor aplique la caducidad por falta de pago de una cuota, advirtiendo que existe un trato desigual cuando la DC pretende en una relación contractual, proteger al deudor moroso en contra de los intereses legales del acreedor, ya que la posibilidad de recuperar materialmente la deuda disminuye gradualmente en función del plazo que transcurra desde que se constituye en mora el deudor, resultando inviable que la DC pretenda que el acreedor persiga solamente la cuota en mora cuando la capacidad del moroso disminuye conforme su situación de pagos se deteriora, violentando el principio de legalidad.

(viii) En relación a la imputación relativa a que el acreedor únicamente responde por los intereses y no por la totalidad del crédito, y su consideración como supuesta cláusula abusiva:

- Que la interpretación efectuada por la DC viola el principio de legalidad, ya que si bien es cierto la solidaridad en materia mercantil es la norma, conforme a lo regulado en el artículo 1540 del C.Com., existe una excepción dictada en el artículo 962 del referido cuerpo legal, a partir de ello, razonan que la exclusión de bienes no viene aparejada a la cantidad o al porcentaje de la deuda que el fiador garantice a favor del deudor principal, sino en el sentido de que no puede solicitar que se le cobre al deudor principal antes que a él o excluir bienes del embargo, reiterando que conforme a tal excepción si podría existir, como en el caso en estudio, un pacto que rompa la solidaridad.
- Finalmente, concluyen que no es procedente la confusión que la DC realiza de la solidaridad de la garantía mercantil con la exclusión de bienes y que, no se pierde la naturaleza de fiador por el hecho de no ser solidario, así como tampoco deviene en ilegal el cobro realizado por efectuarse de acuerdo a los pactos entre partes que se permiten en la ley, conforme a la interpretación que éstos realizan del artículo 962 del C.Com.

(ix) En relación a la imputación basada en la omisión de entrega de información al BCR:

- Que la falta de la referida información obedeció a problemas en el acceso al sistema informático del BCR y a la imposibilidad de remitir tal información de manera física directamente al BCR, dejando patente la aceptación de dicho cargo y, en consecuencia, la procedencia del pago del monto a imponer en concepto de multa.

B. Posteriormente, mediante escrito de fecha 08/07/2022 (folios 1836-1847, tomo IX), los apoderados contestaron la audiencia probatoria otorgada, ratificando los argumentos antes relacionados y ofreciendo prueba pericial, la cual a la fecha de emisión de la presente resolución no fue presentada.

V. CRITERIO PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

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 las infracciones atribuidas a la denunciada, delimitadas en el romano **II**, letra **B** de la presente resolución.

El artículo 313 del Código Procesal Civil y Mercantil —en adelante CPCM—, de aplicación supletoria en el presente procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 167 de la LPC, señala que la prueba tendrá por objeto las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos; prueba que, además, debe haber sido obtenida de forma lícita, debe 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.

Asimismo, de conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la LPA, 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 adelante SCn— 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 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**, el resaltado es nuestro.

Además, 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”**.

VI. ANÁLISIS DE LAS INFRACCIONES A LA LPC

A. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA D) EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 12-A Y 19 LETRA A), TODOS DE LA LPC.

Por otra parte, a la proveedora denunciada se le atribuye también la posible comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 letra d) de la LPC, que estipula: "*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: d) Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios (...)*" en relación al artículo 12-A de la misma ley, que establece: "*Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor. Se entenderá por servicio inherente al producto o servicio contratado por el consumidor, aquél que es necesario para la efectiva prestación del objeto o finalidad del contrato. Únicamente procederá el cobro de recargos por incumplimiento contractual por parte del consumidor, cuando éste esté debidamente identificado en el respectivo contrato (...)*".

De lo expuesto, se colige que, por *servicio adicional*, se entenderá, aquél que es diferente del servicio principal contratado, no siendo suficiente con que reúna esa calidad o se describa como tal, sino también, que el proveedor proporcione tal servicio.

En ese sentido, *si la comisión corresponde a una actividad que no constituye un servicio o es un servicio inherente* al producto o servicio contratado por el consumidor, porque resulta necesario para que el contrato cumpla con su objeto, *el cobro de la misma no tiene razón de ser*, ya que no se trata de un servicio adicional.

Ahora bien, cuando se trate de recargos, su procedencia dependerá de que el cobro por los mismos corresponda o tenga como causa un incumplimiento contractual de parte del consumidor; y para tal efecto, se requiere, de forma indispensable, que dicho cobro haya sido previamente pactado y debidamente identificado en el contrato respectivo.

En concordancia con lo anterior, el cobro de comisiones o recargos incumpliendo la citada disposición, conlleva a la comisión de la infracción administrativa contenida en el artículo 44 letra d) de la LPC; lo que, en caso de configurarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 47 del referido cuerpo normativo, siendo la multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

B. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 18 LETRA C), AMBOS DE LA LPC.

1. Adicional a lo anterior, a la proveedora denunciada se le atribuye la posible comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, que estipula: "*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: (...)* realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)" en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, que establece que son prácticas abusivas y por tanto están prohibido: "*Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor (...)*". En caso de comprobarse la comisión de dicha infracción, acarrearía la sanción establecida en el artículo 47 de la misma normativa, siendo la multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Las prácticas abusivas son todas aquellas actuaciones de los proveedores que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, de desigualdad o que anulen sus derechos, motivo por el cual, el artículo 18 letra c) de la LPC establece, en específico, como práctica abusiva el cobro indebido, y señala a título de ejemplo algunas causas por las que un cobro puede considerarse como tal: la falta de autorización o solicitud del consumidor.

El carácter indebido del cobro que cita el artículo antes mencionado se fundamenta en el hecho que *no sea obligatorio ni exigible, que sea ilícito, injusto o falto de equidad*; es decir, que no se pueda acreditar la existencia de una obligación que emane de la ley o de la libre voluntad de las partes dentro del marco legal.

En ese orden de ideas, la Sala de lo Contencioso Administrativo —en adelante SCA— mediante sentencia pronunciada el 06/11/2013, en el proceso referencia 305–2010, sostiene que *«En ocasiones, los cobros indebidos tienen origen en una actuación "fraudulenta" o con malicia por parte del proveedor, sin embargo, la mayor parte de los casos corresponden a deficiencias en la administración interna del proveedor. El artículo 18 literal c) de la LPC, es el que nos enmarca como práctica abusiva efectuar cobros indebidos, éste artículo tiene una naturaleza enunciativa y no taxativa, ya que se entiende en la ley, en derecho comparado y en doctrina, que un agente económico realiza cobros indebidos cuando el proveedor cae en uno o más de los siguientes supuestos: a) cuando se cobra por medio de facturas o por cualquier otro medio con el mismo fin, servicios que no han sido efectivamente prestados; b) cuando se altera la estructura tarifaria sin que medie autorización del cobro por parte del consumidor; y c) cuando se efectúa un cobro sin el respaldo que lo legitime para realizarlo»*.

2. Ahora bien, es menester señalar que la LPC, en su capítulo III regula lo relativo a la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores. Así, el artículo 11 de la referida ley determina que los intereses económicos y sociales de los consumidores serán protegidos en los términos establecidos en dicha ley, aplicándose supletoriamente lo previsto por las normas financieras, civiles, mercantiles, las que regulan el comercio exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio.

Lo anterior, porque en el presente procedimiento, además de atribuir a la proveedora la infracción al artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c), ambos de la LPC, *por haber realizado cobros indebidos resultantes de cobrar un porcentaje en concepto de afianzamiento*; también, se ha denunciado una posible infracción a tal artículo *por haber pactado y cobrado una tasa de interés superior a la TML establecida en el BCR*.

Por todo lo anterior, para que se configure la infracción muy grave contenida en el artículo 44 letra e) de la LPC *“realizar prácticas abusivas”* en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, que establece como práctica abusiva los cobros indebidos, este Tribunal deberá analizar, en 2 distintos supuestos, *que la denunciada haya ejecutado cobros indebidos sin el respaldo —legal o contractual— que lo legitime para efectuarlo*, lo que en caso de llegar a comprobarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 47 del referido cuerpo normativo.

3. Finalmente, es menester señalar, que en relación a la conducta de: *cobros indebidos por incumplimiento a la TML*, este Tribunal tomara en cuenta las consideraciones siguientes:

Que el artículo 1 de la LCU, establece que dicha ley tiene por objeto proteger los derechos de propiedad y posesión de las personas.

Asimismo, el artículo 3 de la LCU, señala que dicha Ley "(...) se aplicará a toda clase de acreedores, ya sean personas naturales o jurídicas, instituciones del sistema financiero, casas comerciales, montepíos, comerciantes de bienes o servicios, casas de empeño, y en general, a cualquier sujeto o entidad que preste dinero (...)".

En el artículo 5 de la LCU, se establece la segmentación de créditos la cual permite la diferenciación de las tasas máximas de interés ofrecidas al público. Uno de los segmentos de crédito establecidos en el numeral 1) de dicha disposición son los créditos de consumo para personas naturales, los cuales se subdividen en créditos con orden de descuento y sin orden de descuento.

Respecto al crédito de consumo sin orden de descuento se establece que "*Es el crédito decreciente otorgado a personas naturales para financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios, en el que no se pacta una orden de descuento del salario del deudor, diferenciados en dos rangos (...)*".

En relación al cobro de intereses, la LCU prescribe que, todos los créditos no podrán tener una Tasa de Interés Efectiva —en adelante TIE— mayor a la TML establecida por el BCR para cada segmento, a partir de la vigencia de dicha Ley, ya sea que, sean prestados por instituciones reguladas o no reguladas (casas de empeño) y cualquier otro acreedor. Asimismo, se determina que cualquier tasa superior a la TML establecida por el BCR, será considerado interés usurero.

En ese sentido, el artículo 7 de la LCU, señala que: "*Todos los créditos, a partir de la vigencia de esta Ley, ya sea por instituciones reguladas o no reguladas, como casas de préstamos, casas de empeño, montepíos o comerciantes de bienes y servicios y cualquier acreedor, no podrán tener una tasa de interés efectiva mayor a la tasa máxima vigente por segmentos establecida por el Banco Central de Reserva para cada segmento, será considerada interés usurero y estará sujeto a las sanciones legales correspondientes*". *Por consiguiente, el cobro de intereses superiores a la TML vigente al momento de la contratación, constituye un cobro ilícito, consecuentemente, un cobro indebido.*

C. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS RELATIVOS A LAS INFRACCIONES DE POSIBLES COBROS INDEBIDOS EN CONCEPTO DE INTERESES Y COMISIONES

En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental —**relacionada con las posibles infracciones a la LPC relativas a posibles cobros indebidos en concepto de intereses y comisiones**— consistente en:

- 1) Fotocopia certificada por notario de carta identificada bajo el número 000679, emitida por el señor _____, en su calidad de Presidente del BCR en fecha 27/09/2019 (folio 1708, tomo IX), mediante la cual informó a la Presidencia de la DC sobre los incumplimientos de la proveedora denunciada a lo establecido en los artículos 6 y 12 de la LCU, adjuntando disco compacto con

información digital titulado “190926_1445” que contiene, entre otros aspectos: listado de operaciones de créditos otorgados entre diciembre de 2018 a mayo de 2019 por las entidades no supervisadas por la Superintendencia del Sistema Financiero —en adelante SSF—, consignados en los archivos: 1 Operaciones que superan las TML Vigentes No Supervisadas 13vo Cálculo, 2 Total de Operaciones No Supervisados 13vo Cálculo y 3 Operaciones que superan las TML Vigentes No Supervisados 13vo Cálculo.

- 2) Fotocopia certificada por notario de carta identificada bajo el número 000249, emitida por el señor _____, en su calidad de Presidente del BCR en fecha 25/05/2019 (folio 1709, tomo IX), mediante la cual informó a la Presidencia de la DC sobre los incumplimientos de la proveedora denunciada a lo establecido en los artículos 6 y 12 de la LCU, adjuntando disco compacto con información digital titulado “Mi disco” que contiene una carpeta denominada “DC 2do Semestre 2019”, con los siguientes archivos: 1 Lista de Acreedores y Reporte de Remisión Información No Supervisados 14to Cálculo, 2 Total de Operaciones No Supervisados 14to Cálculo y 3 Operaciones que superan las TML Vigentes No Supervisados 14to Cálculo.

Al respecto, es menester señalar que de tales actos de comunicación, se extrajo la información concerniente a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., extrayendo de los 2 últimos archivos de los referidos CD’s, del primero la cantidad de 7,530 créditos y del segundo la cantidad de 4,646 créditos y que constan en el CD de folios 1716, tomo IX.

Asimismo, manifestó la Presidencia que durante la verificación —auditoría—, y como parte de los procesos de validación de la información, se requirió a la sociedad auditada la información total de los créditos otorgados durante el periodo del 01/12/2018 al 30/11/2019; por consiguiente, la proveedora entregó un total de 41,760 operaciones de crédito, sin embargo, la DC determinó que dos referencias de crédito estaban duplicadas (contratos de referencia “0101137884” y “0201100692”), en consecuencia, se estableció que en total fueron otorgadas 41,758 operaciones de crédito —éste dato resultó de la consolidación y depuración de datos que realizó la DC— dicha información corre agregada a fs. 289—293 y CD de fs. 294 del tomo II. Además, se determinó que la denunciada, no reportó 29,582 operaciones crediticias al BCR, las cuales correspondían a los meses entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019, el listado de dichas referencias corre agregado al anexo 2.1 ubicado en el CD fs. 1,666 del tomo IX.

Por lo que, durante el desarrollo de la verificación se determinó la totalidad de 41,758 créditos —éste dato resultó de la consolidación y depuración de datos que realizó la DC— otorgados por la proveedora denunciada durante el período de 01/12/2018 al 30/11/2019, el cual arrojó como resultado un total de 29,582 créditos que la proveedora no informó al BCR y un total de **41,758 créditos** otorgados por la denunciada superaron la TML vigente para el 13vo y 14to cálculo.

- 3) Acta para el inicio de auditoría de verificación del cumplimiento de la LPC, LCU y otra normativa aplicable por parte de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. (folios 37-39, tomo I) y CD (folio 85, tomo I), que contiene una carpeta denominada “Cargas del BCR” que contiene las siguientes subcarpetas: “2019 Diciembre a Mayo”, la cual contiene 6 archivos tipo texto, conteniendo la información de las operaciones de crédito de los meses entre diciembre 2018 y mayo de 2019; “2019 Junio a Noviembre” la cual contiene 4 archivos tipo texto, conteniendo la información de las operaciones de crédito de los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2019; y, “Consolidado de Créditos Otorgados Dic2018-Nov2019”.
- 4) Base de datos incorporada en CD’s proporcionados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., conforme al siguiente detalle:

| Fecha de requerimiento DC | Folio/Tomo | Fecha de respuesta proveedora | Folio/Tomo |
|---------------------------|------------------|-------------------------------|------------------------------------|
| 16/12/2019 | 37-39, tomo I | 16/12/2019 | 85, tomo I |
| | | 15/01/2020 | 288, tomo II |
| | | 20/01/2020 | 289 y 290, tomo II 294, tomo II |
| 30/01/2020 | 295-297, tomo II | 05/02/2020 | 334, tomo II |

En los que se detallan en total 41,758 operaciones de crédito otorgadas en el periodo de 01/12/2018 al 30/11/2019, de los cuales 29,582 créditos no fueron reportados al BCR correspondientes al período antes referido.

- 5) Acta para la fase final de auditoría a la cartera de créditos de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. de fecha 31/08/2020 (folios 1661-1664, tomo IX). En la misma, los delegados de la DC dejan constancia de la auditoría iniciada en fecha 16/12/2019 según acta de la misma fecha y nota PRE-DC-C908-2019 de fecha 16/12/2019 (folio 40, tomo I), cuyo alcance comprende la cartera de créditos de la proveedora correspondiente al período entre el 01/12/2018 y 30/11/2019. En relación a los objetivos del acta en mención, se dejó constancia de lo siguiente:
- **Objetivo a):** que el proceso de revisión de los documentos e información original de los 198 expedientes de crédito fue realizado en las oficinas por la denunciada en las fechas del 05, 07, 11, 13 y 19, todas del mes de febrero del año 2020.
 - **Objetivo b):** el detalle de la información entregada por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. a los delegados de la DC, tanto de forma física como de forma electrónica se encuentra en el Anexo 1 de la misma (folio 1666, tomo IX), en el que se describe la información solicitada, fecha de solicitud, la fecha de entrega, entre otros aspectos.
 - **Objetivo c):** se hace constar que se encontraron inconsistencias entre la información que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. entregó al BCR correspondiente a los créditos otorgados y la

verificada por los delegados de la DC correspondiente al período del 01/12/2018 al 30/11/2019, así como inconsistencias en la documentación revisada, detallando como posibles incumplimientos —entre otros— los siguientes:

- **A la LPC:**

- ✓ El valor cobrado en concepto de comisión por desembolso y resguardo, se puede observar en la base de datos de pagos existen dos campos denominados: “Comisión por Otorgamiento” e “IVA Com. Otorgamiento” en el cual se refleja el cobro por comisión por desembolso o resguardo de la prenda dada en garantía, la cual totaliza un valor de \$91,085.38 IVA incluido en 30,004 referencias de crédito que constan en **anexo 2.4** (CD de folio 1666, tomo IX), el cual se encuentra descrito en el contrato como “COMISIÓN POR OTORGAMIENTO”. Al respecto, el representante de la proveedora manifestó que el cobro en referencia se hace a los créditos con vencimiento a 30 días únicamente y se cobra dado al proceso o tratamiento externo que se hace de las prendas.
- ✓ El valor cobrado en concepto de afianzamiento, se puede observar en la base de datos de pagos existen tres campos denominados: “Pago Total Valcorp”, “Fianza Valcorp” e “IVA Fianza”, en los cuales se refleja el cobro por afianzamiento del crédito, y que totaliza un valor de \$225, 640.59 IVA incluido en 41,717 referencias de crédito que constan en **anexo 2.5** (CD de folio 1666, tomo IX), cobro descrito en el contrato como “CONSTITUCIÓN DE FIANZA”.
- ✓ Se informa que el contrato firmado entre LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. y el deudor, así como la dación en pago y el finiquito, se encontraban siendo analizados por la Dirección Jurídica de la DC, a efectos de determinar la existencia de posibles cláusulas abusivas.

- **A la LCU:** Remisión parcial al BCR, de las operaciones de crédito contratadas; la DC identificó 29,582 operaciones de crédito contratados entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019 no fueron reportadas al BCR.

➤ **Objetivo d): se dejó constancia que se explicó a los representantes de la denunciada:**

- La plantilla de cálculo que es utilizada por el BCR para la determinación de la TIE, la cual se encuentra a disposición en la página web del BCR.
- Que para determinar el cálculo de la TIE y su comparación con la TML vigente, se utilizó como ejemplo las referencias de 5 usuarios detallados en el Anexo 4.1 denominado “Plantilla de cálculo de TIE” de dicha acta (folio 1666, tomo IX),

observando en el desarrollo de tales ejemplos, que existen créditos que sobrepasan la TML vigente a la fecha de otorgamiento del mismo, omisión, inconsistencias y correcciones en la información reportada, utilizando la información de bases de datos de créditos y pagos realizados por los usuarios explicando el ajuste que debe realizar a la TIN anual a fin de que se cumpla con la TML vigente a la fecha de otorgamiento.

- La metodología que utiliza la DC para la reconstrucción del universo de créditos otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. durante el periodo de 01/12/2018 al 30/11/2019, para lo cual se utilizó la base de datos de los pagos realizados por consumidores conforme al detalle expuesto en el Anexo 6 de folios 1666, tomo IX.

6) Original de Informe de resultados de la verificación del cumplimiento de la LCU en proveedores que prestan servicios financieros no supervisados por la SSF (folios 1672-1716, tomo IX) emitido en fecha 30/09/2020, por la Unidad de Auditoría de Consumo —UAC— de la Dirección de Vigilancia de Mercado —DVM—, por medio del cual, se establece:

(i) Numeral 5, apartado 5.5 Cartera de Créditos a evaluar en el período de verificación:

- Que la DC recibió del BCR dos notas que contenían el total de operaciones de créditos observadas de los acreedores no supervisados registrados en el BCR, siendo el reporte total de 41,760 operaciones crediticias, base de datos entregada el 20/01/2020, de las cuáles 2 operaciones de créditos se encontraban duplicadas, por lo que el total de operaciones es de 41,758, que dicho Banco reportó a la DC con TIE superior a la TML vigente y publicada por el BCR al 13vo y 14to cálculo, correspondiente a créditos otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. entre 01/12/2018 a 30/11/2019 (**Cuadro 1.** Cantidad de créditos otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., entre diciembre 2018 y noviembre 2019 a verificar, folio 1679 vuelto, tomo X, junto al CD de folio 1716 del referido tomo); aclarando que la DC comprobó que dentro de tal universo, 29,582 créditos no fueron informados al BCR, por lo que el total de créditos identificados con TIE superior a la TML vigente en la fecha de otorgamiento era **41,758 créditos**, de los cuales se identificaron 4,656 sin pago alguno
- Que se comprobó que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. no reportó al BCR ningún crédito en los meses de octubre y noviembre de 2019, situación con la que obstaculizó la labor del BCR debido a que no fueron tomados en cuenta para efectos del cálculo de TML —14 va tabla— vigente de enero y junio de 2020.
- Que la cantidad de clientes determinados han sido depurados considerando el mes de otorgamiento, es decir que un cliente con más de un crédito contratado en un mes, se ha contado una sola vez para dicho mes; no obstante, un mismo cliente puede contarse en dos o más meses, sin contrató en meses distintos, o sí se encuentra entre los “créditos

informados al BCR” y en los “créditos no informados al BCR”, siendo el total de **8,679 clientes**, número total de personas con créditos contratadas entre 01/12/2018 y 30/11/2019 (**Cuadro 2.** Cantidad de créditos otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. entre diciembre 2018 y noviembre 2019, detallados por categoría nuevo o renovado, e indicando cumplimiento de reporte al BCR, folio 1680, tomo IX).

(ii) Numeral 6, apartado 6.2 Proceso de verificación. Revisión y análisis de la información y documentación: Que como resultado de la revisión y análisis de la información y documentación recopilada, se obtuvieron posibles incumplimientos a la LPC tales como:

- Cobro por concepto de comisión por desembolso y resguardo por un valor de \$91,085.38 IVA incluido en 30,004 referencias de crédito, se considera que dicha comisión por desembolso y resguardo es un servicio inherente a financiamiento prestado por lo que está en contradicción a lo dispuesto en el artículo 12-A de la LPA y artículo 10 del Reglamento de la LPC.
- Cobro por concepto de afianzamiento por un valor de \$225,640.59 IVA incluido en 41,717 referencias de crédito, dicho cobro se considera una práctica abusiva según lo establecido en el artículo 18 letra c) de la LPC, en razón de que el usuario no tiene potestad de decidir sobre el cobro, puesto que firma un contrato de los denominados de adhesión en los que no tiene oportunidad de decidir sobre el contenido del mismo.
- El contrato de adhesión tiene una cláusula que libera a la proveedora de toda responsabilidad sobre el bien dado en garantía en caso que este sea dañado, deteriorado, destruido, por lo que se encuentra en contradicción a lo dispuesto en el artículo 17 letras a), b) y d) de la LPC; y,
- En cuanto a los incumplimientos a la LCU, se detalla la no remisión de 29,582 operaciones otorgadas al BCR.

(iii) Numeral 7, apartado 7.1 Tratamiento de la información: que para el cálculo de la TIE, la DC utilizó el algoritmo proporcionado por el BCR (folio 1711 vuelto, tomo IX), así como, la plantilla del BCR —donde se desarrolla la fórmula vigente para el cálculo de la TIE—, disponible en la página web de dicho banco, misma que es desarrollada en el referido apartado.

(iv) Numeral 7, apartado 7.2 Verificación de la tasa de interés efectiva anual:

- Se seleccionó de los 41,758 créditos otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. **una muestra de 198 referencias crediticias** con el objetivo de validar los datos que la sociedad auditada remitió al BCR, así como para verificar el cumplimiento por parte de la misma en la LCU, LPC y otra normativa legal y

técnica aplicable (**Cuadro 4.** Muestra de expedientes seleccionados según la forma de crédito para la verificación de datos, folio 1687, tomo IX).

- Se identificaron, después de realizar el cálculo de la TIE del total de créditos, un total de 41,758 créditos, es decir el universo de créditos, con TIE superior a la TML vigente en la fecha de otorgamiento, de los cuales *4,656 se identificaron sin pago* (**Anexo 6** del CD de folios 1716, tomo IX).

(v) Numeral 7, apartado 7.3 Proceso de reconstrucción y método de cálculo de intereses nominales y moratorios:

- Que previo al proceso de reconstrucción del total de los créditos evaluados, para los 41,758 créditos identificados con TML superior a la vigente en la fecha de otorgamiento, se procedió a recalcular la cuota de crédito, considerando lo establecido en el primer inciso del artículo 12 de la LCU, procediendo a ajustar la TIN de forma gradual y recalcular la cuota del crédito, de tal forma que al calcular la tasa de interés efectiva anual con dichos cambios, la referida tasa corresponda a la TML vigente a la fecha de otorgamiento del crédito.
- Se procedió a realizar la reconstrucción de los créditos utilizando: a) los pagos realizados por los usuarios desde la fecha de otorgamiento hasta el último pago que se encuentra en la base de datos de pagos; y, b) la TIN anual ajustada y cuota del crédito ajustada, para los casos en que se comprobó que la respectiva tasa de interés efectiva sobrepasa la TML vigente a la fecha en que se otorgó el crédito.
- El método de cálculo tiene como base lo establecido en la LPC en lo relacionado a verificar el uso de base de cálculo año calendario, cálculo de intereses corrientes, cálculo de interés mora y aplicación de pagos. El recálculo de los intereses nominales se realizó de conformidad con el primer inciso del artículo 12 de la LPC, es decir sobre saldos diarios pendientes de cancelar con base en el año calendario.
- Que el total de créditos recalculados en cuanto al cobro de intereses se realizó *a un total de 37,102 créditos —6,715 clientes— de 41,758 registrados en la base de datos*, ya que los restantes 4,656 créditos fueron separados del recálculo por tratarse de créditos en los que no se encontró ningún registro de pago, reiterando que 29,582 créditos no fueron reportados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. (**Cuadro 6.** Resumen de la cantidad de créditos recalculados por la Defensoría del Consumidor, otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019, folio 1691 vuelto, tomo IX).
- Que de los 41,758 créditos todos fueron recalculados por TIE y comparados con la TML respectiva, sin embargo, para la reconstrucción del crédito (pagos reales) se

consideraron 37,102 créditos, los cuáles realizaron algún pago, por lo *se les realizó el ajuste de la TIN anual debido a que sobrepasaban la TML vigente a la fecha de otorgamiento.*

- Que de los 37,102 créditos recalculados por la DC, en los que se ajustó la tasa nominal, *97 créditos no tienen cobro indebido*, lo que se debe a que el total cobrado por la proveedora, según lo informó a la DC e la base de datos de pagos, es menor al monto determinado por la DC en el proceso de reconstrucción.
- Que en *37,005 créditos*, de los 37,102 créditos recalculados por la DC, en los que se ajustó la tasa nominal, *se determinó un cobro indebido que asciende a \$112,000.63 dólares* debido a que la proveedora contrató y cobro una TIE superior a la TML vigente en la fecha de contratación, incumpliendo lo establecido en la LCU y en consecuencia a lo dispuesto en la LPC.
- Que tal información se ve reflejada en el **Cuadro 6.** Resumen de la cantidad de créditos recalculados por la Defensoría del Consumidor otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. entre diciembre 2018 y noviembre 2019; **Cuadro 7.** Resumen de la segregación de los créditos recalculados por la Defensoría del Consumidor otorgados por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. entre diciembre 2018 y noviembre 2019 (folios 1691 vuelto y 1692 vuelto, respectivamente, tomo IX); y, en el **Anexo 7** del referido informe contenido en el CD de folio 1716, tomo IX, que contiene el detalle del cobro indebido LCU por mes y año, determinado en relación a la fecha del último pago registrado por cada usuario.

(vi) Numeral 8, apartado 8.1.3 Créditos con tasa de interés efectiva anual superior a la TML vigente a la fecha de contratación:

- Se determinó que el 100% de los créditos —*41,758 operaciones de crédito*— superan la TML, de los cuales 4,656 no poseen pagos, que de éstos, *2,183 créditos* no fueron reportados por la proveedora al BCR y que por consiguiente tal entidad no los informó a la DC. Además, determinó la existencia de *2,473 créditos* que fueron reportados por la proveedora al BCR y que el BCR informó a la DC con incumplimiento por superar la TML (**Cuadro 10.** Detalle de la cantidad de créditos que sobrepasan la TML, sin determinación de cobro indebido, folio 1695, tomo IX).
- Que de los 4,656 créditos que sobrepasan la TML, *2,253 créditos superan la 13va TML*, de los cuales 1,407 corresponden a créditos nuevos y 846 a renovaciones; y que, *2,403 créditos superan la 14va TML*, de ellos 1,570 corresponden a créditos nuevos y 833 a renovaciones, lo cual se detalla en el **Cuadro 11.** Detalle de la cantidad de créditos

que sobrepasan la TML, sin determinación de cobro indebido, catalogados por tabla, mes y año, folio 1696, tomo IX

- Concluyen que en los *4,656 créditos recalculados que sobrepasan la TML*, la proveedora contrató con el cliente una TIE superior a la TML vigente a la fecha de otorgamiento; razón por la cual se configura la usura, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 en relación al artículo 12 inciso primero, ambos de la LCU.

(vii) Numeral 8, apartado 8.1.4 Cobro indebido de intereses por un monto de US\$112,000.63 dólares resultante de haber pactado y cobrado una tasa de interés efectiva anual superior a la TML vigente y publicada por el BCR a la fecha de contratación, en 37,005 créditos contratados entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019:

- Que la DC considerando el artículo 11 y el segundo inciso del artículo 12 de la LCU, así como la metodología definida en el apartado 7.3 de dicho informe, realizó el recálculo de 37,102 créditos que se detectaron con TIE superior a la TML vigente a la fecha de otorgamiento, determinando un *cobro indebido por un valor de \$112,000.63 dólares en 37,005 créditos*, para lo cual se utilizó la TIN anual ajustada y cuota ajustada, así como la metodología del cobro de interés corrientes y recargo moratorio en cumplimiento a la LPC, presentando el resumen en el **Cuadro 12**. Resumen del cobro indebido por Usura realizado por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. en créditos contratados entre diciembre 2018 y noviembre 2019, folio 1696, tomo IX.
- Que lo anterior corresponde a un total de 6,707 clientes y 37,005 créditos a los que se les cobró indebidamente el monto antes referido, de los cuáles 27,318 créditos corresponden a operaciones que no fueron reportadas por la proveedora al BCR, presentando en el **Cuadro 13**. Determinación del cobro indebido por Usura realizado por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. en 37,005 créditos contratados entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019, con tasa de interés efectiva anual superior a la TML vigente a la fecha de otorgamiento (folio 1696 vuelto, tomo IX), el resumen de los resultados obtenidos en el recálculo.

(viii) Numeral 8, apartado 8.2.2 Cobro indebido por un monto de US\$91,085.38 en 30,004 créditos de 5,241 usuarios, por haberse realizado bajo el concepto de comisión por desembolso y resguardo:

- Que la proveedora cobra a la mayoría de sus clientes bajo el concepto de comisión por desembolso y resguardo *un porcentaje del 4.50% del monto otorgado más IVA*, mismo que se encuentra descrito en el documento denominado “Manual de Políticas y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones” como “COMISIONES:

Comisión por Almacenaje y Resguardo” y en el contrato como “COMISIÓN POR OTORGAMIENTO”.

- Que de la revisión de la documentación física de los 198 expedientes, se determinó que *en 82 créditos LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., realizó el cobro por comisión por desembolso y resguardo*, esto se corroboró con las facturas emitidas las cuales describen el concepto de “comisión por otorgamiento” (**Anexos 4 y 5** de la cédula de revisión de los 198 expedientes, contenido en el CD de folio 1716, tomo IX).
- Que las *30,004 referencias de crédito con dicho cobro*, fueron identificadas a partir de la base de datos de pago proporcionada por la proveedora a la DC, en la cual se puede observar que existen dos campos denominados “*Comisión por Otorgamiento*” e “*IVA Com. Otorgamiento*”, por un valor de \$80,592.07 dólares y \$10,493.31 dólares respectivamente, que el valor total por dicho concepto asciende a **\$91,085.38 dólares**, consignando en los cuadros: **Cuadro 14.** Detalle del Cobro por Comisión por Otorgamiento y Resguardo y **Cuadro 15.** Resumen del Cobro por Comisión por Otorgamiento y Resguardo por año y mes (folio 1698 frente y vuelto, tomo IX), el resumen de los créditos con dicho cobro.
- Que entre diciembre 2018 y marzo 2019, la proveedora reportó al BCR en el campo “*Monto Desembolsado*” el monto del crédito disminuyéndole la comisión por desembolso y resguardo; y que, entre los meses de abril y noviembre de 2019, ésta reportó a la institución bancaria, el cobro en mención de la siguiente manera “*Seguros Obligatorios y Otros Cargos en la Cuota*”.
- Que de los *3,055 créditos* referidos en el **Cuadro 14**, *2,148 clientes corresponden a créditos activos*, es decir créditos contratados antes del mes de diciembre de 2018 y dado que fueron reportados por la proveedora como parte de la base de datos de pagos, conforme a lo aclarado en el acta para la fase final de fecha 31/08/2020, tal incumplimiento ha sido cuantificado por la DC de conformidad a lo establecido en el artículo 143 literal d) de la LPC.
- Que el cobro de la “comisión por otorgamiento y resguardo” encaja en un cobro indebido ya que no es un servicio realmente prestado al consumidor, encontrándose en contraposición de lo establecido en el artículo 12-A de la LPC; en consecuencia, el cobro realizado por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. a los usuarios bajo el concepto de “*Comisión por Otorgamiento y Resguardo*”, encaja en la práctica abusiva contemplada en el artículo 18 letra m) de la LPC al cobrar por servicios no prestados.

(ix) Numeral 8, apartado 8.2.3 Cobro indebido por un monto de \$225,640.59 dólares realizado bajo el concepto de afianzamiento en 41,717 créditos que corresponden a 7,303 usuarios:

- Que la proveedora cobra a los usuarios un valor bajo el concepto de afianzamiento, por *un porcentaje del 7.00% del monto otorgado más IVA*, mismo que se encuentra descrito en el documento denominado “Manual de Políticas y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones” como “AFIANZAMIENTO” y en el contrato como “CONTITUCIÓN DE FIANZA”.
- Que de la revisión de la documentación física de los 198 expedientes, se determinó que *en 168 créditos LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., realizó el cobro por afianzamiento*, esto se corroboró con las facturas emitidas las cuales describen el concepto de “comisión por afianzamiento”, destacando que las facturas emitidas corresponden a la sociedad Valcorp, S.A. de C.V. (**Anexos 4 y 5** de la cédula de revisión de los 198 expedientes, contenido en el CD de folio 1716, tomo IX).
- Que las *41,717 referencias de crédito con dicho cobro*, fueron identificadas a partir de la base de datos de pago proporcionada por la proveedora a la DC, en la cual se puede observar que existen tres campos denominados: “*Fianza Valcorp*”, “*IVA Fianza*”, y “*Pago Total Valcorp*”, mismos que reflejan un valor total por dicho concepto que asciende a **\$225,640.59 dólares**, valor reportado al BCR por la proveedora en el campo “Seguros Obligatorios y Otros Cargos en la Cuota”, cuyo resumen se consigna en los cuadros: **Cuadro 16. Detalle del Cobro por afianzamiento** y **Cuadro 17. Resumen del Cobro por afianzamiento por año y mes**, con un total de 41,719 registros de cobro ya que la referencia de crédito registró 3 cobros con diferentes fechas (folio 1700 frente, tomo IX).
- Que de los *4,614 créditos* referidos en el **Cuadro 16**, *3,197 clientes corresponden a créditos activos*, es decir créditos contratados antes del mes de diciembre de 2018 y dado que fueron reportados por la proveedora como parte de la base de datos de pagos, conforme a lo aclarado en el acta para la fase final de fecha 31/08/2020, tal incumplimiento ha sido cuantificado por la DC de conformidad a lo establecido en el artículo 143 literal d) de la LPC.
- Que la proveedora realiza el cobro de la “comisión por afianzamiento” de forma indebida, ya que el usuario no tiene la potestad de decidir sobre el cobro, puesto que firma un contrato de los denominados de adhesión, es decir, no tiene opción de decidir si lo acepta o no ya que la cláusula se encuentra establecida en el contrato; por tanto, el cobro realizado por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. a los usuarios bajo el concepto de “*Comisión por Afianzamiento*”, encaja en la práctica abusiva contemplada en el artículo 18 letra c) de la LPC, cobró que conforme a lo determinado por la DC, se realiza

a la mayoría de los clientes en el cobro de la primera cuota para los créditos a plazo y al realizar el pago en los créditos al vencimiento.

- (x) Numeral 9. Relativas a la verificación del cumplimiento de la LCU. Se concluyó que: *Se determinó un cobro indebido de intereses por un monto de \$112,000.63 resultante de haber pactado y cobrado una tasa de interés efectiva anual superior a la TML vigente y publicada en el BCR a la fecha de contratación en 37,005 créditos que representan 6,707 clientes (...).*
 - (xi) Numeral 9. Relativas a la verificación del cumplimiento de la LPC. Se determinó el *cobro indebido por un monto de \$91,085.38 en 30,004 créditos correspondientes a 5,241 usuarios, resultante de cobrar un valor en concepto de comisión por desembolso y resguardo, que corresponde al 4.50% del monto otorgado más IVA, por lo que dicho cobro se considera en un cobro indebido ya que no es un servicio realmente prestado al consumidor, y ésta en contraposición a lo prescrito en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 12-A de la LPC, encajando en la práctica abusiva contemplada en el artículo 18 letra m) de la misma ley al cobrar por servicios no prestados.*
 - (xii) Numeral 9. Relativas a la verificación del cumplimiento de la LPC. Se determinó el *cobro indebido por un monto de \$225,640.59 en concepto de afianzamiento a 41,717 créditos que corresponden a 7,303 usuarios, resultante de cobrar un valor en concepto de comisión de afianzamiento, que corresponde al 7.00% del monto otorgado más IVA, cometiendo la práctica abusiva contemplada en el artículo 18 letra c) de la referida ley debido a que el usuario no tiene potestad de decidir sobre el cobro, puesto que firma un contrato de los denominados de adhesión, es decir que no tiene opción de decidir si lo acepta o no ya que la cláusula ya se establece en el referido contrato emitido por la proveedora. Asimismo, advierte la DC literalmente lo siguiente: Sumado a lo anterior, la sociedad cobra un recargo por mora del 5% por pago tardío y en dado caso el cliente no paga, la prenda dada en garantía queda en poder de la sociedad; en ese sentido el cobro por afianzamiento viene a ser un cobro excesivo, lo que lo hace abusivo.*
- 7) Fotocopia de Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. (folios 104-120, tomo I), con fecha de Enero 2017 y asignado al código GP-GSU-03-02-01, en el que define literalmente lo siguiente:
- (i) AFIANZAMIENTO: Afianzamiento es la contratación de servicio de una empresa avalista, quién responderá con dinero líquido a la empresa que otorga el crédito, en caso que el cliente no logre cumplir su deuda de intereses al otorgante. El cobro de afianzamiento será mensual.
 - (ii) COMISIONES: Comisión por almacenaje y resguardo: Es la cantidad de dinero que la empresa cobra al momento que el cliente renueva ó cancela su crédito. El cobro está compuesto por

gastos de infraestructura de bodegas, traslados del bien, energía eléctrica, mano de obra y seguridad.

8) Fotocopia de Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. y la sociedad VALCORP, S.A. de C.V. (folios 121-124, tomo I), en fecha 30/05/2017, en el que se consignan las siguientes condiciones:

(i) CLAÚSULA I) CLASE DE SERVICIO CONTRATADO: la referida proveedora se comprometió a prestar los servicios de fianzas, avales y/o cauciones, a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. de todos los créditos prendarios que esta última otorgue a favor de personas naturales y/o jurídicas, comprometiéndose en específico a caucionar los intereses contractuales que los clientes de la proveedora denunciada no cancelen.

(ii) CLAÚSULA IV) MONTO CONTRACTUAL: La sociedad VALCORP, S.A. de C.V. cobrará por el servicio prestado un porcentaje del 7% más IVA, que corresponde al afianzamiento del monto del crédito otorgado. Dicho porcentaje será cobrado una sola vez, en cada renovación o cancelación de los créditos a treinta días plazo sobre el saldo de capital a la fecha. Para los créditos a plazo el porcentaje será cobrado únicamente en la primera cuota. Por cada cobro realizado, se emitirá y entregará al cliente una factura a nombre de la referida sociedad. El efectivo generado del cobro de este 7%, LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. se obliga a depositar diariamente a las correspondientes cuentas bancarias que la sociedad VALCORP, S.A. de C.V. designe.

(iii) CLAÚSULA V) RETRIBUCIÓN:

- La proveedora denunciada realizará semanalmente el proceso de dación en pago por el monto de capital de todos aquellos bienes muebles dejados en garantía, de igual forma la referida proveedora emitirá factura a nombre de la sociedad VALCORP, S.A. de C.V. por los intereses de las garantías vencidas.
- Dicha facturación será variable de acuerdo a los préstamos prendarios no cancelados por los clientes; VALCORP, S.A. de C.V. se obliga a pagar los montos correspondientes a los intereses de los créditos que no fueron cancelados por los clientes, dicha retribución se realizará por medio de cheque a favor de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. de forma semanal (El resaltado es nuestro).
- Los bienes prendarios en garantía y afianzados quedaran en poder de la sociedad LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. para recuperación del capital invertido (El resaltado es nuestro).
- Además, la sociedad VALCORP, S.A. de C.V. cancelará en concepto de administración el monto mensual de \$5,000.00 dólares, IVA incluido; el cual corresponde al recurso invertido por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. relacionado al personal para la

administración y gestión de cobro, proceso de facturación, suministro de papelería y administración de remesas bancarias a cuenta de la sociedad, dicho valor será revisable cada año por cual todo incremento deberá quedar por escrito (...).

9) Fotocopia simple de comprobantes de pago (folios 125-287, junto con el CD de folio 288, tomos I y II) que respaldan el reintegro del servicio de afianzamiento realizado en el período de diciembre 2018 a noviembre 2019.

10) Original de nota emitida por la proveedora en fecha 20/01/2020 (folio 289, tomo II) en la que, además de dejar constancia de la entrega de cierta documentación requerida, la oficial de cumplimiento y auditoría interna de la proveedora incorpora documento denominado: Descripción de la metodología para la determinación de la cuota de préstamos y metodología para el cálculo de los intereses moratorios y otros cargos, Romano XI del Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones, en el que determina la metodología y parámetros para el cálculo y determinación de las tasas de interés, conforme a lo siguientes:

- **RECARGO POR MORA Y OTROS CARGOS:**

- ✓ *Para el cálculo del recargo por mora se utiliza la siguiente fórmula: Recargo por mora = capital vencido x tasa de mora. Al resultado obtenido por recargo se le aplica la tasa de impuesto (IVA). El cobro del recargo es una tarifa única que se aplica después de vencido el plazo.*

- ✓ *En cada renovación de crédito tradicional, se aplicará un porcentaje fijo sobre el capital de crédito renovado en concepto de comisión por almacenaje y resguardo. Para dicho cálculo se utiliza la siguiente fórmula: Comisión por almacenaje y resguardo = monto a renovar x tasa de comisión. Al resultado obtenido por recargo se le aplica la tasa de impuesto (IVA).*

- ✓ *La Cornucopia realizará un cobro por el monto contratado en concepto de afianzamiento de deuda, dicho cobro se aplica utilizando la siguiente fórmula: Afianzamiento = monto contratado x tasa de afianzamiento. Al resultado obtenido por recargo se le aplica la tasa de impuesto (IVA). En los créditos tradicionales se cobrará en cada renovación de contrato y en los créditos a plazo únicamente en la primera cuota.*

11) Fotocopias de contratos de Mutuos con la modalidad de crédito decreciente y Mutuos Prendarios con desplazamientos incorporados por la proveedora en virtud del requerimiento efectuado por la Presidencia (documentación crediticia de los 198 expedientes que constituyen la muestra del presente procedimiento, incorporados de folios 339 del tomo II al 1659 del tomo IX, tomando a manera de referencia los contratos de folios 342 y 374, del tomo II), los cuales incluyen las siguientes cláusulas:

- “CLÁUSULA IX) CONSTITUCIÓN DE FIANZA: Luego de relacionar la identidad y personería del representa de la sociedad VALCORP, S.A. de C.V., la cual se denomina en los contratos como “La Sociedad Fiadora”, se consigna lo siguiente: “(...) *Que por medio del presente acto la sociedad que representa se constituye en FIADORA, del (la) Deudor(a) para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de la sociedad acreedora; en caso de incumplimiento del deudor principal VALCORP, S.A. de C.V., cancelará a la La Cornucopia, S.A. de C.V. el capital e intereses vencidos a la fecha del incumplimiento; por su parte el deudor se compromete a pagar el 7.00% mensual sobre los saldos garantizados, más el impuesto al valor agregado, pagaderos en la misma forma establecida en la cláusula III del presente contrato. Por su parte el deudor acepta la constitución de fianza a su favor y obliga a pagar el monto antes relacionado durante todo el plazo de vigencia del presente contrato o cualquier prórroga otorgada por la sociedad acreedora (...)*”.

Es menester señalar que el referido cobro se hace constar mediante las facturas emitidas por la sociedad VALCORP, S.A. de C.V. a nombre de los consumidores contratantes, bajo el concepto de: *Comisión por Afianzamiento* más el respectivo IVA, tomando a manera de referencia el documento de folio 343, tomo II.

- “CLÁUSULA X) COMISIÓN POR OTORGAMIENTO: *Será por cuenta del deudor los gastos por otorgamiento relacionados a: valuó del bien dado en garantía, embalaje del mismo, traslado a bodegas para su custodia y cualquier otro gasto relacionado al otorgamiento del presente acto, para lo cual el(la) deudor(a) autoriza a La Cornucopia S.A. de C.V. para que pueda cargar una comisión del 4.50% del monto otorgado más IVA, la cual se hará efectiva al momento de efectuar el desembolso (...)*”.

Es menester señalar que el referido cobro se hace constar mediante las facturas emitidas por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. a nombre de los consumidores contratantes, bajo el concepto de: *Comisión por Otorgamiento* más el respectivo IVA, tomando a manera de referencia el documento de folio 401, tomo II.

D. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES DE POSIBLES COBROS INDEBIDOS EN CONCEPTO DE INTERESES Y COMISIONES (ARTÍCULO 44 LETRA D) EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 12-A Y 19 LETRA A) Y ARTÍCULO 44 LETRA E) EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 18 LETRA C), TODOS DE LA LPC).

Este Tribunal Sancionador deberá analizar —en el caso en particular— según lo establecido en la letras **A** y **B** del apartado **VI** de la presente resolución—, si el cobro de intereses denunciados se encuentra o no **justificado contractual o legalmente**.

Previo a realizar dicho análisis este Tribunal tiene realizar la siguiente consideración, conforme a lo consignado en el Testimonio de Escritura Pública de Constitución de la sociedad LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., junto a sus respectivas modificaciones, debidamente inscritas en el Registro de Comercio (folios 43-

80, tomo I) específicamente en la cláusula **CUARTO: FINALIDAD DE LA SOCIEDAD.-** (folios 43-56, tomo I), que prescribe: *“La Sociedad tendrá por finalidad principal: a) la adquisición a cualquier título y bajo cualquier condición, modo o plazo, de bienes de toda clase, sean éstos inmuebles, muebles o derechos, especialmente joyas, herramientas, aparatos eléctricos, vehículos automotores, etc., y la venta de los mismos, así como la contratación de créditos necesarios a sus objetivos, pudiendo garantizarlos con sus propios bienes; b) la realización de cualquier operación activa de crédito, siempre que éstas sean garantizadas eficazmente y la celebración de toda clase de actos o contratos que tengan relación con su finalidad social; c) recibir y entregar bienes en arrendamiento, simple o con promesa de venta; y d) en general realizar cualquier actividad lícita de naturaleza comercial, civil o de cualquier otra índole (...)”*, el resaltado es nuestro.

Conforme a lo anterior, la sociedad LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., tiene como una de sus finalidades principales la realización de cualquier operación activa de crédito, las cuales comprenden distintas modalidades de crédito, en las que el sujeto asume la posición de acreedor frente al cliente; en consecuencia, al ser proveedora de servicios financieros de crédito, tiene que cumplir, entre otras, con las obligaciones especiales señaladas en el artículo 19 de la LPC para los proveedores de servicios financieros.

Aclarado lo anterior, este Tribunal procederá a analizar las infracciones atribuidas conforme a las siguientes consideraciones:

1. Respecto a la infracción contenida en el artículo 44 letra d) en relación a los artículos 12-A y 19 letra a), todos de la LPC, por realizar cobros en concepto de comisión por desembolso y resguardo en contravención a la LPC.

1.1 La Presidencia atribuye a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. la infracción descrita en el artículo 44 letra d) de la LPC por *“Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios (...)”*, por realizar cobros en concepto de comisión por desembolso y resguardo en contravención a la LPC, en un total de 30,004 créditos que corresponden a 5,241 consumidores por la cantidad \$91,085.38 dólares.

Ahora bien, la referida infracción se atribuye en relación a lo establecido en el artículo 12-A de LPC, que establece: *“Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor. Se entenderá por servicio inherente al producto o servicio contratado por el consumidor, aquél que es necesario para la efectiva prestación del objeto o finalidad del contrato. Únicamente procederá el cobro de recargos por incumplimiento contractual por parte del consumidor, cuando éste esté debidamente identificado en el respectivo contrato (...)”*; y al artículo 19 letra a) de la misma ley —Obligaciones especiales para proveedores de servicios financieros— que dispone: *“(…) a) Cobrar solo los intereses, comisiones o recargos que hubiesen sido convenidos con el consumidor, en los términos y formas establecidos en el contrato, y conforme a la ley (...)”*, el resaltado es nuestro.

En consecuencia, este Tribunal deberá analizar —en el caso en particular—, si el cobro denunciado por la Presidencia corresponde efectivamente a una *comisión*; y por consiguiente, delimitar si el cobro efectuado por la proveedora es en virtud de un servicio adicional prestado o, si por el contrario, el mismo es parte integrante de la naturaleza del contrato celebrado, es decir, que para que se lleve a cabo el objeto principal de dicha relación jurídica es imperioso tal servicio; en cuyo caso, se trataría de un elemento **inherente** al contrato, término que se define *como algo que es parte de la esencia o forma parte de la naturaleza de otra idea o concepto, deriva del verbo latín inhaerere que significa "estar interiormente ligado a algo", y que es sinónimo de adjunto, unido, inseparable, intrínseco, esencial, connatural, propio, fundamental*². Además de verificar que la referida comisión sea cobrada de conformidad a los términos y condiciones pactados en los documentos contractuales suscritos para tal efecto.

1.2. Establecido lo anterior, al realizar el ejercicio de adecuación de los hechos denunciados a los alcances del referido ilícito administrativo, se advierten distintas obligaciones contractuales de las cuales existe la certeza que:

- Que la proveedora se encuentra inscrita en el servicio de Registro de Acreedores del BCR —base de datos en la que se registran las entidades o personas no supervisadas sujetas a la LCU según el artículo 3 letra q) de las Normas Técnicas para la Aplicación de la Ley Contra la Usura, en adelante NTLCU, bajo el código ; en consecuencia, se encuentra obligada a **cumplir** con la LCU, así como, con los lineamientos y requisitos establecidos en las NTLCU y Manuales Técnicos emitidos para tal efecto por el BCR.
- Que conforme al documento de folios 104-120, tomo I —Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V.—, la **Comisión por almacenaje y resguardo** se define como: *la cantidad de dinero que la empresa cobra al momento que el cliente renueva ó cancela su crédito. El cobro está compuesto por gastos de infraestructura de bodegas, traslados del bien, energía eléctrica, mano de obra y seguridad.*

Asimismo, mediante la nota de folio 289, tomo II, se acredita por parte de la proveedora la metodología para el cálculo de los intereses moratorios y otros cargos, Romano XI del Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones, en el que determina: *En cada renovación de crédito tradicional, se aplicará un porcentaje fijo sobre el capital de crédito renovado en concepto de comisión por almacenaje y resguardo. Para dicho cálculo se utiliza la siguiente fórmula: Comisión por almacenaje y resguardo = monto a renovar x tasa de comisión. Al resultado obtenido por recargo se le aplica la tasa de impuesto (IVA).*

- Que la proveedora incluye en los modelos de contratos de Mutuos con la modalidad de crédito decreciente y Mutuos Prendarios con desplazamientos la siguiente cláusula: "**CLÁUSULA X)**

² <https://www.significados.com/inherente/>

COMISIÓN POR OTORGAMIENTO: Será por cuenta del deudor los gastos por otorgamiento relacionados a: valuó del bien dado en garantía, embalaje del mismo, traslado a bodegas para su custodia y cualquier otro gasto relacionado al otorgamiento del presente acto, para lo cual el(la) deudor(a) autoriza a La Cornucopia S.A. de C.V. para que pueda cargar una comisión del 4.50% del monto otorgado más IVA, la cual se hará efectiva al momento de efectuar el desembolso (...)".

Que el referido cobro se evidencia mediante las facturas emitidas por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. a nombre de los consumidores contratantes, bajo el concepto de: *Comisión por Otorgamiento* más el respectivo IVA.

- Que la DC, a partir de la revisión y análisis de la información, *detectó* que la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. cobra a la mayoría de sus clientes bajo el concepto de "*comisión por otorgamiento*" un porcentaje que por lo general oscila en un 4.50% sobre el monto del crédito, el cual es descontado en el desembolso del crédito, situación que se comprobó de la revisión física de 198 expedientes seleccionados como muestra, determinando que la proveedora realizó tal deducción del monto otorgado en 82 créditos, cobro corroborado con las facturas emitidas en concepto de *Comisión por otorgamiento*, los cuales se detallan en el Anexos 4 y 5. contenidos en el CD de folio 1716, tomo IX.
- En el cuadro siguiente, se presenta el resumen del cobro indebido en concepto de *Comisión por Otorgamiento y Resguardo* por año y mes realizado por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. , en los cuales se identificó el cobro de comisiones en contravención al artículo 12-A de la LPC:

a) *Créditos Activos*

| Año | Mes | Comisión por Otorgamiento | | | Resguardo | | | TOTAL | | |
|------|----------------------|---------------------------|----------------------|------------------------------------|----------------------|----------------------|--------------------|----------------------|----------------------|---|
| | | Cantidad de clientes | Cantidad de Créditos | Monto de Comisión por Otorgamiento | Cantidad de clientes | Cantidad de Créditos | Monto Resguardo | Cantidad de clientes | Cantidad de Créditos | Monto Cobrado por Comisión por Otorgamiento y Resguardo |
| 2018 | diciembre | | | | 1,733 | 2,285 | \$ 5,703.63 | 1,733 | 2,285 | \$ 5,703.63 |
| 2019 | enero | | | | 176 | 233 | \$ 605.45 | 176 | 233 | \$ 605.45 |
| | febrero | | | | 1 | 1 | \$ 5.49 | 1 | 1 | \$ 5.49 |
| | marzo | | | | 2 | 2 | \$ 10.93 | 2 | 2 | \$ 10.93 |
| | abril | | | | | | | | | |
| | mayo | | | | 1 | 1 | \$ 9.66 | 1 | 1 | \$ 9.66 |
| | junio | | | | | | | | | |
| | julio | | | | | | | | | |
| | agosto | | | | | | | | | |
| | septiembre | | | | | | | | | |
| | octubre | | | | | | | | | |
| | noviembre | | | | | | | | | |
| | diciembre | | | | 65 | 78 | \$ 254.05 | 65 | 78 | \$ 254.05 |
| 2020 | enero | | | | 385 | 455 | \$ 1,424.92 | 385 | 455 | \$ 1,424.92 |
| | Total general | | | | 2,148 | 3,055 | \$ 8,014.13 | 2,148 | 3,055 | \$ 8,014.13 |

, respectivamente. Asimismo, tiene como una de sus finalidades principales: "(...) *a) la adquisición a cualquier título y bajo cualquier condición, modo o plazo, de bienes de toda clase, sean éstos inmuebles, muebles o derechos, especialmente joyas, herramientas, aparatos eléctricos, vehículos automotores, etc., y la venta de los mismos, así como la contratación de créditos necesarios a sus objetivos, pudiendo garantizarlos con sus propios bienes; b) la realización de cualquier operación activa de crédito, siempre que éstas sean garantizadas eficazmente y la celebración de toda clase de actos o contratos que tengan relación con su finalidad social (...)*", (folios 43-56, tomo I), el resaltado es nuestro; servicios financieros que ofrece a través de su página web.

Sobre el giro de la proveedora, ésta se constituye como una casa de empeño³, que se dedica al otorgamiento de créditos prendarios, la doctrina sostiene que la decisión de otorgar o negar un crédito depende del resultado de la investigación que se hace acerca del solicitante para conocer si lo pagará; y de la percepción que el analista se forme respecto del solicitante en su comportamiento probable de pagar el crédito, estableciendo que: "(...) *La investigación no busca información por simple capricho, busca información pertinente a la decisión específica de crédito suficiente para asegurar que la decisión recaerá dentro del límite de la probabilidad de recuperación de acuerdo con las políticas de operación, debiendo determinar los elementos que tienen que conocer para tomar una decisión de aceptación o rechazo en la solicitud de crédito, de manera que estos, en su mayoría, sean recuperados (...)*"⁴.

Por ello, se vuelve necesario la especificación de pautas para la investigación sobre el cliente, normas que sirven para fijar los límites de crédito, el monto de crédito, los pagos periódicos y la asignación de responsabilidades para administrar todo el proceso, el cual generalmente está compuesto de las siguientes etapas:

- **Investigación:** *la concesión de crédito a nuevos clientes, así como a clientes ya establecidos, requieren el conocimiento de la capacidad financiera del cliente para contraer endeudamiento. Antes de expedir el primer pedido se llevará a cabo una investigación sobre los antecedentes financieros del cliente.*
- **Análisis:** *es el estudio de los datos que permitirán decidir si se otorga o niega la solicitud de crédito, lo que preferentemente se analiza son los hábitos de pago del cliente y de su capacidad para atender sus compromisos.*

³ La cual se define como el: *establecimiento dedicado al préstamo de sumas de dinero por lo cual cobra un determinado interés, recibiendo en caución toda clase de mercaderías y efectos que, luego de un plazo determinado, los destinatarios de los préstamos deben perentoriamente rescatar so pena de perderlos definitivamente, en la mayoría de las legislaciones esta clase de actividad esta rigurosamente controlada debido a los abusos que pueden cometerse mediante el cobro de intereses usurarios, conforme a lo consignado en el siguiente link: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/casa-de-empe%C3%B1o/casa-de-empe%C3%B1o.htm>.*

⁴ Morales Castro, Arturo y Morales Castro, José Antonio (2014). *Economía Digital. Crédito y Cobranza.* Grupo Editorial Patria. Primera Edición *ebook*, México. Pág. 100.

- **Aceptación de clientes para otorgar crédito:** al terminar la investigación y el análisis del perfil del cliente, si es que se decide otorgarle la línea de crédito, se le calcula un límite de crédito en función de su potencial de compras y su capacidad para pagar en tiempo y forma el monto de crédito otorgado⁵.

Finalmente, resulta importante definir el termino *otorgamiento de crédito*, el cual la doctrina define como el proceso a través del cual la institución concede una facilidad crediticia a un Cliente que cumple satisfactoriamente con los requisitos y condiciones que se han señalado como obligatorios⁶; asimismo, la doctrina establece que el almacenaje tiene la función fundamental de evitar que las mercancías pierdan valor por el desgaste, antes de que sean utilizadas o vendidas. Este resguardo también sirve para controlar las existencias de las mercancías y evitar su pérdida o robo (...), consignando que, según la naturaleza de las actividades que pueden desempeñar los almacenes, estos se clasifican en tres tipos: 1) almacenes de depósito, que reciben en depósito bienes o mercancías de cualquier clase, con excepción del régimen de depósito fiscal y otorgamiento de financiamientos (...)⁷

1.4 A partir de lo desarrollado, en relación con la infracción objeto de análisis, este Tribunal en resoluciones anteriores —v.gr. resolución del 09/08/2018, referencia 1563-2013— ha dicho:

“De lo expuesto —artículo 12-A inciso 1º y 2º de la LPC— se colige que por servicio adicional, se entenderá aquél que es diferente del servicio principal contratado, no siendo suficiente con que reúna esa calidad o se describa como tal, sino también, que el proveedor proporcione tal servicio.

En ese sentido, si la comisión corresponde a una actividad que no constituye un servicio o es un servicio inherente al producto o servicio contratado por el consumidor porque resulta necesario para que el contrato cumpla con su objeto, el cobro de la misma no tiene razón de ser, ya que no se trata de un servicio adicional (...)”, el resaltado nuestro.

De acuerdo a lo señalado en los numerales 1.2 y 1.3 de este apartado, este Tribunal tiene a bien señalar que si bien en los contratos suscritos por los consumidores, se establece dentro del clausulado que la proveedora cobrará un porcentaje de *comisión por otorgamiento* —el cual conforme a lo verificado, corresponde al 4.50% del monto desembolsado— no puede considerarse como consecuencia de un servicio adicional, ya que la **comisión de otorgamiento de crédito**, se encuentra comprendido como un proceso, es decir, una fase crítica y fundamental en el desarrollo de los servicios que presta la proveedora, en el que se analiza la información obtenida del solicitante de los servicios que ofrece, para culminar en la aceptación del mismo, mediante el *otorgamiento del monto de crédito*, lo cual constituye una de las finalidades principales de la proveedora esto es, *la realización de cualquier operación activa de crédito, siempre que éstas sean*

⁵ Morales Castro, Arturo y Morales Castro, José Antonio (2014). Economía Digital. Crédito y Cobranza. Grupo Editorial Patria. Primera Edición *ebook*, México. Páginas 100 y 101.

⁶ <https://diccionario.leyderecho.org/otorgamiento-de-credito/>

⁷ Clemente Blanco, Azalea del Carmen y Medina Ramírez, Salvador (2009). Comercio Exterior. La importancia económica de los almacenes y los almacenes generales de depósito. México.

garantizadas eficazmente y la celebración de toda clase de actos o contratos que tengan relación con su finalidad social.

En esa línea, al constituirse el otorgamiento del crédito como parte esencial del giro comercial de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., porque entre sus finalidades se dedica a la realización de cualquier operación activa de crédito, debe entenderse que es actividad inherente a su giro comercial. En consecuencia, el cobro efectuado en *26,949 créditos* bajo tal concepto — *comisión de otorgamiento de crédito*— es contrario a lo establecido en el artículo 12-A de la LPC.

Por otra parte, respecto al cobro de una *comisión por almacenaje y resguardo*, si bien la proveedora ha sostiene que el referido cobro se encuentra compuesto por gastos de infraestructura de bodegas, traslados del bien, energía eléctrica, mano de obra y seguridad, este Tribunal tiene a bien señalar que tales actividades realizadas por la proveedora para el resguardo de las prendas, es una actividad inherente a su giro comercial debido a que la proveedora se dedica al otorgamiento de mutuos prendarios, perfeccionándose dicho contrato por medio de la entrega de la prenda a la acreedora —artículo 2136 del Código Civil, en adelante CC—, en ese sentido, la prenda que entrega el deudor a la proveedora para garantizar el pago de su obligación queda en posesión material de la acreedora, quien tiene la obligación de guardar y conservar la misma con base a lo establecido en el artículo 2144 del CC, el cual consigna literalmente que: *El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa (...)*; en consecuencia, los costos por las medidas de seguridad que la denunciada toma para el almacenaje, resguardo y custodia de la prenda, constituyen costos propios de la inversión de la misma para el realizar de las actividades que por su giro de negocio debe inherentemente realizar la empresa —obligaciones derivadas del contrato de prenda—, por lo cual, no constituye un servicio adicional que se presta a los consumidores.

Conforme a lo anterior, las actividades de almacenaje y resguardo, no constituyen una prestación de un servicio adicional al consumidor, ya que las mismas constituyen obligaciones derivadas del contrato de mutuo prendario, por lo tanto, el costo de las medidas de seguridad que tome la proveedora para el almacenaje de la prenda debe ser absorbido o soportado por esta en su totalidad pues esto forma parte de su actividad comercial y no debió ser trasladado a los consumidores; en consecuencia, no debe de trasladarse dicho cobro al consumidor *cuando el crédito se encuentre activo y subsista la obligación de la proveedora de la guarda y custodia el bien dado en prenda*; por consiguiente, la *comisión por almacenaje y resguardo* detectada en *3,055 créditos activos* es contraria a lo establecido en el artículo 12-A de la LPC, teniendo por acreditada la infracción atribuida.

Es importante resaltar que, que la Presidencia denomina el cobro objeto de reclamo como uno solo bajo el concepto de *Comisión por Otorgamiento y Resguardo*; sin embargo, de la documentación se ha determinado que se constituyen como comisiones independientes entre sí, aclarando que, el mismo *fue*

efectuado en un total de 30,004 créditos, realizando —para su cuantificación— la clasificación mediante 2 grupos:

- (i) 26,949 créditos contratados durante el período de revisión, es decir de diciembre 2018 a noviembre 2019; y,
- (ii) 3,055 créditos activos detectados a partir de la información proporcionada por la proveedora y que corresponde a créditos contratados antes del mes de diciembre 2018, los cuales fueron objeto de estudio a partir de lo establecido en el artículo 134 letra d) de la LPC.

Lo anterior, se ha verificado a partir del Anexo 2.4 Detalle de créditos que poseen cobro por comisión por desembolso / Resguardo incluido en el CD de folio 1666, tomo IX.

Bajo tal inteligencia, al no desvirtuar LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. la *presunción de certeza* de la que gozan el Informe de Resultados de la Verificación del Cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, Ley Contra La Usura y otra normativa de consumo en proveedores que prestan servicios financieros, no supervisados por la Superintendencia del Sistema Financiero de folios 1672-1716 del tomo IX, se tiene por acreditada la infracción atribuida por la denunciante.

Conclusión del Tribunal sobre la configuración de la infracción:

En razón de lo anterior, se ha acreditado que la denunciada realizó cobros indebidos, debido a que la proveedora realizó el cobro de una comisión del 4.50% en concepto de *“comisión por otorgamiento”* y de un porcentaje en concepto de *“comisión por almacenaje y resguardo”* en contravención a lo establecido en el artículo 12-A de la LPC, que determina respecto al cobro de comisiones, que solo podrán cobrarse las comisiones que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor, situación que no consta acreditada en el presente expediente.

Aunado a lo anterior, incumplió lo establecido en el artículo 19 letra a) de la LPC, ya que a pesar de que la comisión por otorgamiento objeto de la denuncia está identificada y descrita en los documentos contractuales suscritos por los consumidores, del mismo modo, realizó el cobro de una comisión por almacenamiento y resguardo por un servicio inherente al contrato de prenda, por lo cual, dichos incumplimientos han dado lugar a que se configure en el presente caso la infracción establecida en el artículo 44 letra d) de la misma norma que determina *“Son infracciones muy graves (...) d) Cobrar comisiones (...) en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios.”*

Conforme a lo anterior, la denunciada incumplió las obligaciones establecidas en los artículos 12-A y 19 letra a), ambos de la LPC, por lo cual, dichos incumplimientos han dado lugar a que se configure la infracción establecida en el artículo 44 letra d) de la LPC, que determina *“Son infracciones muy graves: d) Cobrar*

intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios (...)”.

Por consiguiente, al haberse comprobado que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. cobró un monto de **\$91,085.38 dólares**, en los que **\$728.99 dólares** (IVA incluido) corresponden al cobro en concepto de **comisión por otorgamiento** y **\$90,356.39 dólares** (IVA incluido) corresponde al cobro en concepto de **comisión por almacenaje y resguardo**, en un total de 30,004 créditos que corresponden a 5,241 consumidores, siendo procedente *sancionarla* por la comisión del ilícito tipificado en el artículo 44 letra d) de la LPC, los cuales son detallados —por referencia de crédito— en el disco compacto que se anexa a la presente resolución.

En razón de lo anterior, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 inciso 2° de la LPA; con relación a la individualización y determinación de los cobros indebidos antes realizada, este Tribunal ha consignado en el CD anexo a la presente resolución la información contenida en el archivo digital en formato PDF denominado **“ANEXO I- Cobro indebido comisión art. 44 letra d) en relación art. 12-A LPC”**.

2. Respecto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c), ambos de la LPC, por haber pactado y cobrado una tasa de interés superior a la TML establecida por el BCR.

En el caso particular, la Presidencia atribuye a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. la infracción descrita en el artículo 44 letra e) de la LPC por *“Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor (...)”*, reclamando supuestos cobros indebidos **por haber pactado y cobrado una tasa de interés superior a la TML establecida por el BCR**, en un total de 37,005 créditos que corresponden a 6,707 consumidores por la cantidad de \$112,000.63 dólares, en los créditos realizados entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019, por lo que, al realizar el ejercicio de adecuación de los hechos denunciados a los alcances del referido ilícito administrativo, con base en los elementos probatorios señalados en la letra C. del presente romano, ha quedado comprobado:

- Que la DC, a partir de la revisión y análisis de la información, **detectó inconsistencias** en la información de las operaciones crediticias que la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. remitió al BCR, determinando que reportó de **forma errónea** el componente: Valor de la cuota, haciendo énfasis este Tribunal en lo siguiente:

- ✓ Componente Cuota de Préstamo, se observó que en 12,176 créditos existen inconsistencias respecto a la cuantía de la cuota, situación que fue reportada a la proveedora mediante el acta de folios 1661-1664 tomo IX, cuyo detalle electrónico consta en el Anexo 5.2 contenido en el CD de folio 1666, tomo IX del acta en referencia.

- ✓ Que el procedimiento de cálculo y comparación se realizó para los 12,176 créditos reportados por la proveedora al BCR, determinando que en 11,351 créditos la cuota reportada por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. es mayor al valor recalculado por la DC y en 825 créditos la cuota reportada por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. es menor al valor recalculado por la DC.
- Que la DC, posterior a la constatación y análisis de la información reportada en cada componente para el cálculo de tasa efectiva y de las *correcciones a dicha información*, procedió a reconstruir el valor de la TIE y a compararla con la TML vigente a la fecha de contratación de los 41,758 créditos, determinó que el 100% de los créditos revisados superan la TML —de los cuales 4,656 créditos no poseen comprobantes de pagos—, realizando el ajuste de la tasa nominal y el valor de la cuota, reconstruyendo con pagos reales 37,102 créditos, como resultado de ello, se tuvo que 97 créditos que tienen pagos, no poseen cuantificación de cobro indebido por usura a pesar que superan la TML, los cuales se detallan en el Anexo 6-C del CD de folio 1716, tomo IX.
- Que la DC considerando el artículo 11 y 12 inciso segundo de la LCU, así como la metodología definida en el apartado 7 del informe de resultados, detectó 37,102 créditos con una TIE superior a la TML vigente a la fecha de otorgamiento, determinando que la proveedora *realizó el cobro indebido de una TIE superior a la TML vigente a la fecha del otorgamiento en 37,005 créditos que corresponden a 6,707 clientes* para lo cual se utilizó la TIN anual ajustada y cuota ajustada, así como la metodología de cobro de interés corrientes y recargo moratorio en cumplimiento a la LPC. En el cuadro siguiente, se presenta un resumen de la información de los créditos reconstruidos y que forman parte del objeto de estudio del presente procedimiento, en los que se identificó el cobro de intereses superiores a la TML vigente en contravención al artículo 18 letra c) de la LPC, conforme a los resultados del informe de resultados antes referido:

| Clasificación según reconstrucción Defensoría | | Forma de crédito | Cantidad de clientes | Cantidad de créditos | Valor de Pagos | Suma de Cobro Indebido |
|---|------------------------|------------------|----------------------|----------------------|------------------------|------------------------|
| Cancelado / Activo | | | | | | |
| Informados al BCR | Activo DC | Cuota Fija | 139 | 168 | \$ 42,693.87 | \$ 10,039.92 |
| | | Al Vencimiento | 3,576 | 5,454 | \$ 61,974.34 | \$ 13,676.74 |
| | Total Activo DC | | 3,659 | 5,622 | \$ 104,668.21 | \$ 23,716.66 |
| | Cancelado DC | Cuota Fija | 328 | 546 | \$ 213,853.85 | \$ 24,805.09 |
| Al Vencimiento | | 2,149 | 3,519 | \$ 264,118.33 | \$ 6,224.17 | |
| Total Cancelado DC | | | 2,399 | 4,065 | \$ 477,972.18 | \$ 31,029.26 |
| Total Informados al BCR por La Cornucopia | | | 5,062 | 9,687 | \$ 582,640.39 | \$ 54,745.92 |
| No Informados al BCR | Activo DC | Cuota Fija | 101 | 125 | \$ 16,814.31 | \$ 3,693.82 |
| | | Al Vencimiento | 3,960 | 21,273 | \$ 197,285.45 | \$ 42,701.17 |
| | Total Activo DC | | 4,025 | 21,398 | \$ 214,099.76 | \$ 46,394.99 |
| | Cancelado DC | Cuota Fija | 21 | 26 | \$ 8,402.91 | \$ 321.85 |
| Al Vencimiento | | 3,678 | 5,894 | \$ 397,588.32 | \$ 10,537.87 | |
| Total Cancelado DC | | | 3,685 | 5,920 | \$ 405,991.23 | \$ 10,859.72 |
| Total No Informados al BCR por La Cornucopia | | | 5,145 | 27,318 | \$ 620,090.99 | \$ 57,254.71 |
| Total general | | | 6,707 | 37,005 | \$ 1,202,731.38 | \$ 112,000.63 |

NOTA: Este cuadro refleja de una manera clasificada la información, en cuanto a que si el saldo del crédito reconstruido por la DC a la fecha del último pago, es a favor del usuario —abonos al capital en exceso—, el crédito se ha considerado “Cancelado DC”; y que, si a la fecha del último pago el crédito según o reconstruido por la DC, posee saldo, se ha clasificado como “Activo DC”, los cuales posee un cobro indebido. El cual ha resultado de la comparación del saldo del crédito a la fecha del último pago de lo reconstruido por la DC y el saldo que posee LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., es decir que el saldo determinado por la DC es menor al saldo que posee la proveedora, en consecuencia, se genera una diferencia a favor del usuario.

Sobre tal infracción, es necesario advertir, que mediante el escrito de folios 1836-1846, tomo IX, los apoderados de la proveedora solicitaron la realización de un peritaje judicial y la declaratoria de suspensión del procedimiento por el plazo máximo de 2 meses conforme a lo regulado en la LPA, petición que fue concedida en los términos expuestos en la resolución de fecha 13/07/2022 (folios 1848-1851, tomo IX) en la que suspendió el plazo para concluir el procedimiento por treinta días contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma, para la realización de las diligencias para mejor proveer, en donde se requirió a la proveedora denunciada la presentación del dictamen ofrecido; sin embargo, a la fecha de emisión de la presente resolución la proveedora no había presentado informe pericial alguno.

En consecuencia, la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. no desvirtuó la *presunción de certeza* de la que gozan el Informe de resultados de folios 1672-1716, tomo IX; en consecuencia, este Tribunal concluye que se ha acreditado en el presente procedimiento la configuración de la infracción al artículo 44 letra e) de la LPC por parte de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., en virtud que ésta pactó y cobró una TIE superior a la TML vigente a la fecha de contratación de los créditos, en contravención a lo establecido en el artículo 18 letra c) de la misma ley, de conformidad a lo expuesto en este apartado.

Finalmente, es importante reiterar a la proveedora que se encuentra obligada a cumplir con la LCU, así como con los lineamientos y requisitos establecidos en las NTLCU y Manuales Técnicos emitidos para tal

efecto por el BCR, siendo responsable de la veracidad y fidelidad de la información que remite al BCR, lo anterior con base a lo establecido en el artículo 22 NTLCU que prescribe: “Será responsabilidad de los acreedores a quienes se refiere la Ley, la veracidad y fidelidad de la información presentada o informada al Banco Central”.

Conclusión del Tribunal sobre la configuración de la infracción:

En razón de lo anterior, se ha acreditado por medio del recálculo de intereses que realizó la DC aplicando la metodología establecida en el apartado VII del informe antes relacionado, que la denunciada cobró intereses aplicando una TIE superior a la TML vigente en un total de 37,005 créditos, incumpliendo el artículo 12 de la LCU, que determina respecto al cobro de intereses, que a partir de la entrada en vigencia de dicha ley todos los créditos no podrán tener una TIE mayor a la TML establecida por el BCR, caso contrario, será considerado interés usurero.

Así, el cobro de intereses efectuado en aplicación de una TIE superior a la TML vigente está prohibido por la LCU; por consiguiente, constituye un cobro indebido a la luz del artículo 18 letra c) de la LPC, debido a que la porción de intereses cobrada en exceso de la TML vigente es un cobro que no está legitimado por la Ley.

En consecuencia, la denunciada al efectuar tal cobro indebido incumplió con lo establecido en el artículo 18 letra c) de la LPC, dando lugar a que en el presente caso se configure la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la misma ley que determina “*Son infracciones muy graves (...) e) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores.*”

Por consiguiente, resulta procedente *sancionar* a la proveedora denunciada, de conformidad a lo establecido en los artículos 47 y 48 de la LPC; y, además, *ordenar la devolución* de los montos cobrados indebidamente, es decir, la cantidad de **\$112,000.63 dólares**, que corresponde a un total de 6,707 consumidores afectados de un total de 37,005 créditos.

En razón de lo anterior, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 inciso 2º de la LPA; con relación a la individualización y determinación de los cobros indebidos antes realizada, este Tribunal ha consignado en el CD anexo a la presente resolución la información contenida en el archivo digital en formato Excel denominado “*ANEXO 2. Cobro indebido de intereses TML art. 44 letra e) en relación art. 18 letra c) LPC*”, en dicho archivo consta una hoja de cálculo, identificada como: Agrupación por consumidor (Individualización y determinación de los cobros indebidos por consumidor acreditados en el presente procedimiento).

3. Respecto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c), ambos de la LPC, por haber realizado cobros indebidos resultantes de cobrar un porcentaje en concepto de afianzamiento.

En el caso particular, la Presidencia atribuye a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. la infracción descrita en el artículo 44 letra e) de la LPC por “*Efectuar cobros indebidos, tales como cargos*”

directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor (...)”, reclamando supuestos cobros indebidos **por haber realizado cobros indebidos resultantes de cobrar un porcentaje en concepto de afianzamiento**, en un total de 41,717 créditos que corresponden a 7,303 consumidores por la cantidad de \$225,640.59 dólares.

Al respecto, es importante mencionar que mediante la resolución de inicio de folios 1718-1734, tomo IX, se previno a Presidencia, delimitará el cobro indebido en concepto de afianzamiento realizado en cada uno de los 41,717 créditos, clasificando los créditos por tipo, es decir, estableciendo si es un crédito decreciente o mutuo prendario con desplazamiento, prevención que fue subsanada de forma parcial, ya que la Presidencia determinó que del total de 41,717 créditos en los cuales se cobró el afianzamiento, solamente **37,103 créditos están vinculados con la base de datos de créditos otorgados** —créditos sujetos al periodo de revisión otorgados entre diciembre de 2018 a noviembre 2019, detallados en el Anexo 1 contenido en el CD de folio 1,716, tomo IX—, considerando que este Tribunal debía requerir a la denunciada la clasificación por tipo de crédito de los restantes **4,164 créditos que no pudieron ser relacionados con la base de pagos** —detallados en el Anexo 2 ubicado en el CD referido—, lo cual así fue requerido conforme a lo consignado en la resolución de folios 1776-1778, tomo IX; no obstante lo anterior, la proveedora en ningún momento proporcionó tal información.

3.1. Así, al realizar el ejercicio de adecuación de los hechos denunciados a los alcances del referido ilícito administrativo, se advierten distintas obligaciones contractuales de las cuales existe la certeza que:

- Que conforme al documento de folios 104-120, tomo I —Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones— LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., define la figura del **Afianzamiento** como *la contratación de servicio de una empresa avalista, quien responderá con dinero líquido a la empresa que otorga el crédito, en caso que el cliente no logre cumplir su deuda de intereses al otorgante. El cobro de afianzamiento será mensual.* Asimismo, mediante la nota de folio 289, tomo II, se acredita por parte de la proveedora la metodología para el cálculo de los intereses moratorios y otros cargos, Romano XI del Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones, en el que determina: *La Cornucopia realizará un cobro por el monto contratado en concepto de afianzamiento de deuda, dicho cobro se aplica utilizando la siguiente fórmula: Afianzamiento = monto contratado x tasa de afianzamiento. Al resultado obtenido por recargo se le aplica la tasa de impuesto (IVA). En los créditos tradicionales se cobrará en cada renovación de contrato y en los créditos a plazo únicamente en la primera cuota.*
- Que la proveedora incluye en los modelos de contratos de Mutuos con la modalidad de crédito decreciente y Mutuos Prendarios con desplazamientos las siguientes cláusulas:
 - ✓ **CLÁUSULA IX) CONSTITUCIÓN DE FIANZA** —Mutuos con la modalidad de crédito decreciente—, en la que se establece: *“(...) Que por medio del presente acto la*

sociedad que representa se constituye en FIADORA, del (la) Deudor(a) para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de la sociedad acreedora; en caso de incumplimiento del deudor principal VALCORP, S.A. de C.V., cancelará a la La Cornucopia, S.A. de C.V. el capital e intereses vencidos a la fecha del incumplimiento; por su parte el deudor se compromete a pagar el 7.00% mensual sobre los saldos garantizados, más el impuesto al valor agregado, pagaderos en la misma forma establecida en la cláusula III del presente contrato. Por su parte el deudor acepta la constitución de fianza a su favor y obliga a pagar el monto antes relacionado durante todo el plazo de vigencia del presente contrato o cualquier prórroga otorgada por la sociedad acreedora (...).

✓ CLÁUSULA IX) CONSTITUCIÓN DE FIANZA —Mutuos Prendarios con desplazamientos—, en la que se establece: "(...) Que por medio del presente acto la sociedad que representa se constituye en FIADORA, del (la) Deudor(a) para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de la sociedad acreedora; en caso de incumplimiento del deudor principal VALCORP, S.A. de C.V., cancelará a la La Cornucopia, S.A. de C.V. los intereses vencidos a la fecha del incumplimiento; por su parte el deudor se compromete a pagar el 7.00% mensual sobre los saldos garantizados, más el impuesto al valor agregado, pagaderos en la misma forma establecida en la cláusula III del presente contrato. Por su parte el deudor acepta la constitución de fianza a su favor y obliga a pagar el monto antes relacionado durante todo el plazo de vigencia del presente contrato o cualquier prórroga otorgada por la sociedad acreedora (...).

- Que la DC sostiene que la proveedora al cobrar a sus clientes el valor bajo el concepto de afianzamiento, comete la práctica abusiva prescrita en el artículo 18 letra c) de la LPC, por realizar un cobro sin respaldo legal, pues el cobro es contrario a lo que establece el artículo 1540 del Código de Comercio —en adelante C. Com.—, respecto de la solidaridad del fiador, ya que conforme a lo consignado en el Manual de Política y Procedimiento de Préstamo, Renovaciones/Cancelaciones (Folios 104-120, tomo I), la empresa que se constituye como fiadora en el contrato únicamente responderá: *con dinero líquido a la empresa que otorga el crédito, en caso que el cliente no logre cumplir su deuda de intereses al otorgante*, situación que desnaturaliza las reglas definidas en el C.Com. a favor de la misma proveedora, quien además se queda con el bien.
- Que la DC, a partir de la revisión y análisis de la información, detectó que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. les cobró a un universo de 41,717 créditos, un total de \$225,64059 dólares por la *constitución de fianza* en los contratos suscritos por los consumidores, no obstante, únicamente

Handwritten marks: a stylized signature or initials and a large number '7'.

logró vincular con la base de datos de los créditos otorgados en el período objeto de revisión la cantidad de *37,103 créditos que hacen la cantidad de \$202,255.21 dólares*, cuyo resumen por año y mes del cobro indebido bajo tal concepto consta en el **Cuadro 17** del informe de resultados (folio 1700 frente, tomo IX).

La proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., al referirse sobre tal infracción manifestó que imputación es atípica, señalando que toda institución que presta dinero tiene costos asociados a los créditos que emite, y que cada institución posee distintas ofertas de servicios y estas tienen diferentes intereses y costos asociados a las mismas, asimismo, señalan que la DC se ha apartado del estudio de la verdad material, es decir, de la realidad del negocio de su mandante, agregando que las garantías que cada cliente contrata para respaldar los intereses, se puede sustituir por un fiador o avalista presentado por el cliente al momento de contratar el crédito, o por otro lado, contratarse por la totalidad del crédito, sin embargo por la naturaleza del crédito, el destino y la facilidad que representa, los clientes no optan por tal opción, buscando por el contrario el pronto retiro con el crédito aprobado y su desembolso inmediato, sin complicaciones adicionales, pese a que esto represente para ellos el pago de un valor adicional.

3.2 Así, en relación a los hechos denunciados, es menester establecer lo siguiente:

- El **fiador** es la persona que presta una fianza, con lo cual, correrá el riesgo de la obligación de otra persona, pudiendo tener que responder con ella por el incumplimiento, digamos que sería el segundo deudor después del principal.⁸
- **Obligación:** vínculo jurídico entre dos personas determinadas –deudor y acreedor–, en virtud del cual la primera se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor de la segunda.⁹
- **Obligaciones solidarias:** son aquellas en que debiéndose un objeto divisible y habiendo pluralidad de acreedores o de deudores, o pluralidad de ambos, cada acreedor puede exigir la totalidad de la obligación a cualquiera de los codeudores y cada deudor está obligado a la totalidad de la deuda, de modo que, cumplida así la obligación, ella se extingue.¹⁰
- El **beneficio de excusión o de orden**, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que **el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda.**¹¹

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta, que conforme a la doctrina, *la fianza ha sido concebida por los juristas y la teoría general del derecho como un medio de garantía que tiene la pretensión de ser un instrumento eficaz de protección patrimonial en beneficio del acreedor, frente a la posibilidad de sufrir un*

⁸ <https://www.billin.net/glosario/definicion-fiador/>

⁹ Ramos Pazos, René. De las obligaciones. Resumen. Capítulo Primero. Conceptos Generales.

¹⁰ Ramos Pazos, René. De las obligaciones. Resumen. Capítulo Primero. Conceptos Generales.

¹¹ <https://www.mundojuridico.info/renuncia-al-beneficio-de-excusion-y-division-en-la-fianza/>

daño económico que le puede provocar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, señalando que la misma será *mercantil* cuando se realiza en masa, o sea cuando es hecha por empresas mercantiles que dentro de su giro ordinario se dedican a la prestación de tales servicios, como las compañías de seguros, fianzas y bancos¹².

Por su parte, el Código de Comercio, establece en el artículo 1539.- *Es mercantil el contrato de fianza que se constituya por empresas que, dentro de su giro ordinario, practiquen dicha operación y la otorgada por instituciones bancarias*, y en el artículo 1540.- *En la fianza mercantil, el fiador responde solidariamente por el fiado, sin gozar del beneficio de excusión de bienes*.

A partir de ello, se deduce que, en la fianza mercantil, el fiador responde solidariamente por el fiado, a modo de derecho u obligación "*in solidum: Por entero, por el todo*"¹³, sin gozar del beneficio de excusión de bienes, mismo que, como se estableció previamente, se concibe como el derecho concedido al fiador a fin de no ser compelido a pagar al acreedor sin que previamente se haya dirigido contra los bienes del deudor principal, cuyo embargo y venta judicial debe pedir antes de dirigirse contra el que dio la caución¹⁴.

3.3 De lo antes expuesto, este Tribunal advierte lo siguiente:

El pago efectuado por los consumidores en concepto de afianzamiento, lo realizan con el objeto de cubrir de forma anticipada la posible contingencia de impago de sus obligaciones contractuales ante la proveedora denunciada, lo cual constituye una expresión de la libertad contractual de las partes.

Ahora bien, según la Presidencia, el referido cobro se constituye como indebido, al desnaturalizar LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. la figura de la fianza mercantil, respecto de la responsabilidad solidaria del fiador —es decir, VALCORP, S.A. de C.V.— ante el incumplimiento de pago de los consumidores, porque ésta únicamente asume el pago de intereses, cuando lo que corresponde, en virtud del beneficio de excusión, es el pago de la totalidad de la deuda.

Sin embargo, este Tribunal considera que tal razonamiento no constituye un incumplimiento a la luz de lo establecido en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c), ambos de la LPC, ya que, en ningún momento se afirma mediante la cláusula de constitución de fianza, que la entidad afianzadora se exime de su obligación de pago de la deuda, porque LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. dirija el cobro de la misma en un primer momento de forma directa a los consumidores, por el contrario, con la fianza garantiza la parte que no está cubierta por el consumidor, lo cual deviene en una interpretación errónea por parte de la denunciante.

Y es que, como es sabido, los contratos de fianza pueden ser celebrados de forma parcial o total, es decir, el fiador se puede obligar a cumplir ya sea una parte de la obligación o toda en su integridad, sin que ello implique que exista de su parte un incumplimiento a la solidaridad de la fianza mercantil, situación que acaece

¹² https://legalcorp.com.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=19:la-fianza-mercantil&catid=2:actualidad&Itemid=3

¹³ <https://dle.rae.es/in%20solidum>

¹⁴ https://legalcorp.com.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=19:la-fianza-mercantil&catid=2:actualidad&Itemid=3

en el presente caso, en donde la entidad afianzadora se ha obligado a pagar a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. la parte que no puede obtener del deudor, esto es los intereses, ya que la parte restante, es decir, el capital se encuentra cubierto con la garantía prendaria, situación que no contradice el principio de legalidad, por cuanto no existe disposición que restrinja o límite la contratación de 2 cauciones por parte de la proveedora denunciada, a efectos de garantizar las obligaciones contractuales ahí pactadas.

En congruencia con lo anterior, tal como se acreditó en el presente procedimiento, la denunciada contaba con respaldo contractual para realizar el cobro de un porcentaje en concepto de afianzamiento, mismo que no se considera ilegal, ya que la entidad afianzadora asume el pago de la parte insolvente de pago de los consumidores; en consecuencia, en los términos planteados por la Presidencia, se acredita que la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. *no efectuó cobros o cargos sin el respaldo que la legitime para realizarlos*; por tanto, no se configuran los elementos de la infracción atribuida, siendo procedente *absolver* a la misma en relación a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) de la LPC, en relación al artículo 18 letra c) del mismo cuerpo legal.

E. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 17, AMBOS DE LA LPC.

Conforme a lo establecido en el artículo 44 letra e) de la LPC constituye infracción muy 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:*

- b) Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;*
- 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 (...); e,*
- 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 (...).*

Asimismo, en la parte final de la referida disposición se 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 (...).”*

Según las reglas tradicionales del Derecho Civil se entiende que las cláusulas convenidas entre las partes contratantes se sujetan a la autonomía de la voluntad; sin embargo, en materia mercantil, el artículo 974 del Código de Comercio —en adelante C.Com.— expresamente dispone que *“las cláusulas de determinados contratos y precios de bienes o servicios impuestos por ley, se considerarán insertos en los contratos a que*

se refieran o que tengan relación con ellos, y sustituirán a las cláusulas contrarias establecidas por las partes”.

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 prescribe *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.*

Tal regulación cobra especial importancia si se toma en cuenta que modernamente muchas de las contrataciones comerciales —entre proveedores y consumidores— se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión, los cuales se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, entendida como la escasa capacidad de influencia que el consumidor tiene sobre su contenido —sus cláusulas no son negociadas—.

En ese sentido, existe una asimetría entre la partes contratantes, en virtud de la capacidad de una parte —el proveedor— para 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 e incluso de demandar servicios de cierto proveedor específico que considera el más conveniente por razones de precio, capacidad, servicio o cualquier otra.

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 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, este Tribunal Sancionador está facultado 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.

R
A
7

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.

En el caso particular, de las cláusulas ejemplificadas como abusivas en el artículo 17 letras b), d) e i) de la LPC, el desequilibrio puede consistir respecto: a la letra b) la sustracción unilateral por parte de la proveedora de sus obligaciones; letra d) del referido artículo, en que el consumidor renuncie anticipadamente a un derecho reconocido legalmente, que de alguna manera se limite el ejercicio del mismo, o que se amplíen los derechos del proveedor, o respecto a la letra i) del citado artículo, que se establezca una penalización excesivamente onerosa para el consumidor en caso de mora, causándose con cualquiera de esas estipulaciones un perjuicio al consumidor.

F. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS RELATIVOS A LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 17, AMBOS DE LA LPC.

En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental, relacionada con la posible infracción a la LPC, relativa a la introducción de cláusulas abusivas en los contratos suscritos por la proveedora con los consumidores, consistente en:

- 1) Fotocopias simples de **Contratos de Mutuos con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento**, ubicados conforme al siguiente cuadro —se hace mención únicamente de los contratos firmados y sus respectivas renovaciones—:

| Tomó Nº | Folio del documento |
|---------|---|
| II | 342, 362-363; 374; 380 y 386; 392; 399; 404; 408; 414, 420-421, 426-427 y 433-434 |
| III | 465; 472, 477, 482, 487 y 493; 500; 512; 527; 534; 545, 550 y 555; 562; 569; 583-584; 599-560, 611-612 y 621-622; 632; |
| IV | 638; 645, 650, 655, 661, 666 y 673-674; 680, 687-688 y 693-694; 701; 722-723; 730-731; 736-737; 742-743, 748 y 753-754; 774 y 779; 785; 789; 796, 804 y 809; 815, 820 y 825; 832 |
| V | 837-838, 843, 848-849 y 854; 860; 867 y 872-873; 885-866, 895-896, 903-904 y 908-909; 921, 926, 931, 936 y 941; 952; 956-957; 963; 977; 989-900; 999-1000; 1007-1008; 1016; 1023; 1027-1028; |
| VI | 1039-1040 y 1049-1050; 1059, 1065, 1068, 1071 y 1074; 1078; 1082; 1109, 1114-1115; 1124; 1131 y 1136; 1143-1144, 1149-1150, 1155-1156 y 1161-1162; 1166-1167; 1171-1172; 1178 y 1183; 1189, 1194, 1199, 1204, 1210, 1216, 1228, 1233; |
| VII | 1238; 1245, 1250 y 1255; 1261; 1268-1269; 1277; 1283-1284; 1289; 1301; 1305-1306; 1313; 1320-1321; 1333- |

| | |
|------|--|
| | 1334 y 1342-1343; 1354-1355; 1367; 1371-1372; 1379, 1384, 1389, 1394 y 1399; 1405; 1411; 1415-1416; 1421; 1432; 1436 |
| VIII | 1440-1441; 1450; 1461; 1471; 1476; 1482-1483; 1491-1492; 1501; 1509, 1515-1516; 1524; 1531, 1536-1537; 1543 y 1548-1549; 1555; 1562-1563, 1571-1572, 1579-1581; 1589-1590; 1597; 1602; 1607; 1615; 1621-1622; 1630; 1636 |
| IX | 1637 y 1644-1645; 1651-1652; y, 1658-1659. |

A través de los referidos contratos, LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., según lo expuesto por la denunciante, incluye las siguientes cláusulas abusivas:

- (i) **Relativa a la sustracción unilateral de sus obligaciones por parte del proveedor (Artículo 17 letra b) de la LPC)**, identificada en ambas modalidades de contratos: Mutuos con la modalidad de crédito decreciente y Mutuos Prendarios con desplazamientos:

CLÁUSULA IV) GARANTÍA, el siguiente texto: “(...) *La acreedora no será responsable del bien dado en garantía en caso que éste sea dañado, deteriorado, destruido o cualquier otra forma en que ocurra daño por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier causa sobreviniente. Liberando desde ya de toda responsabilidad civil y administrativa a La Cornucopia, S.A. de C.V., extendiéndole el más amplio finiquito si el daño, deterioro o destrucción se diera por las causas antes indicadas*” (el resaltado es propio).

- (ii) **Relativa a la renuncia anticipada 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 (Artículo 17 letra d) de la LPC):**

En relación a este apartado, la Presidencia señaló las siguientes cláusulas:

- **Relativa a la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción y de apelación por parte del consumidor:**
 - ✓ En los contratos de Mutuos con la modalidad de crédito decreciente, se incluye la siguiente: **CLÁUSULA VI) PLAZO:** (...) *Por mutuo acuerdo, las partes han convenido que en caso de retraso de parte del deudor en cuanto al pago de las cuotas respectivas, se estipulará un período de gracia de 2 CUOTAS VENCIDAS CONSECUTIVAS, que serán suficientes para ponerse al día con el crédito en caso de mora de cualquiera de las cuotas, caso contrario y si el deudor no pudiere pagar mediante capital líquido, éste entregará en dación en pago el bien que hoy deja en garantía y la acreedora podrá aceptar en dación en pago el bien que el primero otorgare, en cuyo caso la acreedora descontará los intereses (...).* El resaltado es nuestro.
 - ✓ En los contratos de Mutuos Prendarios con desplazamientos, se incluye la siguiente: **CLÁUSULA VI) PLAZO:** (...) *Por mutuo acuerdo, las partes han convenido que en caso de retraso de parte del deudor en cuanto al pago, se estipulará un período de prórroga de 10 días corridos, que serán*

suficientes para ponerse al día con el crédito, caso contrario y si el deudor no pudiere pagar mediante capital líquido, éste entregará en dación en pago el bien que hoy deja en garantía y la acreedora podrá aceptar en dación en pago el bien que el primero otorgare, en cuyo caso la acreedora descontará intereses devengados a la fecha, y el bien dado en garantía se recibirá en dación en pago por el monto del capital (...). El resaltado es nuestro.

- ✓ Finalmente, sostuvo que ambas modalidades de contratos: Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento, se identificaron las cláusulas VIII) y X), respectivamente, denominadas *OTRAS OBLIGACIONES*, que literalmente dice: “a) El (la) deudor(a) se obliga a pagar a la acreedora cualquier gasto en que incurriere en el cobro judicial o extra judicial de esta obligación o cualquier otro gasto en que incurriere la acreedora como consecuencia del presente contrato (...)”.
- **Relativa a la imposición de domicilio especial por parte del proveedor:**
 - ✓ Que en los contratos de Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento, se ha identificado la cláusula XI) y X) respectivamente, denominadas *DOMICILIO*, que establecen que: “Para todos los efectos legales de este instrumento las partes contratantes señalamos como domicilio especial la ciudad de San Salvador, a la jurisdicción de cuyos tribunales nos sometemos expresamente”.
- (iii) **Relativa a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el consumidor en caso de mora (Artículo 17 letra i) de la LPC):**
 - ✓ Que en los contratos de Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento, se consigna en la parte final de la cláusula VI) PLAZO, por parte de la proveedora lo siguiente: “(...) El plazo señalado se tendrá por caducado y la obligación a cargo del deudor se volverá exigible en su totalidad como el plazo vencido en los siguientes: a) por falta de pago en una de las cuotas de este crédito a cargo del deudor (...)”.
- 2) Original de Informe de resultados de la verificación del cumplimiento de la LPA, LCU y otra normativa de consumo en proveedores que prestan servicios financieros no supervisados por la SSF (folios 1672-1716-, tomo IX) emitido en fecha 30/09/2020, por la Unidad de Auditoría de Consumo —UAC— de la Dirección de Vigilancia de Mercado —DVM—, por medio del cual, se establece la verificación del cumplimiento de la LPC, consignando en el Apartado 9, Conclusiones relativas a la verificación del cumplimiento la identificación de las cláusulas abusivas que encajan en las contempladas en el artículo 17 letras b), d) e i) de la LPC, siendo las consignadas en los numerales 1. Relativa a la renuncia de derechos por parte del consumidor, 2. Relativa a la sustracción unilateral de sus obligaciones por parte del proveedor, 4. Respecto a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el consumidor en caso de mora; y, 6. Relativa a la

imposición de domicilio especial por parte del proveedor, todas del numeral 8 de dicho apartado (folios 1706 frente y vuelto, tomo IX).

G. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN AL ART. 44 LETRA E) DE LA LPC, EN RELACIÓN AL ART. 17 DE LA MISMA LEY.

Establecido lo anterior, este Tribunal analizará las cláusulas abusivas en la forma que fueron alegadas por la denunciante, con el objetivo de realizar el ejercicio de adecuación de los hechos denunciados a los alcances del ilícito administrativo atribuido a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. regulado en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letras b), d) e i), ambos de la LPC:

1. Respecto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra d) ambos de la LPC, por la inclusión de cláusulas relativas a la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción y de apelación por parte del consumidor.

1.1 Señala la Presidencia, que se identificaron en los documentos contractuales, las siguientes cláusulas, relativa a la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción y de apelación por parte del consumidor:

- ✓ En los contratos de **Mutuos con la modalidad de crédito decreciente**, se incluye la siguiente: *CLÁUSULA VI) PLAZO: (...) Por mutuo acuerdo, las partes han convenido que en caso de retraso de parte del deudor en cuanto al pago de las cuotas respectivas, se estipulará un período de gracia de 2 CUOTAS VENCIDAS CONSECUTIVAS, que serán suficientes para ponerse al día con el crédito en caso de mora de cualquiera de las cuotas, caso contrario y si el deudor no pudiere pagar mediante capital líquido, éste entregará en dación en pago el bien que hoy deja en garantía y la acreedora podrá aceptar en dación en pago el bien que el primero otorgare, en cuyo caso la acreedora descontará los intereses (...).* El resaltado es nuestro.
- ✓ En los contratos de **Mutuos Prendarios con desplazamientos**, se incluye la siguiente: *CLÁUSULA VI) PLAZO: (...) Por mutuo acuerdo, las partes han convenido que en caso de retraso de parte del deudor en cuanto al pago, se estipulará un período de prórroga de 10 días corridos, que serán suficientes para ponerse al día con el crédito, caso contrario y si el deudor no pudiere pagar mediante capital líquido, éste entregará en dación en pago el bien que hoy deja en garantía y la acreedora podrá aceptar en dación en pago el bien que el primero otorgare, en cuyo caso la acreedora descontará intereses devengados a la fecha, y el bien dado en garantía se recibirá en dación en pago por el monto del capital (...).* El resaltado es nuestro.

Respecto de dichas cláusulas la Presidencia manifestó que estas cláusulas establecen que la proveedora puede volverse propietaria de los bienes dados en garantía por los consumidores, si al finalizar el plazo del crédito éstos se encuentran en mora, incumpliendo de esta manera lo consignado en el artículo 2147 del C. C., por tanto, concluyendo que con tales cláusulas LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. pretende que un bien dado en garantía por el deudor pase a formar parte de su patrimonio, saltándose con ello lo dispuesto en la ley, pues al estipular en un contrato de adhesión la forma de proceder ante la mora del deudor al finalizar el

plazo de contratación, se está obligando a los consumidores a renunciar anticipadamente al derecho que les es otorgado en el artículo antes referido.

1.1.1 Previo a determinar lo abusivo o no de las referidas cláusulas, este Tribunal estima pertinente reiterar que los contratos de consumo se caracterizan por el manejo desigual de la información respecto al producto o servicio que se ofrece a los consumidores, ya que, es el proveedor quien posee más información frente a un consumidor que por lo general no es especialista en el producto que consume o en el servicio que utiliza, por tanto, éste no tiene el conocimiento al detalle sobre los mismos, a tal desequilibrio se le denomina “asimetría informativa”.

Por ello, el Reglamento de la LPC contiene una clara regulación de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, estableciendo una serie de obligaciones a los proveedores, a partir de las que —en cualquier etapa del proceso de contratación— las cláusulas, condiciones o estipulaciones contenidas en contratos de adhesión, deben de cumplir con ciertos requisitos, entre los que establece:

Artículo 22 —Requisitos de los contratos de adhesión—: Los contratos de adhesión y sus anexos deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) e) No incluir renunciias a derechos que las leyes reconocen al consumidor (...)

De lo anterior, se colige que un contrato de adhesión, debe ser celebrado cuidando los requisitos de validez, y los elementos del mismo, por cuanto constituye fuente de obligaciones contractuales que pueden ser de dar, hacer o no hacer una cosa; en consecuencia, un contrato bien elaborado, establece cláusulas claras y pegadas a derecho, trazando los límites de la relación comercial y las obligaciones que de éste se generan para cada parte.

Aunado a lo anterior, la LPC, en su artículo 4, consigna una serie de derechos básicos que poseen los consumidores, sin perjuicio de los demás derechos que se deriven de la aplicación de otras leyes.

1.1.2 Al respecto, este Tribunal estima pertinente señalar lo regulado en el Código Civil respecto del contrato objeto de estudio:

- *Artículo 2134.- Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.*
- *Artículo 2134.- Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor.*
- *Artículo 2145.- El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario.*
- *Artículo 2146.- El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses (...).*
- *Artículo 2147: El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito (...) El pacto*

que autorice al acreedor a disponer de la prenda o apropiársela, sin recurrir a la justicia, se tendrá por no escrito; se exceptúa la dación en pago en virtud de acuerdo de las partes celebrado después de que el deudor haya caído en mora (...). El resaltado es nuestro.

En ese sentido, conforme a las disposiciones citadas, para que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. tenga derecho de pagarse la deuda del consumidor con la prenda entregada por éste, debe recurrir a la justicia, es decir, debe solicitar que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, caso contrario, los contratos que incluyan cláusulas que autorizan a la misma a disponer de la prenda o apropiársela, sin tal requisito, se tienen por no escritas.

Ahora bien, el Código Civil establece una excepción, al disponer que para que la apropiación de la prenda se tengan por válida sin requerir la venta en pública subasta, el acreedor, en este caso LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. debe realizar **acuerdos de dación en pago** con los deudores morosos, pactos celebrados después de que éstos últimos hayan caído en mora, sobre tal figura la doctrina señala que *se constituye como un negocio encaminado esencialmente a la extinción de la obligación, el cual puede calificarse como una operación transaccional pactada por el acreedor y deudor para dar solución a la deuda y que intervendrá ordinariamente en el mismo momento del vencimiento de la obligación*¹⁵.

1.1.3 Establecido lo anterior, se tiene que la proveedora denunciada ha establecido en los contratos objeto de reclamo, la CLÁUSULA VI) PLAZO, que determina que: *Por mutuo acuerdo, las partes han convenido que en caso de retraso de parte del deudor en cuanto al pago de las cuotas respectivas, se estipulará un período de gracia de (...), que serán suficientes para ponerse al día con el crédito en caso de mora de cualquiera de las cuotas, caso contrario y si el deudor no pudiere pagar mediante capital líquido, éste entregará en dación en pago el bien que hoy deja en garantía y la acreedora podrá aceptar en dación en pago el bien que el primero otorgare, en cuyo caso la acreedora descontará los intereses (...).* El resaltado es nuestro.

La proveedora por su parte manifestó sobre tal infracción que de una lectura cuidadosa de la cláusula se puede colegir, que la pública subasta es una posibilidad, por lo que tal imputación, violenta el principio de verdad material al darle una interpretación distinta a la que la formulación del contrato da, ya que en ningún momento se determina la obligación de entregarlo, sino una posibilidad, la cual puede o no llegar.

Al respecto, este Tribunal verifica de la redacción de la cláusula, que la proveedora denunciada, si impone al consumidor la obligación de entregar la prenda en dación en pago, siempre que no pueda realizar el pago de la deuda mediante capital líquido, y que la única facultada para *decidir si acepta o no* el bien en dación en pago es LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., por lo que, no es cierto tal argumento de defensa, ni que de su lectura pueda colegirse la posibilidad de apropiación del bien mediante pública subasta conforme a lo regulado por la ley.

¹⁵ Finez Ratón, J. M. (1995) La dación en pago. Anuario de Derecho Civil. España. Página 1468.

Por lo anterior, a juicio de este Tribunal, la cláusula analizada, al facultar a la acreedora prendaria para que se apropié de la prenda sin necesidad de acudir a la jurisdicción, establece la renuncia anticipada del derecho del consumidor. Y es que, si bien el artículo 2147 del C.C. regula una excepción, esto es la dación en pago, la forma en la proveedora ha pactado tal figura de extinción de la obligación, no es legal, ya que conforme al mismo *debe realizarse mediante acuerdo por escrito celebrado con posterioridad a la fecha en que incurrió en mora*, situación que no consta en los contratos, ya que se pacta en el momento que suscriben los contratos de mutuo, instancia en la que aún no se han constituido en mora.

Por consiguiente, y en virtud de lo establecido en el artículo 17 letra d) de la LPC, el cual señala que se consideran abusivas las cláusulas que permitan *“Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores (...)”*, se tiene por acreditado que la **CLÁUSULA VI) PLAZO**, incluida por la proveedora en los contratos de Mutuos con la modalidad de crédito decreciente y Mutuos Prendarios con desplazamientos, causa un evidente desequilibrio a favor de la proveedora denunciada, que deviene en una renuncia anticipada a derechos y garantías que la ley le confiere a los consumidores, ya que pretende apropiarse de los bienes entregados por los consumidores en concepto de prenda sin recurrir a la vía judicial.

1.2 Por otra parte, la Presidencia sostuvo que en **ambas modalidades de contratos: Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento**, se identificaron las cláusulas VIII) y X), respectivamente, denominadas *OTRAS OBLIGACIONES*, que literalmente dice: *“a) El (la) deudor(a) se obliga a pagar a la acreedora cualquier gasto en que incurriere en el cobro judicial o extra judicial de esta obligación o cualquier otro gasto en que incurriere la acreedora como consecuencia del presente contrato (...)”*.

Respecto de dichas cláusulas la Presidencia manifestó que merecen ser calificadas de abusivas, por la abierta redacción ya que, de modo abstracto, traslada al consumidor todos los gastos que hiciera en el cobro, dejando al usuario en la más absoluta ignorancia sobre cuáles pudieran ser éstos y cómo pudieran cuantificarse ante la indeterminación de la estipulación por la opacidad de sus consecuencias, asimismo, implica repercutir en el consumidor gastos por cobro con independencia de que, por su naturaleza, por previsión legal o por decisión judicial, pudieran ser de cargo de la proveedora, lo que se traduce en una renuncia anticipada de derechos procesales y, por lo tanto, contraria al artículo 17 letra d) de la LPC

Además, sostuvo que tales estipulaciones provocan un evidente perjuicio al consumidor, ocasionando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, pues la proveedora traslada la obligación de pago de dichos gastos al consumidor, agregando que la proveedora, abusando de su posición dentro de la relación contractual, inserta cláusulas en las que obliga al consumidor a asumir el pago de ciertos gastos, ocasionándole grave perjuicio económico.

Por otra parte, la denunciante hizo especial énfasis **a las costas procesales**, las cuales considera encajan perfectamente dentro de la cláusula en cuestión, pues dentro de los contratos objeto de análisis el consumidor acepta tácitamente el pago de ellas, lo que resulta particularmente abusivo ya que se obliga al consumidor a

pagar las costas procesales aun cuando no ha sido condenado a ello, provocando prácticamente una renuncia expresa por parte del consumidor a sus derechos, pues los limita a no hacer uso de las instancias judiciales a las que tienen derecho.

Los apoderados de la denunciada, expresaron que tal objeción violenta el principio de legalidad, en función de que pretende exigir a su mandante requisitos o formulaciones que la LPC no ordena, ya que pretende calificar de abusiva la cláusula en la que se responsabiliza de los gastos de cobro al cliente moroso por el hecho de no definir o listar todas las posibilidades de costos asociadas a la recuperación de una deuda sobre un bien, cuando por la naturaleza de los negocios que se realizan, una definición taxativa o más detallada es imposible e inviable, considerando que a pesar de ello, la forma en la que ha quedado consignada en el texto no contraría ninguna disposición en cuanto a la información que por ley debe contener la cláusula, es decir si las posibilidades son considerables la única forma de definirlo de manera clara para el consumidor es por la forma en la que se ha hecho: "costos asociados a la recuperación", por lo que, a su juicio, tal imputación carece de tipicidad.

1.2.1 Previo a determinar lo abusivo de las referidas cláusulas, es importante acotar las reglas establecidas por el CPCM para la imposición y pago de las costas procesales:

- Artículo 271 —Pago de las costas—: *"Como regla general, cada parte pagará los gastos y las costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo"*.
- Artículo 272 —Condena en las costas de la primera instancia—: *"El pago de las costas de la primera instancia se impondrá a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. En este caso, el que deba pagar solo estará obligado a hacerlo en lo que corresponda con motivo del procedimiento judicial conforme a arancel. Si la estimación o desestimación de las pretensiones fuere parcial, cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad"*.
- Artículo 273 —Condena en costas en caso de allanamiento—: *"Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Si el allanamiento se produjere tras la contestación de la demanda, se aplicará el inciso primero del artículo anterior"*.
- Artículo 274 —Condena en costas en caso de renuncia o desistimiento—: *"Si el proceso terminara por renuncia de la pretensión o del derecho, o por desistimiento del demandante no consentido por el demandado, aquél será condenado a todas las costas. Si el desistimiento fuere consentido por el demandado, no se condenará en costas a ninguna de las partes"*.
- Artículo 275 —Condena en costas en recursos—: *"En caso de recursos, se aplicará en lo relativo a las costas, lo dispuesto para la primera instancia"*.

De lo anterior se colige, que según nuestra legislación, en principio *cada parte pagará los gastos y costas que vaya generando la defensa de sus intereses en el proceso*; sin embargo, una vez finalizado el procedimiento, la sentencia puede condenar a la parte “perdedora” al pago de las costas, lo que significa que el juez obliga a la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones a pagar a la otra parte, los gastos que están incluidos en las “costas procesales”¹⁶, como resultado de una acción planteada, tendiente a restablecer el equilibrio del contrato en instancia judicial.

1.2.2 En razón de lo anterior, se tiene establecido que el fin que se persigue mediante la declaración de abusividad de esta cláusula de imputación de *cualquier gasto* a los consumidores de forma unilateral, es que exista *una mayor transparencia*, es decir, que éstos tengan la capacidad de evaluar con criterios precisos y comprensibles, las consecuencias y/o cargas económicas derivadas del contrato a su cargo, evitando que se vean sorprendidos con la imputación de gastos con los que no contaban y que alteran el equilibrio económico pactado, ya que puede ser obligado al pago de dichos cargos aún sin ser condenado a los mismos, es decir, el contrato podría resultar demasiado oneroso a una de las partes, en total violación de la tutela judicial efectiva.

La doctrina establece que el control de transparencia “(...) tiene por objeto que el consumidor conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (...)”.¹⁷

Así, conforme a las disposiciones del CPCM previamente señaladas y a los argumentos antes expuestos, se tiene acreditado que la proveedora utilizó en las cláusulas denunciadas, frases ambiguas y eminentemente genéricas, bajo la siguiente fórmula: “*cualquier gasto*”, las cuales carecen de claridad en su redacción —con lo cual incumple lo consignado en la letra a) del artículo 22 del Reglamento de la LPC y omite la aplicación del principio de claridad—; por cuanto, con las cláusulas denunciadas los consumidores podrían verse afectados en su derecho de tutela judicial efectiva, ya que al ser redactada de forma tan amplia, cabría la posibilidad de que la proveedora obligue a los consumidores a asumir el pago de *gastos y demás costos*, que se generen por las eventuales gestiones de cobro o acciones que se intenten en su contra por el incumplimiento de sus obligaciones al contrato, lo cual podría incluir *el pago de las costas procesales*; con lo cual se acredita

¹⁶ El artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España distingue entre: *gastos del proceso*, son aquellos desembolsos que tengan su origen en la existencia de dicho proceso, y *las costas*, que son parte de los gastos que se refieren a los siguientes conceptos: honorarios del abogado y procurador; honorarios de peritos y otras personas que intervengan en el proceso y gastos en copias, certificaciones, notas, testimonios, faxes, burofaxes, así como todos aquellos documentos que tengan que solicitarse conforme a la ley, y la inserción de anuncios o edictos si fueren obligatorios. En el concepto de costas también se extiende a aquellos derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

¹⁷ Marín López, Manuel Jesús (2018) La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios. Colección Derecho del Consumo.

una ampliación por parte de la proveedora de sus derechos, generando un perjuicio en los derechos constitucionalmente reconocidos a los consumidores que suscriben los contratos de mutuo.

Es precisamente por lo antes desarrollado, que la traslación al consumidor del pago de *cualquier gasto* —futuro e incierto— que emane de las reclamaciones realizadas por la proveedora por incumplimiento de su obligación de pago, supone para este Tribunal una clara vulneración de las normas constitucionales y procesales enunciadas, ya que provocan un perjuicio en los consumidores ante la imposibilidad de que sea el órgano judicial el que decida la responsabilidad y cuantía en el pago de las costas procesales, con lo cual la proveedora amplía de forma injustificada sus derechos. Y es que, la condena en costas a los consumidores, si debe tener lugar, en ningún caso será fruto de la estipulación unilateral de una de las partes, sino consecuencia de la aplicación de las reglas que establece el CPCM, caso contrario, se introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer soportar las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, produciendo un menoscabo económico para los consumidores.

1.2.3 A partir de lo desarrollado, se concluye que con las cláusulas denunciadas se produce una afectación al *derecho de tutela judicial efectiva*, entendido como aquel derecho fundamental, de disposición legal y constitucional de todas las personas, que permite el derecho de éstas a tener libre acceso a los Juzgados para obtener una resolución de fondo fundada en Derecho.¹⁸ Y es que, tal derecho comprende en sí varios derechos, como integrantes genéricos del mismo, y son: *“El derecho de acceso a los tribunales; El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho; El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y, El derecho al recurso legalmente previsto”*.¹⁹

En consecuencia, la inclusión de las referidas cláusulas —*renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción y de apelación por parte del consumidor y la imposición de una obligación de asumir el pago de ciertos gastos: costas procesales, aún cuando no ha sido condenado a ello*— constituyen cláusulas abusivas, dando lugar con tal incumplimiento a que en el presente caso se configure la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la misma ley que determina *“Son infracciones muy graves (...) e) Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o (...)”* en relación al artículo 17 letra d) de la misma ley, que establece que *se consideran cláusulas abusivas 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: “Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen derechos de la otra parte (...)”*.

2. Respecto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra d) ambos de la LPC, por la inclusión de cláusulas relativas a la imposición de domicilio especial por parte del proveedor.

¹⁸ Guzmán Chávez, Marcela Rocibel (2019) El principio constitucional de la tutela judicial efectiva vulnerado por la acción de nulidad de sentencias. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas.

¹⁹ Picó i Junoy, Joan (1997). Las Garantías Constitucionales del Proceso, Editorial J.M. Bosch.

Señala la Presidencia, que en los contratos de **Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento**, se ha identificado la cláusula XI) y X) respectivamente, denominadas *DOMICILIO*, que establecen que: *“Para todos los efectos legales de este instrumento las partes contratantes señalamos como domicilio especial la ciudad de San Salvador, a la jurisdicción de cuyos tribunales nos sometemos expresamente”*. El resaltado es nuestro.

2.1 La Presidencia de la Defensoría argumentó que a la luz del artículo 17 letra d) de la LPC, dicha cláusula puede considerarse como abusiva, 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 involucradas en el contrato. Asimismo, reitera lo señalado en el artículo 24 letra d) del Reglamento de la LPC el cual literalmente consigna: *“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 someten las partes en caso de acción judicial.”*.

Del mismo modo, la denunciante sostuvo que tal cláusula 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 a la que, en principio, le correspondería, lo cual, podría incidir en el efectivo acceso a la justicia por parte del consumidor, tratándose éste de un derecho que, por disposición legal y constitucional, le corresponde.

Concluyendo que, se ha comprobado que el contenido en referencia es abusivo debido a que obliga al consumidor a someterse a los tribunales de un domicilio diferente al suyo, en consecuencia, la cláusula anterior se considera como abusiva según el artículo 17 letra d) de la LPC.

2.2 Los apoderados de la proveedora denunciada, respecto a la cláusula abusiva de imposición de domicilio especial, señalaron que tales cláusulas no son atípicas, ya que las partes definen el domicilio de San Salvador como un lugar donde ser demandados en caso de diferencias, es decir ambas partes poseen certeza de donde recurrir en caso de acción judicial, es decir, una renuncia sería dejar a merced del acreedor la decisión de donde demandar, como en el caso que el cliente firmara un acuerdo que lo obligara expresamente a renunciar a su domicilio dejando a opción del acreedor dónde demandar, situación que consideran no sucede en el presente caso, por lo que tal cláusula lejos de ser abusiva da seguridad a ambas partes.

Sobre tal punto, es importante hacer mención, que tal como sostiene la doctrina, la expresión del modelo de libertad de contratación se fundamenta en el *principio de igualdad de las partes contratantes*, 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.

Por tal motivo, para intentar disminuir las grandes desigualdades generadas por la aparición del contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales, surge la intervención del Estado, la cual busca el equilibrio en la balanza de la relación contractual y evitar así, que la configuración interna del contrato venga moldeada sólo por una de las partes (identificada como predisponente).

Como es sabido, la LPC y su reglamento, contienen una clara regulación de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, estableciendo en la letra d) del artículo 24 del Reglamento de la LPC —Cláusulas adicionales de libre discusión— literalmente lo siguiente: “*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 someten las partes en caso de acción judicial.* (el resaltado es nuestro).

Y es que, en autprecedentes —v.gr. resolución del 30/06/2010, ref. 320/2010 y 23/01/2012, ref. 762/2011— sobre los contratos de adhesión, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

“*En anteriores resoluciones, este Tribunal ha precisado que las contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión o, como modernamente se denominan, mediante condiciones generales de contratación. Sus características más 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; e, incluso, de demandar servicios de cierto proveedor específico que considera el más conveniente por razones de precio, capacidad, servicio o cualquier otra.*

En ese sentido, 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).

A partir de lo desarrollado, y en virtud del principio de verdad material regulado en el artículo 3 número 8 de la LPA, se concluye que en la práctica los contratos de mutuo celebrados por las entidades financieras, las cláusulas y condiciones generales del mismo son establecidas de forma unilateral e incluidos de forma general en todos los documentos contractuales puestos a disposición de los consumidores, las cuales constituyen características esenciales de los contratos de adhesión, en donde el consumidor no tiene la posibilidad de negociar aspectos del mismo, sólo puede aceptar o rechazar tal propuesta.

2.3 Establecido lo anterior, este Tribunal continuará con el análisis respectivo, y en virtud, que la cláusula denunciada se refiere al sometimiento por parte de los consumidores a un domicilio especial, es menester señalar lo regulado por el Código Civil, respecto de la figura del domicilio:

- *Artículo 57 CC: “El domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.*
- *Artículo 60 CC: “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce, habitualmente su profesión u oficio, o donde ha manifestado a la autoridad municipal su ánimo de permanecer, determina su domicilio o vecindad”.*
- *Artículo 67 CC: “Se podrá establecer en un contrato de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato”, el resaltado es nuestro.*

Por su parte, el CPCM regula lo siguiente:

- *Artículo 3 CPCM —Principio de legalidad—: “Todo proceso deberá tramitarse ante Juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal”.*
- *Artículo 4 CPCM —Principio de defensa y contradicción—: “El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinente. (...)”.*
- *Artículo 33 CPCM —Competencia territorial—: “Será competente por razón del territorio, el Tribunal del domicilio del demandado. (...)”.*
- *Artículo 35 CPCM —Competencia territorial en casos especiales—: “En los procesos en que se planteen pretensiones que versen sobre derechos reales, será competente también el tribunal del lugar donde se halle la cosa (...)”.*

De lo anterior, se deduce que: a) las reglas que determinan los criterios de competencia existen, entre otros motivos, para garantizar los derechos de toda persona demandada, en forma especial el derecho de defensa, en concordancia con el Principio Constitucional regulado en el artículo 11 de la Constitución de la República que establece: “Ninguna persona puede ser privada (...) ni de cualquiera otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...)”; y, b) se reconoce el domicilio especial contractual, únicamente si fue acordado por ambas partes; en consecuencia, no es válida la sumisión expresa a un domicilio especial contractual cuando su constitución es unilateral.

Respecto del derecho de defensa, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Honorable Corte Suprema de Justicia —en adelante SCA— mediante resolución de las once horas treinta y tres minutos del 02/12/2013, en el procedimiento bajo referencia 144-2010, ha sostenido: “ (...) Mientras que el derecho de defensa es de contenido procesal e implica que, para solucionar cualquier controversia, es indispensable que los individuos contra quienes se instruye un determinado proceso, tengan pleno conocimiento del hecho

o actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos —principio del contradictorio— ; y, por lo mismo, sólo podrá privárseles de algún derecho después de haber sido vencidos con arreglo a las leyes, las cuales deben estar diseñadas de forma que posibiliten la intervención efectiva de los gobernados (...)".

Asimismo, en la referida resolución se dispuso que: *"El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente a un juez. De ahí que se desprenden los derechos de audiencia y defensa, los cuales se encuentran íntimamente vinculados (...)"*.

2.4 Al realizar el ejercicio de adecuación de las cláusulas XI) y X) respectivamente, denominadas *DOMICILIO* —incluidas en los contratos objeto de estudio—, al caso concreto, se tiene que, la competencia para acceder a la jurisdicción, fue pactada de manera unilateral mediante contratos de adhesión, los cuales conllevan como característica esencial, que fueron redactadas con carácter previo —predeterminada— a la suscripción de los referidos documentos, sin que los consumidores hayan podido influir sobre su contenido, es decir, sin una posibilidad real de negociación.

Sobre lo anterior, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante la resolución de las once horas y veinte minutos del 12/08/2010, en el procedimiento bajo referencia 59-D-2010 sostuvo que: *"(...) la Corte ha dado un paso más en la protección de los consumidores, ya que ha resuelto que la cláusula de sumisión expresa y unilateral a un domicilio especial no surte fuero, no vale en los contratos de adhesión, cuando la misma fue impuesta en el contrato mediante el uso de formularios o impuestas mediante mutuos confeccionados en el seno de las relaciones crediticias entre sujetos ubicados en posiciones económicas desiguales, es decir, contratos celebrados masivamente con los consumidores"*.

Acotando la Corte en dicha resolución, que la aplicación de dicha cláusula obliga al deudor a litigar fuera de su domicilio, con las implicaciones: económicas, laborales, temporales que conlleva en su perjuicio, situación que como contraparte beneficia al acreedor, y que, el demandado tiene derecho a que se le demande ante el Juez Natural que corresponde a su domicilio, por lo que, la cláusula de constitución de un domicilio especial implica una renuncia a un derecho que le beneficia y traslada esa bonanza a la otra parte.

En ese sentido, este Tribunal tiene por acreditado que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. estableció unilateralmente la competencia, obligando al consumidor a dirigirse exclusivamente a un domicilio en caso de conflicto de forma unilateral, sin ningún fundamento legal para tal situación, por lo que, la cláusula bajo análisis podría limitar derechos constitucionales de los consumidores usuarios de sus servicios, ya que constituyen un obstáculo para el acceso a los tribunales, por los costos que puede implicar litigar fuera de su domicilio, más aún, cuando en las generales de los contratos de mutuo no se encuentra de forma clara la residencia de los consumidores, atentando contra los derechos de audiencia y defensa, dando lugar a la

infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la misma ley que determina “*Son infracciones muy graves (...) e) Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o (...).*” en relación al artículo 17 letra d) de la misma ley, la cual literalmente dice: “*Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen derechos de la otra parte (...).*”.

3. Relativa a sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, infracción al artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra b), ambos de la LPC:

3.1 Señala la Presidencia, que en los contratos de **Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento**, se ha identificado en la parte final de la cláusula IV) GARANTÍA, el siguiente texto: “*(...) La acreedora no será responsable del bien dado en garantía en caso que éste sea dañado, deteriorado, destruido o cualquier otra forma en que ocurra daño por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier causa sobreviniente. Liberando desde ya de toda responsabilidad civil y administrativa a La Cornucopia, S.A. de C.V., extendiéndole el más amplio finiquito si el daño, deterioro o destrucción se diera por las causas antes indicadas*”. El resaltado es nuestro.

Según la Presidencia, al incorporar la proveedora dentro del clausulado la frase “**cualquier causa sobreviniente**”, se está sustrayendo unilateralmente de sus obligaciones por medio de la suscripción de los contratos de adhesión en estudio, ya que los consumidores al constituir la garantía con sus bienes realizan el traslado de éstos a la proveedora, quien a su vez se vuelve depositaria de los mismos, por lo que ésta en todo momento debe atender a lo dispuesto en el artículo 2144 del Código Civil, siendo viable a su vez, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1420 del Código Civil, concluyendo que las cláusulas en comento se deben considerar como abusivas, ya que sobre la proveedora recae la obligación de cuidar los bienes que los consumidores han dejado en garantía bajo su custodia, por lo que ésta no puede sustraerse unilateralmente de sus obligaciones.

La proveedora por su parte sostuvo que tal imputación viola los principios de legalidad y tipicidad, ya que la sustracción de obligaciones —porque la acreedora no será responsable del bien dado en garantía en caso que éste sea dañado, deteriorado, destruido o cualquier otra forma en que ocurra dado por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier causa sobreviviente—, no es prohibida conforme a lo regulado en el artículo 1987 del C.C., el cual dispone las responsabilidades del depositario, señalando que tal cláusula no deviene en un abuso al cliente, por cuanto solo retoma lo que ya reguló la ley; y, el artículo 955 del C.Com., por cuanto conforme al mismo, no es prohibido que su mandante se abstenga de excluir la responsabilidad en una manera que dicho cuerpo legal no prohíbe, ya que las causales que determinan donde no es responsable la prestadora no son las que limita el mismo. Concluyendo que es una imputación atípica que la DC pretenda que un prestador de servicios, aclare en qué momento es y no responsable de los bienes que tiene en custodia cuando la ley no le prohíbe hacerlo.

3.2 Al respecto, resulta necesario hacer mención de lo regulado en el Código Civil, conforme a lo siguiente:

- Artículo 42.- *La ley distingue tres especies de culpa o descuido. (...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. (...). El resaltado es nuestro.*
- Artículo 1420.- *La obligación de conservar la cosa exige que se empleen en su custodia el debido cuidado.*
- Artículo 2144.- *El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.* Tal disposición se relaciona con lo regulado en el artículo 42 C.C. El resaltado es nuestro.
- Artículo 2145.- *El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario.* EL resaltado es nuestro.

Por su parte, el artículo 22 del Reglamento de la LPC —Requisitos de los contratos de adhesión—, dispone lo siguiente: *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 (...).* El resaltado es nuestro.

Por su parte, la 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.

Del mismo modo, 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".*

En ese sentido, el Estado se encuentra obligado a defender los intereses de los consumidores, control estatal que se ejerce en todos los momentos del proceso de contratación, mediante el cumplimiento de las condiciones establecidas en la letra a) del artículo 22 del Reglamento de la LPC (control previo) y mediante la prohibición y sanción por la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos por parte de los proveedores (control posterior).

3.3 En síntesis, conforme al análisis expuesto, este Tribunal considera que la cláusula IV GARANTÍA empleada por la proveedora denunciada en los contratos que suscribe con los consumidores, en la forma en que se ha estructurado y por las razones que han quedado expuestas, *omite los elementos que permitirían un trato más equilibrado de las partes, pues pretende sustraerse unilateralmente de sus obligaciones en perjuicio de los consumidores*, generando un desequilibrio respecto al derecho del consumidor a determinar la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes en los referidos documentos contractuales, sustrayendo el elemento de negociación de los mismos, ya que la proveedora impone sus condiciones, lo cual, en el Derecho de Consumo, no es aceptable.

Es menester aclarar a la proveedora que la sustracción de sus responsabilidades es ilegal conforme a lo estipulado en el artículo 955 del C. Com. que estipula: *Se tendrá por no escrito el pacto que excluya o límite de antemano la responsabilidad de una empresa mercantil por dolo o culpa de su personal, o de terceros a quienes utilice en el cumplimiento de las obligaciones propias de su giro (...)*, —el resaltado es nuestro—, el cual erróneamente la proveedora pretende interpretar a su favor, por considerar que no se encuentra obligado a aclarar en qué momento es o no responsable de los bienes que tiene en custodia cuando la ley, es decir el referido artículo, no le prohíbe hacerlo.

Por consiguiente, de conformidad a las disposiciones antes citadas, no es legal que LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. pretenda sustraerse de su responsabilidad en la guarda y cuidado del bien entregado por los consumidores en virtud del contrato de prenda celebrado, por cuanto, la ley le establece el deber de guardar la cosa "como propia", debiendo poner toda la diligencia y atención en el cuidado de la misma, como lo haría el dueño, quedando obligado a realizar todo lo necesario para que la cosa se restituya en el mismo estado en que se entregó, lo cual guarda relación con lo establecido en el artículo 1417 del C.C. que dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

4. Respecto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra i) ambos de la LPC, por la inclusión de cláusulas relativas a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el consumidor en caso de mora:

Conforme a la prueba incorporada se ha establecido que en los contratos de Mutuo con la Modalidad de Crédito Decreciente y Mutuo Prendario con Desplazamiento, se ha identificado en la parte final de la cláusula VI) PLAZO, la siguiente estipulación: "(...) El plazo señalado se tendrá por caducado y la

obligación a cargo del deudor se volverá exigible en su totalidad como el plazo vencido en los siguientes: a) por falta de pago de una de las cuotas de este crédito a cargo del deudor (...)".

Sobre dichas cláusulas, la Presidencia literalmente señaló en su denuncia que: *Al respecto de las cláusulas penales, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor ha señalado que se trata de un avalúo anticipado de los perjuicios resultantes de la infracción de un contrato*" (Sentencia definitiva con referencia 1036-09, emitida a las trece horas con treinta minutos del día 18/01/2010); añadiendo que, muchas veces el establecimiento de tales cláusulas va más allá de la simple indemnización de daños y perjuicios, permitiéndole a quien fija las condiciones generales de contratación, el establecimiento de penas exorbitantes, sin que las mismas puedan ser discutidas por el consumidor.

Finalmente, sostuvo que, si la finalidad de una cláusula penal es la de amortiguar los perjuicios resultantes de la infracción de un contrato, la cláusula que se analiza no cumple con dichas características, puesto que va dirigida a sancionar al consumidor de manera desmesurada y desproporcional; por lo que, conforme al artículo 17 literal i) de la LPC se trata de una cláusula abusiva, ya que las penas impuestas al consumidor en los documentos contractuales señalados es desproporcional al daño causado al proveedor por incumplimiento por parte del consumidor, ya que debe demostrarse los costos a los que ha incurrido el proveedor para resarcir el daño, en corolario se considera una infracción muy grave de acuerdo al artículo 44 literal e) de la LPC.

Los apoderados de la proveedora advirtieron que existe un trato desigual cuando la DC pretende en una relación contractual, proteger al deudor moroso en contra de los intereses legales del acreedor, ya que la posibilidad de recuperar materialmente la deuda disminuye gradualmente en función del plazo que transcurra desde que se constituye en mora el deudor, resultando inviable que la DC pretenda que el acreedor persiga solamente la cuota en mora cuando la capacidad del moroso disminuye conforme su situación de pagos se deteriora, violentando el principio de legalidad.

4.1 Previo a determinar si la estipulación detallada constituye una cláusula abusiva, este Tribunal estima necesario destacar lo regulado en los artículos 1406, 1409 y 1414, todos del CC, los cuales señalan:

- *Art. 1406.- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución."*
- *Art. 1409.- El deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse."*
- *Art. 1414.- No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena."*

Por su parte la doctrina señala que “(...) la cláusula penal puede ser pactada para los casos de retardo o incumplimiento de la obligación. En el primer caso será moratoria y en el segundo compensatoria. Es posible que la cláusula penal se estipule en el contrato o con posterioridad al mismo, siempre que no se hayan producido los perjuicios”²⁰, estableciendo entre los efectos de las referidas cláusulas que: “(...) El primero de ellos es establecer de antemano el quantum indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento, siendo ésta la función básica que desempeña la pena convencional. Por tanto, el primer efecto sería el valorativo, liquidatorio o sustitutorio. El segundo de los efectos es el persuasivo o disuasorio, en virtud del cual la cláusula penal persuade al obligado al cumplimiento de la obligación reforzada con la cláusula penal o le disuade de su incumplimiento (...) Por lo tanto el efecto principal cuando se produce el incumplimiento y el más habitual, es el indemnizatorio o resarcitorio, ya que establecida la pena en la cláusula, se resarce el interés del acreedor”²¹.

De las referidas disposiciones y de la doctrina se colige, que **la cláusula penal consiste en una convención mediante la cual los contratantes pueden fijar, anteladamente a la fecha del vencimiento de una determinada obligación, el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso que el deudor incumpla tal obligación.**

Asimismo, es menester señalar el autoprecedente emitido a las nueve horas con cincuenta y tres minutos del día 28/04/2016 en el procedimiento administrativo sancionador bajo referencia 467-2015, en el cual se estableció que *para que exista una cláusula penal se requiere la existencia de los siguientes elementos:*

- *Que se estipule un monto en concepto de indemnización por daños y perjuicios.*
- *Que exista una obligación principal de dar, hacer o no hacer.*
- *El incumplimiento total o parcial o retardo de la obligación principal.*
- *La obligación de pagar el monto de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento.*

Al aplicar lo anterior al presente caso, se advierte que el elemento principal de las cláusulas objeto de reclamo, es que la proveedora de forma unilateral podrá caducar el contrato y exigir el pago inmediato de la totalidad de la obligación contraída, con sus respectivos intereses, como una obligación de plazo vencido, cuando el consumidor: *a) por falta de pago de una de las cuotas de este crédito a cargo del deudor (...).*

Por ello, se colige que, en efecto, las referidas cláusulas no pueden considerarse cláusulas penales, ya que la finalidad de las mismas es establecer una consecuencia por el incumplimiento del consumidor, quién asume la responsabilidad de pagar de inmediato la suma mutuada —más los respectivos intereses—, más no constituyen la estipulación del pago de un monto por indemnización de daños y perjuicios por tal incumplimiento.

4.2 No obstante lo anterior, este Tribunal considera que del texto de las cláusulas objeto de denuncia, se tiene por establecido que, acaecida la causa arriba referida, se reconoce la facultad de LA CORNUCOPIA,

²⁰ Escobar Fornos, Iván (1996). Derechos de Obligaciones, Segunda Edición.

²¹ Feliu Rey, Jorge (2014). Cláusula Penal: Naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo. Anuario de Derecho Civil.

S.A. de CV. de *caducar unilateralmente el contrato*, figura que es entendida como: “*un acto jurídico unilateral y recepticio por medio del cual la parte afectada por el incumplimiento de un contrato pone fin a éste sin necesidad de acudir al juez*”²², a través de la cual vuelve exigible el pago inmediato de las obligaciones adquiridas por parte del consumidor —por considerarlas de plazo vencido— y sin ninguna responsabilidad de su parte, ante el incumplimiento del consumidor en el pago de las mismas.

Del mismo modo, surge la figura del **vencimiento anticipado**, la cual consiste en *la facultad que se arroga el prestamista de poner fin al plazo, siendo exigible desde ese momento la totalidad del importe prestado, incrementado con los intereses oportunos*²³; por tanto, para exigir el vencimiento anticipado es preciso que el consumidor al que se le ha prestado el capital, deba parte de éste, sosteniendo la doctrina, que es necesario que la proveedora establezca de forma explícita y determinante cuál es el porcentaje mínimo de capital debido por el cual considera que el consumidor ciertamente se encuentra en una situación de mora respecto de sus obligaciones contractuales.

Al respecto, es importante mencionar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su resolución de fecha 14/11/2013, estableció los requisitos que habrían de analizarse para la evaluación de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, consignando lo siguiente: “(i) que el incumplimiento que active la cláusula sea esencial; (ii) que el incumplimiento que active la cláusula sea suficientemente grave respecto a la duración y cuantía del préstamo; (iii) que la facultad de vencer anticipadamente no constituya una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia “de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa; y que (iv) el Derecho nacional prevea medios adecuados para que el consumidor pueda liberarse de los efectos del vencimiento anticipado”.²⁴

Por ello, en el presente caso se tiene por establecido que la concurrencia de las circunstancias que generan la caducidad del plazo y vencimiento anticipado se dejan a la apreciación arbitraria de la proveedora, con lo cual se perjudica desproporcionadamente al consumidor, ya que, tal como lo sostiene la doctrina, *debe establecerse como requisito para su adecuada estipulación, en concreto, la concurrencia de justa causa, entendiéndose por tal la existencia de una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas como la obligación de pago de las cuotas (incluso de una)*.²⁵

4.3 Bajo tal inteligencia, y en virtud de lo establecido en el artículo 17 letra i) de la LPC, el cual señala que se consideran abusivas: “*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 (...)*”, se tiene por acreditado que la **CLÁUSULA VI) PLAZO**, incluidas por la proveedora en los contratos

²² Molina Morales, Ranfer (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Revista de Derecho Privado.

²³ Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros, en sus siglas ADICAE (2016) Complicación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. Página 145.

²⁴ *Ibidem*. Página 119.

²⁵ *Ibidem*. Página 118.

de mutuo con la modalidad de crédito decreciente y mutuo prendario con desplazamiento, causan un evidente desequilibrio a favor de la proveedora denunciada, al determinar la resolución del contrato de forma unilateral, anticipada y antojadiza.

Aunado a lo anterior, tales cláusulas descartan la posibilidad que, ante el acaecimiento de la causal de caducidad del plazo o vencimiento anticipado determinada en los documentos antes referidos, es decir: (...)

a) *por falta de pago de una de las cuotas de este crédito a cargo del deudor (...):*

1. El consumidor pueda recurrir a la vía judicial, lo cual otorga una garantía de imparcialidad, ya que, tratándose de un contrato bilateral, el cual, de acuerdo con el artículo 1360 del C.C, dispone que: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en uno u otro caso”,* es decir, *“(...) la resolución o cumplimiento del contrato debe ser establecido vía judicial, siendo un juez quien decida de manera imparcial el incumplimiento de la obligación. O, también por algún otro medio de solución de conflictos regulado en el derecho positivo”,* o,
2. Que pueda hacer uso de otro medio de solución de conflictos para determinar la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, lo anterior conforme a lo establecido por SCA en la resolución de las once horas treinta y tres minutos del 02/12/2013 en el procedimiento administrativo bajo referencia 144-2010.

Debe tenerse en cuenta que la abusividad de las cláusulas de caducidad del plazo y vencimiento anticipado proviene de los términos en que las condiciones generales predispuestas permiten tales consecuencias, no de la mera previsión de tales figuras, que no son *per se* ilícitas, es decir, es necesario que se vinculen a parámetros cuantitativos o temporalmente graves, a efectos que el daño ocasionado al consumidor con el pago total de la obligación contractual —*el cual incluye el pago de cuotas futuras que aún no se han impagado, puesto que no se ha producido su vencimiento; por tanto, no ha nacido la obligación de pago*— no resulte desproporcional al daño al que la proveedora se vio sometido frente al acaecimiento de las causales referidas en las cláusulas, que devienen en el ejercicio de una **facultad unilateral, excesiva y desproporcional** de resolver el contrato.

De conformidad a lo expuesto, a juicio de este Tribunal, las cláusulas analizadas, al establecer una penalización por mora, que no guarda relación con la gravedad del daño ocasionado a la proveedora, constituyen cláusulas abusivas, dando lugar a la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la misma ley que determina *“Son infracciones muy graves (...) e) Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o (...).”* en relación al artículo 17 letra i) de la misma ley, la cual literalmente dice: *se consideran cláusulas abusivas aquellas estipulaciones, que (...): “(...) supongan la imposición de una*

penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor (...)

5. En síntesis, conforme al análisis expuesto, este Tribunal considera que las cláusulas empleadas por la proveedora denunciada en los contratos de apertura de línea de crédito, venta al crédito y pagarés sin protesto, en la forma en que se han estructurado y por las razones que han quedado expuestas, **omiten los elementos que permitirían un trato más equilibrado de las partes, pues pretenden sustraer a los consumidores de la esfera de protección jurídica a la que tienen derecho**, generando un desequilibrio respecto al derecho del consumidor a determinar la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes en los referidos documentos contractuales, sustrayendo el elemento de negociación de los mismos, ya que la proveedora impone sus condiciones, lo cual, en el Derecho de Consumo, no es aceptable.

Y es que la doctrina sostiene, que las cláusulas no negociadas individualmente o condiciones generales de contratación, son aquellas cláusulas redactadas previamente y en cuyo contenido e incorporación al contrato, el consumidor no ha tenido intervención alguna²⁶. Del mismo modo, sostienen que para ser consideradas como tal, deben concurrir los siguientes 4 requisitos:

- *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que impongan su inclusión.*
- *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada (...) siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*
- *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (...) de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más pueda obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*
- *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociables que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse (...)"²⁷.*

Bajo tal inteligencia, sobre la base de los hechos probados, se concluye que la proveedora, efectivamente, introdujo una serie de cláusulas —que cumplen con los requisitos antes expuestos— en una pluralidad de documentos contractuales, los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 letras b), d) e i) de la LPC, constituyen cláusulas abusivas, incurriendo en la infracción al artículo 44 letra e) de la LPC.

VII. ANÁLISIS DE LAS INFRACCIONES CONFORME A LA LCU

²⁶ Según jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, "se trata de cláusulas que han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga la posibilidad de negociarlas, hacer contraoferta, ni modificarlas, sino simplemente aceptarlas o no" (SSTS del 09/05/2013, RJ 3088).

²⁷ Marín López, Manuel Jesús (2018) La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios. Colección Derecho del Consumo.

H. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN AL ART. 12 INCISO FINAL DE LA LCU

Tal como consta en resolución de inicio (Folios 1718-1734, tomo IX), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción establecida en el inciso final del artículo 12 de la LCU, el cual literalmente establece:“(...) *la Defensoría del Consumidor, sancionarán a los acreedores (...) no supervisados (...) con multa de hasta cincuenta salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios, (I) cuando no remitan la información de su actividad crediticia o (...) conforme a la Normas Técnicas y Manuales emitidos por el Banco Central de Reserva.*”

Según lo estipulado en el artículo 3 letra k) de las Normas Técnicas para la Aplicación de la Ley Contra la Usura —en adelante NTLCU— las **Entidades o Personas No Supervisadas** son: “*Todas aquellas entidades o personas, sean naturales o jurídicas, que no están sujetas a supervisión de la Superintendencia del Sistema Financiero; y aquellas que la Ley Contra la Usura nomina como No Regulada (...)*”.

De conformidad a lo establecido en el artículo 6 de la LCU, las entidades del mercado financiero tales como: bancos, los bancos cooperativos, sociedades y asociaciones cooperativas de ahorro y crédito, asociaciones y fundaciones sin fines de lucro que otorgan créditos; así como, las personas naturales o jurídicas, tales como: casas comerciales, comerciantes de bienes o servicios y en general a cualquier sujeto o entidad que preste dinero u otorgue financiamiento, incluidas las denominadas casas de empeño, montepíos o similares, **están obligadas a presentar al BCR la información de su actividad crediticia de los meses de diciembre a mayo, y de junio a noviembre**, para que dicho dato se tome en cuenta para determinar las tasas de interés máximas, lo anterior en relación a lo regulado en el artículo 17 de las NTLCU.

En términos generales y conforme a lo consignado en la letra w) del artículo 3 de la NTLCU, debe entenderse que “**Tasa Máxima Legal: es la tasa de interés máxima que publicará el Banco Central semestralmente para cada segmento de crédito y montos contratados, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley Contra la Usura, y es equivalente a 1.6 veces la tasa efectiva promedio simple por segmento de crédito y rango de monto**”, el resaltado es nuestro.

Asimismo, en el artículo 6 inciso sexto de la LCU se establece que el BCR es la entidad encargada de emitir las normas para determinar: **la metodología, estructura de las bases de datos, operaciones e información a incluir, las condiciones para la remisión de la información.**

En atención a lo anterior, el Consejo Directivo del BCR emitió las NTLCU, con el objeto de establecer —entre otros aspectos— las disposiciones referentes a la remisión de la información de operaciones de crédito por parte de los acreedores, cualquier persona natural o jurídica que preste dinero, letra a) del artículo 3 de la NTLCU.

Además para dar a conocer los lineamientos y el detalle en la preparación de la información de la cartera crediticia que los acreedores están obligados a reportar al BCR en aplicación de la LCU, dicho banco emitió:

1) Manual Técnico para la remisión de la información de operaciones de créditos por parte de Acreedores

No Supervisados que cuentan con Sistema Informático; 2) Manual Técnico para la remisión de la información de operaciones de créditos por parte de Acreedores No Supervisados que no cuentan con Sistema Informático; y 3) Manual para preparación de cartera de créditos (Instituciones Supervisadas por la SSF).

Por otra parte, conforme artículo 6 inciso cuarto de la LCU, los acreedores No Supervisados deben remitir al BCR sobre cada una de las operaciones de crédito que otorguen, como mínimo la información que se detalla en el artículo 7 de las NTLCU, entre esta información se señala: *el monto desembolsado; cuota de préstamo, conformada por el pago de intereses y amortización de capital; y seguros obligatorios y otros cargos en la cuota: involucra el monto cobrado por seguro y cualquier otro cargo o comisión, que se suma a la cuota.*

Entre otros aspectos, dicha información debe ser remitida según el tipo de crédito otorgado con base en lo establecido en el Anexo 2 de las NTLCU y los Manuales Técnicos emitidos por el BCR. Aunado a lo anterior, la información debe reportarse sin incluir el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios —IVA— conforme a lo establecido en el artículo 3 letra m) de las NTLCU.

En los lineamientos 7 y 8 respectivamente, de los manuales técnicos para la remisión de la información de los proveedores no supervisados que cuentan y no cuentan con sistema informático, se determinan los datos que deben remitir los Acreedores No Supervisados respecto de su cartera de créditos, describiéndose de forma detallada los datos requeridos, sus respectivas posiciones y formatos que deberán ser respetados. En las tablas contenidas en los numerales señalados, se describe a partir de la segunda fila hasta la catorce, los elementos establecidos en el artículo 7 de las NTLCU.

En virtud de las normas citadas, la información concerniente a la actividad crediticia de los acreedores No Supervisados debe cumplir con los lineamientos y requisitos establecidos en las NTLCU y Manuales Técnicos emitidos para tal efecto por el BCR, antes relacionados.

Asimismo, dicha información debe reunir las características de veracidad y fidelidad, con base en el artículo 22 NTLCU que prescribe: "*Será responsabilidad de los acreedores a quienes se refiere la Ley, la veracidad y fidelidad de la información presentada o informada al Banco Central*".

En ese sentido, el artículo 9 de las NTLCU establece que: "*La remisión de la información correspondiente a cada una de las operaciones de crédito otorgados en el semestre inmediato anterior, deberá realizarse en los primeros cinco días hábiles de los meses de junio y diciembre. No obstante lo anterior, los acreedores podrán remitir la información mensualmente y el Sistema de Tasas Máximas estará habilitado para recibirla de esta forma. La información deberá ser clasificada en archivos separados por mes.*"

Aunado a ello, las NTLCU disponen en su artículo 16, que cuando el BCR advierta —de la revisión de los datos transaccionales remitidos por los acreedores— que éstos contienen *errores, inconsistencias, omisiones o cualquier otra situación que pueda inducir al error, cause distorsiones o imposibilite el cálculo de la tasa efectiva de las operaciones de crédito*, solicitará al acreedor, a más tardar el segundo día hábil

siguiente a la fecha límite de remisión establecida en la Ley, **la corrección de la información**, quien **tendrá como máximo un día hábil adicional para remitirla**, siempre y cuando no implique incorporación de nueva información y cumpla con lo establecido en la Ley, las referidas normas y manuales técnicos.

Además, la referida norma técnica en el inciso segundo del citado artículo dispone que: *“Transcurrido el plazo señalado sin obtener respuesta del acreedor o si persistieren cualquiera de las situaciones planteadas, la información será excluida de las tasas máximas legales, sin perjuicio de informar, a quien corresponda, del incumplimiento”*, es decir, a la Defensoría del Consumidor.

Por lo antes expuesto, en el artículo 12 inciso final de la LCU, se establece el ilícito administrativo atribuido a la proveedora, por **“No remitir la información de su actividad crediticia”**, para que se configure la infracción consistente en este Tribunal deberá analizar la concurrencia de los siguientes elementos: (i) que la entidad o persona no supervisada se encuentre inscrita en el Registro de Acreedores del BCR; (ii) que la entidad o persona no supervisada se dedique al préstamo de dinero u otorgamiento de financiamiento, cualquiera que sea la forma para hacer constar la operación; y (iii) que la entidad o persona no supervisada **no haya cumplido con la obligación de remitir la información de sus operaciones crediticias** dentro de los primeros 5 días hábiles del mes de junio o diciembre —según corresponda— o de forma mensual, según lo dispuesto en el artículo 9 de las NTLCU, conducta que, de llegar a comprobarse, darían lugar a la sanción prescrita en el referido artículo, de hasta cincuenta salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios.

I. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN A LAS INFRACCIONES AL ART. 12 INCISO FINAL DE LA LCU

En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental —relacionada con las posibles infracciones a la LCU— consistente en:

- 1) Fotocopia certificada por notario de carta identificada bajo el número 000249 (folios 1709, tomo IX, previamente relacionada en el numeral 2 de la **letra D del romano VI** de la presente resolución), mediante la cual el BCR remite disco compacto que contiene, entre otros aspectos, el listado de los acreedores no supervisados por la SSF que no remitieron la información de su actividad crediticia durante 14to Cálculo.
- 2) Original de acta para la fase final de auditoría a la cartera de crédito de LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. emitida en fecha 31/08/2020 (folios 1661-1664, tomo IX), en la que se deja constancia de los posibles incumplimientos a la LCU, por la remisión parcial al BCR de las operaciones de crédito contratadas, en donde la DC identificó 29,582 operaciones de créditos contratadas entre diciembre de 2018 y noviembre de 2019, las cuales no fueron reportadas al BCR, las cuales constan en el Anexo 2.1 del CD de folios 1666, tomo IX.

En la referida acta, se aclara que la DVM remitió a la Dirección Jurídica de la DC, el memorándum DVM 0407/2020 de fecha 28/05/2020, un informe sobre el incumplimiento a la LCU en lo relacionado a no remitir la información de las operaciones crediticias, o por no informar que no

contrataron nuevos créditos, los cuales corresponden a lo meses de octubre 2019 y noviembre 2019, obstaculizando así la labor del BCR debido a que no fueron tomadas en cuenta para efectos del cálculo de las TML de las 14va tabla vigente entre enero y junio 2020.

- 3) Original de Informe de resultados de la verificación del cumplimiento de la LCU en proveedores que prestan servicios financieros no supervisados por la SSF (folios 1672-1716, tomo IX) emitido en fecha 30/09/2020, por la Unidad de Auditoría de Consumo —UAC— de la —DVM—, por medio del cual, se establece:

Numeral 9. Conclusiones Relativas a la verificación del cumplimiento de la LCU. Se confirmó que la proveedora *no remitió al BCR la información de 29,582 créditos otorgados entre diciembre 2018 y noviembre de 2019, a efecto que dicha institución bancaria las tomara en cuenta en el cálculo de la 13va y 14 va tabla de tasas máximas legales.*

Además, se consignó que por medio del memorándum DVM 0407/2020 de fecha 28/05/2020, la DVM remitió a la Dirección Jurídica de la DC un informe sobre el incumplimiento a la LCU en lo relacionado a no remitir la información de las operaciones crediticias, o por no informar que no contrataron nuevos créditos, los cuales corresponden a lo meses de octubre 2019 y noviembre 2019, que totalizan 6,777 créditos,

Asimismo, advierte la DC literalmente lo siguiente: *En conclusión, se determinó en el presente informe, que la sociedad La Cornucopia, S.A. de C.V. obstaculizó la labor del BCR ya que las 22,805 operaciones de crédito contratados entre diciembre 2018 y septiembre de 2019 no remitidas, no fueron consideradas por dicha institución bancaria para el treceavo y catorceavo cálculo de las tasas máximas legales; con dicha omisión la sociedad da lugar a lo estipulado en el último inciso del artículo 12 de la LCU.*

Es importante mencionar que, por efecto de la prescripción, conforme a las reglas de cómputo establecidas en la LPA, este Tribunal determinó, que solo conocería de las operaciones que no fueron remitidas al BCR durante el período de junio de 2019 a noviembre de 2019, las cuales debían ser reportadas a dicha institución durante los primeros cinco días hábiles del mes de diciembre de 2019, en consecuencia, la cantidad de operaciones no remitidas correspondientes al 14va TML se reduce a **15,742 operaciones de crédito**, según se estableció en la resolución de inicio de folios 1718-1734, tomo IX.

J. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES AL ART. 12 INCISO FINAL DE LA LCU

Aclarado lo anterior, este Tribunal Sancionador deberá analizar en el caso en particular —según lo establecido en el romano VII de la presente resolución—, si la denunciada incurrió en la infracción establecida en el artículo 12 inciso final de la LCU, conforme a lo establecido en el artículo 6 incisos 3°, 4° y 5° de la LCU.

Así, con base en los elementos probatorios antes señalados, ha quedado comprobado que la proveedora denunciada *no remitió la totalidad de la información de su actividad crediticia, ya que, omitió informar 15,742 operaciones de crédito otorgadas entre junio a noviembre de 2019 al BCR*, en contravención a lo estipulado en el artículo 6 de la LCU., estando obligada a hacerlo *durante los primeros cinco días hábiles del mes de diciembre de 2019* a través del Sistema de Tasas Máximas —medio informático definido por el BCR para que los sujetos obligados remitan la información para el cálculo de las tasas máximas, el cual está a disposición de los mismos en el sitio web de dicha entidad, artículo 3 letra s) de las NTLCU—, entorpeciendo así la labor del BCR para establecer de forma veraz y eficiente la tasa máxima legal.

Sobre la referida infracción, la proveedora sostuvo que la falta de remisión de dicha información obedeció a problemas en el acceso al sistema informático del BCR y a la imposibilidad de remitir tal información de manera física directamente al BCR, aceptando la responsabilidad por dicha infracción y el consecuente pago del monto a imponer en concepto de multa.

Conclusión del Tribunal sobre la configuración de la infracción:

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se advierte que, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados al expediente, efectivamente, la proveedora no remitió la totalidad de la información de su actividad crediticia ya que omitió reportar 15,742 operaciones de crédito otorgadas entre junio a noviembre de 2019 al BCR, en contravención a lo dispuesto en la LCU, situación que ha sido reconocida de forma expresa por LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., con lo cual obstaculizó la labor del BCR, ya que las referidas operaciones no fueron consideradas por dicha institución bancaria para el 14vo cálculo de la TML. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 12 inciso final de la LCU, debiendo la proveedora ser acreedora de la *sanción* respectiva conforme a lo consignado en la misma disposición, previo análisis de los parámetros establecidos en el artículo 49 de la LPC; los cuales serán desarrollados en el romano **IX** de la presente resolución.

VIII. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Ahora bien, establecidas las conductas ilícitas, es importante hacer referencia al tema de culpabilidad, así:

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 de la Constitución de la República, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la SCn de las doce horas del 17/12/1992).

En este sentido, la SCn respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa

un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de SCn de las doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

Cabe destacar que una de la subcategorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e] gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor.

En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por SCA, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva de la proveedora denunciada, este Tribunal considera necesario analizar si la misma 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. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

En ese orden de ideas, y para el caso en concreto, la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., es responsable del cumplimiento de las obligaciones legales estipuladas en el ordenamiento jurídico, y, de manera más específica, en la LPC y la LCU; en consecuencia, tiene la responsabilidad de realizar el cobro de comisiones que correspondan a la prestación de un servicio adicional efectivamente prestado; además, es responsable de efectuar el cobro de intereses de acuerdo a la TML vigente al momento de la contratación, de no realizar cobros indebidos en contravención a la LPC, ni de introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales que suscribe con los consumidores, conforme a lo ordenado en la LPC y en los contratos suscritos por los mismos. Asimismo, debe remitir la totalidad de la información de su actividad crediticia, en los períodos que corresponden conforme a lo regulado en la LCU.

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes para determinar que tal omisión haya sido producida de manera dolosa; no obstante, al ser una proveedora de servicios financieros, se infiere

que debe cumplir con las obligaciones que la LPC y la LCU le establecen, situación que no consta en el presente procedimiento, pues se ha determinado que de manera negligente:

- i) Realizó el cobro de una comisión que se denomina por Otorgamiento y Resguardo, la cual es inherente al servicio prestado por la misma en contravención a lo establecido en el artículo 12-A y 19 letra a), ambos de la LPC;
- ii) Pactó y cobró una TIE superior a la TML vigente establecida por el BCR a la fecha de contratación de 37,005 créditos, en contravención a lo establecido en el artículo 18 letra c) de la LPC;
- iii) Introdujo cláusulas abusivas en los documentos contractuales en contravención a los artículos 17 letras b), d) e i) de la LPC.
- iv) Omitió informar 15,742 operaciones de crédito otorgadas entre junio a noviembre de 2019 al BCR, en contravención a lo estipulado en el artículo 6 de la LCU.

IX. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

Como se expresó en los acápite precedentes, se estableció —en resumen— la comisión de las infracciones detalladas a continuación:

| Nº | INFRACCIÓN COMETIDA | DISPOSICIÓN LEGAL | MULTA MÁXIMA |
|------------------------------|---|---|---|
| INFRACCIONES A LA LPC | | | |
| 1 | Por realizar el cobro de una comisión de en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios | Artículo 44 letra d) de la LPC en relación al artículo 12-A y 19 letra a) de la misma ley | 500 salarios mínimos urbanos en el sector industria. En caso de afectación de intereses colectivos o difusos, la multa nunca será inferior al daño causado a lo cobrado indebidamente, sin exceder de 5,000 salarios |
| 2 | Por realizar cobros indebidos al aplicar una tasa de interés superior a la TML establecida por el BCR | Artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley | |
| 3 | Por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales | Artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 17 letras d) e i) de la misma ley. | |
| INFRACCIONES A LA LCU | | | |
| 4 | Por no remitir la información de su actividad crediticia | Artículo 12 inciso final de la LCU | 50 salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios. |

Por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar las multas que correspondan a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, este Tribunal tomará en cuenta los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad para la determinación de la multa, es así que verificará el 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 –dolo o culpa– con la que procedió el infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, según sea el caso.

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

a) *Tamaño de 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*".

Resulta importante mencionar, que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento 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 omitido presentar la información financiera solicitada por esta autoridad sancionadora en la letra f) de la resolución de inicio de folios 1718-1734, tomo IX.

No obstante lo anterior, de conformidad al listado de Medianos y Grandes Contribuyentes de fecha 06/06/2021, emitido por el Ministerio de Hacienda²⁸, la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., se encuentra clasificada como *Mediana Contribuyente en el numeral 1764*, siendo a la fecha de su emisión la información disponible y actualizada de registro de contribuyentes con las categorías de Grandes, Medianos y Otros; en consecuencia, para los efectos de la cuantificación de la multa correspondiente, será considerada como tal, manteniendo los principios de proporcionalidad de la sanción.

b) *Grado de intencionalidad del infractor.*

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto 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 sujeto. 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*

²⁸ Ministerio de Hacienda, República de El Salvador, sitio web, documentos y publicaciones varias "Listado de Medianos Contribuyentes: <https://www.mh.gob.sv/wp-content/uploads/2021/06/700-DGII-AV-2021-22551.pdf>.

negocios propios (...)”, así como a lo estipulado en el inc. 3º 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*”.

En virtud de lo anterior, de la prueba agregada al presente procedimiento se comprobó que la proveedora incurrió en las referidas infracciones actuando con negligencia, ya que como proveedora que se dedica al préstamo de dinero u otorgamiento de financiamiento, estaba obligada a:

- (i) En cuanto a la infracción al artículo 44 letra d) de la LPC, consistente en “***d) Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios (...)***” por cobrar una comisión de Otorgamiento y Resguardo, por un servicio inherente a los que presta; ha quedado evidenciada una actuación negligente por parte de la proveedora, pues cobró una comisión contraria a lo establecido en el artículo 12-A de la LPC, estando obligada a cobrar solo las comisiones que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado a los consumidores.
- (ii) En relación a la infracción al artículo 44 letra e) de la LPC, consistente en “***e) Realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores***” la denunciada estaba obligada a no realizar cobros indebidos, conforme a lo establecido al artículo 18 letra c) de la misma ley; sin embargo, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, ha quedado evidenciada una actuación negligente por parte de la proveedora, al haber cobrado intereses superiores a la respectiva TML vigente al momento de contratación en 37,005 créditos.
- (iii) En cuanto a la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC, consistente en “***Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales***”, la proveedora actuó con negligencia, pues a través de los documentos contractuales, *limitó el ejercicio de derechos a los consumidores y/o amplió derechos por parte de la proveedora en perjuicio del consumidor, impuso un domicilio especial a los consumidores, se sustrajo unilateralmente de sus obligaciones y estableció una penalización excesiva en los casos de incumplimiento del contrato por parte de los consumidores*, pese a que 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.
- (iv) Respecto de la infracción contenida en el inciso final del artículo 12 de la LCU, consistente en “***No remitir la información de sus operaciones crediticias***”, la proveedora estaba obligada a informar al BCR la totalidad de las operaciones crediticias que efectuó en los períodos regulados por la LCU, lo cual hizo de forma parcial, ya que omitió informar 15,742 operaciones de crédito otorgadas entre el mes de diciembre de 2018 y noviembre de 2019, situación que fue advertida

a partir de la auditoría efectuada por la DC. En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, ha quedado evidenciada una actuación negligente por parte de la proveedora, pues *no remitió al BCR la totalidad de la información de su actividad crediticia*.

c) Grado de participación en la acción u omisión.

A partir del examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación por parte de la proveedora en las infracciones, es directo e individual, pues:

- (i) Respecto a la infracción establecida *en el artículo 44 letra d) de la LPC* relativa a efectuar cobros en concepto de intereses y comisiones, fue su responsabilidad directa, por cuanto realizó el cobro de una comisión de otorgamiento y resguardo, en contravención a lo dispuesto en los artículos 12-A y 19 letra a) de la referida ley, el cual correspondía a un servicio inherente a su actividad, en un total de 30,004 créditos que corresponden a 5,241 consumidores por la cantidad total de \$91,085.38 dólares.
- (ii) Respecto a la infracción establecida en el *artículo 44 letra e) de la LPC*, relativas a efectuar cobros indebidos, las mismas fueron responsabilidad directa de la proveedora, puesto que, sin contar con un respaldo legal, cobró intereses superiores a la respectiva TML vigente establecida por el BCR, por un monto de \$112,000.63 dólares en un total de 37,005 créditos que corresponden a 6,707 consumidores.
- (iii) En lo concerniente a la infracción establecida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letras b), d) e i) de la LPC, LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. introdujo cláusulas abusivas en los documentos contractuales que causaron un evidente desequilibrio en perjuicio de los consumidores, ya que *la renuncia de los derechos que la ley confiere a los consumidores, límite o ampliación de derechos por parte de la proveedora en perjuicio del consumidor, la imposición del domicilio especial en caso de reclamos, la sustracción unilateral de sus obligaciones como proveedora y la imposición de una penalización excesiva en caso de incumplimiento del contrato por parte de la proveedora* fue determinada de forma unilateral, es decir, su ejecución dependía únicamente de la voluntad de la proveedora y los consumidores no pudieron influir en su supresión o en su contenido dentro del contrato de adhesión, de tal forma que consintieron contratar con dicha cláusula, so pena de renunciar a contratar, con lo cual se lesionó el normal equilibrio de la figura del contrato.
- (iv) En cuanto a la infracción al artículo 12 de la LCU, omitió dar cumplimiento a la obligación de presentar al BCR la información completa de su actividad crediticia de los meses de junio a noviembre de 2019, *al no reportar 15,742 operaciones crediticias de dicho período*, incumplimiento con el que la proveedora entorpeció la labor del BCR en cuanto a establecer de forma veraz y eficiente las tasas máximas legales de cada segmento para el siguiente período,

actividad que realiza con la finalidad de controlar las tasas aplicadas por los “acreedores” y de proteger a los “deudores” ante cualquier situación de aprovechamiento por parte de los primeros, todo en aras del interés social.

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

➤ **Infracciones a la LPC (relativas a cobros indebidos):**

Este Tribunal estima que la naturaleza del daño causado a los consumidores, en cuanto a las infracciones establecidas en el artículo 44 letras d) y e) de la LPC relativas a *cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes y servicios y a realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores* —respectivamente— claramente es de índole económica, pues con el cometimiento de tales infracciones LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., los privó de disponer de tales cifras de dinero que formaban parte de su patrimonio, evitándoles hacer uso de los valores cobrados en concepto de intereses y de comisión antes mencionadas, siendo la proveedora denunciada la que finalmente obtuvo las ventajas de dichos fondos en perjuicio de los consumidores.

De forma específica, se tiene que:

- (i) Con la configuración de la infracción regulada en el artículo 44 letra d) de la LPC en relación al artículo 12-A de dicha norma, la proveedora infractora causó un impacto negativo en los derechos de 5,241 consumidores por un monto de \$91,085.38 dólares en un total de 30,004 créditos, por el cobro de una comisión de otorgamiento y resguardo por un servicio inherente a los que presta.
- (ii) Con la configuración de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 18 letra c) de dicha norma, por *realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores*, la proveedora infractora causó un impacto negativo en los derechos de un colectivo de 6,707 consumidores por un monto de \$112,000.63 dólares en un total de 37,005 créditos por el cobro de intereses superiores a la respectiva TML vigente establecida por el BCR.

➤ **Infracciones a la LPC (relativas a cláusulas abusivas):**

En cuanto a la configuración de la infracción regulada en el artículo 44 e) de la LPC en relación al artículo 17 letras b), d) e i) de la citada ley, éstas materializan 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 autoconcederse mayores derechos o facultades, o reducir, limitar o exonerar, total o parcialmente, sus obligaciones o cargas contractuales; en tanto que del otro lado de la palestra, se concreta y acentúa una situación de desventaja injustificada para los consumidores, expresada mediante el incremento excesivo de sus obligaciones y cargas, o, la limitación 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*.²⁹

Aunado a ello, y de forma más específica, el hecho de introducir en los documentos contractuales las cláusulas que imponen la renuncia anticipada a los derechos que la ley reconoce a los consumidores, tal como el establecimiento de un domicilio especial, en caso de reclamos, denota por sí misma un impacto negativo en la economía de los consumidores, ya que obliga al consumidor a dirigirse a un domicilio exclusivo en caso de conflicto sin tomar en cuenta los costos que pueden implicar para éstos el litigar fuera de su domicilio, lo que a su vez podría ser un obstáculo para el acceso a los tribunales, atentando contra los derechos de audiencia y defensa.

Al respecto, la SCA mediante la resolución del procedimiento bajo referencia 144-2010 antes relacionado, ha confirmado que: “(...) *el criterio que la infracción por introducir cláusulas abusivas se configura por el sólo hecho de incluir la cláusula en los actos contractuales, sin que sea necesaria su aplicación (...)*”, considerando que: “*En ese sentido, no es exigible que la introducción de una cláusula abusiva cause un perjuicio real o concreto a consumidores determinados; sino que la mera inclusión, bajo el posible riesgo que dicha cláusula se aplique y vulnere concretamente los derechos analizados en el apartado precedente, se configura como un perjuicio potencial en la esfera jurídica de los consumidores que suscribieron dichos contratos (...)*”.

En consecuencia, la estipulación contractual objeto de infracción ha causado una afectación en la esfera jurídica de los consumidores que firmaron los contratos que incluían tales cláusula, al colegir que las mismas implicaban una: (i) renuncia de los derechos que la ley confiere a los consumidores, limitación o ampliación de los derechos por parte de la proveedora en perjuicio del consumidor; (ii) la imposición del domicilio especial en caso de reclamos; (iii) una sustracción unilateral de sus obligaciones; y, (iv) la imposición de una penalización excesiva en caso de incumplimiento del contrato por parte de la proveedora.

➤ **Infracciones a la LCU**

Respecto de la configuración de la infracción administrativa relativa al incumplimiento de parte de los acreedores por *no remitir la información de su actividad crediticia conforme a las Normas Técnicas y Manuales Técnicos emitidos por el BCR* —artículo 12 inciso final de la LCU—, una vez concretadas, tienen

²⁹ Neme Villarreal, Martha Lucía (2006) El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano Revista de Derecho Privado, núm. 11.

como resultado un impacto negativo en los derechos de información de los consumidores, puesto que, en principio, al no remitir la información de sus operaciones de crédito al BCR y al remitir información inexacta, se entorpece el ejercicio de una potestad legítimamente conferida al BCR, pues se ve obstaculizado el análisis de tales datos para establecer las tasas máximas legales de cada segmento, que deben ser obedecidas y aplicadas por las personas naturales o jurídicas no supervisadas que realizan operaciones de crédito y se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la LCU.

Por otra parte, este Tribunal reafirma que, las acciones que configuran dicha infracción, también producen un perjuicio potencial sobre los derechos económicos de los consumidores, quienes ante una situación de necesidad (accidentes, enfermedades, inversión, o incluso para poder acceder a bienes por medio de compraventas a crédito) precisan de la adquisición de préstamos para sobrellevar dichos imprevistos, los cuales pudieron ser contratados con tasas de intereses más altas a las que el BCR pudo haber establecido de contar con la información completa, veraz y fidedigna de la actividad crediticia de los acreedores obligados a su remisión, entre ellos, la de la denunciada.

Y es que, tal como lo ha establecido la SCn, en la sentencia pronunciada en la Inconstitucionalidad de referencia 26-2008, pronunciada a las diez horas con veintisiete minutos del 25/06/2009: “(...) *toda persona natural o jurídica tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica. Por consiguiente, el art. 102 de la Constitución garantiza, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicio y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen (...)*”, el resaltado es nuestro.

En ese sentido, dado que en la edificación de un ordenamiento económico se requiere el diseño de un esquema de límites, la presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes, siendo esta la función encomendada al BCR, al ser la autoridad encargada de establecer las tasas máximas legales para los segmentos crediticios del mercado.

En ese orden, la infracción administrativa atribuida a la proveedora consiste en: *la omisión de remitir la información de 15,742 operaciones crediticias efectuadas durante los meses de junio a noviembre del año 2019*, en contravención a lo dispuesto en la LCU. Así, tal como se señaló *supra*, a partir del artículo 6 incisos 3° y 4° de la LCU la proveedora estaba obligada a remitir al BCR dicha información, y que la misma fuera veraz y fidedigna, cumpliendo con los requisitos establecidos en las NTLCU y el Manual Técnico aplicable a la proveedora antes relacionado, a fin de ser tomada en cuenta para determinar las tasas de interés máximas para el tipo de crédito y monto que se refiere en el artículo 5 de dicha ley.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de la falta de remisión de información de 15,742 operaciones crediticias, la cual es requerida

por la ley por los motivos antes expuestos; es decir, basta con advertir que se incumplen las obligaciones establecidas en los artículos 6 incisos 3° y 4°, 7 y 22 de la LCU.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de un consumidor en particular, ya que el solo hecho de no remitir la información completa, veraz y fidedigna sobre su actividad crediticia causa un perjuicio potencial que entorpece el ejercicio de una potestad legítimamente conferida al BCR, pues se ve obstaculizado el análisis de tales datos para establecer las tasas máximas legales de cada segmento conforme a lo establecido en la LCU y afecta los derechos económicos de los consumidores, los cuales pudieron haber contratado créditos con tasas de intereses más altas a las que el BCR pudo haber establecido de contar con la información completa de la actividad crediticia de la denunciada.

En este punto, debe recordarse que la SCA en su jurisprudencia, ha afirmado que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, puede clasificar las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador.

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores, derivada de la no remisión de la totalidad de la información de su actividad crediticia ya que omitió reportar 15,742 operaciones crediticias del período de junio a noviembre del año 2019. De ahí que, la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto, en la cual de conformidad a lo establecido por la SCA en la sentencia emitida en el proceso de referencia 416-2011, pronunciada a las quince horas con catorce minutos del día 21/12/2018: *“el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva”*; en consecuencia, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configuran con la sola inobservancia de la norma imperativa de la LCU al acreditarse

la omisión en la remisión de información, en incumplimiento a las obligaciones legalmente establecidas en dicha normativa.

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

Mediante la imposición de la sanción —multa—, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo³⁰ en LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., quien ha cometido las infracciones detalladas en el romano VI y VII de esta resolución, 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 LCU y la LPC, siendo pertinente advertir respecto de cada una de ellas lo siguiente:

Respecto a las infracciones a la LPC que involucran cobros indebidos —artículos 44 letras d) y e) de la citada ley—, es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la multa, busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como los que nos ocupan, máxime cuando todo proveedor de servicios se encuentra en la obligación de cobrar solo las comisiones que correspondan a un servicio adicional prestado efectivamente a los consumidores de conformidad al artículo 12-A de la misma ley.

Además, está prohibido realizar prácticas abusivas como lo es el cobro de intereses que sobrepasen los techos establecidos por el BCR en la LCU, es decir, que la TIE de sus créditos no sea superior a la respectiva TML vigente. En tal sentido, y en aplicación del artículo 48 de la LPC, la multa por dichas infracciones no podrá ser inferior a los montos cobrados indebidamente, como consecuencia de tales infracciones.

Por último, en cuanto a la infracción contenida en el artículo 44 letra e) de la LPC en relación con el artículo 17 letras b), d) e i) de la misma ley, se pretende prevenir la introducción por parte de los proveedores de cláusulas que impliquen la renuncia o limiten los derechos que la ley confiere a los consumidores, amplíen los derechos por parte de la proveedora en perjuicio del consumidor, la imposición del domicilio especial en caso de reclamos, la sustracción unilateral de sus obligaciones como proveedora o la imposición de una penalización excesiva en caso de incumplimiento del contrato por parte de la proveedora, 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 contraofertas 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 las multas procedentes, este Tribunal debe prever que, en el caso concreto, la comisión de las conductas infractoras no resulte más ventajosa para la infractora que asumir las sanciones correspondientes, como consecuencia de las mismas.

³⁰ "(...) La sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado, que es desincentivar conductas ilícitas, razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular interesado. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía, de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados", Resolución Final N° 08-2020/CC2 emitida el 07/01/2020 por la Comisión de Protección al Consumidor N°2 Sede Central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú.

X. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LAS MULTAS

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo considerado los elementos descritos en el romano anterior, incluido el artículo 48 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de las multas a imponer a la infractora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., determinando que:

1. Respecto a las infracciones reguladas en las letras d) y e) del artículo 44 de la LPC —cuya multa, por tratarse de una afectación de intereses colectivos, no podrá ser inferior al monto cobrado indebidamente hasta un límite de 5,000 salarios mínimos urbanos en la industria—, la proveedora:

- (i) Cobró una comisión en contravención a las disposiciones de la LPC, en 30,004 créditos que corresponden a 5,241 consumidores por la cantidad de \$91,085.38.
- (ii) Ejecutó la práctica abusiva consistente en realizar cobros indebidos en concepto de cobro de intereses superiores a la respectiva TML vigente establecida por el BCR, en 37,005 créditos que corresponden a 6,707 consumidores por la cantidad de \$112,000.63 dólares.

2. Respecto a la infracción regulada artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra d) e i), ambos de la LPC —sancionable hasta con 5000 salarios mínimos urbanos en la industria—, la proveedora:

Introdujo cinco cláusulas abusivas —previamente prerredactadas e impuestas por la misma— en los documentos contractuales, en los que los consumidores no tuvieron la posibilidad de negociar la incorporación o el contenido de la misma, sino que, únicamente pudieron aceptar las mismas si querían tener acceso al crédito, 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 y de tutela judicial efectiva de los consumidores.

Además, se determinó que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es la de una *mediana empresa* —tal y como se ha establecido en la letra a. del apartado IX de esta resolución—; que en razón del grado de intencionalidad de las conductas cometidas por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia; y que, se acreditó una afectación patrimonial de *\$91,085.38 dólares* por cobros en concepto de comisión en contravención a lo establecido en los artículos 12-A y 19 letra a), todos de la LPC; y, *\$112,000.63 dólares* por realizar cobros de una TIE superior a la TML vigente a la fecha de contratación en contravención a lo establecido en el artículo 18 letra c) de la LPC.

Por otra parte, en el presente procedimiento la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (artículo 17 número 5 de la LPA), pues no presentó la información financiera solicitada por esta autoridad sancionadora.

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 las multas cuya cuantía resulte *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.

A su vez, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la LPC, que establece que cuando el proveedor resultare culpable de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, *la cuantía de la multa que deba imponerse, nunca será inferior al daño causado o a lo cobrado indebidamente, ni podrá exceder de 5000 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.*

En tal sentido, en el presente caso, tal aspecto ha de ser tomado en cuenta, considerando el daño en conjunto que la proveedora ocasionó a los consumidores por las conductas cometidas relacionadas con cobros indebidos, por los montos de: **\$91,085.38** y **\$112,000.63**, pues en su defecto, no podría conseguirse el cumplimiento del fin perseguido por legislador para los casos de afectación colectiva.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de las sanciones, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador impone a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., las multas por infracción, según el detalle siguiente:

| Nº | INFRACCIÓN COMETIDA | DISPOSICIÓN LEGAL | MULTA IMPUESTA (SALARIOS) | MULTA EN \$ | % MULTA MÁXIMA |
|------------------------------|--|--|---|---------------------|----------------|
| INFRACCIONES A LA LPC | | | | | |
| COBROS INDEBIDOS | | | | | |
| 1 | Por realizar cobros indebidos de comisiones contrarias a la LPC | Artículo 44 letra d) de la LPC en relación a los artículos 12-A y 19 letra a) de la misma ley. | 330 salarios mínimos urbanos en la industria | \$100,376.10 | 6.6% |
| 2 | Por realizar prácticas abusivas consistentes en cobros indebidos por haber pactado y cobrado una tasa de interés superior a la TML establecida por el BCR. | Artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley. | 408 salarios mínimos urbanos en la industria | \$124,101.36 | 8.16% |
| CLÁUSULAS ABUSIVAS | | | | | |
| 3 | Por introducir 5 cláusulas abusivas en los documentos contractuales | Artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 17 letras b), d) e i) de la misma ley. | 35 salarios mínimos urbanos en la industria | \$10,645.95 | 0.70% |
| INFRACCIONES A LA LCU | | | | | |
| 4 | Por no remitir la información de su actividad crediticia | Artículo 12 inciso final de la LCU | 50 salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios | \$15,000.00 | 100% |
| SUMATORIA TOTAL | | | | \$250,123.41 | |

Por otro lado, este Tribunal aclara que, en el análisis de proporcionalidad realizado para la determinación y modulación de la multa impuesta a la denunciada en relación a la infracción al artículo 12 inciso final de la LCU, han sido consideradas la aceptación de los hechos realizada por la proveedora de conformidad al artículo 156 de la LPA.

Establecido lo anterior, es menester señalar que, las multas impuestas por las infracciones antes detalladas, representan porcentajes inferiores en comparación al margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de las mismas en casos colectivos, es decir, 5000 salarios mínimos urbanos en la industria, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcionales a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

XI. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA POR LOS COBROS INDEBIDOS

A. Concerniente a la reposición de la situación alterada por las conductas infractoras, la letra c) del artículo 83 de la LPC, expresamente señala que dentro de las atribuciones de este Tribunal se encuentra: *"(...) c) Ordenar al infractor, en los casos de afectación a intereses individuales, colectivos o difusos, la reposición de la situación alterada por la infracción, a su estado original. Entre las medidas para lograr la reposición de la situación alterada podrán ordenarse, la sustitución del bien; la devolución de lo cobrado indebidamente o la rebaja del precio (...)".*

B. Siguiendo el mismo orden de ideas, la Sala de lo Constitucional, por medio de sentencia definitiva pronunciada en el proceso de amparo referencia 111-2002, señaló que *"La restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, no debe entenderse únicamente desde el punto de vista físico, sino desde una perspectiva jurídica-patrimonial, como efecto directo de la sentencia estimatoria".*

En el mismo sentido, la Sala en mención, en la sentencia definitiva dictada en el proceso de amparo referencia 73-2000, afirma que reconocida la existencia de un agravio en la esfera jurídica del demandante, la consecuencia lógica es reparar el daño, restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio de derechos. Agrega que las sentencias pueden tener distinto carácter, dependiendo del soporte jurídico y fáctico de la pretensión.

De igual forma, la SCA, por medio de la sentencia definitiva pronunciada a las diez horas treinta minutos del 19/05/2008, en el proceso referencia 130-2006, afirmó que el objeto de la normativa de consumo hace referencia a la protección de los derechos de los consumidores, a efecto de procurar el equilibrio, certeza, y seguridad jurídica en las relaciones de consumo con los proveedores.

En respeto al principio de legalidad y con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución y a los principios y directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, a que ante los hechos acaecidos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la LPC reformada, y ante una eventual resolución definitiva estimatoria a la pretensión de los consumidores, este Tribunal está obligado por ley a ordenar la reposición de la situación alterada por las infracciones, según lo dispuesto en el artículo 83 letra c) de la LPC.

C. Por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente ordenar a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., como medida para la reposición de la situación alterada por las infracciones, *realizar la devolución* de la cantidad de:

(1) **\$91,085.38 dólares**, cobrados en concepto de comisión de otorgamiento y resguardo en contravención a lo dispuesto en los artículos 12-A y 19 letra a), ambos de la LPC, en los créditos otorgados entre diciembre de 2018 a noviembre de 2019, a 5,241 consumidores; de conformidad a lo establecido en el archivo denominado **“ANEXO 1- Cobro indebido comisión art. 44 d) en relación art. 12-A LPC”**, contenido en el CD ANEXO a la presente resolución;

(2) **\$112,000.63 dólares**, cobrados en concepto de intereses superiores a la TML vigente en contravención a lo dispuesto en el artículo 18 letra c) de la LPC, en los créditos otorgados entre diciembre de 2018 a noviembre de 2019, a 6,707 consumidores, según se detalló en el archivo identificado como **“ANEXO 2. Cobro indebido de intereses TML art. 44 letra e) en relación art. 18 letra c) LPC”**, contenido en el CD ANEXO a la presente resolución.

Es importante aclarar a la proveedora, que tal devolución deberá operar así: en los créditos activos a la fecha de la notificación de la presente resolución, se deberán ajustar mediante abono a capital; y, en los casos en los que ya se hayan cancelado los créditos en su totalidad, se deberán reintegrar dichos montos a los consumidores de cada cuenta, por haber sido cobrados en exceso por parte de la proveedora.

XII. DECISIÓN

Por tanto, de conformidad a lo expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 83 letra b); y 144 y siguientes de la LPC; este Tribunal **RESUELVE**:

- a) **Sanciónese** a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., con la cantidad **CIEN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON DIEZ CENTAVOS DE DÓLAR (\$100,376.10)**, equivalentes a 330 salarios mínimos urbanos del sector industria —D.E. N° 2 del 16/12/2016, publicado en el D. O. N°236, T413 19/12/2016—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra d) de la LPC en relación a los artículos 12-A y 19 letra a) de la misma ley, **por haber cobrado una comisión de otorgamiento y resguardo la cual es una actividad inherente a su giro comercial**, por un monto de \$91,085.38 dólares, correspondientes a un total de 5,241 consumidores afectados de un total de 30,004 créditos, conforme al análisis expuesto en el **numeral 1 letra E del romano VI** de la presente resolución.
- b) **Sanciónese** a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., con la cantidad de **CIENTO VEINTICUATRO MIL CIENTO UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR (\$124,101.36)**, equivalentes a 408 salarios mínimos urbanos del sector industria —D.E. N° 2 del 16/12/2016, publicado en el D. O. N°236, T413 19/12/2016—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c) ambos de la LPC, **por haber cobrado indebidamente una tasa de interés superior a la TML vigente y publicada por el BCR**, por un monto de \$112,000.63 dólares, correspondientes a un total de 6,707 consumidores afectados de un total de 37,005 créditos, conforme al análisis expuesto en el **numeral 2 letra E del romano VI**.

- c) *Sanciónese* a la proveedora LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., con la cantidad de **DIEZ MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR (\$10,645.95)**, equivalentes a 35 salarios mínimos urbanos del sector industria —D.E. N° 2 del 16/12/2016, publicado en el D. O. N°236, T413 19/12/2016—, en concepto de multa por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letras d) e i), ambos de la LPC, *por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales*, conforme al análisis expuesto en la **letra G del romano VI** de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.
- d) *Sanciónese* a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., con la cantidad de **QUINCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,000.00)**, equivalentes a 50 salarios mínimos urbanos del sector comercio y servicios —D.E. N° 2 del 16/12/2016, publicado en el D. O. N°236, T413 19/12/2016—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 12 inciso 3° en relación al artículo 6 de la LCU, *por no remitir información de su actividad crediticia al BCR*, conforme al análisis expuesto en la **letra J del romano VII** de la presente resolución.
- e) Dichas multas, las cuales suman una cantidad total de **DOSCIENTOS CINCUENTA MIL CIENTO VEINTITRÉS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUARENTA Y UN DE DÓLAR (\$250,123.41)** deben hacerse efectivas 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**.
- f) *Se ordena* a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., como medida para la reposición de la situación alterada por las infracciones al artículo 44 letra d) en relación a los artículos 12-A y 19 letra a) y artículo 44 letra e), en relación al artículo 18 letra c), todos de la LPC; que, en el plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha al de la notificación de la presente resolución, *devolver* los montos detallados en la **letra C. del romano XI** de la presente resolución.
- g) *Absuélvase* a LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V., de la infracción establecida en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c) de la LPC, *por supuestamente haber realizado cobros indebidos resultantes de cobrar un porcentaje en concepto de afianzamiento*, por un monto de \$225,640.59 dólares en un total de 41,717 créditos, por las razones establecidas en el numeral 3 romano **VI, letra D** de esta resolución.
- h) *Extiéndase* copia certificada de la presente resolución a la Presidencia de la Defensoría del Consumidor en su calidad de denunciante.
- i) *Notifíquese* la presente resolución y el respectivo CD ANEXO, a la denunciada LA CORNUCOPIA, S.A. de C.V. y a la denunciante.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

| | |
|---|---|
| Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración. | Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración. |
| Lugar de presentación: Oficinas Tribunal Sancionador, 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador. | |
| Autoridad competente: Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. | |

Jose Leisick Castro
Pablo José Zelaya Meléndez
Juan Carlos Ramírez Cienfuegos

José Leoisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

CM

[Signature]
Secretario del Tribunal Sancionador