

 <b>Defensoría del Consumidor</b>	<b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b>	Fecha: 29/09/2022 Hora: 12:07 p. m. Lugar: San Salvador	Referencia: 290-2020
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor		
Proveedora denunciada:	Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M		
<b>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</b>			
<p>La Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC– expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado: “<i>Jardines del Recuerdo</i>”, ubicado en _____ municipio y departamento de San Salvador —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 04/09/2019, se llevó a cabo una inspección donde se solicitaron fotocopias de contratos de servicios funerarios debidamente sellados y firmados. Los delegados recibieron de parte de la persona que los atendió, tres fotocopias de contratos de prestación de servicios funerarios suscritos en entre el mes de enero al día tres de septiembre del año 2019, debidamente firmados y sellados, cuya documentación fue enviada posteriormente a la Dirección de Vigilancia de Mercado de la Defensoría del Consumidor, debido que al momento de la inspección el gerente Administrativo del establecimiento, manifestó que en ese momento no contaba con la documentación solicitada. Por lo que en fecha 16/09/2019 se recibió escrito, presentado por la proveedora, entregando fotocopias de los siguientes contratos conforme al siguiente detalle:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Una fotocopia de contrato de adhesión autenticado por notario a nombre de la consumidora _____, folios 13 y 14.</li><li>b) Una fotocopia de contrato de adhesión autenticado por notario a nombre del consumidor _____, folios 16 y 17; y,</li><li>c) Una fotocopia de contrato de adhesión autenticado por notario a nombre de la consumidora _____, folios 19 y 20.</li></ul>			
<b>III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</b>			
<p><b><i>Infracción atribuida.</i></b></p> <p>Según se consignó en el auto de inicio (fs. 24 al 26), a la proveedora denunciada se le imputó la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC, correspondiente a la conducta relacionada a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de prestación de servicios. Por lo anterior, este Tribunal desarrollará la configuración de la infracción y sus elementos.</p>			

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

Conforme a lo establecido en el art. 44 letra e) de la LPC constituye una 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: (...) i) Las cláusulas que supongan la imposición de una penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor. Para analizar la correspondencia entre el daño causado y la penalización, se tendrá en cuenta entre otros aspectos, el valor del contrato, su estado de ejecución, los costos demostrables incurridos por el proveedor y la naturaleza de las prestaciones de las partes”*; y en su parte final, la referida disposición señala que *“El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de la celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro de que este dependa (...)”*.

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

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

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

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

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

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

- **Artículo 22 —Requisitos de los contratos de adhesión—:** *Los contratos de adhesión y sus anexos deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Estar redactados en términos claros, expresando esencialmente la naturaleza del contrato celebrado, el objeto y finalidad del mismo, las especificaciones sobre el bien o servicio que se contrata, el plazo del contrato; el precio, tasas o tarifas; la facturación y forma de pago, la forma en que el consumidor puede hacer sus reclamos, los derechos y obligaciones de las partes y las formas de terminación (...).*

- **Artículo 27 —Especificaciones sobre la terminación contractual—:** *Las cláusulas relativas a la terminación del contrato, deberán contener las especificaciones siguientes: a) Las causales de terminación del contrato, debiendo incluir la posibilidad y condiciones de ejercicio de los derechos de renuncia, desistimiento, retracto y a darse de baja, en los casos en los que, de conformidad con la Ley y este Reglamento, el consumidor goce de los mismos (...).*

Jurisprudencialmente, la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia —en adelante SC—, en su resolución de las diez horas con veintisiete minutos del día 25/06/2009, en la Inconstitucionalidad bajo referencia 26-2008, ha sostenido que: “(...) En efecto, la autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. **La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y no reconociéndola más que dentro de ellos (...)**”, el resaltado es nuestro.

Además, el artículo 101 inciso 2º de la Cn establece: “*El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los*

recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”, disposición que fortalece la protección del interés de los consumidores, como una categoría jurídica de rango constitucional.

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

#### IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la denunciada Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M., pues en resolución de fs.24 al 26 se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 16/11/2021 (fs. 27).

Al respecto, el día 23/11/2021 se recibió en este Tribunal, mediante conducto oficial interno, escrito firmado por el señor \_\_\_\_\_, quien manifiesta ser de Director Presidente de la sociedad por acciones de economía mixta que gira con la denominación de CEMENTERIO JARDIN DIEGO DE HOLGUIN, SOCIEDAD POR ACCIONES DE ECONOMIA MIXTA, que se abrevia CEMENTERIO JARDIN DIEGO DE HOLGUIN, S.E.M., (fs.30-37), contestado la audiencia conferida en sentido negativo, mencionando en su escrito: Sobre el origen y fin que persigue la sociedad denunciada, además determina que dicha sociedad es de carácter público y que se rigen por la Ley General de Cementerios (LGC) y el relación al contrato que suscriben con los consumidores es un “*Contrato de arrendamiento con Promesa de Venta de derecho de usufructo a perpetuidad*”, por lo que el comprador se compromete al pago del precio contractualmente establecido, en la forma y plazos definidos, así mismo hace relación de los servicios ofrecidos en el cementerio y hace énfasis a que dicho contrato se rige por ser de carácter bilateral, de naturaleza onerosa, con una prestación de entrega inmediata y otras de entrega diferida, sujetas a un hecho futuro. En relación a las cláusulas de los contratos agregó lo siguiente:

**1. Permitir modificar unilateralmente en perjuicio de los consumidores las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones:**

Sobre la cláusula abusiva regulada en el artículo 17 letra b) de la LPC, manifiesta que en los contratos, en el romano XV) que se establece: “(...)La propiedad tendrá derecho a resolver unilateralmente el

*presente contrato o demandar ejecutivamente el saldo adeudado en cualquiera de los siguientes casos: a) Por mora en el pago de dos cuotas de cualquiera de las obligaciones de pago contenidas en este contrato o sus anexos; b) Por incumplimientos de la arrendataria a cualquiera de las obligaciones que contrae por medio de este instrumento, en caso de existir alguna de las causales de terminación del contrato antes indicadas”.*

Menciona el referido, que esta cláusula fue colocada de buena fe, aunque está de acuerdo que dicha cláusula puede darle ventaja a su representada, manifiesta que esta cláusula nunca ha sido aplicada por la denunciada y que prueba de ello es que no existen precedentes de este tipo en el Tribunal Sancionador, además agrega que no se puede considerar infracción la mera inclusión de la frase “unilateralmente” que aparece en el texto de la cláusula, pues no resulta razonable condenar únicamente por la colocación de esta, por lo cual debe analizarse en su contexto y que la cláusula XV) no deviene de una mera liberalidad, sino más bien, deviene de un hecho que ya la misma Ley le reconoce efectos jurídicos y ese hecho o antecedente más bien es el del incumplimiento por parte del cliente.

## **2. Imponer una penalización excesiva onerosa para el consumidor en caso de mora.**

Sobre la cláusula abusiva regulada en el artículo 17 letra i) de la LPC, manifiesta que en los contratos, en el romano XV) que se establece “(...) *La propietaria tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato o demandar ejecutivamente el saldo adeudado en cualquiera de los siguientes casos: a) Por mora en el pago de dos cuotas de cualquiera de las obligaciones de pago contenidas en este contrato o sus anexos; b) Por incumplimientos de la arrendataria a cualquiera de las obligaciones que contrae por medio de este instrumento, en caso de existir alguna de las causales de terminación del contrato antes indicadas, si la propietaria opta por resolver unilateralmente el presente contrato el arrendatario perderá automáticamente el derecho adquirido por este instrumento, que dando a favor de la propietaria los pagos efectuados como indemnización de daños y perjuicios”.*

Con respecto a este punto el representante de la proveedora manifestó en su escrito que los contratos utilizados por la proveedora poseen un carácter similares a los contratos de asistencia, que se caracterizan por prestar los servicios contratados a futuro y que según la cláusula en comentario no se considera abusiva, ya que el cliente con el servicio contratado obtiene una contraprestación de encontrarse cubierto frente un evento adverso y por lo tanto no resulta lógico que reclame el reembolso, ya que parte del servicio era precisamente el encontrarse cubierto, y que por lo tanto en los contratos que su representada posee, así como los contratos de Asistencia, no es viable la devolución de las primas o de las cuotas, ya que mientras el cliente pagó, estuvo cubierto, constituyendo una parte del objeto. Agrega en resumen que la cláusula no es desequilibrada, debido a que el cliente paga sus cuotas y recibe una contraprestación en forma de

cobertura y en forma de arriendo y que al final el cliente no podrá llegar a perderlo todo, pues si paga todo, tiene derecho a que se le preste el servicio principal.

### **3. Imponer un domicilio especial a los consumidores.**

Sobre la cláusula abusiva regulada en el artículo 17 letra d) de la LPC, y el artículo 24 del Reglamento de la misma ley, manifiesta que en los contratos, en el romano XX) disposiciones generales, se establece “(...) para los efectos legales del presente contrato las partes señalan como domicilio especial el de la ciudad de San Salvador, a cuyos tribunales se someten de manera expresa (...)”

El representante legal de la proveedora menciona en su escrito que de acuerdo a que el cementerio se encuentra situado en la jurisdicción de San Salvador, por cuestión de domicilio fue que se colocó esta cláusula, pues en virtud que son aplicables por encontrarse los espacios de bienes raíces objeto de contratación, cuya base legal se determina en el artículo 35 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece “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(...)”, mencionando con respecto a este punto que el Cementerio está cumpliendo las reglas de competencia especial en el contrato, y a la vez da claridad al consumidor donde ejercer sus derechos, pues es derivado de competencias especiales establecidas por la ley. Agrega además que la mayoría de sus clientes son del municipio y departamento de San Salvador.

Por último menciona el apoderado legal de la proveedora que el Tribunal Sancionador, en caso de encontrar que una cláusula que es abusiva en el presente procedimiento, deberán aplicarse los parámetros de ponderación en relación al artículo 49 de la LPC, pues su representada percibe ingresos de diferentes fuentes o giros.

Con el referido escrito, anexó documentación que ofrece como prueba y además ofreció la declaración del Testigo con conocimiento especializado, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 358 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil, el referido señor es Licenciado en Contaduría Pública y Auditor, para que pueda certificar y corroborar la forma de operar del Cementerio y existencia de las Políticas Contables, Financieras y Estatutarias y solicitó a este Tribunal que señale lugar y fecha para desarrollar su interrogatorio, para rendir su declaración, aclarando que su acreditación técnica se hará a través del interrogatorio y poniendo a disposición de este Tribunal copia de sus atestados si así es requerido; pide que el Tribunal Sancionador, solicite a la Secretaría de éste, el informe en donde demuestre que ellos han tenido antecedentes en relación a los hechos atribuidos a su mandante.

### **Consideraciones:**

Respecto a los alegatos de fondo vertidos por el señor \_\_\_\_\_ en su escrito, en el ejercicio de su derecho de defensa, serán ampliamente desarrollados en los apartados de valoración de la prueba y análisis de la configuración de la infracción, de esta misma resolución, al encontrarse directamente vinculados con la prueba documental ya incorporada al presente expediente.

En su escrito el señor \_\_\_\_\_ solicitó que se llame a declarar a un testigo, el cual manifiesta posee la profesión de Contaduría Pública y Auditor, para que pueda certificar y corroborar la forma de operar del Cementerio y existencia de las Políticas Contables, Financieras y Estatutarias que han sido reveladas en el romano I de su escrito.

En relación a esta solicitud este Tribunal considera oportuno mencionar que los hechos atribuidos a la denunciada son precisamente la incorporación de cláusulas contractuales, que podrían considerarse de carácter abusivas a la luz de la LPC, por lo que el ofrecimiento de prueba de la declaración de una persona cuya profesión no se encuentra vinculada a tales hechos resulta inoficiosa, por el simple hecho que el análisis de la configuración o no de la infracción, se centra precisamente en el contenido contractual, no en su aplicación o en el tipo de funcionamiento del negocio –que es lo que se pretende ilustrar a este Tribunal con la declaración del mencionado testigo–. En concordancia con lo anterior, es pertinente citar lo dispuesto en el artículo 354 del Código Procesal Civil y Mercantil –CPCM–, acerca del objeto de la prueba de interrogatorio de testigo: *“Las partes podrán proponer, como medio de prueba, que presten declaración en el proceso las personas que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba”*.

En ese sentido, la declaración testimonial debe guardar relación con el objeto del proceso, y ser idónea para comprobar los hechos controvertidos; en caso contrario, deberá declararse inadmisibile.

Al respecto, el artículo 319 del CPCM señala: *“No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”*. Por tanto, las partes pueden ofrecer o solicitar la producción de algún medio probatorio, para desvirtuar o confirmar los hechos objeto de controversia, siempre y cuando se trate de prueba pertinente y conducente, esto es, que guarde relación con las circunstancias de contenido, tiempo y forma de los hechos en cuestión.

En línea con lo anterior, la SCA en la sentencia de fecha 24/02/2014, de referencia 358-2010, ha señalado que: *“La conducencia es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se puede saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio. La pertinencia es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”*.

Esto implica que la prueba debe ser idónea, es decir, adecuada por su naturaleza para comprobar o desvirtuar los hechos controvertidos, y que posea las características de ser relevante y útil para el procedimiento.

Por otra parte, el presente procedimiento sancionatorio se inició por el señalamiento de la posible comisión de la infracción descrita en el artículo 44 letra e) de la LPC, correspondiente a la conducta relacionada a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, este Tribunal advierte, luego de analizar los hechos controvertidos en la denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, y el objeto de la deposición propuesta por el representante de la proveedora en su escrito, en razón que el señor declarara sobre las operaciones del negocio, dicha declaración no tiene relación con la inserción de las cláusulas catalogadas como abusivas que son el centro del estudio de fondo de este Tribunal. Por tanto, no es posible admitir la prueba testimonial solicitada, pues con la prueba testimonial ofrecida los extremos que se pretenden acreditar no constituyen parte del objeto de análisis del presente procedimiento como ya se mencionó anteriormente. Es así que la prueba no constituye el medio idóneo para abonar o controvertir, sobre los hechos atribuidos a la denunciada, pues, a tenor de lo establecido en el artículo 375 inciso 1° del CPCM: *"Si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de prueba pericial"*-resaltado es nuestro-, la comprobación de conocimientos especializados en una materia, se requiere sea mediante prueba pericial. Disposición que debe ser interpretada conjuntamente con lo estipulado en el artículo 383 inciso 1° CPCM: *"Podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate (...)"*, y en el caso de mérito, no es necesaria la comparecencia de ningún perito ni testigo, pues los hechos pueden acreditarse o controvertirse mediante prueba documental, resultando superfluo un testimonio. A lo anterior, este Tribunal añade, que la comprobación de la calidad de especialista en la materia, deberá circunscribirse a la temporalidad de los hechos, para así, justificar la pertinencia de la referida prueba. Es decir, si lo que pretende comprobarse es que las cláusulas colocadas en los contratos no son de carácter abusivo, lo pertinente es la presentación de un profesional o persona encargada de elaborar los contratos de adhesión suscritos entre las partes, pues en relación a esta práctica es que se basa la denuncia de la Presidencia en su contra.

En consecuencia, este Tribunal debe declarar *sin lugar* la prueba testimonial propuesta, por carecer de los requisitos establecidos en los artículos 106 inciso 4° de la Ley de Procedimientos Administrativos -LPA en adelante- y 319 del CPCM.

## V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. 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 en los cuerpos normativos antes mencionados, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC.

A. Al respecto, el artículo 146 de la LPC establece que en los procedimientos ventilados ante este Tribunal serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común -en lo que fuere aplicable con la naturaleza de este- y los medios científicos idóneos. Asimismo, en el inciso final del referido artículo se dispone que las pruebas aportadas en los procedimientos ante este Tribunal serán valoradas según las reglas de la sana crítica, que están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos idóneos. En el mismo sentido regula la prueba, el artículo 106 incisos 1° y 3° de la LPA.

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

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

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

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

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

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

a) Acta No. 2093 (fs. 3 y 4), de fecha 04/09/2019, por medio de la cual se establece que la DC, en razón del artículo 58 letra f) de la LPC, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada a fin de verificar el cumplimiento a la ley.

b) Fotocopias de tres contratos de servicio funerario, celebrados por consumidores con la proveedora "Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M." (fs. 13-14, 16-17 y 19-20), vinculados con el acta No. 2093, de fecha 04/09/2019 con los cuales se establece, que cada uno posee las cláusulas relativas a:

- i. **Limitar derechos que la Ley confiere a los consumidores;** donde se encuentra la cláusula que dispone literalmente en el Romano XV): "(...) *La propietaria tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato o demandar ejecutivamente el saldo adeudado en cualquiera de los siguientes casos: a) Por mora en el pago de dos cuotas de cualquiera de las obligaciones de pago contenidas en este contrato o sus anexos. b) Por incumplimiento del arrendatario a cualquiera de las obligaciones que contrae por medio de este instrumento, en caso de existir alguna de las causales de terminación del contrato antes indicadas.*
- ii. **La imposición de una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora;** donde se encuentra la cláusula que dispone literalmente en el Romano XX): "(...) *La propietaria tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato o de demandar ejecutivamente el saldo adeudado en cualquiera de los siguientes casos: a) Por mora en el pago de dos cuotas de cualquiera de las obligaciones de pago contenidas en este contrato o sus anexos. b) Por incumplimientos del arrendatario a cualquiera de las obligaciones que contrae por medio de este instrumento, si la propietaria opta por resolver unilateralmente el presente contrato el arrendatario perderá automáticamente el derecho adquirido por este instrumento, que dando a favor de la propietaria los pagos efectuados, como indemnización de daños y perjuicios*".
- iii. **Limitar a la imposición de domicilio especial por parte de la proveedora;** donde se encuentra la cláusula que dispone el Romano XX): "*Para los efectos legales del presente contrato las partes señalan como domicilio especial el de la ciudad de San Salvador, a cuyos tribunales se someten de manera expresa*".

## VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

En primer lugar, esta autoridad hace las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

Ahora bien, en materia de contratos, rige la voluntad de las partes, la cual constituye el vínculo obligacional de fuente contractual, pero tal noción, no es óbice para considerar que el contrato es solo

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

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

voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, ya que, tal como se señalaba anteriormente, la autonomía de la voluntad no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

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

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

Al respecto, la doctrina ha sostenido que las cláusulas generales de contratación se manifiestan cuando *es una parte contratante la que unilateralmente elabora e integra el contenido del contrato, y es la otra la que manifiesta su voluntad de contratar o no bajo estas condiciones*<sup>4</sup> Asimismo, destaca que los contratos de adhesión, son del tipo de contratos en donde el consumidor *únicamente se adhiere al mismo con condiciones generales, colocando su firma al final del documento forzado por la necesidad de hacerlo para poder obtener el producto o servicio que contrata, viéndose afectados en la falta de libertad contractual para tomar decisiones racionales, la falta de información —asimetría informativa— y claridad sobre el producto, bien o servicio y sobre las condiciones para la celebración del acuerdo.*<sup>5</sup>, señalando que lo peligroso de los mismos es la existencia de cláusulas abusivas, *es decir, aquellas cláusulas que, sin haberse negociado, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*<sup>6</sup>.

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

<sup>3</sup>Ibídem. Pág. 28.

<sup>4</sup>Ibídem. Pág. 43

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

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

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

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

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

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

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

consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte (...) y al artículo 17 letra i) imponer una penalización excesiva onerosa para el consumidor en caso de mora».

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

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

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

*i. Relativa a limitar derechos que la Ley confiere a los consumidores;* donde se encuentra la cláusula que dispone literalmente en el Romano XV): “(...) *La propietaria tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato o demandar ejecutivamente el saldo adeudado en cualquiera de los siguientes casos: a) Por mora en el pago de dos cuotas de cualquiera de las obligaciones de pago contenidas en este contrato o sus anexos. b) Por incumplimiento del arrendatario a cualquiera de las obligaciones que contrae por medio de este instrumento, en caso de existir alguna de las causales de terminación del contrato antes indicadas*”. Esta disposición contractual al permitirle a la proveedora modificar unilateralmente las condiciones o términos del contrato, incurre en la conducta del artículo 17 letra b) de la LPC que dispone: “*Se considerarán cláusulas abusivas (...): b) Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones (...)*”. En conclusión, la citada cláusula encaja en la clasificación de cláusula abusiva a la luz de la LPC.

*ii. Relativa a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora;* donde se encuentra la cláusula que dispone literalmente en el Romano XX): “(...) La propietaria tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato o de demandar ejecutivamente el saldo adeudado en cualquiera de los siguientes casos: a) Por mora en el pago de dos cuotas de cualquiera de las obligaciones de pago contenidas en este contrato o sus anexos. b) Por incumplimientos del arrendatario a cualquiera de las obligaciones que contrae por medio de este instrumento, si la propietaria opta por resolver unilateralmente el presente contrato el arrendatario perderá automáticamente el derecho adquirido por este instrumento, que dando a favor de la propietaria los pagos efectuados, como indemnización de daños y perjuicios”; esta disposición contractual supone una clara falta de equilibrio en la relación de consumo, incurriendo la proveedora en la prohibición dispuesta en el artículo 17 letra i) de la LPC.

Por lo cual debe ponderarse qué tan proporcional es la relación entre el presunto daño ocasionado a la proveedora por la mora del consumidor y la pena impuesta a éste, cláusulas que en aplicación al presente caso, funcionan en el sentido que una vez ha caído en mora el consumidor en el pago de cuatro cuotas, se le impone como pena la terminación anticipada del contrato (de servicios funerarios), sin responsabilidad para la propietaria y la retención del dinero que hasta ese momento hubiese cancelado; en consecuencia, con ambas sanciones, se genera una afectación mayor que la propia mora, en tanto que ésta —a lo sumo— acarreará algún gasto administrativo a la proveedora, más no le hará incurrir en gastos adicionales o que sufra una pérdida sustancial, puesto que no ha prestado ningún servicio ni entregado ningún bien, acotando que no amerita que la proveedora se quede con los montos pagados por el consumidor, ya que en algunos supuestos dicho monto podría ascender incluso a la mitad o más del valor del contrato.

Bajo dichas premisas, la cláusula citada que se encuentra en los contratos analizados, constituye un ejemplo de penas exorbitantes y supone una clara falta de equilibrio en la relación de consumo; por tanto, la proveedora ha incurrido en la prohibición del artículo 17 letra i) de la LPC, siendo a juicio de este Tribunal, la cláusula en comento, abusiva a la luz de lo dispuesto en la LPC.

*iii. Limitar a la imposición de domicilio especial por parte de la proveedora;* donde se encuentra la cláusula que dispone literalmente en el Romano XX): “Para los efectos legales del presente contrato las partes señalan como domicilio especial el de la ciudad de San Salvador, a cuyos tribunales se someten de manera expresa”.

En relación a esta cláusula, el literal d) del artículo 17 de la LPC, prevé como cláusulas abusivas aquellas que producen a los consumidores la renuncia anticipada de los derechos que la ley les reconoce —o bien, su limitación—, así como aquellas que amplían los derechos de la otra parte.

En ese orden, atendiendo a lo estipulado en el artículo 17 letra d) de la LPC —previamente desarrollado—, dicha cláusula es abusiva, por cuanto la fijación del domicilio especial —en el presente caso, el de San Salvador— es 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, acotando que dicha decisión 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, ello conforme a lo señalado por este Tribunal desde la resolución final con referencia 34-09 del 26/10/2009.

Es entonces, que dicha cláusula es abusiva debido a que obliga al consumidor a someterse a los tribunales de un domicilio que puede ser diferente al suyo; por tanto, la misma tiene el carácter de abusiva, conforme al artículo 17 letra d) de la LPC.

3. En virtud de lo anteriormente analizado, este Tribunal concluye que existen los elementos suficientes para afirmar que las cláusulas examinadas encajan en las denominadas cláusulas abusivas contenidas —no de manera taxativa— en el artículo 17 letras b) e i); dando como resultado una contravención a la LPC. En otros términos, se ha comprobado que las estipulaciones contractuales objeto de análisis, son capaces de causar una afectación en la esfera jurídica de los consumidores, al colocarlos en desventaja respecto de los derechos y obligaciones de la proveedora, mediante la suscripción de contratos de adhesión en los que los consumidores no han tenido la posibilidad de discutir las cláusulas por haber ausencia de negociación individual. Del mismo modo se ha constatado la ruptura de la buena fe y un desequilibrio de las obligaciones impuestas en cada uno de los supuestos examinados. Así, se ha determinado que las cláusulas analizadas, independientemente de su denominación o finalidad, reúnen los requisitos o aspectos para ser catalogadas como cláusulas abusivas, en consecuencia, al haberse acreditado los elementos del tipo infractor previsto en el art. 44 letra e) de la LPC, es procedente imponer una multa, la cual será desarrollada junto con sus parámetros, en el siguiente apartado.

## VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

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

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o

grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, según sea el caso.

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

**a. Tamaño de la empresa.**

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

A partir del análisis de los documentos que constan en el expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (folios 24-25). Es decir, 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 solicitada por esta autoridad sancionadora, a efectos de establecer la capacidad económica que tiene para asumir la multa.

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

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

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

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

señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: "*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*".

Además, en el presente procedimiento se comprobó que la proveedora incurrió en la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC, actuando con negligencia, al incluir en los contratos de adhesión, cláusulas abusivas mediante las cuales, *limita derechos de los consumidores, que les han sido conferidos por ley*; cuando debía cumplir diligentemente con ciertas especificaciones como lo dice el Reglamento de la LPC y demás leyes aplicables al presente procedimiento, a fin de evitar, en perjuicio de los consumidores, el desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

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

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

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

En cuanto a la configuración de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 17 letras b) e i) de la citada ley, ésta materializa situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones, pues, por un lado, la situación de superioridad de la proveedora le permite sustraerse de sus obligaciones o cargas contractuales y limitar el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley a los consumidores; en tanto que del otro lado de la palestra, se concreta y acentúa una situación de desventaja injustificada para este último, expresada mediante la limitación, imposición o supresión de sus derechos o facultades contractuales.

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

Por su parte, la doctrina sostiene que la buena fe debe estar presente en todo el iter contractual, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente *in extenso*, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada "intensidad", durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe

evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio *sub examine*.<sup>7</sup>

En otro orden, y de forma más específica, el hecho de introducir en los documentos contractuales cláusulas con las cuales la proveedora impone una restricción de ejercer los derechos de desistimiento y reversión de pagos, están intrínsecamente relacionados al patrimonio de la proveedora, pues no solo limita la acción de desistir de un contrato o no reversar lo pagado, sino que esto conlleva también a no prestar el servicio que ha sido pagado, lo cual es contrario a la naturaleza de cualquier contrato de prestación de servicios, ya que, lo esperado por cualquier persona que suscribe un contrato es que a cambio de lo pagado, se le preste el servicio pactado.

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

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir a la proveedora denunciada Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 letra e) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

En cuanto a la infracción antes descrita, se pretende prevenir la introducción por parte de los proveedores de cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades de los mismos, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato; de ahí que, el objetivo es que los consumidores se encuentren en igualdad de condiciones, es decir, que tengan posibilidad de negociarlas, hacer contra ofertas o modificarlas, y no simplemente aceptarlas o rechazarlas en su integridad, de manera que, ambas partes tengan la facultad de establecer y aceptar mutuamente las cláusulas del contrato.

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

### **VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA**

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4º de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M., pues se ha determinado que éste introdujo cláusulas abusivas a la luz de lo dispuesto en el artículo 17 letras b) e i) de la LPC.

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

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

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es tipificada en la LPC como una infracción muy grave; que la proveedora es una persona jurídica, que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la infractora, no se acreditó el dolo sino *negligencia grave*; que esta contravino las prohibiciones reguladas en la LPC, introduciendo cláusulas abusivas en tres contratos de servicios funerarios; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta la constatación de la introducción de dichas cláusulas dentro de un contrato de adhesión en el que los consumidores no tienen las posibilidades de negociación; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento sancionador, resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

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

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer a la proveedora Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M., una multa de: **TRES MIL CUARENTA Y UN**

**DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,041.70)**, equivalentes a diez meses con quince días de salario mínimo mensual urbano del sector industria por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra e), en relación al artículo 17 letras b) e i), ambos de la LPC, por introducir la cláusula abusiva en sus *contratos de prestación de servicios*. Dicha multa que representa el 2% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción —500 salarios mínimos urbanos en el sector industria—.

#### **IX. DECISIÓN**

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 17 letra d), 44 letra e), 46, 47, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Sanciónese* a la proveedora **Cementerio Jardín Diego de Holguín, S.E.M.**, con la cantidad de **TRES MIL CUARENTA Y UN DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,041.70)**, equivalentes a *diez meses con quince días de salario mínimo mensual urbano en el sector industria* —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letras b) e i) de la LPC, por introducir tres cláusulas abusivas *en los contratos de servicios funerarios*; según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

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

- b) *Notifíquese*.

#### **INFORMACIÓN SOBRE RECURSO**

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

dispone: "La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)"



José Leisick Castro  
Presidente



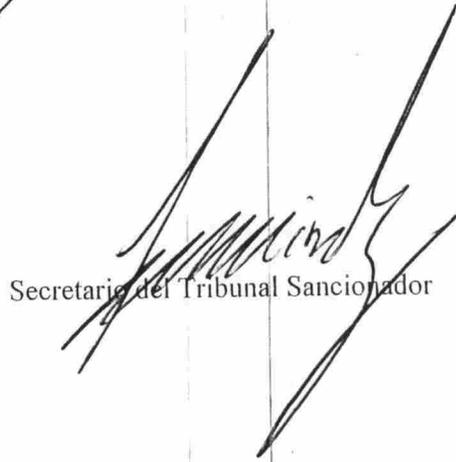
Pablo José Zelaya Meléndez  
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal

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

MSC/MP



Secretario del Tribunal Sancionador