


Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), protegiendo los datos personales de las partes que intervinieron en el presente proceso, así como datos confidenciales, según lo establecido en el Artículo 6 letras "a", "p" y "q" de la LAIP.

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 11/07/2022 Hora: 13:02 Lugar: San Salvador	Referencia: 1183-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor		
Proveedor denunciado:	José Odir Cruz Flores.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC– expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado “Parque Jardín La Generosa”, ubicado en _____ —propiedad del proveedor denunciado—, en fecha 18/09/2020, se llevó a cabo una inspección y se redactó acta en presencia de _____ en su carácter de encargada del referido establecimiento y las delegadas de la Defensoría. El día 12/08/2020, se realizó requerimiento al proveedor, en el cual se solicitó la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none">• Detalle del nombre de los paquetes que ofrecen a los consumidores y los servicios que incluyen cada uno, así como el precio de contado y al crédito de los mismos, durante los meses de abril, mayo y junio de 2019, y de abril, mayo y junio de 2020; información que se entregaría en tabla anexa en formato Excel.• Un contrato de servicio de cada paquete detallado en el apartado anterior.• Detalle de la modificación realizada a los contratos de prestación de servicios funerarios preexistentes cuando se le da atención a una muerte por causa del COVID-19, y si se ofrece alguna compensación cuando no se hace uso de estos servicios. Además, informar el medio por el cual se le da a conocer a los consumidores dicha información.• Protocolos de seguridad que se siguen en las instalaciones para resguardar la salud de los visitantes. <p>Con respecto al literal a), la persona que atendió a las delegadas manifestó que los paquetes que proporcionan son: lote normal de una cripta, lote normal dos criptas, lote normal tres criptas, lote preferencial cuatro criptas, lote normal cuatro criptas, lote normal ocho criptas, lote preferencial ocho criptas, jardinera normal cuatro criptas, jardinera preferencial cuatro criptas, jardinera normal ocho criptas y jardineras La Redención ocho criptas. Por ello, se le solicitó detallar los costos de los servicios que incluye cada paquete, así como el precio al contado y al crédito de los mismos, en tabla de Excel.</p>			

según formato proporcionado en el requerimiento original. La señora [redacted] manifestó que no era posible entregar tal información al momento de la inspección, por lo que se le requirió la misma en formato digital. El proveedor cumplió efectivamente con dicha solicitud, y tal documentación consta en memoria flash adjunta a esta denuncia.

Con respecto al literal b), se solicitaron contratos de servicio ofrecidos a los consumidores, correspondientes a los meses de abril, mayo y junio, tanto de dos mil diecinueve como de dos mil veinte. La persona que atendió a las delegadas les mostro los contratos: contrato dos mil diecinueve correspondiente al consumidor [redacted]; y contrato del año dos mil veinte, correspondiente al consumidor [redacted]. La señora [redacted] manifestó que no podía proporcionarlos en el momento de la inspección, debido a que no contaba con el equipo informático para obtener una copia de los mismos. Por ello, se le dejó en requerimiento la remisión de tal información en formato digital.

Con respecto al literal c), manifestó la señora [redacted] que los contratos de prestación de servicios preexistentes no han sufrido ninguna variación en sus costos. Durante el presente año, a partir de la pandemia, a todo fallecimiento por Covid-19 (o sospechoso de tal circunstancia) se le realiza un cobro adicional de quince dólares, en concepto de protocolo Covid-19 exigido por el Ministerio de Salud. En cuanto a si el proveedor realiza un descuento por servicios no otorgados en los fallecimientos por tal enfermedad, manifestó la referida señora que no realizan un descuento o compensación.

En cuanto al literal e), se verificó a través de nota de abono que el proveedor no realiza ningún cobro adicional en concepto de comisión o interés. Con respecto al literal f), se le consultó a la persona que atendió a las delegadas de qué forma daban a conocer los precios a los consumidores, manifestando que los daban a conocer por medio de listado de precios. De dichos listados se agregaron copias al acta de inspección, debidamente selladas y firmadas, las cuales se ubican de folios 5 a 16 del expediente.

Finalmente, en cuanto al literal g), se le solicitó a la persona que atendió copia del último recibo, nota de abono o factura cancelada por los consumidores. [redacted] y [redacted]

Las mismas se encuentran ubicadas de folios 6 a 7 del expediente, debidamente firmadas y selladas.

Toda la información requerida durante la inspección debía ser remitida a las oficinas de esta Defensoría en un periodo no mayor a diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de la inspección. El proveedor hizo entrega de la misma —entre ella, dos contratos denominados “Promesa de cesión de título de puesto a perpetuidad”, correspondientes a los consumidores indicados en el literal b) del acta de inspección—, y se encuentra en memoria flash adjunta a esta denuncia.

En los contratos extendidos, tienen la naturaleza de los llamados “contratos de adhesión”, los cuales se caracterizan por establecer, de forma anticipada, condiciones generales de negociación resultantes de

un consentimiento sin convención. Dichos contratos, de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Protección al Consumidor, no deberá contener ninguna cláusula que pueda calificarse como abusiva.

En los mencionados contratos, se encontró que en la CLÁUSULA VII- que dispone literalmente: *“EL PROMITENTE CEDENTE: tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato en cualquiera de los siguientes casos: a)- por mora en el pago de las tres cuotas estipuladas en el literal b) de la cláusula III del presente contrato; b)- por el incumplimiento del “PROMITENTE CESIONARIO” a cualquiera de las obligaciones que contrae por este contrato o por ley. La existencia de cualquiera de los casos contemplados en los literales a) y b) de esta cláusula, se entenderá como resolución automática del presente contrato por parte del “PROMITENTE CESIONARIO”, quedando a favor del “PROMITENTE CEDENTE” hasta un VEINTICINCO POR CIENTO del valor de los pagos efectuados, como indemnización de daños y perjuicios. El “PROMITENTE CEDENTE” no estará obligado por ningún motivo o causa a devolver al “PROMITENTE CESIONARIO” o a sus beneficiarios, familiares o legatarios, cantidad alguna de dinero que aquel hubiera pagado como precio o parte de este, y sólo podrá aplicarse como prima de la renegociación de un nuevo contrato.”*

Según el denunciante esta cláusula establece dos supuestos en virtud de los cuales el proveedor puede resolver automáticamente el contrato: el primero, consistente en la mora de tres de las cuotas estipuladas; y el segundo, en el incumplimiento de cualquier otra obligación que emane de la ley o del contrato.

Es evidente en el caso de la mora del literal a), la sanción que se impone al consumidor genera una afectación mayor que el propio incumplimiento en tanto que este acarrea algún gasto administrativo al proveedor. Por lo demás, no puede decirse que éste último incurra en gastos adicionales o que sufra alguna pérdida sustancial, puesto que ningún servicio ha sido prestado ni se ha entregado ningún bien.

Asimismo, en el caso de cualquier otro incumplimiento del consumidor (literal b), la desproporcionalidad de la cláusula queda de manifiesto por cuanto basta uno solo de ellos para que se dé por resuelto el contrato. Esta causal es independiente de los pagos realizados por el cliente, pudiendo este encontrarse al día con los mismos, o incluso haber pagado la práctica totalidad de las cuotas estipuladas.

En virtud de lo anterior, se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 17 letra i) de la LPC, el cual describe algunas de las cláusulas abusivas: *“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 (...)."

Asimismo, se encontró que en la **CLÁUSULA V-** que dispone literalmente: *"EL PROMITENTE CESIONARIO" declara y acepta conocer sobre el derecho sobre puesto a perpetuidad no confiere propiedad sobre el inmueble en que está ubicado, en consecuencia se obliga a no hacer ni permitir que se hagan en la propiedad, otra clase de construcciones diferentes a las hechas por el "PROMITENTE CEDENTE", (Ejemplos: diferentes a las placas establecidas, no se permitirán placas traídas por el promitente cesionario (...)).*" Esta disposición coloca al consumidor en una situación de desventaja, ya que los mismos se ven constreñidos a aceptar la eventual adquisición de la placa con el proveedor, supeditando la adquisición de un derecho sobre el puesto a la compra de un bien anexo. De ahí que el consumidor no tiene posibilidad de realizar una auténtica decisión de consumo, puesto que aspectos como el precio, materiales, diseño y claridad, escapan de su ámbito de libertad.

En ese sentido, tal cláusula supone una violación a lo establecido en el artículo 18 letra a) de la LPC, el cual describe algunas de las prácticas abusivas: *"Condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por la naturaleza de los mismos, sean complementarios, sean parte de las ofertas comerciales o que por los usos y costumbres sean ofrecidos en conjunto."*

La Presidencia señaló, que lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC que prescribe: *"Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores";* y de acuerdo con el artículo 47 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) DE LA LPC, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 18 LETRA A) DE LA MISMA LEY.

En cuanto a la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, en este procedimiento se atribuye al denunciado, como posible conducta ilícita, la relacionada con la práctica abusiva de *"Condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por la naturaleza de los mismos, sean complementarios, sean parte de las ofertas comerciales o que por los usos y costumbres sean ofrecidos en conjunto"*.

La venta atada o condicionada, tanto por el lado del consumidor, como de la libre competencia, puede ser considerada como un acto ilícito por parte de los agentes económicos que la realizan, salvo que medie justa causa, como bien lo establece la ley, causas que deben estar bien acreditadas, para

justificar tal comportamiento y corresponde únicamente al agente económico que la realiza demostrar la necesidad de vender un artículo condicionado a otro.

Los actos de los proveedores orientados a restringir el abastecimiento, circulación o distribución de bienes y servicios a través de la venta atada o condicionada, contravienen las normas que protegen los derechos de los consumidores y pueden llegar a vulnerar la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios, restringiendo el funcionamiento eficiente de los mercados y vulnerando de esta manera las normas de libre competencia.

Por otro lado, con las ventas atadas, además, una empresa puede reducir el número de consumidores potenciales para sus competidores. Esto puede causar la salida de compañías del mercado y la creación de barreras a la entrada.

Es decir, no solo se podría generar el retiro de empresas del negocio en cuestión, sino que se desincentivaría el ingreso de nuevas compañías. Entonces, disminuiría el nivel de competencia, afectando al consumidor porque tendría menos alternativas entre las cuales elegir.

En este sentido, la venta atada consiste en una práctica por la cual se subordina la venta de un producto o servicio (denominado vinculante) a la condición de comprar un segundo producto (llamado vinculado), de ello que la prohibición de esta figura radica en que el proveedor obliga a la compra de un producto adicional al deseado por el consumidor, con lo cual aumenta su gasto y reduce su capacidad adquisitiva, es decir, se produce un desequilibrio en el excedente social porque el excedente del proveedor se maximiza sin justa causa.

B. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) DE LA LPC, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 17 DE LA MISMA LEY.

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

Para analizar la configuración de dicha infracción es preciso tener en cuenta que el artículo 17 de la LPC indica: "*Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como: (...) 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 en su parte final, la referida disposición señala que "*El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de la celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro de que éste 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 proscrib[e] *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, retrácto 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 sobrepandan 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 DEL PROVEEDOR DENUNCIADO

A. Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa del proveedor José Odir Cruz Flores, pues en resolución de fs. 21-24 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 al mismo en fecha 15/10/2021 (fs. 25).

En fecha 20/10/2021 se recibió escrito firmado por el proveedor José Odir Cruz Flores (fs. 28 y 29), mediante el cual agregó prueba documental, así como también la documentación financiera solicitada.

En el referido escrito, manifiesta que con respecto a las prácticas abusivas conforme a lo establecido en el artículo 18 letra a) de la LPC, sus contratos llevan esas cláusulas con respecto a las placas, debido a que en el cementerio se trabaja con maquinaria pesada y se colocan solamente placas de bronce porque son duraderas, mientras que sus clientes traen de otros materiales que tienden a dañarse, pero si se hace una nueva inspección en sus jardines se podrá observar de que ya en la realidad no respetan el contrato porque si permiten placas de afuera, para lo cual anexa unas fotos de placas que han traído los clientes, lo cual es una muestra que en ningún momento condicionan al cliente que si no compra las placas al cementerio no se hará efectivo el derecho a la perpetuidad.

Señala que con respecto a lo de la cláusula VII literal a) de sus contratos, la cual habla de que el promitente cedente se queda hasta con un 25% de lo que el cliente ha pagado cuando ha dejado de pagar tres cuotas sucesivas mensualmente, es otra cláusula que ya en la práctica no se cumple porque se toman muchas consideraciones con sus clientes y la cláusula va simplemente como una forma de hacer presión, debido a que su producto no es de primera necesidad y fácilmente el cliente deja de seguir pagando, para lo cual anexa fotocopias de cuentas en las que han pasado muchos meses y ellos siguen cobrándoles como que no estuvieran con atraso, sin ponerles nada de mora. Que también anexa fotocopias de renovaciones que han hecho con sus clientes donde no se les descuenta nada de lo que han pagado, y se le abona como prima el 100% de lo que el cliente ha pagado.

Finalmente, agrega que con respecto a que el promitente cedente no sufre ninguna pérdida sustancial porque no ha prestado ningún servicio, hay que aclarar que tienen muchos contratos de más de 20 años donde enterraron y se olvidaron de su fallecido, por lo que el lote está ahí sin poder venderse a otra persona, ya que se encuentra ocupado y no continuaron pagándolo, por lo que de conformidad a la Ley de Cementerios se tiene que trasladar todos esos restos a una fosa común, siendo que tampoco han puesto en práctica esa cláusula, lo cual si representa una pérdida para ellos. Que de igual manera los lotes que han sido vendidos y aún no se ha hecho uso de ellos y ya no siguieron pagando, por lo general se les hace una espera de un año para que el cliente les explique el motivo por el cual no siguió pagando y no se les aplica mora, siendo que hasta que pasan más de 3 años entonces dan como caída la venta y venden el lote a otra persona, lo cual también representa una pérdida para su empresa porque dejan de venderlo a otra persona que le gustaba esa ubicación, y ya no compró porque le gustaba ese lugar para comprar; sin embargo, está en toda la disposición de corregir sus contratos para darle cumplimiento a lo establecido por la Ley de Protección al Consumidor.

Al respecto, debe señalarse que el hecho de que el proveedor manifieste que en la práctica no se respeta el contrato, ya que si permiten que los clientes lleven placas de afuera, o que en la práctica ya no se cumple la cláusula VII literal a) establecida en los contratos, pues se toman muchas consideraciones con sus clientes y la cláusula simplemente es una forma de hacer presión; así como el hecho de que se encuentra en toda la disposición de corregir sus contratos para darle cumplimiento a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor, son situaciones que no desvirtúan las infracciones atribuidas, así como tampoco eximen de responsabilidad al proveedor denunciado, ya que se trataría de un cumplimiento de las normas posterior a la inspección realizada por los delegados de la Defensoría del Consumidor.

Ahora bien, en relación al argumento que en ningún momento se condiciona al cliente que si no compra las placas al proveedor no se hará efectivo el derecho a la perpetuidad, debe señalarse que el proveedor en la cláusula V de los contratos de promesas de cesión de título de puesto a perpetuidad, ha establecido que: *"EL PROMITENTE CESIONARIO" declara y acepta conocer sobre el derecho sobre puesto a perpetuidad no confiere propiedad sobre el inmueble en que está ubicado, en consecuencia se obliga a no hacer ni permitir que se hagan en la propiedad, otra clase de construcciones diferentes a las hechas por el "PROMITENTE CEDENTE". (Ejemplos: diferentes a las placas establecidas, no se permitirán placas traídas por el promitente cesionario (...)).*; disposición que coloca al consumidor en una situación de desventaja, ya que los mismos se ven constreñidos a aceptar la eventual adquisición de la placa con el proveedor, supeditando la adquisición de un derecho sobre el puesto a la compra de un bien anexo.

Aunado a lo anterior, es necesario aclarar que los contratos de adhesión o las condiciones generales de contratación se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición -entendida como la escasa capacidad de influencia que el consumidor tiene sobre su contenido- no son negociadas-. Esta situación justifica el control de su inclusión, en este caso encomendada por ley a la Defensoría del Consumidor y a este Tribunal, a fin de determinar si alguna condición contractual constriñe las libertades de los consumidores o crea situaciones innecesariamente desiguales entre las partes, en menoscabo del consumidor.

Sobre este aspecto, ha de indicarse que la interpretación del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato comercial no puede hacerse de manera generalizada, sino deben considerarse las circunstancias concurrentes al momento de la celebración, la totalidad de las condiciones contractuales y la naturaleza de los bienes y servicios.

Finalmente, cabe señalar que la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC, se aprecia por el solo hecho de incluir una cláusula abusiva; 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 configure. Además, ha de señalarse que, en ese contexto, no podría eximirse de responsabilidad administrativa a un proveedor, por inclusión de cláusulas abusivas, en vista de que establezca salvedades donde traslade al consumidor la responsabilidad por el contenido del contrato; es decir, amparándose, de alguna manera, en la aceptación expresa de los contenidos abusivos del contrato por parte del consumidor. Esto se debe a que el uso de cláusulas abusivas que lesionan intereses generales relacionados con la actividad comercial, está legalmente proscrito y no puede ser avalado por los particulares.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA/HECHOS PROBADOS

I. 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 las infracciones reguladas 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 Ley de Procedimientos Administrativos -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 Código Procesal Civil y Mercantil determina el valor probatorio de los instrumentos, así: *“Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó*

demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica". (Los resaltados son nuestros).

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

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se han configurado las infracciones consignadas en el artículo 44 letra e) de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los contratos suscritos por el proveedor con los consumidores, y por condicionar la adquisición del derecho a perpetuidad sobre un puesto a la venta de otro bien (las placas para el mismo).

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

a) Acta No. 0000787 (fs. 4 y 5), de fecha 18/09/2020, 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 del proveedor denunciado a fin de verificar el cumplimiento a la ley.

b) Notas de abono número 43574 y 0501, de fechas 03/08/2020 y 17/09/2020, vinculadas con los contratos número 2358 y 2492, respectivamente (fs. 6 y 7).

c) Cotizaciones de los diferentes tipos de paquetes que brinda el proveedor denunciado (fs. 8 a 19).

d) Documentos en formato digital de dos contratos de promesa de cesión de título de puesto a perpetuidad, celebrados por consumidores con "Parque Jardín La Generosa" (memoria flash agregada a fs. 20), con los cuales se establecen las cláusulas siguientes:

- i. *relativa a la imposición de una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora; donde se encuentra la CLÁUSULA VII- que establece: "EL PROMITENTE CEDENTE: tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato en cualquiera de los siguientes casos: a)- por mora en el pago de las tres cuotas estipuladas en el literal b) de la cláusula III del presente contrato; b)- por el incumplimiento del "PROMITENTE CESIONARIO" a cualquiera de las obligaciones que contrae por este contrato o por ley. La existencia de cualquiera de los casos contemplados en los literales a) y b) de esta cláusula, se entenderá como resolución automática del presente contrato por parte del "PROMITENTE CESIONARIO", quedando a favor del "PROMITENTE CEDENTE" hasta un VEINTICINCO POR CIENTO del valor de los pagos efectuados, como indemnización de daños y perjuicios. El "PROMITENTE CEDENTE" no estará obligado por ningún motivo o causa a devolver al "PROMITENTE CESIONARIO" o a sus beneficiarios, familiares o legatarios, cantidad alguna de dinero que aquel*

hubiera pagado como precio o parte de este, y sólo podrá aplicarse como prima de la renegociación de un nuevo contrato”.

- ii. *relativa a condicionar la adquisición del derecho a perpetuidad sobre un puesto a la venta de las placas establecidas por el proveedor; la cual se encuentra en la CLÁUSULA V- de los contratos, donde se consigna el siguiente texto: EL PROMITENTE CESIONARIO” declara y acepta conocer sobre el derecho sobre puesto a perpetuidad no confiere propiedad sobre el inmueble en que está ubicado, en consecuencia se obliga a no hacer ni permitir que se hagan en la propiedad, otra clase de construcciones diferentes a las hechas por el “PROMITENTE CEDENTE”, (Ejemplos: diferentes a las placas establecidas, no se permitirán placas traídas por el promitente cesionario (...).”.*

e) Documento en formato digital de hoja que contiene los protocolos a seguir por COVID19 en Cementerio Parque Jardín La Generosa (memoria flash agregada a fs. 20).

f) Fotocopias de solicitudes de contrato de puesto a perpetuidad y sus anexos (fs. 30 a 38).

g) Impresiones de fotografías de placas instaladas en el cementerio Parque Jardín La Generosa (fs. 39 a 41).

h) Modelo de nuevo contrato de promesa de cesión de título de puesto a perpetuidad (fs. 70).

i) Documentos en formato digital de correcciones al contrato, escrito presentado por el señor José Odir Cruz Flores, fotografías de placas instaladas en el cementerio Parque Jardín La Generosa, carteras de clientes por vendedor del referido cementerio y renovaciones de contratos de puesto a perpetuidad (memoria flash agregada a fs. 71).

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) DE LA LPC POR REALIZAR PRÁCTICAS ABUSIVAS EN PERJUICIO DE LOS CONSUMIDORES.

Al respecto, este Tribunal Sancionador deberá analizar –en el caso en particular– si el proveedor condicionó la contratación del derecho a perpetuidad sobre un puesto del cementerio, a la adquisición de la placa a ser colocada en dicho puesto.

I. Así, respecto de la conducta establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, con base en los elementos probatorios señalados en el numeral anterior, ha quedado comprobado:

- iii. Que en los documentos en formato digital de dos contratos de promesa de cesión de título de puesto a perpetuidad, celebrados por consumidores con “Parque Jardín La Generosa, se encuentra la CLÁUSULA V- de los contratos, donde se consigna el siguiente texto: *EL PROMITENTE CESIONARIO” declara y acepta conocer sobre el derecho sobre puesto a perpetuidad no confiere propiedad sobre el inmueble en que está ubicado, en consecuencia se obliga a no hacer ni permitir*

que se hagan en la propiedad, otra clase de construcciones diferentes a las hechas por el "PROMITENTE CEDENTE". (Ejemplos: diferentes a las placas establecidas, no se permitirán placas traídas por el promitente cesionario (...)).

En el presente caso, el proveedor amarra dos relaciones comerciales diferentes: por una parte, la adquisición del derecho a perpetuidad sobre un puesto del cementerio; y por otra, la adquisición de la placa a ser colocada en dicho puesto. Del tenor literal de la cláusula se extrae que un consumidor no puede adquirir una placa por sus propios medios (esto es, con el proveedor de su preferencia), sino que debe hacerlo necesariamente con el proveedor José Odir Cruz Flores, propietario del Parque Jardín La Generosa. El efecto de ello es que la adquisición del derecho a perpetuidad no se hará efectiva si el consumidor no se compromete a que, llegado el momento de usar el puesto, también adquirirá la placa en cuestión.

Al hacer una revisión integral de la cláusula en comento, se advierte que el proveedor no sólo condiciona el contrato a la adquisición de la placa, sino que además fija un plazo máximo para ello. Tal y como señala la parte final de tal disposición contractual, el consumidor se obliga a, a partir del primer servicio de enterramiento, "*(...) colocar placa en un plazo máximo de tres meses, de lo contrario no se dará información de ubicación del lote respectivo*".

Al respecto, el literal a) del artículo 18 de la LPC, prohíbe a todo proveedor condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro. Esto es lo que la doctrina llama "venta atada", que no es sino aquella práctica por la cual un proveedor obliga a la compra de un producto adicional al deseado por el comprador, con lo cual aumenta su gasto y reduce su capacidad adquisitiva, es decir, se produce un desequilibrio en el excedente social porque el excedente del productor se maximiza sin justa causa.

En esa misma línea, este Tribunal Sancionador ha señalado que "imponer una condición al consumidor para la contratación de un servicio o para la adquisición de bienes por otro, supone una actuación imperativa por parte del proveedor, que coarta la libertad del adquirente y sujeta la venta a dicha condición" (resolución final correspondiente al procedimiento con referencia 550-2011, del ocho de noviembre de dos mil once).

En el caso que ahora nos ocupa, es evidente ese gravamen con carácter imperativo, impuesto por el proveedor sobre los consumidores, ya que estos se ven constreñidos a aceptar la eventual adquisición de la placa con aquel, a fin de poder celebrar el contrato principal. Ello coloca a los consumidores en una situación de desventaja, supeditando la adquisición del derecho sobre el puesto a la compra de un bien anexo. De más está decir que, sobre este último, el consumidor no tendrá la posibilidad de realizar una auténtica decisión de consumo, puesto que aspectos como el precio, materiales, diseño y calidad, escapan de su ámbito de libertad.

B. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44 LETRA E) DE LA LPC POR INTRODUCIR CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS DOCUMENTOS CONTRACTUALES.

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.*¹

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.²

¹ 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.

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

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

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

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*⁴. 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*⁵, 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*⁶.

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

³ *Ibidem*. Pág. 28.

⁴ *Ibidem*. Pág. 43.

⁵ Herrera-Tapia, Belinúa y Álvarez-Estrada, Jassir (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. *Revista Jurídica*. Pág. 40.

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

a la desigualdad económica existente entre las partes del negocio contractual, la cual de igual forma debe efectuarse sin excesos.

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

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

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

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 i) 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: (...) 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 (...)).

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

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

La CLAÚSULA VII- de los contratos establece lo siguiente: "EL PROMITENTE CEDENTE: tendrá derecho a resolver unilateralmente el presente contrato en cualquiera de los siguientes casos: a)- por mora en el pago de las tres cuotas estipuladas en el literal b) de la cláusula III del presente contrato; b)- por el incumplimiento del "PROMITENTE CESIONARIO" a cualquiera de las obligaciones que contrae por este contrato o por ley. La existencia de cualquiera de los casos contemplados en los literales a) y b) de esta cláusula, se entenderá como resolución automática del presente contrato por parte del "PROMITENTE CESIONARIO", quedando a favor del "PROMITENTE CEDENTE" hasta un VEINTICINCO POR CIENTO del valor de los pagos efectuados, como indemnización de daños y perjuicios. El "PROMITENTE CEDENTE" no estará obligado por ningún motivo o causa a devolver al "PROMITENTE CESIONARIO" o a sus

beneficiarios, familiares o legatarios, cantidad alguna de dinero que aquel hubiera pagado como precio o parte de este, y sólo podrá aplicarse como prima de la renegociación de un nuevo contrato".

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

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

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

Por consiguiente, en el presente caso, se debe determinar qué tan equilibrada es la relación entre el presunto daño producido a la proveedora por la mora del consumidor y la penalidad impuesta a éste. Y es que, la cláusula penal descrita, establece dos supuestos en virtud de los cuales el proveedor puede resolver automáticamente el contrato: el primero, consistente en la mora de tres de las cuotas estipuladas; y el segundo, en el incumplimiento de cualquier otra obligación que emane de la ley o del contrato.

En lo que respecta a la mora, como establece el literal a) de la cláusula antes citada, basta con que el consumidor deje de pagar tres cuotas para que se resuelva el contrato. Sobre el particular, es importante destacar que el texto del mismo es ambiguo, ya que no establece si las tres cuotas deben ser

consecutivas o sí, en cambio, basta con que —durante la vigencia del contrato— el consumidor caiga en mora en tres ocasiones diferentes. Por su parte, el literal b) de la cláusula citada supone que, con un incumplimiento de cualquier otra obligación legal o contractual, distinta al pago, es suficiente para que se resuelva el contrato. Huelga decir que tales obligaciones son planteadas únicamente en abstracto; esto es, nunca se definen con suficiente certeza jurídica las conductas que pueden llevar a la resolución del contrato por esta causal.

De cualquier forma, en uno y otro escenario, el efecto de la resolución contractual consiste en que el proveedor retendrá todas las sumas pagadas por el consumidor hasta el momento de configurarse alguna de las causales antes referidas. De esas sumas, hasta un veinticinco por ciento queda de manera definitiva en manos del proveedor, en concepto de indemnización por daños y perjuicios. El porcentaje restante podrá utilizarse como prima para la renegociación de un nuevo contrato.

En virtud de lo anterior, se advierte que la pena impuesta al consumidor supone, siempre y en todo caso, la pérdida de una parte del dinero ya cancelado. Y dicha pérdida puede ser total, a menos que el consumidor se allane a entablar una nueva relación comercial con el mismo proveedor. En este caso, el porcentaje restante servirá únicamente como prima del nuevo contrato.

Como es evidente, en el caso de la mora (literal a), la sanción que se impone al consumidor genera una afectación mayor que el propio incumplimiento, en tanto que éste —a lo sumo— acarreará algún gasto administrativo al proveedor. Por lo demás, no puede decirse que este último incurra en gastos adicionales o que sufra alguna pérdida sustancial, puesto que ningún servicio ha sido prestado ni se ha entregado ningún bien. Asimismo, en el caso de cualquier otro incumplimiento del consumidor (literal b), la desproporcionalidad de la cláusula queda de manifiesto por cuanto basta uno solo de ellos para que se dé por resuelto el contrato. Esta causal es independiente de los pagos realizados por el cliente, pudiendo éste encontrarse al día con los mismos, o incluso haber pagado la totalidad de las cuotas estipuladas.

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

3. En virtud de lo anteriormente analizado, este Tribunal concluye que existen los elementos suficientes para afirmar que la cláusula examinada encaja en las denominadas cláusulas abusivas contenidas —no de manera taxativa— en el artículo 17 (letra i); dando como resultado una contravención

a la LPC. En otros términos, se ha comprobado que la estipulación contractual objeto de análisis, es capaz de causar una afectación en la esfera jurídica de los consumidores, al colocarlos en desventaja respecto de los derechos y obligaciones del proveedor, 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 los supuestos examinados. Así, se ha determinado que la cláusula analizada, independientemente de su denominación o finalidad, reúne los requisitos o aspectos para ser catalogada como cláusula abusiva, en consecuencia, al haberse acreditado los elementos del tipo infractor previsto en el art. 44 letra e), es procedente imponer una multa, la cual será desarrollada junto con sus parámetros, en el siguiente apartado.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de las infracciones muy graves contenidas en el artículo 44 letra e), por condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, y por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales, lo anterior en relación a los artículos 18 letra a) y 17 letra i), respectivamente, las cuales se sancionan 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 las sanciones y cuantificar las multas que correspondan, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

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

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

a. Tamaño de la empresa.

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

anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores”.

A partir de la documentación financiera presentada por el proveedor José Odir Cruz Flores, consistente en formularios de declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios del período comprendido desde el mes de septiembre de 2020 a septiembre de 2021 (fs. 44 a 69 y memoria flash agregada a fs. 71); y declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2020 (fs. 42 a 43 y memoria flash agregada a fs. 71); se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, ya que fue este el año en el que ocurrieron los hechos de la infracción, comprobando que, en el referido año 2020, el proveedor tuvo un total de ingresos por la cantidad de \$208,295.50 dólares de los Estados Unidos de América.

Al contrastar la información financiera del proveedor, con los tipos de empresas establecidos en los parámetros del artículo 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que el denunciado, cuenta con ingresos que están dentro de los regulados por dicha ley, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar al mismo como una *pequeña empresa*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

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

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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

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

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º 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. 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*".

Además, en el presente procedimiento se comprobó que el proveedor incurrió en las infracciones reguladas en el artículo 44 letra e) de la LPC, actuando con negligencia, al incluir en los contratos de adhesión, cláusulas abusivas mediante las cuales *impone una penalización excesivamente onerosa para el comprador en caso de mora*; asimismo, por condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro; 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.

e. 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 las infracciones del proveedor es directa e individual, pues se acreditó que en los contratos suscritos con los consumidores, se incumplió con las prohibiciones estipuladas en el artículo 17 letra i) de la LPC, consistente en introducir cláusulas abusivas, circunstancias que han afectado a los consumidores, causando un evidente desequilibrio en favor del proveedor denunciado, al imponer y restringir los derechos otorgados por ministerio de ley; asimismo, condicionó la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro.

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

En cuanto a la configuración de la infracción regulada en el artículo 44 e) de la LPC en relación al artículo 17 letra i) de la citada ley, ésta materializa situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones, pues, por un lado, la situación de superioridad del proveedor 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*.⁷

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

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

Mediante las multas impuestas, este Tribunal Sancionador pretende disuadir al proveedor denunciado José Odir Cruz Flores, quien ha cometido las infracciones descritas 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 las infracciones antes descritas, 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. Asimismo, evitar que el proveedor condicione la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro.

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 el infractor 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 las multas a imponer al infractor José Odir Cruz Flores, pues se ha determinado que éste introdujo cláusulas abusivas en contravención a las prohibiciones estipuladas en el artículo 17 letra i) de la LPC, y condicionó la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, en contravención a la prohibición estipulada en el artículo 18 letra a) de la LPC.

Respecto a las infracciones del artículo 44 letra e) en relación a los artículos 18 letra a) y 17 letra i), todos de la LPC —sancionables hasta con 500 salarios mínimos urbanos en la industria— se acreditó

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

que el proveedor introdujo cláusulas abusivas —predispuestas por el mismo— 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. Asimismo, se acreditó que el proveedor condicionó la adquisición del derecho a perpetuidad sobre un puesto en el cementerio a la venta de las placas establecidas por el mismo.

En tal sentido, habiendo concluido que las infracciones cometidas son tipificadas en la LPC como infracciones muy graves; que el proveedor es una *persona natural* cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es la de una *pequeña empresa*; que en razón del grado de intencionalidad de las conductas cometidas por el infractor, no se acreditó el dolo sino *negligencia*; que este contravino las prohibiciones reguladas en la LPC, introduciendo cláusulas abusivas en los contratos de servicio funerario y condicionando la adquisición del derecho a perpetuidad sobre un puesto en el cementerio a la venta de las placas establecidas por el mismo; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dichas conductas fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de las infracciones 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 y condiciones dentro de un contrato de adhesión en el que los consumidores no tienen las posibilidades de negociación; resulta razonable la imposición de sanciones proporcionales 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 multas cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

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

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de las sanciones, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer

al proveedor José Odir Cruz Flores, una multa de: (i) **DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,433.36)**, equivalentes a ocho salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra e), en relación al artículo 18 letra a), ambos de la LPC, por condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; (ii) **DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,433.36)**, equivalentes a ocho salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra e), en relación al artículo 17 letra i), ambos de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los contratos de servicio funerario, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 17 letra i), 18 letra a), 44 letra e), 47, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por el señor José Odir Cruz Flores; así como la documentación que consta agregada de fs. 30 a 71.

b) *Téngase por contestada* la audiencia conferida al proveedor José Odir Cruz Flores, en los términos relacionados en la presente resolución.

c) *Sanciónese* al proveedor **José Odir Cruz Flores**, con la cantidad de: **DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,433.36)**, equivalentes a ocho salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industria —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra a) de la LPC, por condicionar la adquisición del derecho a perpetuidad sobre un puesto en el cementerio a la venta de las placas establecidas por el proveedor; dicha infracción según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo conforme al análisis expuesto en el romanó VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

d) *Sanciónese* al proveedor **José Odir Cruz Flores**, con la cantidad de: **DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,433.36)**, equivalentes a ocho salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industria —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N°

240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra i) de la LPC, por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales; dicha infracción según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

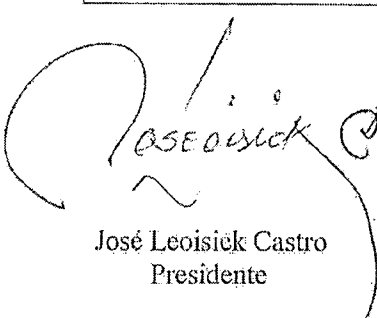
Dichas multas deberán hacerse efectivas en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de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

e) Tome nota la Secretaría de este Tribunal de la dirección y medios señalados por el proveedor para recibir actos de comunicación.

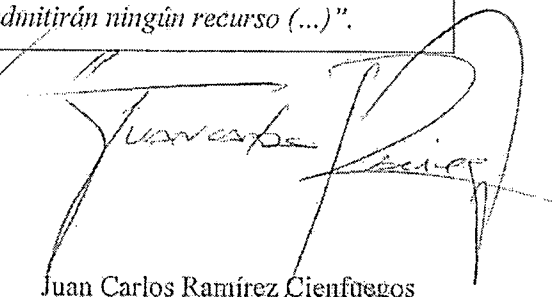
f) Notifíquese.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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


José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelata Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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


Secretario del Tribunal Sancionador