

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



“LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, EN LOS CONTRATOS
DE ADHESIÓN, EN LOS CASOS VENTILADOS POR EL TRIBUNAL
SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR, PERIODO
2011-2013”

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO (A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS
PRESENTADO POR:

INGRID VANESSA GARCÍA GUTIÉRREZ
FRANCIS ABEL PÉREZ HENRÍQUEZ
HORACIO MARTIN ROMERO LANDAVERDE

DOCENTE ASESOR
DR. LUIS ALONSO RAMÍREZ MENÉNDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

DR. MATEO ÁLVAREZ GUZMÁN
(PRESIDENTE)

LIC. JESÚS ERNESTO PEÑA MARTÍNEZ
(SECRETARIO)

DR. LUIS ALONSO RAMÍREZ MENÉNDEZ
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Lic. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Ábrego

VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Nelson Bernabé Granados

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN

Licda. María Magdalena Morales

COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE

CIENCIAS JURÍDICAS

AGRADECIMIENTOS

Le doy gracias a Dios por cuidar mi camino a lo largo de mis estudios, por permitirme culminar una fase importante en mi vida, por darme salud, sabiduría e inteligencia para finalizar mi carrera universitaria.

Gracias le doy a mi madre María Claudia Lorena Gutiérrez, por el esfuerzo arduo y el apoyo incondicional que me ha brindado, por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación y por ser un ejemplo a seguir; y que, a pesar de las dificultades de la vida, me ha enseñado a no rendirme y seguir adelante.

A mi hermano William por ser un padre para mí, por los consejos brindados y por su paciencia y amor incondicional.

A mis compañeros de tesis, que, a pesar de las diferencias y las acaloradas discusiones, hemos logrado finalizar nuestro trabajo de investigación.

A mis compañeros y amigos, quienes estuvieron presentes durante estos cinco años sin esperar nada a cambio; compartiendo sus alegrías, tristezas, y siempre apoyándome para que este sueño se hiciera realidad.

*“El temor del Señor es el principio del conocimiento;
los necios desprecian la sabiduría y la disciplina”*

Proverbios 1:7

Ingrid Vanessa García Gutiérrez

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de graduación lo dedico:

Al Todo Poderoso por darme la fortaleza de seguir adelante, cuando las cosas se situaban difíciles, por la iluminación que me proporciono y las personas que me colocó en el camino, que no me dejaron desfallecer.

A mi madre, Olga Lidia Henríquez Cruz, por estar siempre a mi lado, apoyándome incondicionalmente y comprendiendo que las metas trazadas en la vida, en ocasiones son difícil de lograr, pero con perseverancia y el inmenso amor de madre se puede alcanzar el cielo.

A mi abuela, María Isaura Cruz Molina, por el apoyo en cada momento de mi vida y sus anécdotas que siempre me llenan de alegría.

A mi hermana, Jacqueline Guadalupe Romero Henríquez, por el apoyo en los momentos que más necesite, por su paciencia, alegría y comprensión a lo largo de mi vida.

A mis tías, María Magdalena Henríquez Cruz, Sonia del Carmen Henrique De Acevedo y mi tío, Rafael Antonio Henríquez Cruz, por el inmenso apoyo a lo largo de mi vida.

A mis compañeros de tesis, Ingrid Vanessa García Gutiérrez y Horacio Martin Romero Landaverde, por la amistad, paciencia, comprensión e indispensable participación en la elaboración del presente trabajo de graduación.

A todos ellos, muchas gracias.

“Entonces conocerán la verdad, y la verdad los hará libres”

Juan 8:32

Francis Abel Pérez Henríquez

AGRADECIMIENTOS

*“Confía en el Señor con todo el corazón, y no te fíes de tu propia sabiduría.
En cualquiera cosa que hagas, tenlo presente: el aplanará tus caminos”.*

Proverbios 3: 5-6

A DIOS: por haberme regalado la vida, por fortalecerme cada día más en las adversidades, por brindarme ese espíritu de lucha y amor en cada momento, por ser él que me ha iluminado en el transcurso de mi carrera.

A mi Madre: Marina del Carmen Landaverde, por el apoyo inmenso que es en la vida, por ser esa madre ejemplar, por el esfuerzo para brindarme educación, alimentos, palabras de aliento, por acompañarme en este camino del profesionalismo, todo se lo debo a ella.

A mi Hermana: Gabriela Guadalupe Iraheta Landaverde, que aún a pesar de su corta edad, me apoya en cada instante de la vida.

A mis compañeros de Tesis: Ingrid Vanessa García Gutiérrez y Francis Abel Pérez Henríquez, por la paciencia, y sobre todo por ser parte en la elaboración del presente trabajo de graduación.

A nuestro Asesor: Dr. Luis Alonso Ramírez Menéndez, por la paciencia que nos ha tenido en este arduo proceso de Tesis, por su tiempo y dedicación.

Asimismo, a todos aquellos familiares y amigos que han compartido momentos importantes conmigo y me han ayudado a salir adelante, por brindarme ese apoyo cuando lo he necesitado.

A todos ellos, muchas gracias.

Horacio Martin Romero Landaverde

ÍNDICE

RESUMEN

ABREVIATURAS Y SIGLAS

INTRODUCCIÓN i

CAPITULO I..... 1

LOS CONTRATOS EN MATERIA DE COMERCIO Y EL CONTRATO DE
ADHESIÓN 1

1. Antecedentes históricos de los contratos en materia de comercio 1

1.1. Época Antigua 1

1.1.1. Roma..... 4

1.1.2. Edad Media 7

1.1.3. Época Moderna 9

1.2. Nociones generales de los contratos en materia de comercio 10

1.2.1. Concepto y Definición..... 10

1.2.2. Elementos del contrato 12

1.2.3. Requisitos de Existencia y Validez 12

1.2.3.1. Requisitos de Existencia 12

1.2.3.2. Requisitos de Validez..... 15

1.3. Regulación de las contrataciones en El Salvador 17

1.3.1. Contratos de acuerdo al Código de Comercio 17

1.3.2. Contratos de acuerdo al Código Civil 18

1.3.3. Otras clasificaciones de los contratos..... 19

1.4. Contratos de adhesión 21

1.4.1. La contratación en masa	21
1.4.2. Concepto	23
1.4.4. Características.....	25
1.4.4.1. Ausencia de discusiones preliminares	25
1.4.4.2. Supremacía económica y jurídica del oferente	26
1.4.5. Naturaleza jurídica.....	28
1.4.5.1. Acto unilateral	28
1.4.5.2. Tesis Clásica o Contractualista	28
1.4.6. Justificación Económica y Social de los Contratos de Adhesión	29
1.4.7. Relación de consumo	30
1.4.7.1. Consumidor.....	30
1.4.7.2. Agente económico.....	31
1.4.8. Elementos del contrato de adhesión.....	32
1.4.9. La autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión	34
1.4.10. Contenido del contrato.....	36
1.4.11. Autorización y registro de los contratos de adhesión.....	40
CAPITULO II.....	43
GENERALIDADES DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN	43
2.1. Condiciones generales de contratación	43
2.1.1. Definición	45
2.1.2. Características	46
2.1.3. Finalidad de las condiciones generales de contratación	48

2.1.4. Clasificación de las cláusulas contractuales	49
2.1.5. Naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación..	50
2.1.6. Requisitos de las condiciones generales de contratación	50
2.2. Cláusulas Abusivas.....	52
2.2.1. Concepto y Definición	52
2.2.2. Características	54
2.2.2.1. Concepción amplia.....	54
2.2.2.2. Concepción restrictiva	55
2.2.3. Clasificación de Cláusulas abusivas	56
2.2.3.1. Directas e Indirectas	56
2.2.3.2. Cláusulas abusivas devenidas	57
2.2.4. Tipos de cláusulas abusivas	57
2.2.5. Control y tratamiento de las cláusulas abusivas en la legislación salvadoreña	63
2.2.6. Efectos de la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión	65
CAPITULO III	68
MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.....	68
3.1. Aspecto generales de los procedimientos	68
3.1.1. Respeto de Derechos y Garantías.....	69
3.1.1.1. Principio de legalidad	70
3.1.1.2. Debido proceso	70
3.1.1.3. Principio de Igualdad de las partes	71

3.1.1.4. Principio de economía.....	72
3.1.1.5. Principio de Gratuidad.....	72
3.1.1.6. Principio de Oficiosidad.....	73
3.1.2. Informalidad en el procedimiento.....	74
3.1.3. Potestad para dictar medidas cautelares.....	75
3.1.4. Medidas cautelares.....	76
3.1.5. Recursos	77
3.1.5.1. Recurso de revocatoria	78
3.1.5.2. Recurso de nulidad.....	80
3.1.6. Sanciones.....	82
3.2. Medios alternos de solución de controversias	84
3.2.1. Avenimiento.....	84
3.2.2. Conciliación	86
3.2.3. Mediación	88
3.2.4. Arbitraje	90
3.3. Procedimiento sancionador.....	91
3.3.1. Inicio del Procedimiento.....	92
3.3.2. Admisibilidad e Inadmisibilidad de la denuncia.....	94
3.3.3. Apertura a pruebas	95
3.3.4. Finalización del procedimiento.....	96
3.4. Legislación internacional.....	97
3.4.1. México	97
3.4.2. España	99

3.4.3. Costa Rica	101
3.4.4. Perú	102
3.4.5. Guatemala	104
CAPITULO IV.....	107
ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES RELEVANTES DEL TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR DEL PERIODO 2011-2013, EN LA INCORPORACIÓN DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	107
4.1. Caso 1. Salazar Romero, Sociedad Anónima de Capital Variable.....	109
4.1.1. Inclusión de cláusulas abusivas en documentos contractuales.....	110
4.1.2. Características de las cláusulas abusivas	111
4.1.2.1. Unilateralidad	111
4.1.2.2. Desventaja	111
4.1.2.3. Imposición	112
4.1.3. El desistimiento en la Ley de Protección al Consumidor	113
4.1.4. Amparo	115
4.2. Caso 2. Servicios de Mercadeo Internacional, Sociedad Anónima de Capital Variable.....	117
4.2.1. Contratos de intermediación para fines turísticos	119
4.2.2. Renuncia anticipada a los derechos	120
4.2.3. Parámetros para que opere el desistimiento	121
4.3. Caso 3. Funerales la Celestial, Sociedad Anónima de Capital Variable	123
4.3.1. Los contratos de adhesión.....	124

4.3.2. Análisis de las Cláusulas Abusivas.....	126
4.4. Caso 4. Inversiones Hidráulicas, Sociedad Anónima de Capital Variable.....	127
4.4.1. Contratos de servicio o suministro de agua potable	128
4.4.2. Características de los contratos de servicio o suministro de agua potable.....	129
4.4.3. Renuncia del consumidor al derecho de apelar.....	130
4.5. Caso 5. Arrendamientos Salvadoreños, Sociedad Anónima de Capital Variable.....	132
4.5.1. Eximente de responsabilidad.....	134
4.5.2. Domicilio especial en caso de acción judicial	135
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	137
BIBLIOGRAFÍA.....	140
ANEXOS.....	153

RESUMEN

La presente investigación aborda los antecedentes históricos de los contratos en materia de comercio, sus nociones generales, y los contratos de adhesión, con el fin de guiar al lector a un previo conocimiento del derecho de consumo y la actividad contractual en El Salvador, a la luz de la implementación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión por los agentes económicos.

Se analizan las generalidades de los contratos de adhesión, haciendo énfasis en la inclusión de cláusulas abusivas, con el objeto de sorprender la buena fe del consumidor; y se estudian los sistemas de protección al consumidor que brinda la legislación interna, así como los tratados internacionales en relación a garantizar los derechos de los consumidores o usuarios, por tanto, la Defensoría del Consumidor tiene un papel protagónico en salvaguardar los derechos de los consumidores.

En el presente estudio se expone que la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión conlleva una violación a los derechos de los consumidores o usuarios, generando una sanción para los agentes económicos por parte del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor a través de un procedimiento administrativo sancionador, iniciado por denuncia o de forma oficiosa.

Finalmente se desarrolla el análisis realizado a las sentencias del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, las cuales se encuentran dentro del estudio medular de la presente investigación, siendo necesario abordar la jurisprudencia en materia de consumidores para robustecer la temática en análisis y como se manifiesta el control de dichas cláusulas en la realidad salvadoreña.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
C.c	Código Civil.
C.com	Código de Comercio.
C.v.	Capital Variable.
Cn	Constitución de la Republica
Cpcm.	Código Procesal Civil y Mercantil.
Lpc.	Ley de Protección al Consumidor.
S.a.	Sociedad Anónima.
Ssf	Superintendencia del Sistema Financiero.

SIGLAS

ANDA	Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio contiene los hallazgos de la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en relación a los casos ventilados en el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, en el periodo de 2011-2013.

En la actualidad los contratos de adhesión se han convertido en instrumentos importantes por la cantidad de transacciones que se realizan en el comercio: facilitando el intercambio de productos entre los proveedores y los consumidores. Debido a esa circunstancia, se generan ciertas situaciones donde los agentes económicos se aprovechan del consumidor, y establecen en ocasiones, condiciones que vulneran los derechos económicos de los consumidores.

Para lograr los fines de la investigación, se ha hecho necesario delimitar de una manera concreta el planteamiento del problema, debido a que no existe un control riguroso y minucioso, hacia todos aquellos agentes económicos que por medio de los contratos de adhesión, los consumidores adquieren bienes y servicios y se incorporan cláusulas que dejan a estos últimos en desventajas en la relación de consumo, por lo que, se hace necesaria la intervención del Estado, por medio de la Defensoría del Consumidor a través del Tribunal Sancionador como garantes de la legalidad, seguridad, el bien común, y sobre todo en la protección de los consumidores al momento de la contratación de adhesión.

Teniendo como objetivo general investigar a través de las resoluciones más relevantes, el control realizado por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en la incorporación de cláusulas abusivas incorporadas en los referidos contratos.

Asimismo, se cuenta con objetivos específicos, consistiendo el primero de ellos, en describir de forma detallada los contratos de adhesión, dentro de la relación contractual de consumo. Por otro lado, se propone determinar cuáles son algunas de las cláusulas incorporadas en los referidos contratos y cuando pueden considerarse abusivas y como estas afectan al consumidor, finalizando con el análisis de las resoluciones relevantes emitidas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría, respecto del control que realizan en la incorporación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

En ese orden de ideas, en cuanto a su desarrollo, el tipo de investigación realizada es socio-jurídica; en virtud que se trata de establecer una relación entre la normatividad jurídica positiva y las realidades económicas del consumidor, como un ser social, además se ha utilizado el método cualitativo, mediante el razonamiento inductivo.

La temática del presente estudio se desarrolla de la siguiente manera: el capítulo uno, da a conocer los registros históricos de los contratos, especialmente aquellos en materia de comercio, resaltando las peculiaridades y su evolución hasta la actualidad, haciendo alusión a los requisitos de existencia y validez de los contratos desde su fundamento en el derecho civil, sus nociones, y su desarrollo en la sociedad salvadoreña, asimismo, se desarrolla el contrato de adhesión, sus elementos y la regulación en la legislación de El Salvador.

En el capítulo dos, se exponen las generalidades de las cláusulas incorporadas en los contratos de adhesión, haciendo énfasis en aquellas que se consideran abusivas y que intentan sorprender al consumidor afectando sus derechos. Se enuncian las consecuencias que conllevaría la incorporación de estas y el protagonismo de la Defensoría del Consumidor

como institución garante de la protección a los derechos de contratantes, así como la protección mediante la legislación internacional.

En el capítulo tres, se desarrolla la normativa nacional que regula los procedimientos que son diligenciados por la Defensoría del Consumidor, así mismo se explican los medios alternos utilizados para resolver conflictos, entre los consumidores y los agentes económicos, como también el procedimiento sancionatorio, mediante el cual el Tribunal Sancionador conoce y aplica la normativa de consumo, emitiendo una resolución final favorable o desfavorable, según sea el caso.

En el capítulo cuatro, se analizan las resoluciones finales en casos emblemáticos donde se hayan afectado derechos de los consumidores o usuarios, ventilados en el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor; asimismo, resaltando criterios que deben retomarse por los agentes económicos al momento de realizar las condiciones generales de contratación.

Para finalizar, en el capítulo quinto, se plantean conclusiones y recomendaciones, que el grupo ha considerado, de acuerdo a los resultados obtenidos en la presente investigación, por medio de las cuales se demuestran que la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión genera un quebrantamiento en los derechos de los consumidores, asimismo, se pretende contribuir de una u otra manera al conocimiento de estos instrumentos de contratación en el país.

CAPITULO I

LOS CONTRATOS EN MATERIA DE COMERCIO Y EL CONTRATO DE ADHESIÓN

El propósito del primer capítulo, es que el lector conozca a través de la historia el desarrollo del comercio y el contrato, en razón que siempre han jugado un papel importante en la economía de un país, asimismo conozca los contratos de adhesión, teniendo en cuenta que son un mecanismo moderno de contratación entre las personas y un claro ejemplo en el cual debe existir de una manera más extensa la protección a los consumidores.

El contenido de este capítulo consiste, en abordar las diversas épocas de la historia, en la que se destaca los puntos de avance del comercio y el contrato, posteriormente se prosigue con los contratos de adhesión, teniendo en cuenta que la doctrina establece una diversidad de estos contratos, asimismo, se desarrolla el papel que juega la Defensoría del Consumidor en cuanto a los contratos de adhesión, de acuerdo a la Legislación Salvadoreña.

1. Antecedentes históricos de los contratos en materia de comercio

1.1. Época Antigua

El comercio, así como el contrato, desde tiempos antiguos han tenido una relación estrecha por el hecho de jugar un papel importante en la economía de las primeras comunidades, así como de las economías actuales, debido a ello, dichas instituciones deben ser estudiadas en los antiguos tiempos, en los pueblos clásicos, como los griegos y los romanos, en la edad media, en los tiempos modernos y en la época contemporánea; debido a que al abordar

el tipo de contratación por adhesión, es necesario verificar cómo funciona el intercambio de bienes y servicios actualmente, y las formas en cómo se presenta el comercio.

En el tiempo antiguo, el hombre agrupaba de una mejor manera los pueblos, organizando y ampliando sus mercados para los productos intermedios y finales; entre estos pueblos están los hebreos, indios, chinos y los fenicios, este último conocido por ser tan célebre en los fastos comerciales, y hábiles manufactureros,¹ todos ellos se distinguieron en el comercio, y fueron perfeccionando su sistema de transporte terrestre y marítimo para posteriormente llegar cada vez más lejos con sus mercancías y traer consigo nuevos productos desconocidos en la región de origen, es así, que los productores se preocupaban de mejorar la calidad de sus artículos.

El primer acto de comercio que se realizó hace milenios no difiere, en sustancia de los que a diario practican las empresas de cualquier tamaño; por ello, el comercio se volvió un modo de sobrevivir; razón por la cual se considera que el comercio no desaparecerá y su origen está dado desde hace miles de años.

Al remontarse a la antigua Grecia, se destaca que esta se encontraba predestinada al comercio exterior por su situación geográfica, y que por la libertad de su organización política; el comercio debía dar un abundante fruto; es así, que los griegos tuvieron una poderosa marina, establecieron muchas colonias, formaron confederaciones de ciudades y por medio de caravanas, hicieron también el comercio terrestre; aunque este último era confiado a los esclavos, debido a ello, se desarrolló la industria y su código

¹ Paul Pradier Fodere, *Compendio de Derecho Mercantil*, 2ª ed. (Universidad Autónoma de Nueva León, México, 1881), 11. Los fenicios fueron los más grandes navegantes y comerciantes del mundo antiguo, su actividad comercial impulsó el surgimiento de los puertos y las factorías, así como la regulación del comercio por medio de tratados, que contribuyeron en gran parte, a la iniciación del crédito.

marítimo, el cual, después de ser adoptado por los romanos, fue hasta la edad media la ley universal de los mares.

En las relaciones de comercio entre los hombres, se va creando la manifestación del término contrato o convención; respecto a ello Michell Viley², manifiesta que, para los griegos el comercio tiene como idea y realidad esencial el trueque, el cual significaba el desplazamiento de un bien al patrimonio de otro, la idea de ese intercambio es que existiera reciprocidad y que de eso mismo derivara o no un acuerdo de voluntades, este trueque se producía de manera espontánea; en virtud que la relación entre comerciante y consumidor, el único interés que existía era la entrega de un bien por un lado, y la recepción simultánea por el consumidor, y así solucionar una necesidad equivalente y complementaria.

En un principio, el intercambio tenía por objeto el consumo, pero con el paso del tiempo, el trueque se hizo más complejo de tal forma que el intercambio ya no sólo tenía por objeto satisfacer una necesidad básica de alimento, sino que además se podía realizar con el propósito de obtener una ganancia, debido a esto es que se hizo necesario crear una unidad común de intercambio, dando como resultado la moneda.

La introducción de la moneda en el comercio revolucionó la forma y el volumen de las transacciones comerciales, la cual favoreció el desarrollo de las sociedades antiguas, no obstante, durante la época antigua, aún en aquellos casos en los que el comercio alcanzó un importante desarrollo, la actividad comercial no se encontraba regulada por normas especializadas, sino más bien las actividades estaban controladas por medio de normas que se regían en los contratos.

² Jorge López Santa María, *Los contratos, parte general* (Editorial Jurídica de Chile, 1986), 14.

De este modo se puede afirmar que el contrato cumple evidentemente una función económica de máxima importancia, la cual, si bien es cierto en la época griega no había sido reconocida, pero en la actualidad es el principal vehículo en las relaciones económicas tanto de las personas naturales o jurídicas; y a partir de ello, se genera la circulación de la riqueza, y el intercambio de los bienes y servicios.

En sus manifestaciones más antiguas, el contrato carece de la connotación económica que hoy lo distingue, pues, antes que un vínculo de interés, era una alianza total y mística de los contratantes. Por ejemplo puede citarse el *potlatch*³ de las tribus indias del Canadá: el cual estaba acompañado de festín de danzas, durante el cual el anfitrión hacía regalos a los huéspedes, creando de este modo en los donatarios el deber ulterior de retribuir, al menos en igual medida, de ahí el aforismo según el cual donación es la manifestación arcaica del cambio o trueque.

1.1.1. Roma

Sabido es que Roma empieza siendo un pueblo de agricultores que alcanza posteriormente una activa y floreciente situación económica, por ello se convierte en el centro del comercio mundial de la época, alcanzando una importante economía dineraria, y realizando un importante tráfico marítimo, e incluso, aparecen en ellas ciertas asociaciones o agrupaciones profesionales de mercaderes. El tráfico marítimo iba en crecimiento, debido a que era ciertamente más rápido, barato y seguro que el terrestre; sin embargo, Roma se preocupó por construir una red de caminos o vías, que unían la capital

³ El potlatch se llamaba a los buscadores de estatus que practicaban una forma maníaca de consumo y despilfarro, el cual su objeto era el de donar o destruir más riqueza que el rival; fundamentalmente el potlatch es un festín competitivo, un mecanismo casi universal para asegurar la producción y distribución de riqueza entre pueblos que todavía no han desarrollado plenamente una clase dirigente. Cristi Visedo, *El Potlatch*, acceso el 16 de octubre de 2017, <http://cristinavisedo.blogspot.com/2012/11/el-potlatch.html>.

con todas partes del imperio y una pequeña parte del comercio fluía por los senderos pavimentados, en carretas tiradas por bueyes o en burros, camellos o esclavos; pero las vías eran más útiles para el rápido despliegue de las legiones.

Es así, que la existencia de sujetos que profesionalmente se dedicaban al comercio, determinaron el nacimiento de ciertas exigencias económicas que debían ser reguladas y resueltas por el Derecho, para ello surgieron instituciones jurídicas nuevas, o se aplicaban y transformaban las propias instituciones civiles; por ende, los romanos tenían un Derecho poderosamente organizado.⁴

Aunado a lo anterior, los romanos ampliaron la zona de comercio gracias a las colonias y en sus leyes establecieron la “*Actio institutoria*”, por medio de la cual se permitía el reclamo del dueño de una negociación mercantil el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona que se había encargado de administrarla; la “*Actio exercitoria*”, que daba en contra del dueño, de un buque, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su capitán, y la “*naution fenus*” préstamo marítimo, que en el derecho actual se conoce con el nombre de préstamo a la gruesa.⁵

Por otra parte, la época romana se caracterizaba por tener un sistema simbolista, el cual impedía a los particulares, crear sus propios tipos contractuales; en efecto, en la etapa primitiva los contratos eran prototipos establecidos y exigían a los particulares el estricto cumplimiento de los ritos, debido a que la voluntad de las partes no tenía trascendencia jurídica,

⁴ Felipe Tena Ramírez, *Derecho Mercantil Mexicano*, 12° ed. (Porrúa, México, 2006), 14.

⁵ Oscar Octavio Castro Mellado, “Análisis jurídico doctrinario de la función de los auxiliares de los comerciantes en el Derecho Mercantil Guatemalteco” (Tesis de Grado, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012), 3.

porque el mero acuerdo de voluntades era un simple pacto, y no otorgaba acción alguna para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Posteriormente, la voluntad de las partes es reconocida como fuente creadora de obligaciones, y así las formas sacramentales son reemplazadas por el animus incorporado al documento;⁶ debido a ello la fuente más importante y fecunda de la obligación en la época romana es el contrato (*contractus*), figura sobre la cual, los romanos no dejaron definición.

En ese orden, en el Derecho moderno todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones, encuentra protección legal y por consiguiente, convención y contrato son términos con igual significado; pero esto no ocurría en el Derecho Romano, pues no todo acuerdo de voluntades entrañaba un contrato, sino solo aquellos convenios a los que la ley les atribuía el efecto de hacer nacer obligaciones civilmente exigibles.⁷

En cuanto a la convención y el pacto, estos eran términos equivalentes y genéricos, empleados para designar el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre una cuestión cualquiera, por un lado la convención producía consecuencias en el área del Derecho, cuando recaía sobre un interés jurídico y como tal, concebía el nacimiento, modificaba o extinguía un derecho, y por el otro el vocablo pacto que aparece como sinónimo de convención, paso a utilizarse para designar aquellas relaciones que se diferenciaban del contrato por carecer de acción. Es así que con el transcurso del tiempo el pacto fue asimilándose al contrato, al otorgársele acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que del acto voluntario derivase; sin embargo, siempre se reservó la expresión contrato

⁶ Pablo Cesar Lazo Bonilla et al., "La implementación del contrato de arrendamiento financiero en la práctica jurídica contractual salvadoreña a la luz de la ley de arrendamiento financiero" (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2004), 9.

⁷ Luis Rodolfo Arguello, *Manual de Derecho Romano*, 3ª ed. (ASTREA, Argentina, 1998), 297.

para denominar al acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles,⁸ por tanto, no todo acuerdo entre partes se le denominaba contrato, sino solo a las que habían sido atribuidas por ley.

1.1.2. Edad Media

La edad media, comprende entre la caída del imperio de Occidente y el descubrimiento de América, desde finales del siglo V a finales del XV y esta se divide en dos momentos o periodos en la historia, uno de ellos es el que llega hasta el siglo VIII, el cual es la faz de formación e inicios de un comercio lento; la segunda, desde el siglo VIII, considerada como la faz del desarrollo, en la cual surge el comercio en sí, así como las distintas formas o personas que se agrupan para realizar el comerciar.⁹

La Edad Media no aporta novedades importantes en la evolución del contrato, debido a las condiciones económicas precarias como la guerra, la escasez de comunicaciones y una cultura que se encierra en los monasterios, lo cual provoco que el derecho privado pudiera avanzar en forma notable por encima de la evolución del derecho romano. No obstante, lo anterior, el Derecho Canónico “enriqueció” la institución del contrato, en cuanto a que la doctrina cristiana, sensibilizó las reglas de cumplimiento del contrato, en torno a una concepción mucho más humanitaria del ordenamiento jurídico.

En cuanto al comercio en la edad media, este resurgió a raíz de las Cruzadas, que no sólo abrieron vías de comunicación con el cercano oriente, sino que provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos, principalmente en muchas ciudades italianas, debido a su

⁸ Claudia María Figeac Menjívar et al., “La seguridad jurídica en el contrato de arrendamiento empresarial en la práctica mercantil salvadoreña” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2006), 25-27.

⁹ Pradier, Compendio de Derecho Mercantil, 12-13.

privilegiada posición geográfica, logrando de esa manera que las operaciones mercantiles alcanzaran un gran auge.

Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas de las que habían prevalecido en Roma, debido a que subsistía en principio el derecho romano, pero ya no era un derecho viviente, capaz de adaptarse a las cambiantes necesidades de la sociedad, sino una legislación petrificada, inerte: como los textos del *Corpus iuris civilis*,¹⁰ cuyo significado en muchas ocasiones, no era bien entendido.

Entre los siglos XII y XIII, hay un repunte de las actividades comerciales, las ciudades empiezan a crecer, una nueva clase social denominada burguesía está en auge; ciertos aportes tecnológicos llegados a Europa tanto por las cruzadas, como por los árabes inciden en la productividad, todo ello en conjunto motivó que fuese necesario una reglamentación diferente, con las nuevas circunstancias y problemática que se estaban generando.¹¹

Esas relaciones comerciales, estaban íntimamente ligadas a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizaban en las ciudades comerciales medievales, para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase; las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes, que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

¹⁰ Así se le denominó a una Recopilación de constituciones imperiales y jurisprudencia romanas de 117 hasta 565 llevado a cabo entre los años 528 y 565 de nuestra era por Triboniano bajo la orden Justiniano I, emperador del imperio romano de oriente.

¹¹ Víctor Amaury Simental Franco, *Enfoque actual de la teoría general del contrato*, acceso el 23 de octubre de 2017, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/edad-media.htm>.

Un punto importante acotar es lo que manifiesta Lara Velado¹² que en el Derecho Romano, el cual constituye la raíz del derecho privado moderno, no hizo la distinción entre el derecho civil y el mercantil, sin embargo, no quiere decir que el comercio, como fenómeno económico haya aparecido hasta que se concretó la existencia del derecho mercantil, pues como rama independiente se tiene relaciones muy antiguas de tipo mercantil; como son las actividades mercantiles de los fenicios y de los griegos.

1.1.3. Época Moderna

El paso entre la edad media y la edad moderna es marcado por varios acontecimientos históricos que sirven para señalar el principio y el fin de una etapa y otra, sobre ello existe coincidencia de los historiadores para señalar que corresponde a los siglos XV y XVI la fase de transición de la edad media a la edad moderna, la cual a su vez culmina a finales del siglo XVIII con el movimiento revolucionario generado por la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América, y por el colapso de las Monarquías absolutistas de Europa.

Además, en la época moderna, se define el acto jurídico como una manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos, siendo el consentimiento el arma del contrato, debido a que reinaba la libertad contractual; en ese momento la convención era una ley para los que la celebraban y el juez para fijar el contenido de una convención la interpretaba según la intención de las partes. Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y fundamento en presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista: a) el primero de estos presupuestos es el de una economía liberal fundada en el lema

¹² Roberto Lara Velado, *Introducción al Estudio del Derecho Mercantil*, 2ª ed. (El Salvador: Editorial Universitaria, 2001), 7 y 8.

“Dejen hacer, dejen pasar, el mundo va solo”; b) el segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato, se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de los contratantes, en la cual el instrumento contractual es el medio mejor arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de dos personas obligadas que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico; c) el tercer de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos, se encuentra en una época que rinde culto a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía.

1.2. Nociones generales de los contratos en materia de comercio

Antes de analizar los contratos de adhesión, es necesario conocer las generalidades de los contratos, así como algunas características específicas que contienen los mismos en materia mercantil, debido a que estos han jugado un papel importante en la actividad económica del Estado, generando nuevas formas de contratación en la adquisición de bienes y prestación de servicios.

1.2.1. Concepto y Definición

Cuando se analizan los contratos mercantiles o comerciales, es pertinente advertir y dejar establecido que no existe una teoría independiente en materia mercantil, referente a los aspectos esenciales y fundamentales de las obligaciones y contratos, por lo que las teorías y disposiciones del derecho común son aplicables en lo conducente en dicha materia, con la salvedad de aquellos aspectos que le son propios al derecho mercantil. En los contratos, la importancia no radica en el calificativo “mercantil o comercial”, así lo expresa Cervantes Ahumada “(...) al desarrollar la unificación del derecho civil y mercantil en materia de obligaciones y contratos, no existe diferencia alguna fundamental en la estructura orgánica de unos y otros contratos (...)

la legislación civil sobre contratos debe considerarse como telón de fondo, del cual resultan varias características o circunstancias accidentales, cuando el contrato adquiere la calidad de mercantil. Pero no existen diferencias esenciales, por tanto, esta parte del Derecho Mercantil, o sea de los contratos de comercio, debe considerarse como complementaria de la parte correspondiente del Derecho Civil (...)¹³

En ese sentido, el Código de Comercio vigente de El Salvador¹⁴, recoge esa misma tesis, al expresar que las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetan a lo prescrito en el Código Civil, salvo las disposiciones que establece el respectivo código; de ahí que es necesario el auxilio del Derecho Común para abordar las nociones generales de los contratos comerciales.

En virtud de lo anterior, la legislación Civil establece, que el contrato “es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa,¹⁵ es importante determinar que, los contratos en materia de comercio ya no responden a una cuestión civil, sino a una cuestión mercantil, es decir, el contrato en materia mercantil tiene por objeto un acto de comercio.

En esa misma línea, el acto de comercio es aquel acto jurídico que está definido como mercantil por la ley, caracterizándose por ser actos masivos, con propósito de lucro y de intermediación en el cambio; el Código de Comercio,¹⁶ manifiesta que los actos de comercio son los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas, los

¹³ Raúl Cervantes Ahumada, *Derecho Mercantil* (Herrero S.A., México, 1975), 161.

¹⁴ Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970).

¹⁵ Código Civil (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860), artículo 1309.

¹⁶ Art. 3 Código de Comercio.

actos que recaigan sobre cosas mercantiles, y además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores.

1.2.2. Elementos del contrato¹⁷

a) elementos esenciales: son los denominados indispensables y deben entenderse, como aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o se degenera en otro diferente.

b) elementos naturales: son aquellos que no son esenciales, pero se consideran pertenecer al contrato sin necesidad de que estén estipuladas en una cláusula especial, estos se determinan por presunción legal, la ley los presume interpretando la voluntad de las partes; así se tiene que, en la compraventa, no es necesario que se estipule la obligación de garantía que tiene el vendedor, por ser un elemento natural.¹⁸

c) elementos accidentales: son denominados los que normalmente no corresponden a un contrato, pero que pueden ser agregados por los contratantes; es decir, son aquellas situaciones que se agregan al contrato por medio de cláusulas especiales.

1.2.3. Requisitos de Existencia y Validez

1.2.3.1. Requisitos de Existencia

a) *Capacidad Natural*. Este tipo de capacidad como requisito de existencia del acto jurídico, presupone el entendimiento del individuo de lo que le

¹⁷ Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Art. 1315 Código Civil.

¹⁸ Art. 1639 y ss. Código Civil.

perjudica y lo que le beneficia, es decir, esta no es impuesta por el legislador, sino que es un requisito interno exigido para la celebración del contrato.

b) Consentimiento. Se puede definir en los actos jurídicos bilaterales, como el acuerdo de voluntad de dos o más personas con un objeto lícito o destinado a producir efectos jurídicos, en palabras más concretas, es la manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos.¹⁹

c) Objeto. En lo que al objeto se refiere, hay que distinguir, que el objeto del contrato es la obligación generada, tal obligación consiste en una prestación y esta última recae siempre sobre una materialidad, sobre un hecho; por lo que el objeto del contrato consiste en el objeto de la prestación²⁰ de lo que se desprende que, si el contrato es unilateral, habrá un solo objeto y dos, si el contrato es bilateral.

En materia mercantil, el objeto es la cosa del comercio, el contrato mercantil debe reunir los mismos requisitos del derecho común: existente o posible, lícito, determinado o determinable, y, concretando más estas ideas de la posibilidad y la licitud, el Código Civil prohíbe que sean objeto de contrato las cosas que no están en el comercio.²¹

De ahí que, como requisitos de existencia, para que haya objeto del contrato, este debe reunir los siguientes elementos:²² a) Real: la cosa objeto de la obligación debe existir, pues en caso contrario carecería de objeto y se

¹⁹ “que consienta en dicho acto o declaración”. para que exista obligación es necesario que el ofertado acepte la oferta que el otro le ha hecho, esto es, que cada una de las partes contratantes unan sus voluntades. Art. 1316 Cc.

²⁰ “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer (...)” Art. 1331. C.c.

²¹“(…) hay un objeto ilícito en la enajenación: 1) de las cosas que no están en el comercio (...)” Art.1335 inc. 1º ordinal 1º Cc.

²² “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinada, a lo menos en cuanto a su género.” Art. 1332. Cc.

estaría en presencia de una inexistencia o una nulidad, además es condicional su existencia; b) Comerciable: que pueda ser susceptible de propiedad privada o posesión; c) Determinada o Determinable: todo contrato debe tener un objeto determinado o cierto, pero no es necesario que se haya determinado hasta su individualidad; si la cosa es indeterminada, el contrato no deja ser válido, siempre que se determine de alguna manera la especie que se debe; d) Físicamente posible: se refiere a que el hecho este de acuerdo con leyes de la naturaleza; y e) Moralmente posible: Se refiere a que no sea contrario al orden público, las buenas costumbres o a la ley.

d) *Causa*. La doctrina clásica ha creado tres tipos de causas: la causa eficiente, la causa impulsiva y la causa final, siendo esta última la corriente que ha seguido el Código Civil Salvadoreño, como requisito de formación y validez del contrato.

Definiéndose la causa final, como el fin abstracto, idéntico en cada clase de contrato, que en forma necesaria se proponen las partes al contratar, por ejemplo: En los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación contraída por la otra; en los contratos reales, como el mutuo, donde solo hay una obligación única, ésta nace por la entrega de la cosa; por tanto, la causa final depende de la naturaleza de los contratos y es parte ellos²³.

e) *Solemidades*. Las solemnidades son aquellos requisitos o formalidades que exige la ley para la validez de un acto jurídico; estas pueden ser: Solemnidades propiamente dichas, solemnidades habilitantes y las *ad probation*; pero en este caso, es necesario analizar la solemnidad propiamente dicha; la cual, se establece en consideración a la naturaleza

²³ El Art. 1338 del Código Civil desarrolla la causa final al decir: "No puede haber obligación sin una causa real (que exista) y lícita (válida); pero no es necesario expresarla; si la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente."

misma de cada contrato, que afecta su existencia y cuya falta produce la inexistencia del contrato; subdividiéndose en legales y voluntarias.

En materia de comercio, los contratos no requieren solemnidades propiamente tales, salvo excepciones que la misma ley determina debido a la agilidad con que se ejecuta el comercio; en ese sentido, la regla general es que todo contrato mercantil no necesita solemnidad, y es que cuando se hable de solemnidad, no necesariamente signifique que debe realizarse a través de escritura pública, sino que se hace referencia a que el legislador ha establecido alguna formalidad, solemnidad o que conste de alguna manera, ejemplo concreto de estos tipos de contratos es el de adhesión, pues muchas veces solo es realizado a través de formularios ya predispuestos.

1.2.3.2. Requisitos de Validez

a) *Capacidad Legal*. Es aquella en la que puede obligarse por sí misma y sin el ministerio y la autorización de otra;²⁴ las personas que la adquieren gozan de un derecho, debido a que es su titular, el que lo hace valer por medio de actos jurídicos destinados a producir determinados efectos.

El autor Rodríguez Azuero²⁵ manifiesta, que “la capacidad es el principio general y por excepción surge la incapacidad, cuya importancia más destacada aparece al estudiar las condiciones de ineficacia de los contratos”; es así, que en la legislación salvadoreña, hay varios contratos que se definen por ser mercantiles, debido a que las partes o una de ellas son comerciantes, y por consiguiente en tales casos, esa cualidad personal también es requisito necesario de su concepto.

²⁴ Art. 1316 Cc. Inciso último.

²⁵ Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, 4ª ed. (Feleban, Bogotá, 1990), 70

b) *El consentimiento no viciado*. Los vicios del consentimiento son aquellos defectos que se forman en la voluntad y consentimiento de una persona, siendo estos los siguientes: error, fuerza y dolo; todos ellos común en la contratación civil y mercantil, los cuales se definen brevemente; a) error:²⁶ es una falsa apreciación sobre una cosa o persona, es decir, supone que uno de los contratantes o ambos, se han equivocado, respecto de uno de los elementos o presupuestos del contrato, ya sea de hecho o de derecho; b) fuerza: es la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirla a consentir. c) dolo: este consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro; es toda especie de artificio de que alguno se vale para engañar a otro.

c) *Objeto lícito*. Es aquel que está conforme con la ley, es decir, que cumple con todas las cualidades determinadas por ella, como dice Luis Claro Solar²⁷, que hay objeto lícito: el que se conforma con la ley, y es reconocida por ella, que además la protege y ampara, a *contrario sensu* está el objeto ilícito, que vicia el contrato.

d) *Causa lícita*. Los requisitos de la causa es que debe ser real y lícita; la primera, es cuando existe un verdadero interés de contratar y la segunda, es aquella que no está prohibida por la ley, ni es contraria a las buenas costumbres, ni al orden público;²⁸ es así, que es de recordar la causa que acepta la legislación salvadoreña, siendo la causa final; que es considerada un fin intrínseco y abstracto al contrato y que es idéntico en cada categoría o grupo de contrato.

²⁶ Arts. 1322 al 1326 Cc.

²⁷ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil, chileno y comparado* (Editorial Jurídica de Chile, 1979), 594.

²⁸ "(...) debe ser aquella que no esté prohibida por la ley, o sea contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)" Art. 1338 inc. 2° Cc.

1.3. Regulación de las contrataciones en El Salvador

1.3.1. Contratos de acuerdo al Código de Comercio

En El Salvador, existe una diversidad de contratos, los hay mayoritariamente en el área civil, y otros en al área del comercio, pero la diversidad se muestra en esta última materia, debido a la especialidad, pues tiene relación con la actividad económica de los países, siendo esta la mayor diferencia entre la contratación civil y comercial; así mismo, otra de las diferencias es en cuanto a los contratos onerosos y gratuitos, debido a que en el Derecho mercantil, solo se muestra los contratos onerosos, en atención, a una de sus características de las obligaciones mercantiles, la cual es la onerosidad, por lo que, no existe contratos gratuitos.

Langle y Rubio²⁹ manifiesta que algunos tratadistas modernos, no se preocupan demasiado en formar un sistema de clasificaciones de contratos, debido a dos razones, la primera es porque existen enormes dificultades para formar una clasificación perfecta, que abarque todas las especies en un cuadro orgánico y completo y la segunda porque no parece razonable otorgar a ninguna clasificación un valor superior a las demás, pues todas se justifican desde el punto de vista que son utilizados.

Los contratos de acuerdo al Código de Comercio Salvadoreño pueden ser: a) contratos de cambio: son aquellos en los cuales se verifica el intercambio de bienes y servicios, aquellos que hacen que exista la riqueza. Ejemplos: compraventa mercantil,³⁰ contrato estimatorio,³¹ contrato de suministro,

²⁹ Emilio Langre y Rubio, *Manual de Derecho Mercantil Español, Tomo III*, (Bosh, Barcelona, 1959), 127.

³⁰ "Son compraventas mercantiles: I.- Las que se realizan dentro del giro de explotación normal de una empresa mercantil y II.- Las de cosas mercantiles..." Art. 1036 C.com.

³¹ "En virtud del contrato estimatorio o venta en consignación, una parte entrega a la otra cosa mueble, para que le pague su precio o le devuelva las mismas cosas o parte de ellas, dentro de un plazo (...)" Art. 1051 C.com.

contrato de transporte, etc.; b) contratos de colaboración: son contratos que instrumentan la asociación entre dos o más sujetos con fines empresariales comunes. Ejemplos: contrato de comisión, contrato de participación, contrato de asistencia técnica; c) contratos bancarios: son aquellos en los cuales se establece una relación entre una entidad financiera y cualquiera de sus clientes, por lo que surge una serie de obligaciones para ambas partes. Ejemplos: contrato de apertura de crédito, contrato de reporto.

1.3.2. Contratos de acuerdo al Código Civil

El Código Civil Salvadoreño consagra en los artículos 1310 al 1314 el establecimiento de algunas clasificaciones de los contratos, las cuales son:

a) Unilaterales y Bilaterales: los primeros consisten en que la prestación le corresponde exclusivamente al deudor y los segundos, que ambos contratantes se obligan recíprocamente. Ejemplo de contrato unilateral es el mutuo y el bilateral es la compraventa;

b) Onerosos y gratuitos: los primeros son los que obtienen beneficios para ambas partes, y los segundos son aquellos que generan utilidad para uno de los contratantes, ejemplo de este último es la Donación;

c) Conmutativos y Aleatorios: en cuanto a los conmutativos las prestaciones se miran como equivalentes y las partes contratantes se encuentran en la situación de determinar el beneficio o pérdida, diferente a los aleatorios en los cuales no pueden determinar el beneficio o la pérdida;

d) Principales y Accesorios: los primeros son los que subsisten por si solos, mientras que los segundos, son aquellos que nacen o se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Ejemplos: El arrendamiento como contrato principal, y la prenda e hipoteca como contratos accesorios;

e) Reales, Solemnes y Consensuales: los reales son aquellos contratos que se perfeccionan por la entrega de la cosa, ejemplo: El comodato; los solemnes son aquellos que para perfeccionarse requiere además del consentimiento, la observación de otra formalidad, ejemplo: la compraventa; y en los consensuales es necesario que las partes comparecientes lleguen a un acuerdo de voluntades con respecto a los elementos del contrato.

1.3.3. Otras clasificaciones de los contratos

Entre otros tipos de contratos están: a) contratos de libre discusión y contratos por adhesión³²; los de libre discusión se refieren cuando las partes contratantes estipulan sus cláusulas, en una forma libre, distinto en los de adhesión, en los que no hay discusión y una de las partes se adhiere o acepta las cláusulas que la otra estipula, ejemplo de estos últimos es el contrato de seguro; b) contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva; c) contratos típicos o atípicos: los primeros son aquellos que tienen un nombre y una reglamentación establecida por ley con sus efectos y obligaciones, *a contrario sensu*, los atípicos son aquellos que han quedado al margen de las prescripciones del legislador y carecen por lo mismo de nombre y reglamentación en la normativa jurídica.

1.3.4. Contratos Mercantiles modernos

Contrato de Leasing: Es aquel contrato mediante el cual el arrendador concede el uso y goce de determinados bienes, muebles e inmuebles, por un plazo de cumplimiento forzoso al arrendatario, obligándose este último a pagar un canon de arrendamiento y otros costos establecidos por el

³² Un ejemplo de estos contratos es el de telefonía celular; en la que la empresa, ya tiene un formulario general, la cual la otra parte si quiere aceptan o no, lo establecido por la empresa. Esta clasificación tiene importancia para el caso de la regla de interpretación establecida en el Art. 1437 inc. 2° Cc. que establece que: La cláusula ambigua se interpretara en contra de la parte contratante, que dicto o extendió la cláusula.

arrendador. Al final del plazo estipulado el arrendatario tendrá la opción de comprar el bien a un precio predefinido, devolverlo o prorrogar el plazo del contrato por periodos ulteriores.

Contrato de Renting: se le conoce también como "arrendamiento empresarial", y se define como un contrato por el que una de las partes se obliga a ceder a la otra el uso de un bien, por tiempo determinado, a cambio del pago de un precio, siendo de cuenta del arrendador el mantenimiento."³³

Contrato de Factoring: según Miguel Larrosa se define como la prestación de un conjunto de servicios administrativo-financieros que realiza la compañía de factoring (factor) a un cliente (empresa vendedora), respecto de los créditos comerciales a corto plazo, originados por la venta y/o suministro de mercancías y que la cede la citada empresa vendedora, titular de los mismos, percibiendo el factor por la prestación de estos servicios una remuneración previamente establecida.³⁴

Contrato de Catering: este puede ser definido como aquél por el que una persona se compromete frente a otra, mediante precio a realizarle el suministro habitual de comidas preparadas. También se utiliza hoy la denominación de servicio de catering para referirse al que, mediante precio, se presta a una persona por otra que asume la organización de una determinada celebración, incluyendo el servicio de preparación del menú y el servicio de camareros, así como en su caso otros elementos accesorios, algunos ejemplos son la decoración de locales, mesas, espectáculos musicales, etc.³⁵

³³ Miguel Larrosa Amante, *Contratos mercantiles modernos: el contrato de arrendamiento financiero en el derecho salvadoreño* (Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2006), 39.

³⁴ *Ibíd.* 43.

³⁵ *Ibíd.* 49.

Contrato de Franching: o conocido también con el nombre de contrato de franquicia, es un contrato basado en una relación de cooperación permanente por la cual una de las partes, titular del nombre comercial, marca o signo distintivo, diseños emblemas que identifican a una empresa, otorga a otra parte un conjunto de derechos que le facultan para vender, distribuir y/o explotar comercialmente a su propio riesgo en un lugar o territorio preestablecido, uno o varios productos y/o servicios, amparándose no sólo en la marca con la que el otorgante identifica sus productos; sino también en la imagen comercial y los métodos operativos que utiliza.³⁶

Las anteriores clasificaciones, son con el objeto de conocer la amplia gama de contratos existentes en la legislación salvadoreña, así como aquellos contratos que no están regulados por ley, pero que nacen atendiendo al tráfico comercial del país.

1.4. Contratos de adhesión

1.4.1. La contratación en masa

Previo a desarrollar el contrato de adhesión, se debe hacer un breve pronunciamiento sobre la contratación que da como origen al referido contrato y que ha venido a mejorar el tráfico mercantil, generando diversas afectaciones a algunos sectores; por ello, las relaciones de comercio evidencian que la contratación estructurada bajo la ausencia de un acuerdo negociado de voluntades, ha cobrado un significado protagónico en el mundo moderno.³⁷ Ejemplos de estas contrataciones estructuradas son los contratos

³⁶ Florhy Janneth Herrera Fuentes et al., "Procedimientos para la obtención y otorgamiento de una franquicia internacional en El Salvador" (Tesis de Grado, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador, 2002), 8.

³⁷ En el mundo moderno, cobra importancia traer a cuenta el análisis económico del derecho según el cual, el fenómeno de la masificación de los contratos, puede responder a factores como los costos de transacción que implican la celebración (mediante el consentimiento) de los mismos, la ineficiencia de las negociaciones contractuales discutidas frente a las

de seguro, los contratos de apertura a crédito, y los que últimamente se encuentran en auge, los cuales son los de servicios de telefonía o servicios de cable e internet, entre otros; la discutibilidad de los efectos y los alcances de estos contratos o de una o varias cláusulas se definen exclusivamente por una de las partes contratantes, a esto se le denomina el *operatori dominante*.³⁸

Por otra parte, se está ante una posible alteración a la conocida teoría del contrato que se ha hablado previamente, sin que se pueda decir que se ha desfigurado o extinguido la figura del mismo, más bien lo que sucede es que se ha apuntado por una agilización, de modo tal, que, sin suprimir el consentimiento, pueda alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual.

En ese sentido, es válido recordar que la masificación de los contratos tiene su inicio en el periodo industrial, donde sólo se enunciaban algunas obligaciones del vendedor como conservar la cosa, recibir el precio y otorgar recibo, de ahí surge una forma de intercambiar los productos, razón por la cual se genera un proceso económico de comercialización que tiende a manifestarse a través de la producción masiva de bienes y servicios, con la finalidad que el producto sea adquirido por una persona indeterminada.

Esa producción masiva de bienes y servicios más las necesidades de la sociedad de masas, generaba un acelerado tráfico económico, el cual requería que el Derecho contractual creara instrumentos ágiles y eficientes, con la capacidad de viabilizar relaciones masivas de intercambio, dando origen a la uniformidad contractual en el comercio.

impuestas, el contrato como instrumento de información, pues determina previamente condiciones, riesgos y contingencias, que de tener que ser estudiadas por las partes, incrementaría sustancialmente el costo del contrato en sí y demoraría la celebración.

³⁸ Juan Carlos Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas* (ASTREA, Argentina, 1987), 205.

En esa misma línea surge, un mecanismo de intercambio, una nueva modalidad de contrato, que partiendo de las estructuras clásicas también se masifica, y se adecúa a las expectativas demandadas por el tráfico mercantil; aparece el contrato en serie, el cual se consolida como una “nueva forma de contratación también masiva”, más rápida, e inspirada para regular y efectivizar relaciones de intercambio económico.³⁹ Por lo que los contratos en masa no son sino una consecuencia de la atomización del sujeto, es decir de la masificación social.⁴⁰

1.4.2. Concepto

Al abordar los contratos de adhesión, es necesario analizar el término “adhesión”, el cual se refiere al consentimiento que presta una persona al acto realizado o a la proposición formulada por otra⁴¹, es decir, una persona está de acuerdo con la información que ha sido plasmada en un documento, sin posibilidad de discutir su contenido; en esa línea Cabanella Torres⁴², menciona que se entenderá por “adhesión”, a la aceptación de reglas contractuales impuestas por una de las partes, sin discutir las mismas.

El primer jurista que llamo la atención respecto al fenómeno de la adhesión fue el francés Raymond Saleilles⁴³, en su libro *De la déclaration de volonté*

³⁹ Florinda Amarillis Roldan Pereda, “Protección del Consumidor en el Código Civil y Código de Protección y Defensa del Consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión de telefonía fija” (Tesis Magistral, Universidad de Trujillo, Perú, 2016), 28.

⁴⁰ Algunas de las causas que se pueden considerar del surgimiento de la contratación masiva son las siguientes: 1) acelerado desarrollo tecnológico y acentuado incremento poblacional, 2) necesidad de suministro masivo de bienes y servicios, 3) presencia de monopolios empresariales, 4) aún, no habiendo monopolios, se hace necesario la contratación en masa, 5) creación de nuevos, mejores y más rápidos modos de producción (producción en serie, masivas o a gran escala).

⁴¹ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (Edición Electrónica, Guatemala), 45.

⁴² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 11° ed. (Heliasta S.R.L., Argentina, 1993), 17.

⁴³ José Ovalle Favela, *Derechos del Consumidor* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000), 47.

en el año de 1901, el cual mediante una frase mencionaba que *“hay unos pretendidos contratos que no tienen de contrato más que el nombre”*; es así, que Saleilles caracterizó el contrato de adhesión como aquel en el que hay un predominio exclusivo de una sola parte, la cual obra como una voluntad unilateral que dicta su ley a una colectividad indeterminada y espera la adhesión de quienes acepten someterse al contrato.

1.4.3. Definición

Una definición de contrato de adhesión es aquel acuerdo de voluntades, en la cual una de las partes, que generalmente tiene un poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos, de modo tal que la otra parte, no puede sino acogerse al contenido.

Javier Gargollo⁴⁴, entiende el contrato de adhesión, como aquel en el cual "una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen".

Asimismo, estos contratos suelen llamarse contratos formularios, debido a que el proveedor presenta las condiciones y los términos de la venta del producto o servicio que ofrece, y queda facultado el consumidor si acepta adherirse o no, es decir que las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, ejemplos claros de estos son los llamados contratos de suministro de servicios públicos de energía eléctrica o servicios de telefonía, los contratos de seguro, contratos bancarios, o uno de los que está actualmente en auge en el país, el contrato de prestación de servicios funerarios.

⁴⁴ Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, 14ª ed. (Porrúa, México, 2010), 79.

Como se ha manifestado en las anteriores definiciones de contratos de adhesión, pueden destacarse varias situaciones, por un lado, se encuentra el comerciante que para realizar un negocio lo hace a través de una contratación, que básicamente ha sido creado por sí misma, y, por otro lado, el consumidor o el adherente que no discute ningún término y solo estampa su firma, generando la desigualdad entre las partes o estableciendo un estado de debilidad del consumidor.

Se enmarca en ese sentido, el carácter asimétrico de los contratos, el cual se concreta en la desigualdad que existe entre las partes con relación a su poder contractual.⁴⁵ Dicha desigualdad se manifiesta, en los especiales y profundos conocimientos que ha adquirido el predisponente como consecuencia del desarrollo de su actividad económica, y de los cuales normalmente no dispone el adherente; y, por otra parte, en el poder que tiene el predisponente en razón de su posición económica en el mercado.

1.4.4. Características

1.4.4.1. Ausencia de discusiones preliminares

Esta característica puede considerarse esencial y es la que se distingue de otros contratos, la cual consiste en que las cláusulas o estipulaciones están previamente determinadas por una de las partes y la otra sólo puede aceptarlas y celebrar de este modo el contrato o rechazarlas.

Para Ovalle Favela⁴⁶, esta característica es una de las más importantes, debido a que una de las partes, que viene a ser el proveedor, formula los

⁴⁵ Vincenzo Roppo, "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, nº 20 (2011), 177. Los contratos asimétricos son relaciones contractuales entre una empresa dominante y otro sujeto del mercado (sea o no un consumidor), que se encuentra en condiciones de desigualdad en cuanto a su poder contractual, debido a su posición objetiva en el mercado.

⁴⁶ Ovalle Favela, Derechos del Consumidor, 47.

antecedentes, y la otra parte, que es el consumidor, no tiene más opción que la de adherirse al contrato o no celebrarlo, por ende, no existe momento alguno donde el consumidor pueda discutir o establecer cuáles serán las cláusulas que serán incorporadas en ese contrato. Ésta es la razón por la que los contratos de adhesión también se les denominan de contenido predispuesto.

1.4.4.2. Supremacía económica y jurídica del oferente

Respecto a esta característica es de acotar dos puntos importantes: uno de ellos es la supremacía económica⁴⁷, y el otro la supremacía jurídica⁴⁸ en el sentido que la ley de una u otra manera le da la facultad de generar por sí mismo las condiciones generales de la contratación, además esta característica tiene como carácter distintivo, la circunstancia de que tanto su contenido, como sus modalidades peculiares, han sido formulados por una sola parte, en atención a la libertad que tiene el agente económico de crear los contratos en masa.

Al respecto el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, ha establecido de una manera diferente, al afirmar que los contratos de adhesión se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, en cuanto que el consumidor generalmente posee una escasa capacidad de influencia sobre su contenido, dado que no son negociadas.⁴⁹ De lo anterior, se deduce que la noción de parte débil no solamente está presente en los

⁴⁷ La supremacía consiste en que un agente económico, se encuentra por arriba del consumidor para poder determinar las condiciones del contrato, es decir, tiene la capacidad para imponer el precio y lo que concierne a él, colocando al consumidor en desventaja frente al oferente de un bien o un servicio.

⁴⁸ Esta no se refiere a la supremacía de una ley sobre otra, sino que se refiere a que el agente económico, tiene la facultad por ley de establecer las condiciones de la ofertar de un bien o servicios.

⁴⁹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 240/2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

contratos de consumo masivo o en la contratación por adhesión, sino también puede estar presente en una relación contractual Interindividual e inclusive una empresa puede en una determinada relación contractual tener el carácter de parte débil si es que desconociera ciertos aspectos que posee el otro contratante.⁵⁰

Entre otras de las características de los contratos de adhesión se encuentran: a) se materializa mediante la firma por el consumidor o usuario del formulario contractual, una vez rellenos sus datos personales;⁵¹ b) en el mismo formulario contractual o en otro documento que se debe adjuntar con el mismo, contienen las cláusulas que reglamentaran el contrato, los cuales comúnmente se les denomina condiciones generales de contratación; c) es un acto jurídico unilateral; y d) es una moderna y nueva forma de contratación, debido a que surge por la complejidad comercial y económica durante el auge de la producción de los bienes y servicios.

Para Alarcón Polanco⁵² las características que la doctrina establece para resaltar ciertos rasgos distintivos, que permiten hacer la diferenciación de la contratación por adhesión, con relación a cualesquiera otras modalidades nominadas o innominadas son las siguientes: a) la oferta proviene de alguien de significativo poder económico, de una empresa sólida o tal vez de un monopolio u oligopolio, lo que significa que el oferente se encuentra en una posición de superioridad con relación a la otra parte, haciendo predominar así su voluntad; b) la prestación contenida en la estipulación consiste en un servicio que si bien es privado, tiene utilidad pública, circunstancia que coloca al adherente en la necesidad de pactar y que define la exigencia de

⁵⁰ Julio Baltazar Durand, *Tratado de derecho del consumidor en el Perú* (Universidad de San Martín de Porres-Lima, Fondo Editorial, Perú, 2007), 259.

⁵¹ Por ejemplo, los contratos de seguro de automóviles, seguros de vida, entre otros.

⁵² Edynson Fco. Alarcón Polanco, *Apuntes y reflexiones sobre la contratación por adhesión en la República Dominicana* (República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2002), 44-45.

que el Estado adopte ciertos controles y restricciones para protección del público consumidor.

1.4.5. Naturaleza jurídica

1.4.5.1. Acto unilateral

Esta teoría indica, que el llamado contrato de adhesión es solamente un acto unilateral, producto de la voluntad del estipulante, que si bien requiere de la adhesión del destinatario para producir efectos, esta adhesión no cambia su naturaleza unilateral.

En esta línea de pensamiento se dice que la adhesión es un acto jurídico distinto de la estipulación⁵³, de tal manera que, en realidad, no se trataría de un solo acto jurídico bilateral, sino de dos actos jurídicos unilaterales e independientes; de un lado, “una voluntad unilateral que dicta su ley” y, del otro, “un acto unilateral de adhesión de otra voluntad a la ley que le ha sido propuesta.”

1.4.5.2. Tesis Clásica o Contractualista

Esta tesis tiene como elementos, la aceptación debido a que intervienen dos sujetos: la parte que estipula el contrato, es decir que genera una situación de hecho y la parte adherente, que es el sujeto consumidor que requiere el disfrute de determinado servicio. De esta forma se manifiesta una típica relación contractual donde la figura jurídica adquiere su perfección y por consiguiente su plena eficacia; por lo que es necesario que se dé la

⁵³ La estipulación no es más que el conjunto de las cláusulas, en que se desmiembra la anatomía del contrato y en que el oferente ha establecido tácita o expresamente que no están sujetas -las cláusulas- a revisión ni mucho menos a discusión; contrario a lo que a veces se piensa, la estipulación no siempre dimana de un monopolio, de un oligopolio o de una empresa de significativo poder económico e influencia en el mercado, y es que, hasta el comerciante más pequeño, se agencia a diario la impresión de facturas contentivas de cláusulas notoriamente adhesivas, las cuales podrían terminar siendo las más cesáreas e imposibles de rebatir. *Ibíd.* 19.

aceptación de las condiciones que se le plantean, con la particularidad de que esa aceptación es de la totalidad del clausulado y no hay lugar para modificaciones o sugerencias del sujeto adherente, consumidor o usuario.

De lo anterior, se denota que existe una doble voluntad, siendo la primera del agente económico, y la segunda la del aceptante, la cual se considera limitada, debido a que no existe por parte de este último la facultad de discutir las condiciones establecidas en el contrato; por ende, la no discusión de las condiciones y el hecho de que la parte adherente sólo debe aceptar o rechazar lo estipulado no elimina en ningún caso el acuerdo de voluntades.

De acuerdo con la corriente clásica o contractualista, que siguen Rubén y Gabriel Stiglitz⁵⁴, señalan que: “lo que diferencia los contratos de adhesión de los demás contratos, no es que en aquellos haya adhesión pura y simple a la oferta, sino que en los demás contratos hay una oferta última, formada en virtud de negociaciones, o que por lo menos ha podido formarse sobre la base de negociaciones, y en los contratos de adhesión, hay una oferta, primera y última formada sólo con la intervención del oferente, es decir, un texto del futuro contrato, redactado sin tratos previos y sin intervención del aceptante, de tal manera resulta que este tipo de contrato no presenta, especialidad ninguna respecto de los demás, pues en todo caso, lo más que tiene de peculiar es la formación de la oferta”. Por lo tanto, la ausencia de discusión de las cláusulas que lo conforman es su rasgo característico principal.

1.4.6. Justificación Económica y Social de los Contratos de Adhesión

Existe una serie de ventajas de estos contratos, los cuales ha ocasionado que las transacciones se realicen con agilidad y practicidad, en atención a

⁵⁴ Ana Gabriela Murillo Blanco et al., “Las Garantías en el Crédito al Consumo. (Análisis de los Contratos a nivel de las entidades bancarias nacionales públicas)” (Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, 2000), 206.

ello, pueden apreciarse las siguientes ventajas: "...1) celeridad en las contrataciones; 2) facilitar la racionalización de la empresa; 3) seguridad jurídica; 4) ahorro de costos; 5) posibilitar y facilitar los cálculos, y 6) otorgar sensación de trato igualitario a la clientela".⁵⁵ Por otra parte, la doctrina plantea qué existen dos problemas en relación al contrato de adhesión; "(...)La primera, consiste en determinar hasta qué punto puede decirse que quien entra en relación con la empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas ha tenido conocimiento de ellas, respecto de su contenido, un verdadero consentimiento y, en consecuencia, celebra un genuino contrato; y la segunda, estriba en resolver cuáles pueden ser los medios jurídicos para evitar o, en su caso, reprimir los abusos a que pueden dar lugar la desigual posición y la diferente preparación técnica existente entre las dos partes y aminorar la posibilidad de que los empresarios dicten omnímodamente la ley del contrato"⁵⁶

1.4.7. Relación de consumo

La Ley de Protección al Consumidor identifica dos sujetos que intervienen en la relación de consumo, por un lado, se encuentra el consumidor o usuario y por el otro, el proveedor o agente económico, por el hecho que estos realizan determinadas actividades económicas con el fin de satisfacer necesidades humanas.

1.4.7.1. Consumidor

El concepto de consumidor no es el mismo en todas las legislaciones, en razón que el derecho de consumo es Multidisciplinario. En un sentido amplio se "(...) constituirá como consumidor todo aquel que intervenga en una

⁵⁵Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos: Modalidades de contratación empresariales*, 2ª ed. (ASTREA, Argentina, 1999), 70.

⁵⁶ *Ibíd.* 83.

actividad comercial, pudiendo instituirse bajo esta categoría a un empresario que actúe en su calidad de tal(...)que alude más a los ciudadanos o clientes”⁵⁷

En estricto sentido consumidor es aquel que adquiere un bien o un servicio para su uso personal, sin la idea de utilizarlos en una actividad comercial; respecto a esto la Jurisprudencia ha establecido que consumidor se “refiere a las personas que contratan para un uso no empresarial o profesional, sino para uso personal o propio. Con un punto de vista más técnico, ésta segunda dimensión del concepto estricto de consumidor se nutre a partir de la idea del destinatario final de los bienes o servicios adquiridos. Gozará de esta categoría la persona que adquiere bienes y servicios para su uso privado, incluyéndose los usos familiar y doméstico.”⁵⁸

La relación de consumo tiene dos elementos: un objetivo y otro subjetivo, según el primero, quedan comprendidos en el ámbito de la ley los actos jurídicos relativos a la distribución, depósito, venta, arrendamiento o cualquier otra forma de comercialización de bienes y servicios,⁵⁹ y el segundo, exige una relación contractual subordinada al ámbito de la ley de consumo, en el cual una de las partes, tiene la calidad de proveedor y la otra de consumidor; al conjuntar ambos elementos, estamos en presencia de un acto o relación de consumo.

1.4.7.2. Agente económico

También llamado proveedor, es toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolla actividades de producción, fabricación,

⁵⁷ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 558/2009* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Ley de Protección al Consumidor (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005), artículo 2.

importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa.⁶⁰ De acuerdo con la definición que la ley proporciona respecto al concepto de proveedor, deben hacerse ciertas salvedades por el hecho que *“también quedan sujetas las sociedades nulas, irregulares o de hecho, respondiendo solidariamente cualquiera de sus integrantes”*, por lo que las sociedades nulas, irregulares o de hecho⁶¹; son aquellas que no han seguido el procedimiento necesario para ser reconocidas legalmente o que en un momento dado su objeto es ilícito y la ley de pleno derecho las considera nulas.

1.4.8. Elementos del contrato de adhesión

El contrato de adhesión, como figura de carácter jurídico, está conformado de ciertos elementos esenciales⁶², los cuales son: a) elemento subjetivo, conformado por los sujetos que se obligan a la hora de contratar e indispensable para el desarrollo de toda relación contractual; las cuales deben gozar de la debida capacidad⁶³; b) el consentimiento de las partes, es otro de los elementos básicos del contrato, y el mismo se refiere a la congruencia de las voluntades de las partes; c) el objeto, da origen a la relación contractual, y se refiere a la prestación que consiste en dar, hacer, o no hacer; d) la causa, es la razón jurídica de la obligación, y debe ser

⁶⁰ “(...) también quedan sujetas las sociedades nulas, irregulares o, de hecho, respondiendo solidariamente cualquiera de sus integrantes. Asimismo, será considerado proveedor, quien, en virtud de una eventual contratación comercial, entregue a título gratuito bienes o servicios.” Art. 3 Ley de Protección al Consumidor.

⁶¹ Arts. 343-357 Código de Comercio de El Salvador

⁶² Roque Fortunato Garrido et al., *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I, Parte General, 2° ed. (Rivadavia, Argentina, 1225, 1998), 143. Los elementos esenciales son: consentimiento, objeto y causa. Existe, además, elementos esenciales particulares de los diversos tipos contractuales, por ejemplo, el precio y la cosa en la compraventa; gratuidad en el comodato, etc.

⁶³ *Ibíd.* 16-19.

permitida por el ordenamiento jurídico, cumpliendo con los requisitos de licitud correspondientes.

Todos los elementos que se encuentran en el contrato de adhesión, son importantes, pero el elemento fundamental, es el consentimiento, debido a que este no se expresa como en otros contratos, por el hecho de que la parte más débil tiene que dar su consentimiento a través de la adhesión y aceptar las estipulaciones que ya ha establecido el agente económico, pero que no modifica su esencia, es decir, la voluntad libremente expresada en cuanto a querer concretar el acuerdo, el consumidor tiene la posibilidad de no celebrar el contrato, aunque, si se decide a hacerlo, debe someterse a las condiciones establecidas por la otra parte.

Cómo se manifestó anteriormente, los elementos esenciales de los contratos son el consentimiento, el objeto y la causa, pero esto se tiene que complementar con los requisitos de validez, porque ese consentimiento tiene que ser libre de vicio, el objeto y la causa debe ser lícita, para que el contrato tenga validez y todos estos requisitos el contrato de adhesión los tiene que cubrir.

Naturales. Son naturales porque integran el contrato, salvo que las partes, expresamente, hubieran establecido su exclusión.⁶⁴ Estos elementos comienzan a tener injerencia, no en el momento que las partes acuerdan la celebración del contrato, sino que se manifiestan en el cumplimiento de este, por ejemplo, algunos elementos naturales son la evicción y los vicios redhibitorios.

Estos tipos de elementos se encuentran presente en los contratos de adhesión, a manera de ejemplo, si el consumidor adquiere un bien en una

⁶⁴ *Ibíd.* 144.

venta a plazos de un electrodoméstico, el cual contenía un vicio oculto, ya sea porque se encontraba dañado o porque le hacía falta determinada pieza, perfectamente el consumidor tiene el derecho a solicitar un cambio o reparación de ese electrodoméstico, y si bien es cierto, no puede ejecutarse similarmente como en el Derecho Civil, si se puede utilizar de diferente, debido a que son elementos que ya forman parte del contrato.

Accidentales. Este tipo de elemento se incorpora por voluntad de las partes⁶⁵; tanto los elementos naturales inserto en el contrato respecto de sus efectos, como los accidentales, impuestos al contrato por la voluntad de las partes, no se relacionan con el plano genético del contrato y solo con sus consecuencias referidas a las prestaciones. Un ejemplo de este tipo de elemento es establecer en el contrato una jurisdicción especial para resolver un conflicto que se manifieste.

1.4.9. La autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión

La autonomía consiste en una libertad garantizada que depende del reconocimiento y de la plausibilidad a través de otra persona y que puede ser lesionada, debido a que otro la utilice como objeto de su interés particular, esto es, que no la respete como un objeto en sí mismo.⁶⁶

La autonomía de la voluntad es aquella figura por medio del cual una persona natural o jurídica decide con quién contratar y en qué condiciones hacerlo.⁶⁷ Así, el principio de la autonomía⁶⁸ de la voluntad consiste en la

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Víctor Manuel Rojas Amandi, *La filosofía del derecho de Immanuel Kant* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México), 173
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art8.pdf>

⁶⁷ La autonomía de la voluntad, se regula el artículo 23 de la Constitución de la Republica que manifiesta: “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

posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo, aún no reglamentadas por la ley; sin que el principio se reduzca a permitir la celebración de contratos no tipificados, sino que se extiende a la libertad que tienen los particulares para la determinación del contenido de los contratos —siempre dentro del marco constitucional—.

En ese sentido, tres son los aspectos del derecho a la libre contratación, a saber: “(i) el derecho a decidir si se quiere o no contratar, esto es, el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; (ii) el derecho a elegir con quién se quiere contratar; y (iii) el derecho a determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes. Ahora, esta libertad, no obstante ser una actividad humana, puede estar limitada por razones de interés público”⁶⁹

De lo anterior se comprende que la libertad de contratación no es absoluta, sino que tiene limitantes por razones de interés público; al respecto la jurisprudencia establece que 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.⁷⁰

tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.”

⁶⁸ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, Referencia: 121-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ 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

En los nuevos instrumentos denominados contratos de adhesión, se encuentra una excepción al principio de la autonomía de la voluntad, debido a que estos tipos de contratos no se celebran entre iguales, pero dado el nacimiento de esta forma de contratación, donde una parte es más débil que la otra, se justifica la intervención del Estado, en vela de los derechos de los consumidores.

1.4.10. Contenido del contrato

En la práctica, es común que los agentes económicos, establezcan en los contratos cláusulas tendientes a despojar al consumidor de sus derechos, en razón de ello el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor desarrolla los requisitos que deben tener los contratos. A continuación se analizan los más importantes.

a) No incluir renunciaciones a derechos que las leyes reconocen al consumidor. La legislación establece la prohibición de incluir renunciaciones a derechos de los consumidores en los contratos,⁷¹ ejemplo de ello, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor conoció un caso, en donde el agente económico despojó al consumidor del derecho a reclamar por vicios ocultos, estableciendo el agente económico una cláusula abusiva, en la cual se manifestaba que si se generaba un desperfecto del bien que surgiera por

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 (...). Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Definitiva, Referencia: 44-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

⁷¹ “(...) la cláusula analizada niega al consumidor el derecho de denunciar los vicios ocultos y los defectos de funcionamiento del bien adquirido, así como obtener las medidas de compensación determinadas por el Art. 4 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor, con lo cual, se renuncia anticipadamente a un derecho concedido por la ley y se amplían los derechos del proveedor. (...) anulando los efectos del derecho de compensación en los marcos de la Ley de Protección al Consumidor.” Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 119/2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

cualquier causa, aun cuando fuere caso fortuito o fuerza mayor, correría por cuenta y riesgo del comprador, y este renunciaría expresamente de su derecho a denunciar los vicios ocultos, a la acción de saneamiento por vicio redhibitorio, y a denunciar los defectos en el funcionamiento.

b) Mencionar los documentos de obligación que suscriba el consumidor en relación al contrato, tales como letras de cambio o pagarés. Es común que el agente económico quiera tener ventaja sobre el consumidor y con tal fin, estipula ciertas cláusulas en los contratos para mantener esa superioridad, por ejemplo al contratar un crédito o un servicio el agente económico condiciona para tal fin, la suscripción de un título valor, actividad que está prohibida por la ley.⁷²

Respecto a esta figura la jurisprudencia manifiesta que, está prohibido condicionar la contratación en la cual el consumidor firme en blanco letras de cambio, pagarés, facturas o cualquier otro documento de obligación, u otro considerado como anexo del contrato; salvo que, tratándose de títulos valores, los requisitos omitidos los presuma expresamente la ley.⁷³

c) Establecer, ya sea en el mismo contrato o en documento anexo que se entregue previa o simultáneamente al consumidor, la garantía del bien o servicio prestado con todos los requisitos estipulados. La garantía es un compromiso que adquiere el agente económico por la calidad, duración y funcionamiento del bien adquirido, pero este será responsable cuando el desperfecto del bien sea cubierto por la garantía; por otra parte, el consumidor debe tener presente los límites de la garantía, en razón de que el

⁷² Art. 18 letra b) Ley de Protección al Consumidor.

⁷³ “(...) las letras de cambio y pagarés, deberán contener como mínimo el nombre del deudor, el monto de la deuda, la fecha y lugar de emisión” Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 269/2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

proveedor no tiene responsabilidad cuando el daño del bien o mal funcionamiento, sea atribuido al consumidor por su mala manipulación.

En cuanto a la garantía, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor manifiesta que un consumidor razonable o promedio, no esperaría que una garantía cubra los daños o desperfectos resultantes de un manejo descuidado del bien, ni que el proveedor deba responder por los daños que, en forma descuidada con golpes, rayones, agua, calor y otros factores similares, sean causados; en otras palabras, el proveedor que ofrece una garantía no es responsable de los defectos o fallas que claramente sean una consecuencia de la imprudencia o descuido del consumidor, a pesar de que el mismo se encuentre garantizado.⁷⁴

Cuando el agente económico incumple las garantías de uso o funcionamiento, en la forma y plazo convenidos, se establecen ciertos elementos para exigir la garantía de un bien o servicio,⁷⁵ dichos elementos deben de constar en el procedimiento para ser acreedor del cumplimiento de la garantía, estos elementos son: a) la existencia de una relación contractual; b) el otorgamiento de una garantía respecto al bien objeto del contrato, en los términos que dispone la Ley de Protección al Consumidor; c) la concurrencia de un desperfecto o falla en el bien que encaje en los alcances de la garantía; y, d) la falta de cumplimiento del proveedor a la garantía en los términos en que fue ofrecida.⁷⁶

d) Las formas de terminación del contrato, debiendo incluir la posibilidad y condiciones de ejercicio de los derechos de renuncia, desistimiento, retracto y a darse de baja.

⁷⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 204/2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

⁷⁵ Art. 43 de la Ley de Protección al Consumidor.

⁷⁶ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1062/2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

La forma normal de terminación de los contratos es el cumplimiento de las obligaciones pactadas, pero la legislación establece formas a normales de terminación de los mismos como la renuncia, desistimiento, retracto y a darse de baja.

La renuncia es un acto unilateral por medio del cual el consumidor da por terminado el contrato, pues ante el incumplimiento de parte del proveedor, como en el caso de mora de los servicios pactados, el consumidor tiene derecho a renunciar a que se le entregue el bien o se le preste el servicio, es decir, a dar por terminado el contrato de manera unilateral, debiendo en este caso, el proveedor reintegrar lo pagado e indemnizar.⁷⁷

La figura del desistimiento se define como la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor, de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la Ley, en el lapso existente entre la fecha que se perfeccionó el mismo, y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor.⁷⁸

Otra figura importante que se debe dilucidar en el contrato, es el derecho de retracto, y este opera cuando incurren los siguientes supuestos: “(i) compra de bienes y contratación de servicios fuera del establecimiento mercantil; (ii) a distancia; y, (iii) cuando así se reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato.”⁷⁹ Los requisitos para poder ejercer dicho derecho son: “a) deberá ejercerse dentro de los ocho días hábiles siguientes

⁷⁷Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 116/2009* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

⁷⁸Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 176/2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

⁷⁹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 570/2013* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

a la celebración del contrato; b) deberá ser comunicado por escrito al proveedor; y c) debe constar de forma fehaciente la fecha de tal comunicación, tendiendo por efecto que el proveedor este obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor dentro del plazo máximo de quince días desde la comunicación del retracto.”⁸⁰ Y finalmente el derecho a darse de baja se caracteriza porque cumplida la obligación, el consumidor manifiesta no renovar el contrato con el agente económico,⁸¹ siendo importante resaltar sobre este derecho, que el proveedor establezca alguna carga excesiva para evitar que el consumidor lo ejerza, creando un conjunto de obstáculos que impidan al consumidor darse de baja y, por tanto, tienen por finalidad mantenerlo cautivo dentro del servicio, mientras no tenga provisiones de fondos suficiente que honren las obligaciones nacientes del ejercicio de la facultad.

1.4.11. Autorización y registro de los contratos de adhesión

En atención a las características del contrato de adhesión, se hace necesario la intervención del Estado en defensa de los derechos de los consumidores, defensa que, se manifiesta a través de los diversos cuerpos normativos, como la Ley de Protección al Consumidor y el Reglamento, la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, la Ley de Tarjetas de Crédito, etc. Por ello, se hace necesario crear controles para regular el contenido del referido contrato, evitando que el agente económico de forma antojadiza, establezca cláusulas que afecten al consumidor.

La Ley de Protección al Consumidor manifiesta que los proveedores de servicios financieros depositarán los formularios en las instituciones encargadas de su fiscalización y vigilancia que junto con la Defensoría del

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Art. 13 b Ley de Protección al Consumidor.

Consumidor verificarán que cumplan lo correspondiente a los derechos del consumidor⁸²; no hay una disposición que obligue a los demás agentes económicos a depositar dicho formulario, según sea el rubro en la institución correspondiente de su fiscalización y vigilancia. En ese sentido, no existe una institución central dentro o fuera de la Defensoría del Consumidor que lleve un control minucioso del registro de los contratos de adhesión que existen en el país, siendo que, hay ciertas instituciones que regulan o controlan determinados contratos pero no todos los que circulan en el país; es el caso, de los contratos del servicios financieros, pues la ley faculta a la Defensoría del Consumidor que podrá proceder a retirar los formularios cuando se determine previa audiencia al proveedor que estos contienen cláusulas abusivas⁸³, es decir, no hay una disposición que menciona que los formularios se tienen que depositar en la Defensoría del Consumidor para verificar que se cumplan todos los requisitos de ley, sino hasta que ya se ha comenzado un proceso contra el proveedor.

Todos los contratos de adhesión o formularios que tienen relación con el sistema financiero, la institución que verifica y autoriza dichos formularios es la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), debido a que esta es responsable de supervisar la actividad individual y consolidada de los integrantes del sistema financiero y demás personas, operaciones o entidades que mandan las leyes.⁸⁴

Por otra parte, todos aquellos contratos que no tienen relación con la prestación de servicios financieros, tales como, prestación de servicios funerarios, o compra de bienes en establecimientos comerciales, no existe una disposición expresa, en la que se establezca que serán supervisados por

⁸² *Ibíd.* Art. 22.

⁸³ *Ibíd.* 22 inc. 3.

⁸⁴ Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011), artículo 3.

la Defensoría del Consumidor; sobre este punto se hace necesario saber, que la Ley de Protección al Consumidor se ha quedado corta, debido a que no existe normativa para que los contratos o formularios sean supervisados previamente por la Defensoría, antes de presentárselos a los consumidores o usuarios, para llenar ese vacío la Defensoría suscribe convenios con los agentes económico para la revisión de dichos contratos.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

El propósito de este capítulo es describir las condiciones generales de contratación, así como el avance y tratamiento que le amerita la doctrina y la jurisprudencia, estableciendo sus características, finalidad, clasificación, naturaleza y requisito que la ley establece al momento de elaborar dichas condiciones.

El contenido de este capítulo es exponer detalladamente la figura de las cláusulas abusivas y como estas afectan en la relación contractual, elaboradas con el propósito de sorprender la buena fe, ocasionando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

2.1. Condiciones generales de contratación

El fenómeno de las condiciones generales ha llegado al grado que los consumidores difícilmente puedan adquirir bienes y servicios, sin sujetarse a las condiciones contractuales que los empresarios diseñan unilateralmente, debido a que mayormente el contenido de estos instrumentos no es explicado a los consumidores, y por lo general el adherente ignora el contenido de las formas de contratación para adquirir bienes y servicios.

En esas previsiones contractuales que los empresarios diseñan, clásicamente se han denominado, estipulación y condiciones generales de contratación; por lo que no existe un común denominador para la inclusión de estos textos en los contratos, en ese sentido el autor Vallespinos, cree conveniente adoptar el término estipulación, de una forma más genérica y

amplia, e integra un elemento subjetivo como la intención del estipulante de imponer cláusulas establecidas a través de las condiciones generales de contratación.⁸⁵

En ese sentido al hacer alusión a las estipulaciones, también se está haciendo alusión a las condiciones generales de contratación, en atención, que doctrinariamente no existe diferencia alguna, pues ambos términos, se refiere al texto que coloca el agente económico en los contratos de adhesión.

Ahora bien, en la legislación salvadoreña no se encuentra regulado de manera concreta las condiciones generales de contratación, no obstante la Ley de Protección al Consumidor menciona el término “condiciones, en ciertas disposiciones,”⁸⁶ pero no hacen referencia a la definición o contenido, a diferencia de otras legislaciones de otros países, como por ejemplo, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de España⁸⁷, la cual desarrolla dichas condiciones basándose en cuatro elementos:

1) contractualidad, se debe entender que las condiciones generales deben ser reglas destinadas a formar parte del contenido de un contrato, actuando como reglamentación contractual, y cuya validez derive de su propia incorporación al contrato; 2) predisposición, dicho elemento consiste en que las cláusulas han sido elaboradas unilateralmente y con anterioridad; 3) Imposición, rigidez o inevitabilidad, es el elemento crucial para comprobar que se está frente a una condición general; y 4) generalidad, si el predisponente ha elaborado previamente las condiciones que pretende

⁸⁵ Carlos Gustavo Vallespinos, *El Contrato por adhesión a condiciones generales*, (Editorial Universidad SRL, Argentina, 1984), 273-274.

⁸⁶ Arts. 4 lit. C, 16, 17 lit. B, e inciso último, y 58 lit. K de la Ley de Protección al Consumidor.

⁸⁷ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, publicado en: «BOE» núm. 89, de 14/04/1998, entrada en vigor: 04/05/1998, acceso el 24 de marzo 2018, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/17-1998.html

utilizar en sus operaciones de mercado, lo hace con el objeto de utilizarlo de manera generalizada por las ventajas que ello le acarrea.⁸⁸

2.1.1. Definición

“Las condiciones generales de contratación son disposiciones generales y abstractas(...)”,⁸⁹ previamente redactadas unilateralmente por una de las partes, que tienen alcance general y son empleadas para futuros contratos entre los particulares; las condiciones pueden que estén incorporadas en el contrato o en otro instrumento separado, y estas no son negociadas; tiene por objeto fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos y estos adquieren fuerza vinculante solo una vez celebrado.

En razón de ello, constituyen un instrumento imprescindible de la contratación mercantil en serie, puesto que con la reglamentación contractual predispuesta y uniforme, se hace posible la racionalización de las operaciones comerciales, que demanda la economía del consumo permitiendo la contratación generalizada, con la consiguiente reducción de costos y facilitación de las prestaciones.

El proceder de las condiciones generales se determina mediante la apreciación global del contrato, porque son predispuestas para una serie de estos, redactados por un determinado agente económico,⁹⁰ es decir que, las condiciones generales se han diseñado para realizar contrataciones masivas, ya que en la realidad, al agente económico no le es beneficioso negociar con

⁸⁸ Carlos René Morales Quintanilla, “Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas” (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, España), 130-151.

⁸⁹ Carlos Cárdenas Quirós, *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*, (Opinión Jurídica, Universidad de Perú), acceso el 27 de marzo de 2018, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15555/16005>.

⁹⁰ Amanda Estela Kees, *Contratos civiles y comerciales: en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (Argentina, 2015), 94.

cada uno de los clientes o consumidores que adquiere un determinado bien o prestación de un servicio.

Esas condiciones se identifican por la relación asimétrica que en términos de la capacidad del proveedor impone al consumidor, todo el contenido del contrato, teniendo como resultado que el cliente tiene la opción de aceptarlo o rechazarlo, en el cuadro de la conveniencia, necesidad o urgencia que pueda tener de contratar un seleccionado grupo de bienes o servicios.

2.1.2. Características

Se caracterizan porque son pre-elaboradas, su formulación es sin discusión previa y no son negociadas;⁹¹ por otra parte, la doctrina considera otras características de las condiciones generales y están son: de impersonalidad, de abstracción a toda responsabilidad de hecho; son extremadamente rígidas, formadas unilateralmente y de forma anticipada, y son generalmente minuciosas.⁹²

a) *Abstractas e impersonales.* Surge de la correspondiente formación de la estipulación, es decir, el agente económico por su exclusiva voluntad, establece las condiciones generales sobre las que recaerá un determinado negocio, en el que solamente se ha tomado en cuenta su propia posición, de manera que al agente no le interesa las cualidades, la situación personal, económica y social del futuro consumidor final; y no se encuentra dirigida a nadie en particular, más que a los intereses del agente económico dictador de las estipulaciones del contrato.

b) *Rígidas.* Se estima que son rígidas solamente en la voluntad del estipulante, mientras se dure el período de formación de las condiciones

⁹¹ Vallespinos, El Contrato de Adhesión. 275.

⁹² *Ibíd.* 286-290.

generales; pero una vez éstas son constituidas, el carácter deviene en relativo toda vez que se admiten; siendo que pueden ser modificadas, pero sin hacer alteraciones en la condición contractual de ninguna de las partes contratantes.

c) *Unilaterales y previas*. Característica por excelencia de las condiciones generales de la contratación, debido a que estas son obras exclusivas de una sola de las voluntades existentes en los contratos de adhesión, es decir, del agente económico, en la cual previamente y atendiendo a diversos factores económicos y sociales, decide estipular determinada condición.

d) *Generales*. Este carácter es una consecuencia de la impersonalidad de las condiciones generales, pues se diseñan y se dirigen al público en general, o en algunos casos que la situación es muy particular, pero se enfocan para los consumidores, en un sector específico de la sociedad consumidora, sin especificar a un individuo determinado.

e) *Minuciosidad*.⁹³ Es uno de los caracteres más visibles al momento de contratar, pues las condiciones generales, casi siempre, conforman un verdadero reglamento, un listado de cláusulas de diversos tipos, producto de la mayor experiencia y atención brindada por el agente económico, en consecuencia, este, se encuentra obligado a incluir en este listado aquellas que lo benefician al momento de contratar con los consumidores.

La creación de las condiciones generales cobra vida en virtud de la superioridad contractual, en que se ubica el proveedor, ya sea por el poder económico o por el monopolio existente, y esto genera en los contratantes una cierta presión, que origina una limitación a la libertad contractual, que evidencia un tipo de vicio, lo cual se visualiza como una nueva forma de

⁹³ *Ibíd.*

violencia para el futuro consumidor, es decir, los empresarios usan su ingenio en la formación de las condiciones generales de contratación procurando encadenar al consumidor, de tal forma que su voluntad sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato.

De acuerdo a los planteamientos antes expuestos, no es posible, ni conviene otorgar a los agentes económicos un poder ilimitado para redactar a su totalidad y libre arbitrio el contenido del contrato, pero el problema más grave que existe es el monopolio de una empresa o de varias empresas bajo los mismos lineamientos, porque en la práctica se presentan casos en que la aceptación de un contrato se hace de forma forzada, y al consumidor no le queda otro camino que contratar o prescindir del servicio.

2.1.3. Finalidad de las condiciones generales de contratación

Las condiciones generales de contratación atienden a la masificación de los contratos, estas han evolucionado dejando atrás sistemas desfasados de contratación; por lo que, la masividad de los bienes y servicios trajo consigo la uniformidad, lo cual era imprescindible para las empresas, disciplinar el gran número de relaciones contractuales establecidas con los consumidores; a ello se suma el ahorro de recursos en el personal, capacitación y tiempo que implicaría el establecimiento de relaciones contractuales particulares, con cada uno de los consumidores y proveedores a los que está ligada una empresa, sin embargo, está técnica al mismo tiempo, presta uniformidad a las relaciones y dota preeminencia de un interés sobre otro.⁹⁴ La finalidad de las condiciones generales,⁹⁵ es la de ser incorporadas a una pluralidad de contratos; realizando transacciones más ágiles y fáciles, siendo innegable

⁹⁴ Abriel Antonio Lizama Fuentes, “Comportamiento cooperativo y contratos de adhesión” (Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2016), 1.

⁹⁵ Art. 1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, publicado en: «BOE» núm. 89, de 14/04/1998, entrada en vigor: 04/05/1998.

que las condiciones generales del contrato ahorran costos de transacción, incluso para la parte débil. También mediante estos negocios, los inversionistas pueden emprender proyectos de gran envergadura, por lo que las condiciones generales permiten a quien las utiliza una planificación eficiente de sus recursos, técnicas productivas y comerciales.⁹⁶

2.1.4. Clasificación de las cláusulas contractuales

Estas se pueden clasificar en cláusulas generales y particulares, las primeras se refieren a aquellas redactadas para una generalidad de sujetos de forma anticipada y no son modificable mediante la negociación, y las segundas se refieren a cláusulas que pueden ser modificadas, ampliadas en la negociación entre agente económico y consumidor; además estas cláusulas pueden interpretar la cláusula general. En caso de que exista una incompatibilidad en estas dos tipos de clausula, prevalecerá la cláusula particular porque estas realmente demuestran el acuerdo que fue objeto en la negociación de ambas partes.⁹⁷

Se puede señalar también que existen las cláusulas ambiguas, dudosas, oscuras, y abusivas; las primeras son aquellas prediseñadas de forma unilateral por una de las partes, con sentido de interpretación contrario de la voluntad de la otra parte; la segunda es incorporada con diversos sentidos, lo cual se deberá interpretar de la forma más favorable al consumidor;⁹⁸ las terceras son incorporadas con la finalidad de favorecer al predisponente del contrato, lo cual la ley lo prohíbe.

⁹⁶ Carlos Andrés Laguado Giraldo, *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro*, (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003), 238. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14847/11987>

⁹⁷ Kees, *Contratos civiles y comerciales*, 102-104.

⁹⁸ Se hace referencia al principio "indubio pro consumidor", el cual consiste, que en caso de duda en la controversia, la interpretación será favorable a la parte más débil del contrato, el cual es el consumidor.

2.1.5. Naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación

La naturaleza jurídica de las condiciones generales es una cuestión en la que aún, no se ha encontrado una respuesta definitiva y que sigue existiendo debate en el ámbito doctrinal,⁹⁹ debido a que para algunos no es lo mismo condiciones generales de contratación y contrato de adhesión; las primeras se dan en una etapa *a priori*, es decir, en la elaboración de las condiciones por el proveedor, y el segundo, se da en la etapa de aceptación de las condiciones generales por parte del consumidor o usuario.

La jurisprudencia regula como sinónimos las figuras anteriores, manifestando que: “(...)las contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión o, como modernamente se denominan, mediante condiciones generales de contratación(...)”¹⁰⁰ Por lo que en la legislación Salvadoreña las condiciones generales de contratación se toman como contratos de adhesión, no haciendo distinción alguna.

2.1.6. Requisitos de las condiciones generales de contratación

En la normativa de consumo, el legislador no desarrolla los requisitos que deben contener las condiciones generales, sino que establece los requisitos que deben contener las promociones y ofertas; otras legislaciones si desarrollan los requisitos de las condiciones y es así que en el Decreto Legislativo 1/2017 con fecha 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de España, se establece que las condiciones generales de contratación no negociadas deben ser: a) Concretas, claras y la redacción debe ser sencilla, con la posibilidad de compresión; b)

⁹⁹ María Alejandra Lacayo Arana, “La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación” (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2012), 36.

¹⁰⁰ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.¹⁰¹

En consecuencia, los requisitos de las condiciones generales de contratación que establece el Decreto Legislativo anteriormente relacionado, se equipara al artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor, debido a que desarrolla los requisitos de las promociones y ofertas.

Por lo que, la legislación salvadoreña establece que los requisitos de las promociones y ofertas son: 1) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; 2) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluirá la utilización de cláusulas abusivas; y 3) no condicionar la promoción u oferta a la entrega o no del recibo, copia o documento que acredite la operación.¹⁰²

Es importante resaltar, con base en lo anteriormente analizado, y como efecto domino,¹⁰³ los contratos de adhesión deberán ser redactados en términos claros; escritos con caracteres legibles a simple vista y es obligación del agente económico poner a disposición de los consumidores los formularios de los contratos, a fin que puedan conocerlos antes de suscribirlos, debiendo facilitar su obtención mediante impresos o cualquier otro medio. Además, los contratos de adhesión, no deberán contener ninguna cláusula que pueda calificarse como abusiva, debido a que

¹⁰¹ Art. 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹⁰² En conclusión, los primeros dos requisitos del Decreto Legislativo 1/2017, se desarrollan en el artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor y el tercer requisito se desarrolla en el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

¹⁰³ Art. 22 y 23 Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

transgrede el principio de la buena fe y conllevaría un desequilibrio en los derechos de los consumidores.

2.2. Cláusulas Abusivas

2.2.1. Concepto y Definición

La figura jurídica “cláusula” tiene su origen del latín y se define como una disposición particular que forma parte de un tratado, edicto, convención, testamento y cualquier otro acto o instrumento ya sea público y privado; y se puede concebir por cláusulas cada uno de los periodos que constan los actos y contratos.¹⁰⁴ Las cláusulas abusivas se han entendido como previsiones particulares que descontinúan el equilibrio justo de las partes cuyo efecto en principio es la ineficacia de pleno derecho.¹⁰⁵

El autor Gherzi¹⁰⁶ considera que las cláusulas abusivas son las que entrañan una ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en un contrato de adhesión concluido entre un empresario y consumidor; así mismo, considera como cláusula abusiva aquellas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o se amplíen los derechos del agente económico o se imponga una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En el caso de Colombia no hay una definición legal, pero la Corte Suprema de Justicia, tiene el criterio que las cláusulas abusivas son aquellas que “favorecen excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”;

¹⁰⁴ Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 56.

¹⁰⁵ Maximiliano Arango Grajales, *La causa jurídica de las cláusulas abusivas*, (Colombia: Estudio Socios Jurídicos, 2016), 244.

¹⁰⁶ Carlos A. Gherzi, *Reparación de daños contractuales producidos por la emergencia económica* (Editorial Jurídica, España, 2002), 136.

aunque el legislador no haya definido un concepto legal de cláusula abusiva, la Corte Suprema reconoce que estas son incorporadas de mala fe en los contratos de adhesión.¹⁰⁷

La jurisprudencia colombiana explica que las cláusulas abusivas son estipulaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico, por el desenfreno del abuso de posición dominante; cuando se realiza con exceso o anormalidad el poder de negociación, para incorporar en el contrato estipulaciones que engendra un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad.

En El Salvador, el legislador establece que se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones entre las partes.¹⁰⁸ Sobre este punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que según la doctrina, se puede entender por cláusulas abusivas las impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudique a la otra parte o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y deberes de los contratantes, en perjuicio de los consumidores y usuarios.¹⁰⁹

Aunado a lo anterior, la Sala explica que el carácter abusivo de una cláusula, se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios del

¹⁰⁷ Verónica María Echeverría Salazar, *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores* (Opinión Jurídica, Universidad de Medellín), acceso el 02 de febrero de 2018, <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a08.pdf>. Esta definición identifica que se actúa en contra de la buena fe del consumidor, dañándolo, y generando un desequilibrio significativo e injustificado en las obligaciones contractuales y se pueden localizar dentro de las condiciones generales de contratación, pero también se puede ubicar en los contratos particulares, cuando no exista una negociación individual de estas cláusulas. Su ámbito de aplicación por lo general, es en la relación entre los consumidores, porque no se da una negociación previa, causando una limitación en los derechos del consumidor.

¹⁰⁸ Art. 17 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁰⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Definitiva, Referencia: 484-2013* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

contrato, las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y de las demás cláusulas del mismo o de otro del que este dependa¹¹⁰; y este tipo de cláusulas generan un desequilibrio injustificado convirtiéndose en abusivas por cuanto se está enfrente de una violencia económica, razón por la cual deben ser eliminadas.

2.2.2. Características

La doctrina desarrolla una concepción amplia y una restrictiva para abordar las características de las cláusulas abusivas; la primera, manifiesta que una cláusula sería abusiva, cuando causa “un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor, las obligaciones y cargas del profesional, derivadas del contrato en perjuicio del primero;” y la segunda requiere “...que para que una cláusula sea considerada abusiva debe: a) que no haya sido negociada individualmente; b) que la cláusula objetada le haya sido presentada al consumidor ya redactada; y c) que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido.”¹¹¹

2.2.2.1. Concepción amplia

Como se mencionó anteriormente, la característica definitoria de las cláusulas abusivas, es que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional, derivadas del contrato en perjuicio del primero; este desequilibrio significativo se explica en los hechos del abuso del poder de negociación que ostenta el empresario sustentado en su poder técnico, en la información y en el

¹¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Definitiva, Referencia: 317-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹¹¹ Rúben S. Stiglitz, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas* (Universidad Externado de Colombia, 1999), 39-40, acceso el 20 de marzo de 2018, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1712/1539>

conocimiento que dispone sobre el alcance, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor.

En esa misma línea, el empresario es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral; con ese poder de negociación supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas, que al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor.¹¹²

2.2.2.2. Concepción restrictiva

Que no haya sido negociada individualmente. Es una característica definitoria de los contratos de adhesión, debido a que este tipo de cláusulas son impuestas por la parte más fuerte en la relación contractual, esto envuelve que el consumidor o usuario no puede modificarlas, pero no impide, que se ponga en movimiento los controles que ejerce la institución garante de los derechos de los consumidores, es decir, que si el consumidor se percatara que el agente económico ha establecido una cláusula abusiva, debe denunciarla a la Defensoría del Consumidor para iniciar un procedimiento en la que se declare como no escrita dicha cláusula¹¹³.

Que la cláusula objetada le haya sido presentada al consumidor ya redactada. En ese caso, es indiferente que la redacción pertenezca al empresario o provenga de un tercero, es decir de otro agente económico, y sea reproducida total o parcialmente por aquel. En otras palabras, es el caso típico de los agentes económicos que por lo general siempre presentan al consumidor cláusulas pre elaboradas por el mismo u otro agente económico.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Art. 17 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor.

Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido. Según la doctrina, esta característica refiere que en ocasiones los consumidores participan en la elaboración de las cláusulas del contrato, es decir, que el consumidor interviene en el contenido de condiciones particulares, pero dicha situación no incide la naturaleza predispuesta de las condiciones generales.

La condición general no deja de serlo, aunque el mismo contrato contenga cláusulas negociadas. El contrato de adhesión contiene normalmente tan solo condiciones generales; pero es también frecuente que contenga cláusulas pactadas por acuerdo de las partes, conforme al principio de autonomía de la voluntad, y condiciones generales, sometidas a su régimen jurídico propio.¹¹⁴

2.2.3. Clasificación de Cláusulas abusivas

2.2.3.1. Directas e Indirectas ¹¹⁵

En cuanto a las primeras, estas son las que de forma inmediata crean una solución al potencial conflicto que pueda surgir y el beneficio sea a su favor, un ejemplo es colocar el lugar de jurisdicción de difícil acceso para los consumidores, obteniendo un interés exagerado con la mora, y la renuncia del consumidor a sus determinados derechos fundamentales.

Por otra parte, se encuentran las llamadas indirectas, y esta son aquellas con las cuales los objetivos favorables que tiene el agente económico en su empresa, se cumplen, pero de forma de imprevisión inmediata, por ejemplo la potestad de modificación ulterior de servicios por motivos de aparente fuerza mayor o estado de urgencia necesidad o la interpretación de futuras

¹¹⁴ David Alexander Díaz Hernández et al., “Cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito (tarjeta de crédito)” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2010), 199.

¹¹⁵ Ghersi, Reparación de daños contractuales, 29.

cláusulas, bajo condiciones considerablemente favorables para el agente económico por causa de la ambigüedad, al momento de ejecutar el contrato, estas condiciones pueden ser al instante de la entrega de una casa, lote o terreno, entre otros.

2.2.3.2. Cláusulas abusivas devenidas¹¹⁶

Son aquellas que en un principio no se presentan como abusivas, pero el tiempo determinara el contenido abusivo de la misma, como el aumento de intereses discriminado, es decir, aparecen genéticamente como de aparente situación igualitaria y respetuosas de los derechos del consumidor, posteriormente con el transcurrir del tiempo, se vuelve vejatoria para el consumidor, surgiendo el desequilibrio para este último.

2.2.4. Tipos de cláusulas abusivas

El Art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor, no establece un catálogo predeterminado de estas cláusulas, sino, que desarrolla las que pueden considerarse como cláusulas abusivas, en la cual coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos.¹¹⁷ A continuación se analizan cada una de ellas:

¹¹⁶ *Ibíd.* 30.

¹¹⁷ Ricardo Luis Lorenzetti, *Emergencia económica y los contratos*, 2º ed (Rubinzal Culzoni, Argentina, 2002), 348-349. La doctrina establece las siguientes cláusulas abusivas: a) Las cláusulas que limitan total o parcialmente la responsabilidad por incumplimiento contractual; b) la que establece la rescisión unilateral encausada sin un derecho igual para el usuario; c) la que permite unilateralmente el contenido de la prestación; d) la que reserva, sin motivos válidos y especificados en el contrato, el derecho de fijar unilateralmente la fecha de ejecución de su obligación; e) la que faculta a establecer incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargo, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; f) la que establece plazos abreviados de prescripción; g) la que prevé la extensión de la adhesión del usuario o cláusulas que no hayan tenido la posibilidad de conocer antes del perfeccionamiento del contrato; h) la que establece la prórroga de la competencia; i) la que establece la inversión de la carga probatoria en perjuicio del cliente o usuario; j) las cláusulas de un contrato de

a) Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados.

Ejemplo de lo anterior, en los contratos de uso de cajeros automáticos, el proveedor incorpora que “el emisor no asume ninguna responsabilidad en caso que el tarjetahabiente no pueda efectuar retiros, por defectos o desperfectos ocasionados en las máquinas de cajero automático o cuando estas no dispongan del dinero en efectivo, para la cantidad requerida al momento de realizar la operación seleccionada, o por suspensión del servicio o cualquier otra causa similar.”¹¹⁸

Otro ejemplo es, cuando en un contrato de arrendamiento el proveedor arrendante limita la cobertura de protección al bien arrendado, incorporando en el contrato la cláusula siguiente “...ninguna protección de la compañía arrendante o de un tercero cubre daños mecánicos ocasionados por mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia, por lo que será el arrendatario responsable de cubrir todos los gastos de reparación, lucro cesante y gastos administrativos. Por lo que expresamente autorizo a cargar a mi tarjeta de crédito los cargos que surgieren como resultado de las acciones anteriores...”¹¹⁹

Dicha cláusula, permite a la proveedora limitar la cobertura de protección por daños mecánicos ocasionados al vehículo; así mismo, se está dejando a criterio de la arrendante determinar, en cada caso concreto, los conceptos de mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia, es decir, dependerá de la calificación subjetiva que la proveedora efectúe de los conceptos antes

crédito para el consumo por las que obliga al usuario, en carácter de garantía, a la firma complementaria de un pagaré en blanco.

¹¹⁸ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 34/2009* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹¹⁹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

apuntados, para atribuir al arrendatario la responsabilidad por cualquier daño mecánico ocasionado al vehículo, independientemente la circunstancia que lo haya originado, siempre y cuando la arrendadora lo considere como mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia.¹²⁰

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

Las modificaciones que el proveedor realice en las condiciones del contrato de forma unilateral, se declararan cláusulas abusivas, esto no aplica si el cambio es para favorecer al consumidor, por ejemplo, otorgarle un servicio adicional sin costo; por otra parte, puede considerarse cláusula abusiva conforme a este literal, cuando una funeraria establece que el consumidor podrá desistir y quedar rescindido el contrato a causa del incumplimiento del primero, pero que solo se devolverá únicamente el cincuenta por ciento de las cuotas mensuales canceladas a la fecha de rescindir el contrato; considerando la referida cláusula como abusiva, debido a la existencia de una modificación en perjuicio del consumidor.

De acuerdo a la Ley de Protección al consumidor en el Art. 13, la mora del proveedor da derecho al consumidor a renunciar a que se le entregue el bien o se le preste el servicio, debiendo el proveedor reintegrar lo pagado e indemnizar en la cuantía que corresponde al consumidor.¹²¹

c) Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores.

Un ejemplo de estas cláusulas, es el caso que conoció el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, en el cual, un consumidor

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 236/2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

suscribió mediante un contrato de promesa de venta una vivienda, y en dicho contrato se estipuló, que el desistimiento por parte del consumidor acarrearía que este, pagara cierta cantidad de dinero en concepto de canon mensual de arrendamiento, por cada uno de los meses comprendidos desde la fecha de la firma del contrato, hasta la firma de la resciliación del mismo; en el análisis del caso, se concluyó, que se considera cláusula abusiva, en razón de la desnaturalización del contrato inicialmente celebrado, debido a que la voluntad de las partes ha sido la de transferir el dominio del inmueble una vez cumplidas las condiciones del contrato, y no únicamente permitir el uso y goce del mismo.

En este sentido, tal disposición provocó un desequilibrio en los derechos del consumidor, pues, se modificó la naturaleza del contrato. En otras palabras, la inclusión de dicha cláusula en el contrato vuelve nugatorio el derecho concedido al consumidor en el artículo 13 de la LPC de desistir del contrato suscrito. Así, la referida estipulación resulta ambigua en la medida que, reconociendo el desistimiento del consumidor, permite a la proveedora apoderarse de cantidades superiores a las previstas legalmente, limitando su ejercicio”¹²²

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.

El ejemplo más significativo, es la renuncia al derecho de recurrir anticipadamente, para lo cual la jurisprudencia establece que “... es posible la renuncia de derechos integrantes del proceso sólo si ya hay certeza absoluta de lo que se está privando y sus consecuencias, pues si aquella se

¹²² Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 139-11* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

hace sobre la base de unos determinados acontecimientos procedimentales futuros, que por la falta de concreción al tiempo de hacerla, no se producen o se realizan defectuosamente, la renuncia o pacto carecería de valor, pues podría posibilitar procesos reñidos con la Constitución”¹²³ En otras palabras se debe entender que el consumidor no puede renunciar a los derechos que la normativa le confiere, y si ese es el caso estamos ante una cláusula abusiva.

e) Invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Respecto a este punto la jurisprudencia ha manifestado que corresponde al proveedor la carga de la prueba.¹²⁴ La inversión de la carga de la prueba es una medida excepcional en materia de consumo, debido a que lo tradicional es que sea para el que acusa, al respecto la jurisprudencia manifiesta “...los proveedores son los que tienen la carga de la prueba y al no presentarlos dentro del procedimiento administrativo, no se cuenta con un mínimo indicio que haya cumplido con sus obligaciones.”¹²⁵

Otro ejemplo, cuando el consumidor interpone una denuncia ante la Defensoría del Consumidor por el cobro del servicio de internet por un mes, pero resulta que del mes cobrado, el proveedor solo presto el servicio por dos semanas, al final del mes llega el respectivo cobro del servicio proporcionado, en el caso planteado la carga de la prueba le corresponde al proveedor ya que el posee los registro del suministro del servicio de internet.

f) Establecer la prórroga del contrato sin la voluntad del consumidor.

¹²³ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1589/12* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹²⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1065/10* (El Salvador, Cortes Suprema de Justicia, 2011).

¹²⁵ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1191-14* (El Salvador, Cortes Suprema de Justicia, 2014).

La anterior cláusula, indica que no se puede ampliar o extender el plazo del contrato si el consumidor no lo ha aprobado, un ejemplo de ello, se da en la contratación de servicios de telefonía móvil por seis meses, y el proveedor coloca una condición en el cual establece que una vez transcurrido el plazo, se extenderá automáticamente por un periodo de seis meses más del plazo establecido en el instrumento de contratación.

g) Estipular cargos por pago anticipado, salvo que se trate de proveedores de servicios financieros, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el Art. 19, literal m) de esta ley.

“Se considera cláusula abusiva el estipular cargos por pago anticipado, pero si se trata de proveedores de servicios financieros, estos se encuentran en la obligación de recibir del consumidor pagos anticipados en cualquier operación de crédito o bancario, sin cargo alguno, según lo establece el Artículo 19, literal m de la Ley de Protección al Consumidor, de lo contrario podría ser objeto de algún tipo de sanción, como en el caso que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor dictamino que el Banco HSBC Salvadoreño S.A.; debería de reintegrar a los consumidores afectados la suma de \$451,357.78 por cobrar cargos de forma indebida a más de un centenar de clientes que cancelaron de forma anticipada sus préstamos, durante el periodo comprendido desde el 8 de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007.”¹²⁶

h) Imponer cualquier medio alternativo de solución de controversias en los contratos de adhesión

Se entiende este literal, cuando el proveedor establezca como una obligación para el consumidor que, en caso de presentarse un conflicto sobre el

¹²⁶ Díaz Hernández, Cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito, 175.

contrato, se resolverá a través de un mecanismo y procedimiento de solución designado por el agente económico, por ejemplo, el arbitraje sin que el consumidor tenga la oportunidad de decidir libremente los mecanismos judiciales para resolver los conflictos.

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.

La que fija una penalidad desproporcionada se considera como cláusula abusiva, en relación a ello la jurisprudencia manifiesta que "...toda cláusula penal está orientada a un efecto disuasivo, y tiene además una finalidad indemnizatoria para la parte que ha sufrido el incumplimiento..."¹²⁷

Como se mencionó anteriormente, el catálogo que establece la ley sobre las cláusulas abusivas no son *numerus clausus*, debido a ello vía jurisprudencial, se pueden establecer otras cláusulas abusivas, por ejemplo, "...[la] que fija unilateralmente el domicilio especial [que] potencialmente restringe los derechos del consumidor a un efectivo acceso a la justicia, respecto a los consumidores que tienen su domicilio fuera de San Salvador." Es decir, que se considera abusiva la cláusula que establezca un domicilio especial en el cual se ha de resolver un conflicto, que surja entre el consumidor y el proveedor.

2.2.5. Control y tratamiento de las cláusulas abusivas en la legislación salvadoreña

El Estado, para proteger los derechos de los consumidores, ejerce un control sobre la incorporación de cláusulas abusivas, mediante la creación de

¹²⁷ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1280/2009* (El Salvador, Cortes Suprema de Justicia, 2009).

una serie de normativas, tal como se ha expuesto anteriormente; así mismo, esta protección se manifiesta a través de procedimientos administrativos o procesos vía judicial, lo cual significa que hay una intervención en la voluntad privada de los contratantes¹²⁸.

El primer control que se puede dar es *inter partes*, es decir, propiamente en la voluntad de estas y cuando una de ellas, administra sus propios intereses, no acepta la incorporación de una o varias cláusulas dentro del contrato; dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y esta se puede realizar de forma previa o posterior.

El control administrativo se materializa en forma previa, cuando las instituciones gubernamentales de cada país, le facultan a una autoridad determinada vigilar las actividades que se consideran de utilidad pública o de gran transcendencia dentro del mercado, por ejemplo, las del mercado bursátil, aseguradora, financiera o de servicios públicos domiciliarios. Los contratos que se presentan al público deben ser aprobados por las mismas, creando seguridad jurídica a los consumidores; este control se refleja posteriormente a través de instituciones gubernamentales que tienen la potestad de imponer sanciones a aquellos proveedores que incluyan cláusulas abusivas en el contenido del contrato de adhesión.

El control legislativo se muestra por medio de: a) listado de cláusulas negras, este listado permiten identificar las cláusulas abusivas, es decir, que el juzgador al observar alguna cláusula dentro del contenido del contrato, deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita y resolverá sin mayores consideraciones, en razón que el legislador estableció un listado determinando de cuáles son las cláusulas que considerarán

¹²⁸ Juan Felipe Criado Castilla, "Cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Art. 42 y 43 de la Ley de 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor)" (Tesis Magistral, Universidad Nacional de Colombia, 2014), 172.

abusivas; b) el listado de cláusulas grises, estos tipos de cláusulas, se identifican a través de un supuesto abusivo y se presentan por un manto de sospecha al proceso judicial, dependiendo de los escenarios y del contexto contractual, el juzgador debe valorar la carga argumentativa, y probatoria para crearle al juez la convicción que las sospechas de malicias no son ciertas y c) inclusión de una cláusula abierta, que se le faculta al juez para valorar los supuestos de hecho para examinar si la cláusula es abusiva o no, tomando en consideración los criterios generales como la buena fe y que violente el justo equilibrio de las prestaciones.

En la legislación salvadoreña, se aplican ambos controles; el control legislativo se identifica a partir del artículo 101 de la Constitución de la República, debido a que el Estado promoverá el desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad y la racionalización de los recursos y defiende los intereses de los consumidores.

Con base en lo anterior el Gobierno de la República, creó la Defensoría del Consumidor como institución descentralizada, con autonomía en lo administrativo y presupuestario, y es la entidad encargada de aplicar la ley y coordinar acciones conjuntas con las instituciones de la administración pública para el cumplimiento de la misma.¹²⁹

2.2.6. Efectos de la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión

La normativa de consumo manifiesta que se tendrán por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo, en otras palabras, las cláusulas son nulas de pleno derecho, aunque se tengan por no escrita algunas de ellas, y el contrato sigue

¹²⁹ Art. 56 y 57 Ley de Protección al Consumidor.

subsistiendo, siempre y cuando no degenerare en otro contrato, porque la consecuencia conllevaría tener este mismo por no escrito.

Es decir que "no conllevará *per se* la nulidad del contrato (negocio jurídico) sino tan solo de la cláusula (nulidad parcial); bajo la premisa romana *quod nullum est, nullum habet effectum*,¹³⁰ debemos entender que la nulidad es, ha sido y será; de modo que la situación jurídica debe permanecer como antes de la realización del acto o negocio, en este caso, como si al celebrarse el negocio la cláusula abusiva no estuviera."¹³¹

La jurisprudencia en relación a lo anterior, manifiesta "que la consecuencia del carácter abusivo es que se tiene por no escrita la cláusula (...) la cláusula por ser abusiva no es admitida en el ordenamiento jurídico salvadoreño."¹³² "Dada su naturaleza y caracteres, la confección del contrato por una de las partes, puede dar lugar a abusos en sus cláusulas, las cuales, son denunciables en la sede administrativa correspondiente, como protección a los derechos del consumidor; y no solo eso, sino también puede plantearse la nulidad de las mismas en sede judicial."¹³³

La acción legal que debería tomarse cuando un agente económico ha incorporado una cláusula abusiva en un contrato, sería un juicio ordinario de nulidad, alegando la nulidad de la cláusula por vía del objeto ilícito;¹³⁴ sin embargo, no existe en la Defensoría del Consumidor, caso alguno en el que

¹³⁰ Lo que es nulo, produce efecto nulo

¹³¹Jaume Joan Bea Ballester, "Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario" (Tesis de Grado, Universidad de Barcelona, 2013), 23.

¹³²Corte Suprema de Justicia, *Conflicto de competencia*, Referencia: 111-D-2009 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

¹³³ Corte Suprema de Justicia, *Conflicto de Competencia*, Referencia: 77-D-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹³⁴ La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Art. 1552 Cc.

se haya ventilado un juicio de tal categoría, debido a que la Ley de Protección del Consumidor no reconoce una acción de nulidad para las cláusulas abusivas.

Por otra parte, si un consumidor apela el laudo arbitral y el juez denota una cláusula abusiva, puede de oficio declararla nula, es decir, no escrita; por ejemplo, “la declaratoria de nulidad de la cláusula arbitral, cuando se discute un laudo arbitral, trae consecuencias negativas para este, en el sentido que, el laudo arbitral es la decisión última del arbitraje y cuya razón de ser se basa en la cláusula arbitral, si esta se tiene por no escrita, el sustento jurídico que justifica el arbitraje se destruye y por tanto, el laudo arbitral es ilegal y se toma por no escrito.”¹³⁵

Para determinar cuándo una cláusula conlleva el carácter de abusiva, la legislación manifiesta tres requisitos, a saber: a) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; b) las circunstancias que concurran en el momento de su celebración; y c) las demás cláusulas del mismo o de otro del que éste dependa.¹³⁶ Sobre este punto la jurisprudencia, expresa que “para determinar el carácter abusivo de una cláusula no hace falta que esta se hubiera aplicado;¹³⁷ 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.”¹³⁸

¹³⁵ José Raúl González Velásquez et al., “Análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica” (Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 2012), 41.

¹³⁶ Art. 17 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor.

¹³⁷ La infracción prevista en el artículo 44 letra e) 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.

¹³⁸ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

CAPITULO III

MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

El propósito de este capítulo es mostrar al lector las diferentes etapas que tienen los medios alternos de solución de controversias y el procedimiento sancionatorio, además hacer hincapié en las directrices que la Defensoría del Consumidor debe seguir, para realizar o promover los procedimientos que la normativa de consumo le faculta, resaltando la manera como dicha institución salvaguarda los derechos de los consumidores.

El contenido de este capítulo, es una exposición concreta de los procedimientos que realiza la Defensoría del Consumidor, con el objeto de garantizar los derechos de los consumidores, específicamente de los medios de solución de controversias que se efectúan en el Centro de Solución de Controversia y el procedimiento sancionatorio del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.

3.1. Aspectos generales de los procedimientos

La Ley de Protección al Consumidor, desarrolla las directrices que la Defensoría del Consumidor debe seguir, para realizar o promover los procedimientos que el ordenamiento jurídico le faculta, entre los cuales se encuentran: la vigilancia de mercado, educar a los consumidores en sus derechos, y sancionar las infracciones realizadas por los agentes económicos, teniendo presente las reglas del debido proceso, con el fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en la relación consumidor y proveedor.

3.1.1. Respeto de Derechos y Garantías

Todo procedimiento ante la Defensoría del Consumidor, debe llevar inmerso el respeto a los derechos y garantías fundamentales,¹³⁹ de acuerdo al régimen de garantías establecido en la Constitución, tratados vigentes sobre la materia y el derecho común”.¹⁴⁰

En la Constitución de la Republica, no existe una base legal que regule expresamente el procedimiento administrativo, debido a ello el Dr. Henry Alexander Mejía, expone que es posible por medio de la interpretación sistemática, como manifestación implícita del derecho constitucional a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 2 de la constitución y el artículo 18 de la misma,¹⁴¹ dilucidar la base legal del procedimiento administrativo.

Por lo que, las actuaciones realizadas por la Defensoría del Consumidor, están sujetas a ciertos principios que reinan en todo proceso, entre los cuales se encuentran: el principio de legalidad, debido proceso, igualdad de las partes, economía, gratuidad, celeridad, eficacia, oficiosidad, y demás

¹³⁹ Rubén Hernández Valle, *La tutela de los derechos fundamentales citado por Francisco Bertrand Galindo, Manual de derecho constitucional, Tomo II*, 3ª ed. (Talleres Gráfico UCA, El Salvador, 1999), 695. “Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento jurídico positivo”.

¹⁴⁰ “En todos los procedimientos administrativos que se tramiten en la Defensoría, se actuará con respeto a los derechos fundamentales y de acuerdo al régimen de garantías establecido en la Constitución, tratados vigentes sobre la materia y el derecho común (...)” Artículo 97 Ley de Protección al Consumidor

¹⁴¹ Henry Alexander Mejía, *Manual de derecho administrativo*, (El Salvador: Cuscatlán, 2014), 212. “En la Constitución no existe una disposición expresa que obligue a los poderes públicos a seguir un procedimiento administrativo común, - aunque si lo hace en el artículo 14 relativo al procedimiento administrativo sancionador-, (...) sin embargo, haciendo una interpretación sistemática, es posible, como manifestación implícita del derecho constitucional a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 2 de la Constitución”. “Además, otro fundamento implícito está en el artículo 18, que consagra el “derecho de petición y respuesta”, debido a que el ciudadano tiene derecho a presentar sus pretensiones ante una autoridad administrativa, a fin de gozar y disponer de un derecho subjetivo. Por tanto, dicha Administración seguirá un procedimiento administrativo a fin emitir una respuesta de fondo, la cual, por supuesto, no implica que sea favorable”.

principios del derecho común que le sean aplicables, los cuales se desarrollaran a continuación.

3.1.1.1. Principio de legalidad

Este principio consiste, que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley,¹⁴² de ahí que no se puede imponer sanciones si no existen previamente, y los funcionarios no pueden aplicarlas si no tienen la facultad para imponerla¹⁴³.

En relación a este principio, la jurisprudencia manifiesta que “en el procedimiento administrativo son aplicables los principios de legalidad y tipicidad, conforme a los cuales nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que al momento de producirse, no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento; principios que a su vez hacen inviable la aplicación analógica y extensiva de la norma, expresamente prohibida en el ámbito penal y por consiguiente en materia administrativa sancionatoria”;¹⁴⁴ este principio, es la base del Derecho Administrativo Sancionador y requisito para el ejercicio de la potestad sancionadora.

3.1.1.2. Debido proceso

El Debido proceso significa que, en los diferentes procedimientos, se debe otorgar a las partes la posibilidad de presentar sus consideraciones y de salvaguardar sus derechos de manera plena y extensa; utilizar todos los

¹⁴² Constitución de la República de El Salvador, Art. 81.

¹⁴³ El artículo 86 inciso final de la Constitución de la República, señala que los funcionarios no tienen más facultades “que las que expresamente les da la ley”,

¹⁴⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Definitiva, Referencia: 263-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

medios de defensa que tenga a su alcance, ser oídos y aportar prueba, es decir, es un conjunto de garantías procesales que tienen las partes para no ser víctima de abusos de las autoridades¹⁴⁵.

De acuerdo a la jurisprudencia salvadoreña, el Debido Proceso es entendido como un conjunto de principios o garantías inherentes a todo ser humano, a efecto de ser juzgado por un juez natural y competente, mediante la sustanciación de un procedimiento preestablecido por la Ley, el cual debe ser público y en el que tiene derecho a exponer sus razones, las cuales deben ser oídas a efecto de obtener una legal y justa aplicación del derecho. En tal sentido, se ha sostenido que dicha garantía comprende entre sus principios los siguientes: a) que la persona sea juzgada por un juez natural; b) derecho a ser oído; c) publicidad del proceso; y d) prohibición del doble juzgamiento.¹⁴⁶

3.1.1.3. Principio de Igualdad de las partes

Devis Echandía, ha sostenido que "el principio de igualdad de las partes en el proceso, se garantiza y se hace efectivo otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia",¹⁴⁷ la anterior definición, es aplicable en materia consumo, con la distinción, que se aplica el término procedimiento. La Constitución reconoce la igualdad jurídica,¹⁴⁸ la cual se clasifica en: 1) Igualdad ante el Estado, que puede ser: Igualdad ante la

¹⁴⁵ "(...) el derecho constitucional del debido proceso, en nuestro ordenamiento jurídico, se refiere exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y motivada de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia." Sala de lo Constitucional, *Sentencia Definitiva, Referencia: 642-99* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000).

¹⁴⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Definitiva, Referencia: 406-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

¹⁴⁷ Hernándo Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial, Tomo I* (Argentina: Victor P. De Zavalia), 82.

¹⁴⁸ Francisco Bertrand Galindo, *Teoría general del proceso, Tomo II*. 3ª ed. (El Salvador: Talleres Gráfico UCA, 1999), 801-806.

ley,¹⁴⁹ Igualdad ante la administración, e Igualdad ante la Jurisdicción; 2) Igualdad ante y entre particulares; esta puede ser: a) Igualdad en las relaciones privadas, la cual se divide en¹⁵⁰: Igualdad Laboral, Igualdad Jurídica de los cónyuges, Igualdad de los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos; b) Igualdad en la administración en los cargos públicos; y c) Igualdad de las cargas públicas. Para el presente estudio se debe resaltar la igualdad ante la ley, es decir, que hechos de la misma naturaleza, deben ser resueltas de la misma forma y consecuencia.

3.1.1.4. Principio de economía

Este principio tiene dos aspectos: a) una economía financiera del proceso y b) una simplificación y facilidad de la actividad procesal, es decir, el costo de la actividad jurisdiccional y la duración del proceso;¹⁵¹ el costo que causa un procedimiento o un proceso, está relacionado con el principio de gratuidad, en razón, que el acceso a la justicia es gratuita, por otra parte, la simplificación y facilidad de la actividad procesal, debe realizarse la mayor cantidad de actos posibles de una solo vez, es decir, evitar trámites engorrosos, que conlleve un detrimento al principio de pronta y cumplida justicia”.¹⁵²

3.1.1.5. Principio de Gratuidad

La gratuidad de la justicia consiste, con la no exigibilidad en general a quienes actúan en los procesos, del pago al Estado de un impuesto, recargo u otro tipo de imposición económica por el mero hecho de solicitar la

¹⁴⁹ “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios”. Art. 3 Cn.

¹⁵⁰ Artículos 38, 32 Inc. 2 y 36 de la Constitución de la Republica.

¹⁵¹ Beatriz Quinteros et al., *Teoría general del proceso, Tomo I* (TEMIS S. A., Colombia, 1995), 102.

¹⁵² “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 5° Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias” Art. 182 Cn.

actuación de los tribunales; por lo que el Estado no cobra por la prestación de la actividad jurisdiccional;”¹⁵³ en ese sentido, la gratuidad significa que todo procedimiento ante la Defensoría del Consumidor es sin costo económico alguno, no se le exigirá al usuario o usuaria cancelar una cierta prestación al realizar algún trámite. ¹⁵⁴

3.1.1.6. Principio de Oficiosidad

Este principio, significa que la propia Administración realiza sus actuaciones sin que se lo soliciten, por ejemplo, practicar de oficio las pruebas necesarias cuando el procedimiento lo permita; esta es una herramienta que fomenta la agilidad en los trámites, y se fundamenta por el hecho que “el procedimiento administrativo responde esencialmente a intereses público, lo cual exige, que el impulso no dependa de los intereses particulares, en ese sentido, la administración tiene el derecho y el deber de instruirlo. Este principio responde a una derivación del principio de legalidad y de eficacia administrativa”¹⁵⁵

La eficacia implica que los procedimientos, deben lograr los fines a los que están encaminados; para ello debe permitirse que la administración corrija aquellas omisiones o errores de trámite. Otros principios que rigen los procedimientos ante la Defensoría del Consumidor son: principio de tipicidad, principio de irretroactividad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, y principio de “*non bis in ídem*”.¹⁵⁶

¹⁵³ Art. 181 Constitución de la República.

¹⁵⁴ “La Defensoría desarrollará su actividad y organizará sus dependencias administrativas de manera que los consumidores puedan presentar reclamos, haciendo uso de procedimientos ágiles, gratuitos y expeditos”. Art. 62 de Ley de Protección al Consumidor.

¹⁵⁵ Mejía, Manual de derecho administrativo, 218.

¹⁵⁶ En reiteradas ocasiones la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del

3.1.2. Informalidad en el procedimiento

En materia de derecho público, es indispensable la formalidad al realizar los actos procesales, pero según la evolución del derecho, para adaptarse a las situaciones actuales, se está aceptando que ciertos actos se flexibilicen al momento de su realización, es decir, que el acto a realizar no se vuelva engorroso, teniendo presente el principio de economía procesal.

La Ley de Protección al Consumidor, establece taxativamente los requisitos que debe contener la denuncia, pero los flexibiliza debido a que permite presentar la denuncia de forma verbal, telefónica y electrónica, evitando el formalismo; este principio manifiesta que no debe detenerse el trámite por exigencia materiales, ni formales, con el fin de llegar a resolver los conflictos en el menor tiempo posible.

De igual manera, se flexibiliza la forma de procuración, en razón que el Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor permite que se otorgue poder por “escrito firmado por la parte interesada; este escrito podrá presentarse personalmente o por medio de tercero, en cuyo caso deberá legalizarse notarialmente la firma respectiva,”¹⁵⁷ Otra forma de otorgar poder es en audiencia, donde se designara al apoderado, dejándose constancia en acta. En conclusión, las tres formas de otorgar poder según el Reglamento son: a) por escritura pública; b) escrito firmado por la parte interesada; y c) designando al apoderado en audiencia.

tres de mayo de dos mil once, referencia: 204-2008 en relación a la sentencia de lo Contencioso Administrativo del veintiséis de enero de dos mil once, referencia: 97-H-2002.

¹⁵⁷“Los poderes para ejercer representación ante la Defensoría podrán otorgarse por escritura pública o mediante escrito firmado por la parte interesada. Este escrito podrá presentarse personalmente o por medio de tercero, en cuyo caso deberá legalizarse notarialmente la firma respectiva.” Art. 60 Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

3.1.3. Potestad para dictar medidas cautelares

Las medidas cautelares son medidas provisionales, para asegurar la eficacia de la resolución; según Manuel Ossorio, cautelar significa “prevenir, adoptar precauciones, precaver”,¹⁵⁸ es decir, son medios que la legislación establece, para preservar temporal y preventivamente el derecho de los consumidores, cuando se advierta un peligro a los mismos o un daño que se extiende, mientras el asunto no se resuelva de forma concluyente.

“Como una de las manifestaciones del principio de oficiosidad, la Administración tiene la posibilidad de acordar las medidas provisionales, para asegurar la eficacia de la resolución; se trata de medidas cautelares que tienen por finalidad evitar que cuando se adopte la resolución se haya causado un daño irreparable o de difícil reparación;”¹⁵⁹ por ejemplo, como resultado de las inspecciones; y con el objetivo de proteger la salud de los consumidores, entre junio 2009 y agosto 2015, se emitieron medidas cautelares que permitieron la destrucción de 188,045 productos vencidos de los cuales 121, 295 eran alimentos y 51,184 medicamentos.¹⁶⁰

Las medidas cautelares¹⁶¹ son acciones preventivas y temporales, que pueden ejercerse cuando el interés público pueda ser afectado, mientras no sea resuelta de manera definitiva la situación jurídica sometida a estudio, con el fin de evitar un daño que podría ser irreparable o de difícil reparación si no se decretan.

¹⁵⁸ Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, 156.

¹⁵⁹ Mejía, manual de derecho administrativo, 223.

¹⁶⁰ Alejandra Quintanilla et al., *Inconstitucionalidad y derecho de consumo en El Salvador. Defensoría del Consumidor. 10 años de protección al consumidor* (El salvador, noviembre de 2015), 85.

¹⁶¹ Mirna Isabel Rivas López et al., “Efectividad del procedimiento sancionatorio a través de las resoluciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2014), 133.

3.1.4. Medidas cautelares

Según la doctrina, los presupuestos para adoptar medidas cautelares, son la probable existencia de un derecho amenazado, -Fumus Bonis Iuris-, y el desarrollo que ocasionaría la continuación del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia -Periculum in Mora-, por ello solamente procede la adopción de la respectiva medida cautelar, en un determinado proceso cuando concurren determinados presupuestos, situación que en el proceso se traduce en el planteamiento por parte del demandante ya que estos presupuestos tienen que hacerse evidentes al momento de proceder a adoptar una medida cautelar todo se hace con la prevención de que los efectos que dan origen por medio del acto administrativo o actuaciones por parte de la administración cesen los efectos posibles de ejecutar sea la sentencia estimatoria o desestimatoria¹⁶².

En materia de consumidores, las medidas cautelares se decretaran siempre y cuando concurren los siguientes supuestos: 1) existan elementos suficientes para considerar que lo reclamado podría causar un daño inminente o irreparable para el consumidor; 2) pudieran producirse daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos; y 3) el daño que causare lo reclamado fuese acrecentándose, impidiendo que en algún momento se volviese al estado anterior al daño causado;¹⁶³ lo anterior, en razón que se determinaría la posibilidad de un perjuicio apremiante o considerable para el consumidor, es decir, de una situación que podría causar efectos dañinos y ser difícilmente reparables.

Una peculiaridad de las medidas cautelares es la característica de judicialidad, es decir, “se trata de resoluciones del órgano jurisdiccional ya

¹⁶² Víctor Humberto Álvarez Hernández et al., “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2012), 186.

¹⁶³ Art. 99. Ley de Protección al Consumidor.

que solo este puede ordenarla, sea de oficio o sea a instancia de parte interesada”¹⁶⁴, por otra parte la Ley de Protección al Consumidor manifiesta que si se encuentran en eminente peligro los derechos del consumidor, el Presidente de la Defensoría podrá decretar medidas cautelares de oficio; debiendo promover el procedimiento sancionatorio, dentro de los cinco días siguientes, para que el Tribunal Sancionador se pronuncie sobre la medida cautelar adoptada¹⁶⁵.

3.1.5. Recursos

“Los recursos son, genéricamente (...) medios de impugnación de los actos procesales, realizando el acto la parte agraviada, dentro de los límites que la ley le confiera, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación.”¹⁶⁶

Es decir, que es la herramienta auxiliar utilizada para moldear las resoluciones judiciales que se consideran no apegadas a la ley y, que por tanto, desnaturalizan la razón teleológica que inspira al proceso; la idea de recurso denota la acción de recurrir, en el sentido de moldear, encausar o reenfocar aquello que ha perdido su curso ordinario.”¹⁶⁷

En los procesos o procedimientos, una vez notificada la resolución, las partes procesales pueden controlar aquella decisión, con el objeto que el tribunal superior las conozca, o que el tribunal que la dictó, la modifique, revoque, reforme o anule, pues los juzgadores tienden a cometer errores en sus decisiones, debido a que quien dictó la sentencia o el auto interlocutorio

¹⁶⁴ Angelina Ferreyra de la Rúa et al., *Teoría General del Proceso, Tomo II* (Advocatus, Córdoba, 2003), 314

¹⁶⁵ Art. 99 Inc. 2. Ley de Protección al Consumidor.

¹⁶⁶ Eduardo J. Couture, *Fundamento del derecho procesal civil*, 3ª ed. (Depalma, Argentina, 1977), 339.

¹⁶⁷ Cristian Palacios, “El Recurso de Revocatoria” *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”*, (2015). <http://enfoquejuridico.org/2015/11/20/el-recurso-de-revocatoria/>

posiblemente no se percate del error para corregir sus decisiones antes de la notificación.

Para que el recurso sea procedente el sujeto que pretende impugnar debe estar en posesión del derecho impugnativo, y para ello hay dos supuestos: a) que este legitimado para recurrir, que se le conoce como impugnación subjetiva; y b) que la decisión sea recurrible, es decir, impugnación objetiva, el primero, denota la facultad que tienen los sujetos procesales para recurrir, estando habilitados para obrar en el proceso, es decir, reciban un agravio por medio de la resolución judicial,¹⁶⁸ y el segundo,¹⁶⁹ consiste en que las resoluciones judiciales solo pueden ser impugnadas por los medios y formas establecidas por la ley.

3.1.5.1. Recurso de revocatoria

El recurso de revocatoria tiene por objeto la corrección de las infracciones cometidas en la adopción de resoluciones, tanto respecto de la apreciación de los hechos que fundamentan la aplicación de la norma procesal de que se trate, como de la interpretación y aplicación de esta última y de sus efectos. Lo que en él se resuelve son cuestiones de tramitación o incidentales dentro del procedimiento y por tanto no afecta a la cuestión controvertida de fondo.¹⁷⁰

Su objeto será la modificación o revocación de un auto o decreto, y puede ser interpuesto por cualquier parte que resulte agraviada, para que el juez o magistrado que dictó la resolución considerada errónea, la deje sin efecto. Las características del recurso de revocatoria son: a) se interpone ante el

¹⁶⁸ Ivonne Emelina Avilés Argueta et al., “Los recursos ordinarios en el Código Procesal Civil y Mercantil” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2012), 61-62.

¹⁶⁹ *Ibíd.* 60.

¹⁷⁰ *Ibíd.* 123.

mismo tribunal que dictó la resolución impugnada;¹⁷¹ b) cuestiona generalmente la legalidad de las providencias judiciales; ¹⁷² y c) es un recurso ordinario;¹⁷³ no requiere mayores requisitos que los establecidos doctrinariamente para la interposición de los recursos: a) la existencia de una resolución judicial; b) que ésta cause agravio; y c) la legitimación del recurso. En la doctrina se exponen otras características, no siendo necesaria exponerla en esta investigación, por no ser objeto de la misma.

Ley de Protección al Consumidor no regula un acápite del recurso de revocatoria, pero si existe disposición que lo regula, en la cual establece que si la denuncia fuera declarada inadmisibile, la resolución que se pronuncie admitirá recurso de revocatoria, el cual se tramitará de acuerdo a las reglas del derecho común;¹⁷⁴ se hace alusión al recurso de revocatoria que desarrolla el Código Procesal Civil y Mercantil, siendo necesario aplicar esa normativa para interponer el recurso en análisis, ¹⁷⁵ debido a lo anterior es menester examinar lo que manifiesta el Código Procesal Civil y Mercantil sobre el recurso.

¹⁷¹ El recurso será resuelto por el propio juzgado o tribunal que hubiera dictado la resolución que se impugna a efectos de que se declare la ilegalidad de una resolución -por ser contraria a norma o garantía procesal- y la consiguiente ineficacia de la misma. La Revocatoria está prevista tanto en la tramitación judicial o una resolución administrativa; en ambos casos se presenta ante la misma autoridad que dictó el auto; si el recurso se resuelve positivamente se dicta un nuevo auto, o se "repone" el acto administrativo mediante una nueva resolución.

¹⁷² Este recurso se reduce a cuestiones de mera legalidad, ya que se sustenta en el examen del Derecho, no de los hechos "(...) en el se hará constar la infracción legal que se estime cometido" Art. 504 CPCM.

¹⁷³ Su configuración no exige requisitos especiales, como sucede con el recurso extraordinario de casación, ya que éste exige identificar una causa general y un punto específico de casación. El recurso de revocatoria tiene como finalidad la impugnación de resoluciones dictadas para impulsar la tramitación procesal y que no ponen fin al proceso.

¹⁷⁴ Arts. 109 de la Ley de Protección al Consumidor.

¹⁷⁵ La Ley de Protección al Consumidor al referirse al recurso de revocatoria tanto en el artículo 109 y 147 ambos en el inciso último, manifiestan que el trámite del recurso de revocatoria se realizara conforme al derecho común, la forma de interposición, los plazos de interposición, las reglas de admisibilidad e inadmisibilidad, etcétera.

En el derecho civil cuando se declara inadmisibile la demanda,¹⁷⁶ se hace a través de un auto definitivo, y como resultado pone fin al proceso; contra ese auto, la ley permite interponer el recurso de revocatoria, ahora bien, al hacer una comparación con la Ley de Protección al Consumidor en el artículo 109 inciso último, sucede la misma situación cuando se declara inadmisibile la denuncia, porque se hace a través de un auto definitivo y la ley permite interponer el recurso en análisis.

El recurso de revocatoria se interpone por escrito, en el plazo de tres días después de notificada la resolución, y se puede interponer de forma oral en el mismo momento que se dicta la misma, si se interpuso el recurso en audiencia, el juez o tribunal resolverá de forma inmediata y la audiencia continuará su curso.

Los requisitos de forma para interponer el recurso de revocatoria es la infracción legal y la explicación sucinta, es decir, en el escrito se debe establecer la infracción legal o la norma procesal infringida y un resumen fundamentando el recurso (explicación sucinta) y si el escrito no reúne esos requisitos se declara improponible sin ningún otro trámite.

3.1.5.2. Recurso de nulidad

Entre los medios alternos de solución de controversias que establece la Ley de Protección al Consumidor, se encuentra el arbitraje y contra el laudo arbitral que pone fin a la controversia, la ley admite el recurso de nulidad;¹⁷⁷ este se interpondrá por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del laudo arbitral o de la providencia por medio de la cual se

¹⁷⁶ *Ibíd.* Art. 278.

¹⁷⁷ Cabe aclarar, que todo lo referente al recurso de nulidad que adopta la Ley de Protección al Consumidor, es retomado de forma íntegra (con unas pequeñas variantes) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje desarrollado en el Capítulo V titulado "De los recursos". D.O. No 203, T. 385, 30 de octubre de 2009; D. O. N° 153, Tomo N° 356, Fecha: 21 de agosto de 2002.

aclara, corrige o adición. Dicho recurso sólo procederá por las causales - *numerus clausus*-, que establece la Ley¹⁷⁸.

En el escrito de interposición no necesariamente debe hacerse la sustentación;¹⁷⁹ bastará indicar la causal o causales en que se funda, siendo esta formalidad de carácter obligatorio; pues servirá para que el tribunal ante quien se interpone pueda avocar el recurso o rechazarlo; dicho recurso se interpondrá directamente ante la Cámara de Segunda Instancia con competencia en materia civil y de la jurisdicción del lugar donde se dictó el laudo.¹⁸⁰

Recibido el escrito de interposición del recurso de nulidad, la Cámara puede tomar dos decisiones: 1) rechazar el recurso cuando aparezca de manifiesto que el mismo fue presentado fuera del tiempo previsto para su presentación, es decir, fuera de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia por medio de la cual se aclara, corrige o adiciona¹⁸¹ y cuando la causal o causales que se invocan, no corresponden a las previstas taxativamente por la Ley; y 2) admitirlo cuanto éste cumpla con los presupuestos antes expresados.

En la misma providencia, en la cual la Cámara se avoque al conocimiento del recurso, se correrá traslado a las partes, dentro de cinco días hábiles al

¹⁷⁸ “El recurso deberá interponerse por escrito y sólo procederá por las causales que de manera taxativa se establecen en la presente ley” Art. 138 inc. 2 en relación al Art. 139 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁷⁹ “En la providencia por medio de la cual la Cámara se avoque al conocimiento del recurso, si éste resultare procedente, ordenará el traslado sucesivo por cinco días hábiles al recurrente para que lo sustente” Art. 140 Inc. 2 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁸⁰ “(...) Su trámite corresponderá a la Cámara de Segunda Instancia con jurisdicción en lo civil del lugar donde se dictó el laudo y en San Salvador corresponderá a la Cámara Primera de lo Civil”. Art. 138 Inc. 2 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁸¹ “La Cámara de Segunda Instancia competente rechazará el recurso de nulidad cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.” Art. 140 Inc. 1 Ley de Protección al Consumidor.

recurrente para que lo sustente y a la parte contraria para que presente su alegato, una vez evacuado el traslado, se decreta la práctica de pruebas cuando se estimen conveniente, luego a juicio de la Cámara de Segunda Instancia, se decidirá el recurso en un plazo de diez días.¹⁸²

la decisión que emita la Cámara de Segunda instancia, dependerá de la causal que prospere; cuando es cualquiera de las comprendidas en los literales a), b),c), e), y f) del artículo 139 de la Ley, se declarará la nulidad del laudo; en los demás casos, la Cámara de Segunda Instancia ordenará al tribunal arbitral que efectuó las correcciones o adiciones del caso, y contra estas providencias no cabrá recurso alguno, incluso el de casación.¹⁸³ La certificación del laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada y deberá ser expedida por la Defensoría del Consumidor.

3.1.6. Sanciones

La Ley de Protección al Consumidor, clasifica las multas en infracciones leves, graves y muy graves, las primeras se sancionarán con multa hasta de cincuenta salarios mínimos mensuales urbanos en la industria; las segundas se sancionarán con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria; y las ultimas se sancionarán con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.¹⁸⁴ Para la determinación de la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud,

¹⁸² “Efectuado el traslado y practicadas las pruebas necesarias a juicio de la Cámara de Segunda Instancia, se decidirá el recurso en un plazo de diez días” Art. 141 Inc. 1 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁸³ “Contra la providencia de la Cámara de Segunda Instancia no podrá interponerse recurso alguno, incluso el de casación.” Art. 141 inc. 3 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁸⁴ Véase los Arts. 45, 46 y 47 Ley de Protección al Consumidor.

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 el caso.¹⁸⁵

La cuantía de la multa, que deba imponerse al proveedor que resultare culpable de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, nunca será inferior al daño causado o a lo cobrado indebidamente a consecuencia de la infracción que se le ha comprobado, sin que pueda exceder de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, asimismo, se obligará al proveedor a devolver a los consumidores lo que éstos hubieren pagado indebidamente por el bien o servicio.¹⁸⁶

La Ley de Protección al Consumidor regula las llamadas sanciones accesorias, a saber: 1) decomiso; 2) destrucción de mercadería vencida, adulterada o deteriorada, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor; 3) retiro o cesación definitiva de la publicidad; 4) medidas tendientes a rectificar o corregir los efectos producidos por la publicidad

¹⁸⁵ A manera de ejemplo se exponen los criterios que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en su sentencia con referencia 719-11, emitida a las nueve horas con cuarenta y un minutos del día treinta de septiembre de dos mil once, toma en cuenta para determinar la sanción a la sociedad infractora: “en el caso que nos ocupa, para establecer el monto de la sanción se ha tomado en cuenta que la proveedora es una persona jurídica; asimismo, la afectación patrimonial causada a la consumidora que se materializó en el pago de la cantidad de ciento treinta y cinco dólares (\$135.00) en concepto de envío por un televisor que fue entregado con daños; además, debe tomarse en cuenta que dicho aparato, con un valor de aproximadamente trescientos cincuenta dólares (\$350.00), aún se encuentra en poder de la proveedora denunciada, sin que conste a la fecha que se le haya brindado a la consumidora una solución al problema, ni que el televisor hubiese sido repuesto ”

¹⁸⁶ “es necesario tener presente que, para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto hay obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.” Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1595-14* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

declarada ilícita; y 5) cierre temporal del establecimiento comercial por un plazo máximo de seis meses y la inhabilitación del comerciante por el mismo período.¹⁸⁷ Las multas que se imponen en el procedimiento sancionatorio, ingresan al Fondo General de la Nación,¹⁸⁸ en razón de que la actividad financiera del Estado busca recaudar los fondos para satisfacer las necesidades de la colectividad.

3.2. Medios alternos de solución de controversias

En la Ley de Protección al Consumidor, se establecen medios alternos de solución de controversias, con la cual se pretende proteger los derechos de los consumidores y que estos puedan denunciar lo concerniente a la violación de aquellos; asimismo se otorgue la oportunidad a las empresas, para que puedan presentar sus alegatos y terminar de manera amigable la controversia generada.

3.2.1. Avenimiento

Es el acuerdo que logran directamente las partes de un proceso, en virtud del cual le ponen fin a su conflicto pendiente de resolución judicial, expresándolo así al tribunal que está conociendo de la causa.¹⁸⁹

El avenimiento es la acción y efecto de avenir o avenirse, conciliación, mediación, transacción.¹⁹⁰ Previo a activarse este mecanismo, debe existir una denuncia por parte del consumidor, que se considere afectado en sus derechos o intereses legítimos por actuaciones de proveedores de bienes o servicios que contravengan la ley.

¹⁸⁷ Art. 50 y 51 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁸⁸ Las multas ingresan al Fondo General de la Nación a través de cualquiera de las Colecturías del Servicio General de Tesorería o en las Agencias Bancarias del Sistema Financiero, debidamente autorizadas por el Ministerio de Hacienda.

¹⁸⁹ Juan Colombo Campbell, *Jurisdicción en el derecho chileno*, (Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991), 20.

¹⁹⁰ Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 39.

Una vez recibida la denuncia y calificada la procedencia del reclamo, se le propone a las partes un avenimiento, aplicando un mecanismo en el que se haga uso de cuanto medio se estime adecuado;¹⁹¹ en la actualidad existen medios por los cuales se pueden contactar a las partes en conflicto, uno de ellos es por vía telefónica, o por correos electrónicos, los cuales son medios donde se puedan realizar los actos de comunicación más rápido que de forma personal.

Al procurar un avenimiento, se deben de tomar en cuenta los principios básicos como: la equidad y la justicia, en este caso, el papel que juega la Defensoría del Consumidor es únicamente, acercar a las partes de forma directa, sin mediación de esta, con el fin que sean ellas las que lleguen al acuerdo que más convenga.

El avenimiento no se trata de una contienda con el ánimo de derrotar a la otra parte, o sacarle ventajas perjudiciales, por el contrario, se trata de repartir los intereses entre las partes, para que haya beneficio mutuo entre ellas; pero si este medio no funciona, el consumidor denunciante tiene la potestad de ratificar la denuncia, a fin que se busque otro medio de solución para dirimir la controversia.

Existen dos supuestos para que el denunciante ratifique su denuncia y se siga el procedimiento de ley, estos son: a) si no se resuelve la controversia planteada; y b) la solución aceptada no se cumple en tiempo y forma, teniendo en cuenta lo anterior, el denunciante deberá ratificar su denuncia por cualquier medio, a fin que se dé inicio a las diligencias consiguiente.¹⁹²

¹⁹¹ “Recibida la denuncia, se calificará la procedencia del reclamo y se propondrá a las partes un avenimiento inmediato basado en la equidad y justicia, aplicando un mecanismo en el que se haga uso de cuanto medio se estime adecuado.” Art. 110 Inc. 1 Ley de Protección al Consumidor.

¹⁹² Art. 110 Inc. 3 Ley de Protección al Consumidor.

En este caso, la Defensoría del Consumidor, está obligada a abrir espacios vía medios alternos para solucionar la controversia, velando porque los derechos vulnerados del consumidor no queden sin reparación; en la práctica, el avenimiento,¹⁹³ es utilizado como un mecanismo rápido para solucionar los conflictos; y si bien es cierto dentro de la estructura de la ley, el avenimiento se enmarca dentro de los medios alternos de solución de conflictos, este funciona como un paso previo a dichos medios.

3.2.2. Conciliación

La conciliación, es una forma autocompositiva de solución de controversia, donde las partes buscan solucionar el conflicto presentando propuestas con intervención de un conciliador quien también propone, pero no impone la solución. Existen dos supuestos para que proceda la conciliación: 1) cuando exista petición expresa del consumidor y 2) si una vez intentado el avenimiento sin ningún resultado satisfactorio, las partes no soliciten la mediación o el arbitraje.¹⁹⁴

El consumidor al momento de iniciar un procedimiento, en contra de un agente económico, puede solicitar que directamente se ventile el conflicto en un procedimiento conciliatorio y obviar el avenimiento; pero si se sometió al avenimiento y no obtuvo resultados favorables, el consumidor puede solicitar someterse a la mediación o arbitraje, si no se manifiesta esta solicitud se procede a seguir con la conciliación.

La Defensoría dentro de los cinco días siguientes, designará a un funcionario para que actúe como conciliador y citará a las partes señalando lugar, día y

¹⁹³ El avenimiento es uno de los medios más efectivos y más utilizados por la Defensoría del Consumidor para resolución de conflictos, pues es manejado vía telefónica, obteniendo buenos resultados para las partes.

¹⁹⁴ Art. 111 Inc. 1 Ley de Protección al Consumidor.

hora para la comparecencia a la audiencia conciliatoria,¹⁹⁵ quienes podrán hacerlo personalmente o por medio de apoderado con facultad expresa para conciliar; haciéndose constar en acta el resultado de la misma.¹⁹⁶ En caso de acuerdo conciliatorio, éste producirá los efectos de la transacción¹⁹⁷ y la certificación del acta tendrá fuerza ejecutiva;¹⁹⁸ el arreglo conciliatorio entre el proveedor y el consumidor, no significa aceptación de responsabilidad administrativa de aquél.

Para la realización de la audiencia conciliadora, la ley permite que se pueda citar hasta dos veces a las partes; teniendo dos consecuencias su incomparecencia por segunda vez, las cuales son: 1) de no asistir el proveedor por segunda vez sin causa justificada, se presumirá legalmente como cierto lo manifestado por el consumidor; y 2) en caso que el consumidor no asista por segunda vez a la audiencia de conciliación y no presente justificación, se tendrá por desistido el reclamo y se archivará el expediente, no pudiendo éste presentar otro reclamo por los mismos hechos.

Las consecuencias para el consumidor son muy graves, debido a que pierde el derecho de volver a presentar la denuncia, en atención que desiste de la

¹⁹⁵ La legislación salvadoreña manifiesta que se tienen que convocar a una audiencia conciliadora, lo mismo manifiesta la Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, solo que permite que se realice por medio telefónico “Artículo 111 Inc. 2. La conciliación podrá celebrarse vía telefónica o por otro medio idóneo, en cuyo caso la Procuraduría o las partes podrán solicitar que se confirmen por escrito los compromisos adquiridos”

¹⁹⁶ Art. 69 del Código Procesal Civil y Mercantil en relación al Art. 111 Inc. 2 de la Ley de Protección al Consumidor

¹⁹⁷ El artículo 111 Inc. 3 de la Ley de Protección al Consumidor se relaciona con el artículo 2206 del Código Civil por la figura de la transacción, el cual literalmente reza: “La Transacción produce efecto de cosa juzgada...”, es menester hacer las siguiente aclaración, ya que la transacción es vista como un contrato y puede ser atacada por vía de nulidad, por otro lado la sentencia puede ser atacada por vía de recurso, además la sentencia es un título ejecutivo de ahí que la transacción que regula la Ley de Protección al Consumidor con respecto a la certificación del acta tienen fuerza de ejecutiva.

¹⁹⁸ Para hacer efectiva la conciliación, no habiéndose cumplido de forma voluntaria los acuerdos que tomaron las partes, se puede iniciar un proceso ejecutivo mercantil, para hacer efectivos dichos acuerdos.

misma; por otra parte, si el proveedor no justifica su incomparecencia, se remite el expediente al Tribunal Sancionador, para que se inicie el procedimiento que corresponde.¹⁹⁹

La ley establece un plazo perentorio de tres días contados a partir de la fecha de la audiencia, para presentar la justificación por incomparecencia; la normativa expresamente manifiesta que los días son contados; cuando la ley no hace esta salvedad se debe entender días hábiles.

En el acto de la conciliación, el funcionario delegado por la Defensoría del Consumidor, actuará como moderador de la audiencia, oír a ambas partes y pondrá fin al debate en el momento que considere oportuno; hará ver a los interesados la conveniencia de resolver el asunto en una forma amigable; pero si no llegaren a un acuerdo, les propondrá la solución que estimen equitativa, debiendo los comparecientes manifestar si la aceptan total o parcialmente o si la rechazan.²⁰⁰

3.2.3. Mediación

La mediación se caracteriza por ser informal, ello implica que su desarrollo no está sujeto a reglas especiales, pero no es totalmente ajeno a ellas; se establecen reglas mínimas de actuación que condicionan el desempeño de los sujetos involucrados y que de antemano indicara el mediador; este mecanismo es flexible, al permitir al mediador moverse en un amplio sector limitado por formalidades mínimas. Las características de la mediación son: flexibilidad, informalidad, confidencialidad y agilidad.²⁰¹

Procederá la mediación cuando el consumidor la solicite de manera expresa; en consecuencia, la Defensoría del Consumidor, dentro de los cinco días

¹⁹⁹ Art. 112 Inc. 2 Ley de Protección al Consumidor.

²⁰⁰ *Ibíd.* Art. 113.

²⁰¹ De la Ruya, Efectividad del Procedimiento Sancionatorio, 298.

siguientes designará inmediatamente un mediador, que será un facilitador de la comunicación entre las partes; este pasara a citar a las partes, para la realización de la audiencia.²⁰²

Las audiencias también puede ser sesiones; la ley establece *grosomodo* la forma de proceder, pero una de las características de este medio de solución de controversia es la informalidad, es decir, que la audiencia o sesión pueden ser muy sencillas, de aquí que el mediador podrá celebrar audiencias privadas con cada uno de los interesados, previa comunicación y consentimiento de las partes;²⁰³ aunque el procedimiento sea informal el mediador tiene una gran responsabilidad y debe actuar respetando los principios de confidencialidad e imparcialidad.

En caso de acuerdo total o parcial se levantará acta, la cual producirá los efectos de la transacción; la certificación que de ella extienda la Defensoría del Consumidor tendrá fuerza ejecutiva. Para realizar la mediación y arbitraje, la Defensoría también podrá celebrar convenios con otras entidades públicas y universidades que tengan Centros de Mediación y Arbitraje, quienes deberán cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la ley y el reglamento.

Los medios alternos de solución de controversia, conllevan una gran ventaja, debido a que es una resolución pronta y menos costosa que la vía judicial, de ahí que se estima la solución de un conflicto por medio del avenimiento en 15 días y la conciliación en 20 días.

²⁰² Arts. 115 Inc. 2 y 116 Inc. 1 Ley de Protección al Consumidor.

²⁰³“El mediador podrá celebrar audiencias privadas con cada uno de los interesados previa comunicación y consentimiento de la otra parte. Durante todo el procedimiento de mediación, los mediadores deberán respetar los principios de confidencialidad e imparcialidad” Art. 116 Inc. 2 Ley de Protección al Consumidor.

3.2.4. Arbitraje ²⁰⁴

El arbitraje es la solución del litigio mediante un procedimiento seguido ante el juez estatal como también por entes de carácter privado que es el árbitro; este estudiará el asunto y dará su opinión, dará la solución del conflicto, al cual se le denomina laudo arbitral.²⁰⁵ Por su parte, la jurisprudencia manifiesta que “el arbitraje es un método heterocompositivo que puede ser de derecho o de equidad, de acuerdo a la decisión que al respecto adopten las partes”.²⁰⁶

El arbitraje como figura heterocompositiva, conlleva la característica del tercero imparcial, el cual resolverá por su voluntad y de conformidad con un procedimiento predeterminado por la ley; puede suponer un órgano público o privado, nacional o internacional.²⁰⁷ La Ley de Protección al Consumidor regula que al no haber solución en la conciliación o mediación, se propondrá a los interesados que el conflicto sea sometido a arbitraje; este será gratuito para las partes, salvo que estas decidan contratar árbitros, en cuyo caso asumirán el costo de los mismos.²⁰⁸

El laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes, quienes deberán cumplirlo dentro de los quince días siguientes a

²⁰⁴ Rivas López, Efectividad del Procedimiento Sancionatorio, 86. En una entrevista elaborada al licenciado Douglas Yanes por Mirna Isabel Rivas, en su calidad de Colaborador Jurídico de la Defensoría del Consumidor, el día 06 de diciembre del 2012, dicho licenciado señalaba que en el año 2009, nace un convenio para la acreditación de árbitros, sin embargo en El Salvador no se había dado ningún caso en donde se resolviera un conflicto por medio del Arbitraje; posteriormente en el año 2011, se creó el instructivo del arbitraje con el cual dio nacimiento a este mecanismo como tal y a finales del año 2012 la Defensoría del Consumidor tenía en trámite siete casos en donde se trataran de resolver por la vía del arbitraje.

²⁰⁵ Cipriano Gómez Lara, *Teoría General del Proceso*, 9ª ed. (México: Oxford, 2000), 23.

²⁰⁶ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucional, Referencia: 11-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

²⁰⁷ Quinteros, *Teoría general del proceso*, Tomo I, 8.

²⁰⁸ Art. 120 Ley de Protección al Consumidor.

la notificación;²⁰⁹ la certificación del laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada.²¹⁰ Si las partes no cumplen el laudo arbitral se debe iniciar las diligencias de ejecución forzosa que desarrolla el derecho común, ante los juzgados mercantiles.

“El Arbitraje es un medio alternativo de suma importancia, para la solución de los conflictos utilizado frecuentemente en el Derecho, pero en el caso salvadoreño, en el campo del Derecho del Consumidor, el Arbitraje es el último medio de solución pacífica, que disponen las partes, para llegar a un arreglo, antes que se materialice o se active el proceso sancionatorio; aunque las partes pueden de común acuerdo solicitar un arbitraje, sin que se hubiere realizado una conciliación o mediación previa.”²¹¹

3.3. Procedimiento sancionador

La jurisprudencia manifiesta “que el procedimiento administrativo sancionador al igual que el proceso penal, no son más que una especie del género; de tal suerte, que el Derecho Administrativo Sancionador, ha llegado a todas las disciplinas jurídicas de la administración, por ende, se encuentra indudablemente atado a los principios de legalidad, culpabilidad, y *non bis in idem*.”²¹²

²⁰⁹ “El laudo arbitral y cualquier otra decisión del tribunal deberá ser fundamentada o motivada y se tomará por mayoría; el voto en contra deberá ser razonado.” Art. 135 Inciso Ultimo de Ley de Protección al Consumidor.

²¹⁰ Art. 142 Ley de Protección al Consumidor.

²¹¹ Rivas López, Efectividad del procedimiento sancionatorio, 84.

²¹² Es así, que en la actividad sancionadora de la Administración Pública, el procedimiento legal a seguir en la imposición de sanciones, ha de ser considerado como una garantía de los derechos fundamentales de la persona; de cuya protección no puede privarse al administrado, sin vulnerar con ello, lo prescrito en la Constitución; ya que de producirse, esta actuación devendría en una indudable indefensión del administrado. Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia Definitiva, Referencia: 435-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

3.3.1. Inicio del Procedimiento

Existen dos formas por medio de las cuales puede iniciarse el procedimiento sancionatorio: a) de oficio, y b) denuncia; la primera es cuando la Presidencia de la Defensoría del consumidor, remite una denuncia al Tribunal Sancionador en defensa de intereses colectivo²¹³ de los consumidores y cuando tuviere conocimiento de la conducta infractora por cualquier medio, como el aviso de un consumidor, los periódicos, publicidad vista en la calle, entre otros casos; y la segunda por la remisión de la certificación del Centro de Solución de Controversias al Tribunal en caso de falta de acuerdo en los medios alternos de solución de controversias o por haber desistido las partes de acudir a ellos, la misma va derivada desde la presidencia a través de la dirección jurídica hacia el Tribunal Sancionador.

Es así que el procedimiento sancionatorio se inicia:²¹⁴ a) cuando alguna de las partes haya desistido de someter el conflicto a alguno de los medios alternos de solución de controversias; b) si se tratare de intereses colectivos o difusos; c) si tratándose de intereses individuales no hubo arreglo en la mediación o conciliación; y d) al tener la Defensoría conocimiento de la infracción por cualquier medio.

Para iniciar el procedimiento sancionatorio no se necesita un pre requisito, es decir, las partes pueden negarse a someterse a los medios de solución de controversias; el literal a) del artículo 143 LPC manifiesta “cuando alguna de las partes haya desistido de someter el conflicto a alguno de los medios alternos de solución de controversias”, este siempre iniciara con el avenimiento, luego la conciliación, la mediación y arbitraje, pero las partes puede desistir en cualquier etapa de los medios alternos.

²¹³ Art. 53 Ley de protección al Consumidor.

²¹⁴ *Ibíd.* Art. 143

Por otra parte, la jurisprudencia manifiesta que dar por finalizado la controversia planteada mediante los medios alternos de solución de conflicto es una potestad únicamente del consumidor; en ese sentido, “se advierte que la posibilidad de solicitar el fin de la controversia planteada mediante los distintos medios alternos de solución de conflictos es una potestad atribuida al consumidor afectado (...)”²¹⁵

Con el propósito de complementar la idea anterior el literal c) del artículo 143 manifiesta que si tratándose de intereses individuales no hubo arreglo en la mediación o conciliación, se inicia el procedimiento sancionatorio; se aclara que el artículo omite manifestar sobre el avenimiento y el arbitraje, debido a que en el primero es un acercamiento telefónico y el segundo, por el hecho que el laudo arbitral conlleva los efectos de la sentencia.

En los casos de los literales “a” y “c” del artículo en análisis, el procedimiento se iniciará con la certificación, que a efecto remita el Centro de Solución de Controversias de la Defensoría del Consumidor, el que deberá ser remitido en un plazo máximo de diez días contados desde la última audiencia con el consumidor, es decir, que en estos dos literales, son los casos donde el consumidor denuncia al proveedor por la violación de sus derechos.

En el caso de literal “b”, por denuncia escrita de la Presidenta o del Presidente de la Defensoría o por las asociaciones de consumidores acreditada; y, en el caso de literal “d”, por denuncia escrita de la Presidenta o Presidente de la Defensoría; es así que en los dos literales supra mencionados, el procedimiento inicia de forma oficiosa.

²¹⁵ Sala de lo Constitucional, *Interlocutoria-incompetencia*, Referencia: 725-2013 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

3.3.2. Admisibilidad e Inadmisibilidad de la denuncia

Recibida la denuncia, el Tribunal resolverá dentro del plazo de cinco días hábiles sobre su admisibilidad, inadmisibilidad o prevendrá si fuera necesario, teniendo en cuenta si se han aportado los elementos necesarios para imputar a una persona el presunto cometimiento de una infracción.

Si la denuncia presentada no cumple los requisitos legales establecidos en el artículo 143 de la ley, el tribunal prevendrá para que en el plazo máximo de tres días subsane lo observado; en el auto de prevención, se indicará al denunciante que, de no cumplir los requisitos exigidos, se declarará inadmisibles la denuncia, quedando a salvo el derecho de presentarla nuevamente.²¹⁶

Una vez admitida la denuncia, se citará al proveedor para que ejerza su derecho de defensa por escrito, dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de admisibilidad de la denuncia, en el cual podrá plantear los argumentos que considere necesario.

Cabe aclarar que el Tribunal puede declarar inadmisibles una denuncia, si ésta recae sobre asuntos que no constituyan materia de protección al consumidor, por ejemplo, situaciones que recaigan en asuntos penales, de familia, o meramente civiles, si es declarada inadmisibles, le queda a salvo el derecho al denunciante para presentar nueva denuncia si fuera procedente, tal como lo regula el artículo 144 de la Ley de Protección al Consumidor “(...), se declarará inadmisibles la denuncia, quedando a salvo su derecho de presentar nueva denuncia si fuere procedente.”; La comparecencia de las partes interesadas en los diversos procedimientos ante la Defensoría del

²¹⁶ Art. 144 Ley de Protección al Consumidor.

Consumidor, podrá realizarse personalmente o por medio de representante o apoderado como *supra* se explicó.

3.3.3. Apertura a pruebas

Caducado el término de la comparecencia, se abrirá a prueba por ocho días, en el cual podrán presentar o solicitar prueba que estimen pertinente;²¹⁷ la ley permite que se realicen diligencias para mejor proveer²¹⁸ por parte del tribunal, es decir, una excepción al principio de aportación de prueba,²¹⁹ su finalidad en todo caso, no es la de suplir la negligencia de las partes en su carga de proposición de pruebas, sino la de auxiliar al propio tribunal en la intelección de las pruebas ya practicadas, cuando alguna arroja dudas.²²⁰

Las pruebas aportadas en el procedimiento, serán apreciadas según las reglas de la sana crítica; Couture citado por Sergio Barberio, nos da la siguiente definición: “Las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingente y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.”²²¹

La jurisprudencia puntualiza las reglas de la sana crítica, manifestando que: “las reglas de la sana crítica son las de la lógica, la psicología y la experiencia; que las reglas o principios lógicos son: la identidad, la

²¹⁷ Serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común (Art. 330 CPCM y SS.), en lo que fuere aplicable y los medios científicos idóneos (Art. 146 Inc. 3 LPC).

²¹⁸ “El tribunal deberá disponer de oficio en cualquier momento del procedimiento, la práctica de la prueba que estime procedente, dando intervención a los interesados” Art. 146 Inc. 2 Ley de Protección al Consumidor.

²¹⁹ El principio de aportación implica que la prueba es una proposición que corresponde exclusivamente a las partes, pero hay ciertas excepciones en las que el juez para mejor proveer puede introducir al proceso una prueba.

²²⁰ Juan Carlos Cabañas García, *Código Procesal Civil y Mercantil comentado de El Salvador*, 2ª ed. (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2011), 12-13.

²²¹ Sergio José Barberio et al., *Doctrina y jurisprudencia procesal civil y comercial* (Juris, Argentina, 2005.), 79.

contradicción, tercero excluido y razón suficiente; reglas que hacen que el raciocinio judicial al valorar las pruebas, se traduzca en un silogismo, consistente en el análisis de las consecuencias después de evaluar la prueba; no obstante estos principios solo nos previenen contra el posible error de juicio, pero no nos indican ni enseñan cual es la verdad o cuáles son los pensamientos verdaderos”²²²

3.3.4. Finalización del procedimiento

El tribunal, concluidas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de diez días; este no siempre se cumple por el hecho que existen casos muy complejos; las resoluciones definitivas del tribunal admitirán el recurso de revocatoria, el que se tramitará y resolverá conforme a las normas del derecho común.

Agotado este medio de impugnación y el recurrente considera que existen violaciones a sus derechos, la normativa faculta hacer uso de la vía contenciosa administrativa²²³ para que revise las actuaciones realizadas por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, a través del proceso respectivo; por otra parte se debe aclarar que el recurso de revocatoria tendrá carácter optativo para efectos de la acción contencioso administrativa.²²⁴

En relación al ejercicio de la facultad sancionadora, cada vez más las resoluciones del Tribunal Sancionador son confirmadas por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo o de la Sala de lo Constitucional, con lo cual se evidencia y

²²² Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 60-2000* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

²²³ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017), artículo 12.

²²⁴ Art. 148 Inc. 3 Ley de Protección al Consumidor.

fortalece la aplicación del procedimiento sancionatorio y la legalidad de las actuaciones realizadas por la Defensoría del Consumidor.

La Certificación de la resolución firme que imponga una sanción o que contenga una orden de dar, hacer o entregar una cosa para la reposición de la situación alterada por el ilícito administrativo, tendrá fuerza ejecutiva;²²⁵ por otra parte la ley manda al infractor que cumpla la resolución dictada en el plazo de diez días, comenzado este el día siguiente de la notificación de la sentencia.²²⁶

En materia de derechos de los consumidores, los proveedores serán sujetos de las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir,²²⁷ por el cometimiento de la acción u omisión por la que fue sancionado administrativamente.

3.4. Legislación internacional

3.4.1. México

Los Estados Unidos Mexicanos, es uno de los países que más desarrollado tiene sobre el derecho de consumo, cuya protección lo realiza a través de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), teniendo como base lo regulado en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; institución que nace de forma independiente para la protección de los consumidores.

²²⁵ Anteriormente al analizar el artículo 111 inciso 3 de la Ley de Protección al Consumidor, se desarrolló la figura de la fuerza ejecutiva, por ende, se remite a dicho análisis,

²²⁶ “Si la multa no se cumple voluntariamente, la Presidenta o Presidente de la Defensoría solicitará al Fiscal General de la República que haga efectiva la sanción conforme a los procedimientos comunes” 149 Inc. 3 LPC., en este caso se iniciaría la ejecución forzosa (Art. 551 CPCM y ss.)

²²⁷ Art. 150 Ley de Protección al Consumidor.

Una de las atribuciones de la Procuraduría Federal del Consumidor es registrar los contratos de adhesión cuando cumplan la normatividad aplicable, controlando el respectivo registro público de los mismos; en esa misma idea la legislación salvadoreña, manifiesta que la Defensoría del Consumidor podrá revisar los formularios de los contratos de adhesión de toda persona que posea la calidad de proveedor, debiendo prestar la colaboración necesaria.²²⁸

En esa línea “[l]os proveedores de servicios financieros depositarán los formularios en la institución encargada de su fiscalización y vigilancia, la que verificará conjuntamente con la Defensoría del Consumidor”²²⁹, por ende la Defensoría del Consumidor tendría que llevar un registro público de dichos contratos, como lo regula la legislación mexicana.

En la normativa mexicana “ (...) se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato”²³⁰

En la normativa salvadoreña no desarrolla en si una definición de contrato de adhesión, no obstante vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia manifiesta que “[e]l contrato de adhesión es aquél en el que una de las partes, se somete a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra. No hay margen de diálogo para modificar alguna de las cláusulas

²²⁸ Art. 31 Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

²²⁹ Art. 22 Ley de Protección al Consumidor.

²³⁰ Art. 85 Ley Federal de Protección al Consumidor (México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 1992).

impuestas por una de las partes; de ahí que, su naturaleza sea diferente a la de otros contratos, en los que pueden negociarse los términos de este.”²³¹

Por otra parte la normativa mexicana no establece una definición de cláusulas abusivas, se limita a manifestar que “[l]os proveedores no podrán aplicar métodos o prácticas comerciales coercitivas y desleales, ni cláusulas o condiciones abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos o servicios (...)”²³²; siendo como consecuencia la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, la invalidación y se tendrán por no puestas dichas cláusulas.²³³

3.4.2. España

En la legislación española, respecto a los derechos del consumidor las municipalidades y las autoridades autónomas tienen potestad sancionadora, pero teniendo presente el territorio donde se adquirió el bien o el tipo de servicio adquirido; existiendo una competencia por sectores.²³⁴

El consumidor o el agente económico que no se encuentra satisfecho con la resolución emitida, ya sea por la municipalidad o una autoridad autónoma, puede iniciar el procedimiento común²³⁵ que regula la Ley de Régimen

²³¹ Corte Suprema de Justicia, Referencia: 77-D-2012.

²³² Art. 10 inc. 2 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

²³³ No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro (...) Artículo 90. de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

²³⁴ Artículo 41 “Corresponderá a las Autoridades y Corporaciones Locales promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con la legislación estatal y, en su caso, de las Comunidades Autónomas y, especialmente en los siguientes aspectos: 6. Ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras.” Véase la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de la legislación española.

²³⁵ Artículo 1. “La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas”.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La normativa española manifiesta que la regulación específica de las cláusulas contractuales en el ámbito de los consumidores, cuando no se han negociado individualmente (por tanto también los contratos de adhesión particulares), no impide que cuando tengan el carácter de condiciones generales se regulen también por los preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación²³⁶.

La normativa en análisis determina que las cláusulas abusivas son aquellas “ (...) estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”²³⁷; se observa que la anterior definición se asemeja a la desarrollada por la Ley de Protección al Consumidor en el artículo 17, específicamente en “contra de las exigencias de la buena fe” y “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes”

Por otra parte, el carácter abusivo de una cláusula,²³⁸ según la normativa española se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa; teniendo como

²³⁶ Lorenzo Cotino Hueso, *Dossier para el III Congreso DerechoTICs*, acceso el 16 de noviembre de 2018.

http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,624/Itemid,3/
²³⁷ Art. 10 bis 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de la legislación española.

²³⁸ *Ibid.*

consecuencia la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, la nulidad de pleno derecho.

Una ventaja de la normativa española es que existe leyes para situaciones o figuras determinadas, entre las que se cuentan: a) ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios; b) ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; c) ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista; d) ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje; e) ley 34/2002, de 11 julio, Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; f) ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; y g) ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El Salvador está avanzando para lograr una completa protección a los derechos de los consumidores, creando normativas que regulen situaciones determinadas, como la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas, Ley Contra la Usura, Ley Especial de Lotificaciones y Parcelaciones para Uso Habitacional, Ley para Facilitar la Inclusión Financiera, Ley de Medicamentos y Ley de Creación del Sistema Salvadoreño para la Calidad, etc.

3.4.3. Costa Rica

En Costa Rica el máximo ente de protección al consumidor es la Comisión Nacional del Consumidor,²³⁹ así lo estipula el artículo 47 de Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Entre las

²³⁹“La Comisión nacional del consumidor no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme al artículo 42 de esta Ley, ni del resarcimiento de daños y perjuicios. Estos casos deben ser conocidos solo por los órganos jurisdiccionales competentes.” Artículo 53. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. N° 7472, de fecha 19 de diciembre de 1994.

potestades que tiene la Comisión es conocer y sancionar infracciones administrativas, en particular, tutelar los derechos de los consumidores.

En la legislación costarricense “(...) los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria”²⁴⁰. En atención a lo anterior las condiciones generales de los contratos que sean abusivas serán consideradas nulas, “[s]on abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles (...)”²⁴¹

En la legislación en análisis, es interesante la figura de las condiciones particulares, ya que son aquellas condiciones donde el consumidor puede participar en la elaboración de las mismas, y en el caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión prevalecen sobre las generales.²⁴² Los procesos que se entablen para reclamar la anulación de contratos de adhesión o el resarcimiento de daños y perjuicios en virtud de violaciones a la ley, para los cuales la Comisión Nacional del Consumidor no tiene competencia, serán conocidos solo por los órganos jurisdiccionales en materia civil, diferente a la normativa salvadoreña, porque existe un ente especializado en materia de derecho de consumidores, para conocer y aplicar el derecho, que es atreves del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.

3.4.4. Perú

La institución peruana garante de los derechos de los consumidores es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

²⁴⁰ Art. 42 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*

Propiedad Intelectual (INDECOPI), fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868; es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas.²⁴³ La legislación peruana manifiesta que en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

Es así que la normativa peruana establece que “para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa”.²⁴⁴

En la mayoría de las legislaciones el concepto de clausula abusivas tiene un denominador común que es la buena fe, y que para determinar el carácter abusivo de las clausulas se tiene que tener en cuenta a) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; b) las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y c) las demás cláusulas del mismo o de otro del que éste dependa.²⁴⁵

²⁴³ Código de Protección y Defensa del Consumidor (Perú: Congreso de la República del Perú, 2010), artículo 105.

²⁴⁴ *Ibíd.* Art. 49.2.

²⁴⁵ Art. 17 inciso último de la Ley de Protección al Consumidor.

Lo interesante del Código de Protección y Defensa del Consumidor es que desarrollan las figuras de las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y relativa, estableciéndose que las primeras son inaplicadas por la autoridad administrativa.²⁴⁶ Por otra parte, en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores, en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor²⁴⁷.

3.4.5. Guatemala

En Guatemala el instrumento jurídico que regula y vela por la protección de los consumidores es Ley de Protección al Consumidor y Usuario, la institución garante de los derechos de los consumidores es la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, como una dependencia del Ministerio de Economía, que goza de independencia funcional y técnica, con competencia en todo el territorio nacional, siendo el órgano responsable de la aplicación de la ley anteriormente mencionada. La legislación guatemalteca establece que “(...) se entenderá por contrato de adhesión aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por una de las partes, sin que la otra pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar (...),²⁴⁸ con respecto a las características la normativa desarrolla que los contratos de adhesión podrán constar en formularios ya impresos o reproducidos y deberán estar escritos en idioma español con tamaño de letra

²⁴⁶ Art. 50 al 52 Código de Protección y Defensa del Consumidor.

²⁴⁷ *Ibíd.* Art. V 2.

²⁴⁸ Art. 47 Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Decreto Numero 06-2003, publicado a página 2 de número 4, tomo 271, de fecha 11 de febrero de 2003, del Diario de Centro América.

y caracteres legibles a simple vista. Las cláusulas que no cumplan los requisitos no producirán efecto alguno para el consumidor o usuario.

Con respecto a las anteriores características, la normativa salvadoreña lo desarrolla como requisitos de los contratos de adhesión, regulado en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor. Por otra parte la normativa guatemalteca manifiesta que todo proveedor de bienes o prestador de servicios que utilice los contratos de adhesión para la formalización de las obligaciones del consumidor o usuario, deberá presentar el formato de los referidos contratos o sus modificaciones, a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor para su aprobación y registro,²⁴⁹ esta disposición es parecida a la regulada en el artículo 22 inc. 3 de la Ley de Protección al Consumidor, y el artículo 31 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

Además los contratos de adhesión de los proveedores deben ser presentados a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, en forma directa, individual o a través de asociaciones o gremiales respectivas; la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor procederá a su estudio y de ser necesario, correrá audiencia al proveedor para la discusión del contrato; a efecto de su aprobación y registro, los cuales serán de carácter público.²⁵⁰ Las cláusulas de los contratos de adhesión se interpretarán de acuerdo con el contenido literal de las mismas; en caso de duda, deberán interpretarse en el sentido más favorable al consumidor o usuario, lo que en la doctrina se conoce como *'in dubio pro consumidor'*.²⁵¹

²⁴⁹ Art. 33 Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Guatemala, 28 de noviembre de 2003. Acuerdo Gubernativo Número 777-2003.

²⁵⁰ *Ibíd.* Art. 33.

²⁵¹ *Ibíd.* Art. 49.

En conclusión, con respecto a la definición de contrato de adhesión y cláusulas abusivas de las legislaciones anteriormente analizadas, tiene como denominador común con la legislación salvadoreña, por ejemplo, en la definición de cláusulas abusivas solo se retoman la buena fe de las partes, y la causa genérica de desequilibrio entre ambas partes contratantes y con respecto a la definición del contrato de adhesión. En México realizan el registro de los contratos de adhesión siempre y cuando cumplan con la normativa aplicable, se establece en la normativa una definición sobre el contrato de adhesión, pero sobre la definición de que se entiende por cláusulas abusivas no se menciona el legislador.

Es el caso que en El Salvador, la Defensoría del Consumidor tiene la potestad de verificar y revisar los formularios de las personas ya sean naturales o jurídicas que posean la calidad de proveedor y contraten a través de esta forma, siendo que no se observa una definición de contrato de adhesión en la Ley de Protección al Consumidor, vía jurisprudencial se ha establecido una definición de contratos de adhesión.

En esa misma línea, El Salvador ha tenido avances en materia de contratos de adhesión y cláusulas abusivas, debido a que hay un control exhaustivo por parte de la Defensoría del Consumidor hacia los proveedores para que no incorporen esas condiciones y se vulneren derechos; así mismo, la Ley obliga a los proveedores que no actúen de mala fe; de igual manera el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor ha reconocido la importancia de los contratos de adhesión y la cantidad de estos que se mueven el ámbito del comercio; por lo que aún falta mucho por realizar, en cuanto se debe tener un registro de contratos de adhesión, debido a que la diversidad es amplia y muchos de ellos no son verificados a plenitud.

CAPITULO IV

**ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES RELEVANTES DEL TRIBUNAL
SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR DEL PERIODO
2011-2013, EN LA INCORPORACIÓN DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN
LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

El propósito de este último capítulo es exponer al lector, el núcleo central de esta investigación, siendo el análisis de las sentencias con referencia 139/2011, 1367/2011, 236/2011, 1591/2012 y 240/2011, que desarrollan la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y el tratamiento que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor les amerita a dichas cláusulas, basándose en la Ley de Protección al Consumidor, así como otra normativa aplicable en materia de consumo.

El contenido de este capítulo, es presentar las sentencias más relevantes del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, en la cual se desarrollan aspectos importantes del tema en estudio y como estas resoluciones han abonado a la evolución y protección a los derechos de los consumidores en el país, fortaleciendo la seguridad jurídica en materia de derechos de los consumidores.

En el presente capítulo se robustece lo desarrollado anteriormente, respecto de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión; siendo importante entrar al estudio y análisis de casos relevantes, que son parte esencial en el conocimiento de estos tipos de contratos, así como los criterios del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, formando parte de la jurisprudencia salvadoreña.

Es así como, en la Constitución de la República, no existe una base legal en la que se regule expresamente el procedimiento administrativo, pero es posible encontrarla por medio de la interpretación sistemática, como manifestación implícita del derecho constitucional a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 2 y 18 de la Constitución.²⁵²

Por otra parte, si bien el artículo 14 de la Constitución de la República, manifiesta que corresponde únicamente al Órgano Jurisdiccional la facultad de imponer penas; la autoridad administrativa, puede imponer sanciones, mediante resolución o sentencia motivada y previo el debido proceso, en ese sentido, la autoridad para sancionar en materia de consumidores es el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.

El Tribunal mencionado anteriormente, es el que conoce el derecho para aplicarlo a un caso concreto, utilizando para su fin la interpretación sistemática, la cual es aquella que interpreta la norma de forma integral. “Esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece; procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistemas del que forma parte.”²⁵³

La potestad sancionadora en materia de protección al consumidor se dirige a la calificación de ilícitos en materia de consumo, a efecto de erradicar conductas contrarias a los derechos del mismo y al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, constituyen técnicas de intervención social perfectamente habituales y sólidamente asentadas que forman parte de un genérico “*ius puniendi*” del Estado.

²⁵² Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 212.

²⁵³ Víctor Emilio Anchondo Paredes, *Métodos de interpretación jurídica*, (Universidad Autónoma de México), acceso el 13 de julio 2018, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17406/15614>.

Así, sobre la base del artículo 79 de la Ley de Protección al Consumidor, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, tiene la facultad de intervenir punitivamente²⁵⁴ en la esfera de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios, han provocado una lesión o daño en bienes o intereses considerados como fundamentales en la esfera jurídica del consumidor, siempre que esos comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.²⁵⁵

4.1. Caso 1. Salazar Romero, Sociedad Anónima de Capital Variable

La Defensoría del Consumidor a través del Tribunal Sancionador, vela por la protección de los derechos de los consumidores, apoyándose en su respectiva ley; en el caso que nos ocupa, el Tribunal Sancionador se basa en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, cabe aclarar que el catálogo de cláusulas abusivas que desarrolla el artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, no es taxativo, sino que es ejemplificativo, debido que existen criterios jurisprudencial que ha aumentado el catálogo que establece dicho artículo y por ende el Tribunal Sancionador utiliza un criterio interpretativo sistemático²⁵⁶.

²⁵⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 139-11.

²⁵⁵ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 940/11 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

²⁵⁶ Esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma, un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte. Un precepto o una cláusula deben interpretarse no de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento o del negocio en cuestión. La razón es que el sentido de una norma no sólo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas.

La sociedad Salazar Romero, sociedad anónima de capital variable,²⁵⁷ fue denunciada porque se negó a devolver lo pagado a una consumidora por hacer valer su derecho a desistir²⁵⁸ del contrato de promesa de venta de una vivienda, en razón, que posteriormente a la celebración del contrato se le informó a la consumidora que el inmueble se encontraba ubicado en una zona declarada en estado de emergencia ambiental, así como la probable inclusión de cláusulas abusivas en el contrato.

El procedimiento inició en el Centro de Solución de Controversias,²⁵⁹ y no lográndose acuerdo entre las partes, pasó a conocimiento del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor; la parte denunciante aludió que el monto de la celebración del contrato de promesa de venta, fue de cuarenta y dos mil ochocientos cincuenta y seis dólares con veintidós centavos de dólar de los Estados Unidos de América, por la cual pagó a la proveedora una prima de mil quinientos dólares con cincuenta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América y una primera cuota de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América.

4.1.1. Inclusión de cláusulas abusivas en documentos contractuales

“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,”²⁶⁰ teniendo presente la definición de cláusula abusiva, es importante resaltar que las

²⁵⁷ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 139-11.

²⁵⁸ “(...)el desistimiento es: la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor, de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la Ley, en el lapso existente entre la fecha que se perfeccionó el contrato, y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor” Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

²⁵⁹ Art. 108 Ley de Protección al Consumidor.

²⁶⁰ Art. 17 Ley de Protección al Consumidor.

contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión o, como modernamente se denominan condiciones generales de contratación.

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor desarrolla que la interpretación del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato, suscrito entre proveedor y consumidor deberá realizarse considerando las circunstancias concurrentes al momento de la celebración, la totalidad de las condiciones contractuales y la naturaleza de los bienes y servicios.²⁶¹

4.1.2. Características de las cláusulas abusivas

4.1.2.1. Unilateralidad

Es la “que impone obligaciones a una sola de las partes”²⁶². En ese sentido, los contratos de adhesión o las condiciones generales de contratación se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, en cuanto que el consumidor generalmente posee una escasa capacidad de influencia sobre su contenido; esta situación justifica su control administrativo o judicial, 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.²⁶³

4.1.2.2. Desventaja

Las características más importantes de estos tipos contractuales están relacionadas con la posición asimétrica que en la relación jurídica se ubican los contratantes, lo que implicaría cierta ventaja en términos de la capacidad de una parte -el proveedor- para imponer a la otra -el consumidor- el

²⁶¹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

²⁶² Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, 970.

²⁶³ *Ibíd.*

contenido del contrato, con el resultando que el consumidor solo puede aceptarlo o rechazarlo, en el marco de la conveniencia, necesidad o urgencia que pueda tener de contratar ciertos bienes o servicios; e, incluso de demandar servicios de cierto proveedor específico que considera el más conveniente por razones de precio, capacidad, servicio o cualquier otra.

4.1.2.3. Imposición

Esta característica viene de la mano con la unilateralidad, debido a que el consumidor tiene pocas o ninguna posibilidad de negociar las cláusulas de un contrato. Es una característica definitoria de los contratos de adhesión ya que este tipo de cláusulas son impuestas por la parte más fuerte y el consumidor o usuario no puede modificarlas; cabe destacar que el proveedor impone las cláusulas con el objeto de que el consumidor cumpla al pie de la letra las obligaciones contractuales, aun que aquel no cumpla las suyas.

Por otra parte, es importante resaltar que la mayor desventaja que tiene el consumidor es que la imposición de estos tipos de cláusulas afecta la libertad contractual; respecto a esta la jurisprudencia manifiesta que el principio de autonomía de la voluntad, reside en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente.

En esa misma línea, ²⁶⁴ “(...) en materia de contratos la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas (...) y siendo una de las principales formas de interacción voluntaria en el intercambio interpersonal, es posible afirmar que la libertad de contratación es la libertad de imponer limitaciones a nuestra conducta futura, es decir, la posibilidad de

²⁶⁴ Sala de lo Constitucional, Referencia: 121-2007.

regular y establecer restricciones de manera voluntaria, siempre dentro del marco constitucional”

En materia de consumo, se ha manifestado que existe una crisis en la autonomía de la voluntad, en razón que una de las partes impone de forma unilateral su voluntad a la otra que necesita adquirir un bien o solicita la prestación de un servicio, por lo que, se crea una desventaja entre el consumidor y el agente económico o proveedor.

A lo anterior, es de agregar que, aunque en el derecho de consumo, la autonomía de la voluntad queda reducida por el hecho que el consumidor no puede negociar algunas condiciones con el proveedor, si puede negociar otras, pero teniendo presente, que, aunque se puedan negociar algunas cláusulas, los contratos seguirán teniendo la categoría de “Adhesión”.

4.1.3. El desistimiento en la Ley de Protección al Consumidor

Como anteriormente se ha mencionado la jurisprudencia define que el desistimiento es: “la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor, de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la ley, en el lapso existente entre la fecha que se perfeccionó el contrato, y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor”²⁶⁵

En el presente caso, la denunciante suscribió con Salazar Romero Sociedad Anónima de Capital Variable un contrato de promesa de venta, no obstante se advierte, que en una cláusula del contrato se estipulaba, que en caso de desistimiento, las cuotas pagadas por el consumidor a cuenta del precio del

²⁶⁵ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

inmueble, quedarían en poder del proveedor como canon mensual de arrendamiento, siendo que las partes celebraron un contrato de promesa de venta, y no se encontraba en el contrato, cláusulas que permitieran identificar que la voluntad de las partes era dar en arrendamiento la vivienda, no estableciéndose cánones por el uso y goce del bien.²⁶⁶

Al respecto, debe destacarse que el derecho conferido al consumidor en el artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor,²⁶⁷ en puridad regula un supuesto de resolución unilateral del contrato, pues cuando el promitente comprador desiste del contrato celebrado, este queda resuelto, extinguiéndose sus efectos, por lo que, no cabe la posibilidad de una mutación de su naturaleza, es lo que sucede según el presente caso, debido a que la naturaleza de un contrato solo puede modificarse por la voluntad expresa de las partes y cuando el contrato inicialmente celebrado se encuentre vigente.

De ahí que la cláusula en comento desnaturaliza el contrato inicialmente celebrado, debido a que la voluntad de las partes ha sido la de transferir el dominio del inmueble, una vez cumplidas las condiciones para que se celebre el contrato convenido, y no únicamente permitir el uso y goce de este. En este sentido, tal disposición provocó un desequilibrio en los derechos de la consumidora, pues, se modificó la naturaleza del contrato

²⁶⁶ Dicha cláusula dice de la siguiente manera: "El desistimiento por parte del prometido, tendrá como consecuencia... b) que el prometido cancelará a la promitente, la cantidad de setecientos treinta dólares con sesenta y dos centavos de dólar de los Estados Unidos de América, en concepto de canon mensual de arrendamiento, por cada uno de los meses comprendidos desde la fecha de la firma del presente contrato, hasta la firma de la resciliación del mismo"

²⁶⁷ Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado, pero podrá retener en concepto de gastos administrativos, una cantidad que no podrá exceder del monto que resulte de calcular el interés legal mercantil sobre la cantidad entregada, bien en concepto de prima, anticipo o precio total. el interés se calculará teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha que se realizó el pago y la fecha en la que se desistió del contrato.

celebrado ante su desistimiento, facultando a la proveedora a retener las cantidades pagadas a cuenta del precio en concepto de arrendamiento; en otras palabras, la inclusión de dicha cláusula en el contrato volvió nugatorio el derecho concedido al consumidor en el artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor, de desistir del contrato suscrito. Así, la referida estipulación resultaba ambigua en la medida que, reconociendo el desistimiento del consumidor, permite a la proveedora apoderarse de cantidades superiores a las previstas legalmente, limitando su ejercicio.

Finalmente, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor resolvió que la cláusula es considerada abusiva, sancionando a Salazar Romero, Sociedad Anónima de Capital Variable, con la suma de cinco mil dólares por la infracción prevista en el Art. 44 letra e) con relación al Art. 17 LPC.

4.1.4. Amparo

La denunciante ese mismo año interpuso una demanda de amparo,²⁶⁸ ante la Sala de lo Constitucional, en contra de las sociedades Baterías de El Salvador y Salazar Romero, ambas sociedades anónimas de capital, y otras instituciones, por la presunta vulneración del derecho al medio ambiente, con incidencia en los derechos a la salud y a la vida.

La actora sostuvo que en el año 2010 celebró un contrato de promesa de venta con la sociedad Salazar Romero, sociedad anónima de capital variable, sobre una casa ubicada en Ciudad Versailles, Villa Burdeos, pero al solicitarle financiamiento al Fondo Social para la Vivienda, se le comunicó que no podían acceder a su solicitud por que dicha vivienda se encontraba dentro de la zona de 1,500 metros que mediante el Decreto Ejecutivo N° 12,

²⁶⁸ Sala de lo Constitucional, Amparo, Referencia: 400/2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

de fecha 19-VIII-2010, se declaró como contaminada por plomo;²⁶⁹ agregó que la citada sociedad no le reintegró el dinero que había invertido en concepto de prima, mensualidades y otros gastos de servicios.

Igualmente, dirigió su reclamo contra la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, debido que omitió pronunciarse sobre la contaminación ambiental producida por el plomo que aún se encuentra en la fábrica; sobre el hecho de que la sociedad Salazar Romero, sociedad anónima de capital variable, exponga a los consumidores a envenenarse con plomo al vender casas cerca de donde está la planta de reciclaje de baterías difundiendo publicidad engañosa; y sobre el servicio de agua que llega a esas viviendas. Además, indicó que la resolución que emitió el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor sobre el caso no incluyó elementos como la devolución de dinero.

En esta ocasión se le resuelve a la denunciante que la celebración del contrato entre su persona y la sociedad Salazar Romero, sociedad anónima de capital variable, es regida por el derecho civil,²⁷⁰ es decir, no existe una situación de supra-subordinación que coloque a la pretensora en una posición desigual frente a la citada sociedad que justifique la procedencia de un proceso de amparo contra esta última; por el contrario, el vínculo jurídico que concurre entre ambas partes es manifestación directa del principio de autonomía de la voluntad, que rige las relaciones de Derecho Privado que los particulares entablan en el tráfico comercial ordinario; y que debido a eso el amparo no es la vía por la que ella debe hacer valer sus derechos.

²⁶⁹ Art. 1.- Declárese Estado de Emergencia Ambiental por un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, en el área comprendida dentro del radio de 1,500 metros a partir de las instalaciones de donde funcionó, hasta el año 2007, la planta de fabricación y reciclaje de baterías ácido plomo de la Sociedad Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., ubicada en el Km.31.5, carretera a San Juan Opico, municipio de San Juan Opico, departamento de La Libertad.

²⁷⁰ *Ibíd.*

Por otra parte, se le advirtió a la pretensora que si la sociedad Salazar Romero, sociedad anónima de capital variable, le ocasiono algún perjuicio por haber presuntamente efectuado publicidad engañosa, tiene la posibilidad de promover las vías administrativas correspondientes, las cuales son de competencia de entes especializados como la Defensoría del Consumidor, institución garante de protección a los derechos de los consumidores.²⁷¹

4.2. Caso 2. Servicios de Mercadeo Internacional, Sociedad Anónima de Capital Variable

En el presente caso, la sociedad Servicios de Mercadeo Internacional, sociedad anónima de capital variable²⁷² abreviada Sermerint, S.A. DE C.V. fue denunciada por la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, por la presunta infracción a los artículos 43 letra e), 44 letra e) en relación al artículo 17 letra d) y 18 letra e), los afectados eran una pluralidad de consumidores, por lo que se determina que es un caso colectivo,²⁷³ y ante la inminencia de un daño es que se procedió a iniciar el respectivo procedimiento.

Sobre este punto para efectos de análisis e investigación se enfocará en lo relativo al artículo 17 letra d) de la Ley de Protección de Defensoría del Consumidor, en virtud que es la cláusula abusiva plasmada en los contratos celebrados entre los consumidores y la sociedad en comento; es de agregar que ha esta sociedad se le siguieron varios procedimientos sancionadores,²⁷⁴ en razón de existir una enorme cantidad de personas afectadas, por lo que

²⁷¹ Arts. 4 letra d), 31 y 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.

²⁷² Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1367/2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

²⁷³ Por interés colectivo se entiende "(...) aquéllos que son comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, vinculados con un proveedor por una relación contractual (...)" Art. 53 de la Ley de Protección al Consumidor.

²⁷⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1037/10* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

también existe que la sociedad, específicamente a los representantes de ella, tiene un proceso penal por estafa,²⁷⁵ la cual dentro de su modus operandi, era el citar en un restaurante a los consumidores y ofrecerles servicios de paquete vacacionales, encontrándose el consumidor en la situación de que ese paquete vacacional no existía.

Unas de las infracciones que se le atribuyo al agente económico, fue la de introducir cláusulas abusivas en documentos contractuales en perjuicio de los consumidores, es así, que en la denuncia interpuesta se manifestó que en los contratos de intermediación de los servicios relativos a paquetes vacacionales, la cláusula consistía que el contrato se daría por terminado sin responsabilidad del proveedor del servicio, ni devolución del dinero cuando concurrieren los siguientes supuestos:

a) por no cancelar el cliente en su debido tiempo los pagos del servicio contratado; b) por razones propias del cliente que decida rescindir de forma unilateral el presente contrato; asimismo, se estipulaba en la cláusula, que se iban a realizar los descuentos de conformidad a la ley, los gastos operativos en que incurrió la empresa desde el momento de la firma del contrato, comisiones bancarias como el cobro de todo tipo de comisiones financieras que se deriven del presente contrato, siempre y cuando existiera un incumplimiento comprobado por parte del proveedor.

El argumento que establecía la denuncia era que la cláusula no reconocía el derecho a desistir del contrato de conformidad con el artículo 13 inciso 4° de la Ley de Protección al Consumidor. En ese sentido, se argumentó que existía un desequilibrio entre las partes contratantes, ya que se otorga a la

²⁷⁵ “El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones”. Véase el Art. 215 del Código Penal de El Salvador. D.L. N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, D. O. N° 105 Tomo N° 335 Fecha: 10 de junio de 1997.

proveedora un beneficio al margen de lo permitido por la ley. En ese contexto, la parte denunciante alego que la cláusula implicaba la renuncia anticipada a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limitaba su ejercicio o ampliaba los derechos de la otra parte, lo que configuraba una cláusula abusiva.

4.2.1. Contratos de intermediación para fines turísticos²⁷⁶

La sociedad Servicios de Mercadeo Internacional, sociedad anónima de capital variable, dentro de la economía, era un agente económico de carácter turístico, ²⁷⁷ pues en su campo de labor, se encontraba el ser intermediario para que las personas obtuvieran paquetes vacacionales a través de ellos, pues manifestaban tener convenios con hoteles y restaurantes, por lo que, el Tribunal Sancionador al analizar este tipo de contratación destaca que tienen como premisa básica promover productos atractivos para que el consumidor los utilice en su despliegue de actividades de ocio o recreación, entre otros servicios, con tarifas preferentes.

Desde esta perspectiva, ha de señalarse que la demanda por parte de un sector de la sociedad de este tipo de servicios, obedece al deseo de aprovechar los períodos vacacionales para satisfacer una necesidad de

²⁷⁶ Este tipo de empresas que prestan estos servicios de intermediación, a los cuales les llama operadores de turismo receptivo, son aquellas empresas que diseñan o integran productos, servicios turísticos o realiza actividades de intermediación entre turistas y los prestadores de servicios turísticos, de viajes, paquetes, recorridos o circuitos turísticos dentro del territorio nacional, a través de convenios o contratos específicos con los prestadores finales del servicio y los comercializa directamente a través de agencias de viajes mayoristas y minoristas u otros operadores de turismo, tanto nacionales como extranjeros. Véase el Art. 27 del Reglamento General de la Ley de Turismo (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2012)

²⁷⁷ Al promocionar y comercializar sus productos, los Operadores de Turismo Receptivo deberán hacer del conocimiento de sus clientes lo siguiente: "(...) La delimitación de responsabilidades del operador / organizador, establecidas en el contrato o convenio, en caso de incumplimiento del servicio pactado o en los términos del convenio de intermediación, de conformidad al artículo 17 letra a) de la Ley de Protección al Consumidor (...)" Art. 29 del Reglamento General de la Ley de Turismo.

descanso, y es que el descanso u ocio, es parte importante de la persona, de ahí que, incluso, tenga un reconocimiento jurídico a través de convenciones y tratados internacionales, teniendo éstos validez como parte del sistema de fuentes en el ordenamiento salvadoreño, y por tanto vinculantes para todos los poderes públicos y las personas particulares.²⁷⁸

En consecuencia, estos tipos de contratos están íntimamente relacionados con el consumidor, en razón que, cuando deciden buscar un momento de ocio y recreación y se les presente ciertas promociones, estas deben estar bajos los aspectos legales de las leyes, por lo que sí existe un contrato de adhesión de por medio, este debe cumplir lo regulado en la Ley de Protección al consumidor y su respectivo reglamento.

4.2.2. Renuncia anticipada a los derechos

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, analiza la cláusula que establece, que no se puede 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 sobre ello menciona, que la realidad económica y jurídica, ha desbordado los parámetros clásicos, determinando el nacimiento de nuevas formas de contratación denominadas relaciones jurídicas masificadas cuya característica principal es su despersonalización. En atención a lo anterior, se verifican múltiples relaciones jurídicas, entre ellas los contratos por adhesión o condiciones

²⁷⁸ Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre del 1948, que entre los 72 Estados suscriptores estuvo presente El Salvador, la cual recoge dimensiones y manifestaciones significativas del ocio, como es el derecho explícito al descanso, al disfrute del tiempo libre y vacaciones periódicas pagadas. (artículo 22), el derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad y gozar de las artes (artículo 27.1) y el respeto a la actividad creadora (artículo 27.2). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es clave en el reconocimiento del derecho al ocio, tanto en relación con el derecho a la cultura como del turismo en su vertiente social.

generales de contratación; la doctrina los define como aquellos cuyo contenido ha sido determinado por uno solo de los contratantes, al que se deberá adherir la contraparte que desee acordar una relación jurídica obligatoria; es decir, la adhesión se verifica en la formación del contrato, cuando su contenido es establecido por un sujeto, que para ello toma la iniciativa, y es hecho propio por otro que limita su actividad a expresar su consentimiento.

Para hacer la respectiva valoración de si es una cláusula abusiva la incorporada en el contrato, esta debe abordarse tal y como lo manifiesta el Tribunal Sancionador, al analizar la figura del desistimiento y los supuestos en los que procede, por lo que el art. 13 inciso 4°, de la Ley de Protección al Consumidor, establece fehacientemente el derecho que tienen los consumidores, de pedir el desistimiento del contrato celebrado con un determinado proveedor, esto sobre la base que el consumidor tiene dentro de sus derechos básicos, la libertad de elección -artículo 4 letra e) de la LPC- lo que implica que los consumidores tienen una gama de opciones dentro de la actividad comercial, las cuales puede escoger la que mejor les convenga, sin que se les pueda imponer un producto o servicio, para la satisfacción de sus necesidades particulares.

4.2.3. Parámetros para que opere el desistimiento

Estos son: a) La existencia de un contrato perfecto entre partes presente. El contrato se perfecciona y obliga a los contratantes a partir del momento en que se produce el consentimiento o encuentro de ambas voluntades a través de la oferta²⁷⁹ y la aceptación, que constituyen el final del proceso

²⁷⁹ La oferta es una declaración por la que una de las partes manifiesta a la otra su voluntad firme y definitiva de obligarse en determinadas condiciones, en caso de que la propuesta sea aceptada

negociador;²⁸⁰ b) La entrega del bien o la prestación del servicio queda sujeta a una condición suspensiva. Las partes de común acuerdo, de forma adicional al contrato, documentarán la decisión que la entrega del bien o la prestación del servicio a la que está obligado el proveedor en la relación contractual, queda suspendida hasta el acaecimiento de una fecha, en la que en un determinado lugar deberá cumplir con la prestación objeto del contrato, quedando así el proveedor después de la entrega del bien, o prestación del servicio, como cumplidor de su obligación contractual.

Concluye el Tribunal Sancionador que, a la luz de la Ley de Protección al Consumidor el desistimiento es la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor, de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la ley, en el lapso existente entre la fecha que se perfeccionó el contrato, y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor.²⁸¹

Una vez solicitado el desistimiento el efecto producido es que el proveedor debe reintegrar las cantidades pagadas por el consumidor,²⁸² a cuenta del contrato celebrado, pudiendo retener en concepto de gastos administrativos una cantidad equivalente al interés legal, en materia mercantil sobre el valor del bien o servicio.

²⁸⁰ La aceptación es una declaración por la que el destinatario de la oferta manifiesta su voluntad firme y definitiva de obligarse frente al oferente en los mismos términos propuestos por éste; la aceptación ha de ser siempre una declaración pura y simple, coincidente en todos sus términos con la oferta. Cuando el contrato se celebra entre sujetos presentes, no hay dudas en cuanto a la determinación del lugar y tiempo en que se considera celebrado el contrato; porque el oferente y aceptante se encuentran en el mismo lugar, y no transcurre un período de tiempo prolongado, entre la formulación de la oferta y la aceptación.

²⁸¹ Este criterio también el Tribunal Sancionador lo desarrolla en la sentencia dictada el nueve de febrero del dos mil doce, referencia 139-11 y en la sentencia dictada el ocho de febrero de dos mil doce, referencias 240/2011.

²⁸² Art. 13 Inc. 4º Ley de Protección al Consumidor.

De acuerdo a lo anterior, al ser contratos perfectos entre presentes y de entrega diferida, puede concluirse que las cláusulas de los contratos antes citados son abusivas, en tanto que omitían establecer el derecho a desistir; lo anterior suponía contundentemente una renuncia tácita anticipada del derecho de los consumidores a desistir del contrato cuando así lo consideren en ejercicio de su libertad de elección, aunado a lo anterior la renuncia anticipada de derechos contrariaba lo regulado en el artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, donde se establece que los derechos de los consumidores son irrenunciables.

4.3. Caso 3. Funerales la Celestial, Sociedad Anónima de Capital Variable

En el presente caso, la sociedad Funerales La Celestial, sociedad anónima de capital variable,²⁸³ es denunciada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de reservación de servicio funerarios,²⁸⁴ en contravención a lo dispuesto en los artículos 13, 17 y 27 de la Ley de Protección al Consumidor.

La carta de reservación del servicio funerario, ²⁸⁵ estipulaba que se devolvería únicamente el cincuenta por ciento, por la situación que no se preste el servicio funerario, poniendo en desventaja al consumidor, pues a pesar que el incumplimiento del servicio contratado es imputable a la proveedora, ésta retiene la mitad de lo pagado por el “reservante”, en contravención a la normativa de consumo.

²⁸³ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 236/2011.

²⁸⁴ Es aquel contrato por medio del cual se cancela un servicio funeral que necesitara en el futuro.

²⁸⁵ Cláusula VIII “El reservante podrá desistirse y consecuentemente queda rescindida esta carta, solamente cuando por culpa del reservador, este no cumpla con la prestación del servicio objeto de este documento, en este caso entregará al reservante el 50% de las cuotas mensuales canceladas a la fecha”

Por otra parte, se argumentó que la cláusula novena no cumple las exigencias que establece el artículo 27 de la Ley de Protección al Consumidor, en tanto no define qué pasa con las cuotas abonadas por el consumidor a cuenta del precio del servicio, cuando dejare de pagar seis mensualidades consecutivas y solicite rehabilitar la reservación del mismo, de lo anterior puede determinarse que impide que el consumidor cuente con información completa acerca de las condiciones a las cuales se somete al contratar con la proveedora denunciada.²⁸⁶

Los argumentos de la parte denunciada fueron que la cláusula octava de la carta de reservación de servicios funerarios cuestionada por la parte denunciante por contener un error de redacción, ya que su espíritu real es regular aquellos casos en que el reservante no informara que requiere de tales servicios y resuelve por sus propios medios; por otra parte, la intención de estipular la cláusula novena es garantizar a los clientes algunos servicios, lo que implica un gasto, por ejemplo: congelar precios a partir de la suscripción del contrato, el beneficio de deuda para el titular y sus beneficiarios, de acuerdo con la solicitud de reserva funeraria.

4.3.1. Los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión como nueva forma de contratación, tienen tres características: ²⁸⁷ a) redacción previa o preparación completa del contrato, realizada por la parte oferente; b) contenido de la oferta del contrato que no es susceptible de modificar; al menos en sus condiciones principales y c) expresión del consentimiento por parte del aceptante, limitada a adherirse a la propuesta que se le realiza.

²⁸⁶ la cláusula IX: “La carta se tendrá por resuelta sin responsabilidad para el reservador por la mora en el pago de seis mensualidades consecutivas. Podrá rehabilitarse esta carta mediante el pago de treinta colones, más la cancelación de las cuotas atrasadas”

²⁸⁷ Guillermo Pedro Tinti, *Las nuevas modalidades de los contratos*, (Alveroni Ediciones, Argentina, 1997), 127.

Respecto a ese punto la Corte Suprema de Justicia manifiesta que “El contrato de adhesión es aquél en el que una de las partes, se somete a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra. No hay margen de diálogo para modificar alguna de las cláusulas impuestas por una de las partes; de ahí que, su naturaleza sea diferente a la de otros contratos, en los que pueden negociarse los términos de este.”²⁸⁸

Estos son instrumentos que se justifican por la agilidad del comercio, por otra parte, la jurisprudencia en materia de consumo manifiesta que “las contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contrato de adhesión o, como modernamente se denomina, mediante condiciones generales de contratación,”²⁸⁹ siendo una de sus características principales su formulación unilateral, donde la capacidad de influencia del vendedor- proveedor- respecto del contenido del contrato es mayor que la del comprador – consumidor. El criterio anterior es adoptado por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en todas sus resoluciones donde se analizan cláusulas abusivas y los contratos de adhesión.

El Derecho de Consumo, nace para tutelar los derechos del consumidor, propiciando una igualdad y equidad entre las partes, debido al desequilibrio en que se encuentra el consumidor en algunas relaciones comerciales, y que si bien se mantienen las reglas tradicionales del Derecho Civil en cuanto a que las cláusulas convencionales se sujetan a la autonomía de la voluntad y a la igualdad formal, hay ciertas estipulaciones²⁹⁰ que en términos reales implican para la parte contratante un sometimiento a las mismas sin que tenga la libertad real de controvertirlas o rechazarlas.

²⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Referencia: 77-D-2012.

²⁸⁹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 139-11.

²⁹⁰ En ese caso, dichas cláusulas deben ser sometidas a un análisis de proporcionalidad y equidad, para lo cual está facultado el Tribunal Sancionador en aplicación a la Ley de Protección al Consumidor. Véase los Arts. 79 y 83 de la Ley de Protección al Consumidor.

En este orden de ideas y como ya se manifestó anteriormente la doctrina lo denomina crisis de la autonomía de la voluntad, debido a que la participación del consumidor en la elaboración de las estipulaciones de los contratos es mínima o nula, aunado a ello, la intervención del Estado, en aras de salvaguardar los derechos de los consumidores; incompatible esta intervención en reglas tradiciones del derecho civil. “(...) los contratos de adhesión son resultantes de un consentimiento sin convención, es decir, en éstos no existe una real negociación (...)”²⁹¹

Es importante resaltar que el carácter de abusivo de la cláusula resulta de su propio texto, sin que sea necesaria su aplicación por parte del proveedor para efectos de que la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor se configure;²⁹² es decir, no es necesaria que se ejecute dicha cláusula para que sea declarada abusiva, de igual manera, se consideran abusivas las condiciones que establecen salvedades donde trasladan al consumidor la responsabilidad por el contenido del contrato, o se amparen en la aceptación expresa de éste.

4.3.2. Análisis de las Cláusulas Abusivas

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor una vez analizadas las cláusulas que dieron inicio a este procedimiento, resolvió que la cláusula ocho de los contratos de reservación de servicio funerario encajaba en los supuestos previstos en el artículo 17, Ley de Protección al Consumidor, especialmente en la letra b),²⁹³ que considera cláusula abusiva, modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor no solo las condiciones y términos del contrato, sino sustraerse de sus obligaciones; en el caso concreto, según la cláusula en análisis, esta permitía que el proveedor se

²⁹¹ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ Art 17 literal b) Ley de Protección al Consumidor.

sustrajera de sus obligaciones al estipular que se devolverá únicamente el cincuenta por ciento de lo pagado cuando el proveedor no prestara el servicio funerario, debiendo reintegrarse el cien por ciento.

4.4. Caso 4. Inversiones Hidráulicas, Sociedad Anónima de Capital Variable

En el presente caso, la sociedad Inversiones Hidráulicas, sociedad anónima de capital variable²⁹⁴ fue denunciada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, por la violación de los derechos de una determinada cantidad de consumidores, es decir, se promovió a partir del interés colectivo. La jurisprudencia constitucional desarrolla que “los intereses colectivos se identifican con los miembros de un grupo determinado, unidos por un vínculo jurídico, es decir, atañen al individuo en tanto que forma parte del grupo.”²⁹⁵

La denunciante manifestó que la proveedora incumplió todos y cada uno de los contratos suscritos con los consumidores, ya que aumento de forma unilateral la tarifa pactada, generando con ello un cobro indebido en perjuicio de los consumidores; es decir, termino facturando el mismo servicio con la cantidad de diez dólares; mientras que en los contratos en que se pactó el cobro del suministro de agua potable, mediante lecturas de medidores, el proveedor aplicó de forma unilateral la facturación a su entera discreción.

Con relación a la infracción atribuida por introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales en perjuicio de los consumidores, la denunciante expuso que la Ley de Protección al Consumidor contiene una clara regulación de los contratos de adhesión y de las cláusulas abusivas, entendidas estas últimas como todas las condiciones, requisitos o

²⁹⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1591/2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

²⁹⁵ Sala de lo Constitucional, Amparo, Referencia: 453-2015 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

consecuencias que el proveedor puede establecer en un contrato que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos.

4.4.1. Contratos de servicio o suministro de agua potable

La prestación de servicios de abastecimiento de agua en El Salvador pueden realizarla distintos proveedores, siendo el máximo proveedor la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), entre los demás proveedores de servicios se encuentran: los desarrolladores de proyectos de vivienda²⁹⁶, las cooperativas rurales, los proveedores de servicios descentralizados, las municipalidades, entre otros.

Dicha prestación es un servicio público, que es parte de la actividad o el que hacer de la Administración Pública, es así que se define servicio público como²⁹⁷ “toda actividad de prestación llevada a cabo por el Estado de manera directa o indirecta y por otras personas que asuman esa posibilidad, para atender necesidades de interés público, dirigidas ya sea a la colectividad como tal o más directamente a cada uno de sus componentes que lo requieran bajo un régimen que puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado”

Más de 13 proveedores de servicios descentralizados han suscrito contratos en los que la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados les ha

²⁹⁶ Como ejemplo, la sociedad Salazar Romero, Sociedad Anónima de Capital Variable, pertenece a los proyectos de nominados autoabastecidos, los cuales cancelan una cantidad a la Administración de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), para el explotamiento de los pozos que abastecen de agua a los residentes, también la sociedad Inversiones Hidráulicas, Sociedad Anónima de Capital Variable, suministra agua potable a los habitantes de los caseríos Los Frailes y Los Amates I y II.

²⁹⁷ Danilo Josué Díaz Zepeda et al., “*Los mecanismos implementados por la Defensoría del Consumidor para proteger los derechos de los usuarios frente al suministro de agua potable prestado por la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados.*” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2009), 11.

otorgado el derecho de gestionar sus servicios en forma autónoma, más de 100 desarrolladores de proyectos de vivienda han tenido que construir sus propios sistemas autónomos de abastecimiento urbano de agua porque la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados no ha podido conectarlos.

Ahora operan esos sistemas por sí mismos o han delegado la prestación del servicio en asociaciones de usuarios, por ejemplo, en las zonas rurales, el servicio es provisto por más de 800 organizaciones basadas en la comunidad, incluyendo juntas de agua y asociaciones de desarrollo comunitario, estas últimas dan servicio aproximadamente al 30% de la población²⁹⁸

El contrato de servicio o suministro de agua potable, es aquel contrato por medio del cual una empresa presta a un consumidor un suministro a largo tiempo, se diferencia con el contrato de compraventa por el hecho que en este caso no existe una prestación única, sino que la prestación es continua. Los casos más ejemplares de este tipo de contrato son los de servicios de agua, luz, cable, internet, telefonía, etc.²⁹⁹

4.4.2. Características de los contratos de servicio o suministro de agua potable

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor expone que las características de estos tipos de contratos son: a) es un contrato bilateral,

²⁹⁸ *Ibíd.* 47-48.

²⁹⁹ Ángel Ovidio Cruz Reyes et al., *“Prontuario del Código de Comercio.”* (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2004), 68. “El contrato de suministro se caracteriza porque una de las partes, proveedor, asume la obligación mediante un precio unitario de entregar periódicamente a otra, llamado suministrado, cosas muebles en cantidad, tiempo y forma fijados en el contrato. Se trata de un contrato en el que las partes cumplen prestaciones correlativas de manera continuada. Es un contrato de cambio, pero no de venta. El proveedor no se obliga a transmitir la propiedad de una cosa, sino más bien a suministrar, a entregar esta.”

ambas partes, suministrante y suministrado, se obligan recíprocamente; b) es consensual, ya que se perfecciona por el acuerdo de las partes sobre la cosa y sobre el precio; además, no se requiere que la declaración de voluntad esté revestida de alguna solemnidad especial para que se repute perfecto; c) es un contrato oneroso, pues tanto el vendedor como el comprador persiguen utilidades, gravándose recíprocamente; d) es un contrato principal, pues tiene existencia propia y no requiere de otro negocio para adquirir forma contractual; y, e) es un contrato de adhesión, en cuanto es el resultado de una contratación en masa y no paritaria -característica principal de la actividad económica del mercado- que conlleva a una relación de consumo asimétrica en favor del proveedor, quien impone las condiciones del contrato.

4.4.3. Renuncia del consumidor al derecho de apelar

En los contratos, según la denunciante se establece que para efectos legales se señala un domicilio especial en caso de acción judicial y en caso de ejecución el usuario renuncia al derecho de apelar del decreto de embargo, sentencia de remate y demás resoluciones del juicio ejecutivo y sus incidentes³⁰⁰ violando los derechos de los consumidores por la clara imposición de un domicilio donde resolver los conflictos y la renuncia de derechos³⁰¹ que la ley les confiere a los consumidores.

La garantía de acceso a los medios impugnativos o derecho a “recurrir”, es una garantía de naturaleza constitucional procesal. “Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional en la sentencia 9-97, de fecha quince de febrero de

³⁰⁰ “Domicilio y Renuncias” y que estipula que: “Para los efectos legales de este contrato tanto la Empresa (sic) como el usuario señalamos como domicilio especial esta ciudad, a cuyos Tribunales nos sometemos expresamente en caso de acción judicial, por los reclamos del mismo; en caso de ejecución el usuario renuncia al derecho de apelar del decreto de embargo, sentencia de remate y demás resoluciones del juicio ejecutivo y sus incidentes, siendo por su cuenta el pago de las costas procesales y personales aun cuando no hubiere condenación en consta”

³⁰¹ Art. 17 letra d) Ley de Protección al Consumidor.

dos mil dos, señaló: “Los derechos procesales categorías y formalidades esenciales- integrantes del debido proceso no pueden ser objeto de renuncia extra-procesal entendida la renuncia como específica manifestación de la disponibilidad de “derechos de naturaleza procesal”; pero sí pueden renunciarse expresa o tácitamente dentro del proceso, independientemente del derecho de que se trate, no obstante su carácter institucional”.³⁰²

Por lo que, el pacto de no apelar que establece la cláusula realizado por medio de una convención está referido a un momento procesal anterior al pronunciamiento de la decisión objeto de la impugnación, lo que trae como consecuencia que la autonomía de la voluntad ceda, y que el pacto objeto de análisis sea contrario a los derechos constitucionales procesales entre ellos los derechos de audiencia, defensa y contradicción. Y es que, debe señalarse que dicho pacto es generalmente en beneficio exclusivo de una de las partes -en materia de consumo, por regla general a favor del proveedor-.

La Presidencia de La Defensoría del Consumidor dentro de su denuncia manifestaba que la cláusula es abusiva, en tanto creaba desventaja al consumidor, por lo que consideraba que los hechos descritos encajaban en lo dispuesto en el artículo 44 letra e) en relación al 17 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor, consistente en que 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 (...).

De igual manera dicha cláusulas se encontraba en todos los contratos suscritos con los consumidores, con la diferencia que varían en el número

³⁰² Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 1589/12.

que se encontraban, en unos era la cláusula siete, ocho, diecinueve y diez y así sucesivamente.

Por lo que, el Tribunal Sancionador señaló que la sociedad cometió la infracción, pues se aprecia por el sólo hecho de incluir una cláusula abusiva en los contratos de servicio o suministro de agua potable, razón por la cual, el carácter abusivo resulta de su propio texto, sin que sea necesaria su aplicación por parte del proveedor para afecto de que la infracción se configure.³⁰³

En conclusión, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor determino que la sociedad omite todos los elementos que permitirían un trato más equilibrado de las partes, pues pretende sustraer a los consumidores de la esfera de protección jurídica a la cual se someten mediante un proceso judicial, ya que el derecho de recurrir es un derecho de rango constitucional reconocido por el artículo 2 Cn.; "(...)la garantía de acceso a los medios impugnativos o "derecho a recurrir" es una garantía de naturaleza constitucional procesal, que si bien esencialmente dimana de la ley, también se ve constitucionalmente protegida en cuanto constituye una facultad de los gobernados que ofrece la posibilidad de que efectivamente se alcance una real protección jurisdiccional (art. 2 Cn.)"

4.5. Caso 5. Arrendamientos Salvadoreños, Sociedad Anónima de Capital Variable

En el presente caso, la sociedad Arrendamientos Salvadoreños, sociedad anónima de capital variable,³⁰⁴ es denunciada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, por el supuesto cometimiento de la infracción

³⁰³ Este criterio se observa también en las sentencias dictadas por el Tribunal Sancionador, el ocho y nueve de febrero del dos mil doce, con referencias 240/2011 y 139-11 respectivamente.

³⁰⁴ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 240/2011.

previsto en el artículo 44 letra c) y e) con relación a los artículos 17 y 18 letra b) de la Ley de Protección al Consumidor.

De acuerdo a las facultades de la Defensoría del Consumidor, en fecha siete y diecisiete de septiembre, once y trece de octubre, todas de dos mil diez, esta practicó inspecciones en el establecimiento de la empresa antes mencionada, a efecto de verificar los contratos de arrendamiento de vehículos y documentos de obligación suscritos por los clientes que habían contratado con la empresa, al momento de verificar los referidos contratos, se encontraron que ciertas las cláusulas podían ser calificadas como cláusulas abusivas.

Además, que los contratos de arrendamiento contenían pagarés suscritos en blanco,³⁰⁵ sin cantidad pagadera alguna; y que la cláusula que autorizaba a la arrendadora efectuar cargos en la tarjeta de crédito del arrendatario, no proveía la certeza necesaria sobre la procedencia de los mismos, motivo por el cual también podía considerarse abusiva.

El Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, en el presente caso desarrolla primeramente los contratos de adhesión como preámbulo del análisis,³⁰⁶ manifestando en síntesis que “los contratos de adhesión o las condiciones generales de contratación se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, en cuanto que el consumidor generalmente posee una escasa capacidad de influencia sobre su contenido, dado que no son negociadas. Esta situación, justifica su control administrativo o judicial, a fin de determinar si alguna condición contractual limita las libertades de los

³⁰⁵ Art. 18 letra b) Ley de Protección al Consumidor.

³⁰⁶ Este criterio es el que siempre se retoman en las resoluciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría de Consumidor, por lo que debe considerarse que a nivel nacional ya existe una definición propia de que es contrato de adhesión, dada por la entidad sancionadora en materia de consumidores.

consumidores o crea situaciones innecesariamente desiguales entre las partes, en menoscabo del consumidor.”

Concluyendo el Tribunal Sancionador que los “(...) contratos de adhesión son resultantes de un consentimiento sin convención, es decir, en éstos no existe una real negociación (...)” De lo anterior se entiende que el Tribunal Sancionador de la Defensora del Consumidor, en apariencia adopta la postura que el contrato de adhesión es un contrato unilateral y no bilateral, pero el hecho es que los contratos de adhesión terminan siendo contratos bilaterales porque existe consentimiento.

4.5.1. Eximente de responsabilidad

En los contratos de arrendamientos, la sociedad denunciada estipulaba en la cláusula novena que la arrendadora se exime de toda responsabilidad,³⁰⁷ y traslada esta al consumidor aun después de devuelto los vehículos a la arrendadora y obligando al consumidor a renunciar a toda reclamo y este último convenía en liberar a la arrendadora de toda responsabilidad, por lo que claramente se violan los derechos del consumidor.

Por lo que se concluye que “(...)a pesar que la cláusula en comento se ampare en la aceptación expresa por parte del consumidor, toda exención de responsabilidad a favor de la arrendadora y desnaturalización de sus obligaciones está legalmente proscrito y no puede ser avalado por los particulares, por lo que ha de calificarse como abusiva,”³⁰⁸ es decir, que el

³⁰⁷ Cláusula "IX - La arrendadora no será responsable por la pérdida o daño a cualquier objeto que el cliente a cualquier otra persona deje, almacene o transporte en el vehículo a dentro de él, ya sea antes o después de su devolución a la arrendadora o mientras esté en posesión del arrendatario, sea que dicha pérdida o daño fuera o no causada por negligencia de la arrendadora, sus agentes servidores o empleados, o tuviere relación con ella. El arrendatario por este medio asume toda riesgo por tal pérdida o daño y renuncia a toda reclama contra la arrendadora con motivo de ello y el arrendatario por este medio conviene en liberar a la arrendadora de toda responsabilidad por todo reclamo basada en tal pérdida."

³⁰⁸ *Ibíd.*

carácter abusivo de la cláusula resulta de su propio texto, sin que sea necesaria su aplicación por parte del proveedor para efectos de que se configure la infracción.

4.5.2. Domicilio especial en caso de acción judicial

Se establecía también en los contratos, las cláusulas que sometían a los consumidores a una jurisdicción especial en caso de una controversia,³⁰⁹ en tal sentido, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor "(...) considera que la cláusula que fija unilateralmente el domicilio especial, potencialmente restringe los derechos del consumidor a un efectivo acceso a la justicia, respecto a los consumidores que tienen su domicilio distinto al que se arrende el vehículo objeto del contrato; por consiguiente, dicha cláusula, en los términos de la LPC se considera abusiva."³¹⁰

Se debe señalar, que la fijación del domicilio especial en la cláusula cuestionada, es realmente fruto de una decisión unilateral, puesto que se trata de contratos de adhesión, en los que no existe una real negociación entre las partes, lo que derivaría en el hecho que la jurisdicción pactada sea inaccesible para el consumidor, en virtud de la distancia y los costos derivados de litigar en dicha zona distinta a su domicilio, lo cual podría incidir en el efectivo acceso a la justicia, como un derecho del consumidor.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que "(...) la cláusula de sumisión expresa y unilateral a un domicilio especial no surte fuero, no vale en los contratos de adhesión, cuando la misma fue impuesta en el contrato mediante el uso de formularios o impuesta mediante mutuos

³⁰⁹ Clausula XXI "Para toda controversia que se suscite con motivo de la interpretación y cumplimiento de ese contrato las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad en que se arrendé (Sic) el vehículo, renunciando, por lo tanto, a cualquier otro fuero y señalando como sus domicilios convencionales los indicados al anverso de este contrato."

³¹⁰ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, *Sentencia Definitiva, Referencia: 250/2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

confeccionados en el seno de las relaciones crediticias entre sujetos ubicados en posiciones económicas desiguales, es decir, contratos celebrados masivamente con los consumidores”³¹¹

Además, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor señala que una cláusula abusiva, es por el simple hecho de estar inmersa en un contrato, sin que sea necesario su aplicación, es decir que la infracción prevista el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, 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 que la infracción se configure.

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 lesionan intereses generales, relacionados con la actividad comercial y no puede ser avalado por los particulares.

Finalmente, probándose los extremos de la denuncia el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, sancionó a la sociedad con la suma de quince mil doscientos treinta y dos dólares con cincuenta centavos, equivalentes a setenta y cinco salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, en concepto de multa por la infracción prevista en el artículo 44 letra e) con relación al artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor.

³¹¹ Corte Suprema de Justicia, Referencia: 111-D-2009.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Al finalizar la investigación documental se ha llegado a las siguientes conclusiones:

Existe una serie de ventajas respecto a los contratos de adhesión, los cuales ha ocasionado que las transacciones se realicen con agilidad y practicidad, en atención a ello, pueden apreciarse las siguientes: 1) celeridad en las contrataciones; 2) facilitar la racionalización de la empresa; 3) ahorro de costos.

Que el catálogo de cláusulas abusivas que la Ley de Protección al Consumidor establece en el artículo 17, son de forma ejemplificativa debido a que la jurisprudencia ha reconocido otras cláusulas abusivas, por ejemplo, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor ha determinado que la obligación de aceptar un territorio determinado para resolver conflictos, es considerada como cláusula abusiva.

Los contratos de adhesión son resultantes de un consentimiento sin convención, es decir, en estos no existe una real negociación, por otra parte, para determinar el carácter abusiva de una cláusula no hace falta que esta se hubiera aplicado.

La normativa de consumo, manifiesta que se tendrán por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo; en otras palabras, las cláusulas son nulas de pleno derecho, aunque se tengan por no escrita algunas de ellas, el contrato seguirá subsistiendo, siempre y cuando no degenerare en otro contrato, porque la consecuencia sería tenerlo por no escrito.

La reforma del año dos mil trece mejoró y amplió los derechos económicos y sociales de los consumidores y usuarios, teniendo en cuenta las nuevas actividades y modalidades del mercado; estableció nuevas responsabilidades para los proveedores; fortaleció la protección de los consumidores ante prácticas abusivas; mejoró el funcionamiento y eficiencia de la Defensoría del Consumidor y vigorizó los procedimientos de resolución de conflictos de consumo. Es por ello que la Ley de Protección al Consumidor está determinada por un sistema legislativo que ha permitido que su contenido sea considerado una de las más avanzadas de América Latina.

RECOMENDACIONES

En esta investigación se recomienda a la Asamblea Legislativa que la Ley de Protección al Consumidor, se reforme en cuanto a que incorpore expresamente la figura de depositar los contratos en las instituciones encargadas de su revisión, antes de que dichos contratos sean lanzados al comercio y así evitar que un contrato de estos conlleve cláusulas abusivas, prohibiéndolo y negando su lanzamiento al mercado, para que exista una real seguridad jurídica.

A manera de *lege ferenda*, se destaca lo siguiente, Art. 22 Inciso dos:

“Todo proveedor que haga uso de formularios o contratos de adhesión dentro de sus actividades comerciales, deberá depositarlos en la Defensoría del Consumidor, quien deberá verificarlos y evaluarlos si cumple con los derechos de los consumidores, y otros requisitos que la leyes determinen, dentro del plazo de treinta días contados a partir del depósito, una vez aprobados, serán registrados en una base de datos, que a efecto llevará la Defensoría del Consumidor, para que puedan ser conocidos por los consumidores antes de suscribirlos”.

Se recomienda a la Asamblea Legislativa reformar la Ley de Protección al Consumidor en el sentido que sea obligatorio mantener una base de datos actualizada de los contratos de adhesión que utilizan los agentes económicos en el mercado, en un servidor, con el propósito de que el consumidor tenga acceso a dichos contratos antes de realizar algún trámite para adquirir un bien o servicio.

A manera de *lege ferenda*, se destaca lo siguiente, Art. 22-A

“La Defensoría del Consumidor deberá crear una base de datos u otro mecanismo en la cual se registre los formularios o contratos de adhesión, que dentro de su competencia han sido verificados y puedan ser conocidos por los consumidores, y ser utilizados por los proveedores, los cuales no serán otros que no hayan sido aprobados y registrados por la Defensoría del Consumidor”.

A la comunidad jurídica y en general, se recomienda, que al adquirir un bien o servicio a través de los contratos de adhesión, se informen previamente con los medios de comunicación, por ejemplo: la página web, teléfono, redes sociales, entre otro, que la Defensoría del Consumidor pone a disposición para tal fin, con el objeto de evitar la incorporación de cláusulas abusivas; y no sean sorprendidos al momento de adquirir un bien o servicio.

Se recomienda a los agentes económicos, que se informen de las resoluciones emitidos por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, a fin de que puedan poner en práctica los criterios pronunciados; obteniendo así una certera seguridad jurídica para el consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alarcón Polanco, Edynson Fco. Apuntes y Reflexiones sobre la contratación por adhesión en la República Dominicana. República Dominicana. Escuela Nacional de la Judicatura, 2002.

Arango Grajales, Maximiliano. La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Colombia: Estudio Socios Jurídicos, 2016.

Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, 14ª ed. México: Porrúa, 2010.

Arguello, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano, 3ª ed. Argentina: ASTREA, 1998.

Azuero, Sergio Rodríguez. Contratos Bancarios, 4ª ed. Bogotá: Feleban 1990.

Barberio, José Sergio et al. Doctrina y jurisprudencia procesal civil y comercial. Argentina: Juris, 2005.

Bertrand Galindo, Francisco. Manual de derecho constitucional, Tomo II. 3ª ed. El Salvador: Talleres Gráfico UCA, 1999.

Cabañas García, Juan Carlos. Código Procesal Civil y Mercantil comentado de El Salvador, 2ª ed. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2011.

Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. México: Herrero S.A., 1975.

Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil, chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile, 1979

Colombo Campbell, Juan. Jurisdicción en el derecho chileno. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

Couture, Eduardo J. Fundamento del derecho procesal civil, 3ª ed. Argentina: Depalma, 1977.

De la Rúa, Angelina Ferreyra y Cristina Gonzalez de La Vega De Opl. Teoría General del Proceso, Tomo II. Córdoba: Advocatus, 2003.

Durand, Julio Baltazar. Tratado de derecho del consumidor en el Perú. Perú: Universidad de San Martín de Porres-Lima. Fondo Editorial, 2007.

Echandía, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial, Tomo I. Argentina: Victor P. De Zavalía.

Farina, Juan M. contratos comerciales modernos: Modalidades de Contratación Empresariales, 2ª ed. Argentina: ASTREA, 1999.

Fortunato Garrido, Roque et al. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General, Tomo I, 2º ed. Argentina: Rivadavia. 1225, 1998.

Gherzi, Carlos A. Reparación de daños contractuales producidos por la emergencia económica. España: Editorial Jurídica, 2002.

Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, 9ª ed. México: Oxford, 2000.

Kees, Amanda Estela. Contratos Civiles y Comerciales: en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina, 2015.

Langre y Rubio, Emilio. Manual de Derecho Mercantil Español Tomo III. Barcelona: Bosh, 1959.

Lara Velado, Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Mercantil, 2ª ed. El Salvador: Editorial Universitaria, 2001.

Larrosa Amante, Miguel. Contratos mercantiles modernos: el contrato de arrendamiento financiero en el derecho salvadoreño. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2006.

Lorenzetti, Ricardo Luis. Emergencia económica y los contratos, 2° ed. Argentina: Rubinzal Culzoni, 2002

Mejía, Henry Alexander. Manual de Derecho Administrativo. El Salvador: Cuscatlán, 2014.

Ovalle Favela, José. Derechos del Consumidor. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Pérez Bustamante, Laura. Derecho del Consumidor. Argentina: ASTREA, 2004.

Pradier Fodere, Paul. Compendio de Derecho Mercantil, 2ª ed. México: Universidad Autónoma de Nueva León, 1881.

Quintanilla Alejandra, Abraham Mena y Diana Castro. Inconstitucionalidad y derecho de consumo en El Salvador. Defensoría del Consumidor. 10 años de protección al consumidor. El salvador, noviembre de 2015.

Quinteros, Beatriz y Eugenio Prieto. Teoría general del proceso, Tomo I. Colombia: TEMIS S. A., 1995.

Rezzónico, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predisuestas. Argentina: ASTREA. 1987.

Santamaría, Jorge López. Los contratos, parte general. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Tena Ramírez, Felipe. Derecho Mercantil Mexicano, 12°ed. México: Porrúa, 2006.

Tinti, Guillermo Pedro. Las nuevas modalidades de los contratos. Argentina: Alveroni Ediciones, 1997.

Vallespinos, Carlos Gustavo. El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales. Argentina: Editorial Universidad SRL, 1984.

TESIS

Álvarez Hernández, Víctor Humberto, Fátima Vanessa Durán Pineda y Ivonne Adriana Marcela Rodríguez Chávez. Las Medidas Cautelares en El Proceso Contencioso Administrativo. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2012.

Avilés Argueta, Ivonne Emelina, José Edgardo Llopart Vásquez y Leonor Guadalupe Molina Candray. Los recursos ordinarios en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. San Salvador. 2012.

Bea Ballester, Jaume Joan. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Tesis de Grado. Universidad de Barcelona. 2013.

Castro Mellado, Oscar Octavio. Análisis jurídico doctrinario de la función de los auxiliares de los comerciantes en el Derecho Mercantil Guatemalteco. Tesis de Grado. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2012.

Criado Castilla, Juan Felipe. Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo” (Art. 42 y 43 de la Ley de 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor). Tesis Magistral. Universidad Nacional de Colombia. 2014.

Cruz Reyes, Ángel Ovidio, Fernando Cesar Castillo Padilla y Farid Humberto Diaz Navarrete. Prontuario del Código de Comercio. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. Facultad Multidisciplinaria Oriental. 2004.

Díaz Hernández, David Alexander, Noemy Ester Gómez Alvarado y Ingrid Johanna Guerrero González. Cláusulas abusivas en el contrato de apertura a crédito (tarjeta de crédito). Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2010.

Díaz Zepeda, Danilo Josué, Yoselin Carolina Mejía Quijada y Vilma Ivette Rivera Ramo. Los mecanismos implementados por la Defensoría del Consumidor para proteger los derechos de los usuarios frente al suministro de agua potable prestado por la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2009.

Figeac Menjívar, Claudia María y Luis Alexis López Portillo. La seguridad jurídica en el contrato de arrendamiento empresarial en la práctica mercantil salvadoreña. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2006.

González Velásquez, José Raúl y Cesar Mauricio González Flores. Análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. 2012.

Herrera Fuentes, Florhy Janneth y Jacqueline Alicia Bernal Cubias. Procedimientos para la obtención y otorgamiento de una Franquicia internacional en El salvador. Tesis de Grado. Universidad Dr. José Matías Delgado. El Salvador. 2002.

Lacayo Arana, María Alejandra. La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. 2012.

Lazo Bonilla, Pablo Cesar et al. La implementación del contrato de arrendamiento financiero en la práctica jurídica contractual salvadoreña a la luz de la ley de arrendamiento financiero. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2004.

Lizama Fuentes, Abriel Antonio. Comportamiento cooperativo y contratos de adhesión. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2016.

Morales Quintanilla, Carlos René. Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España.

Murillo Blanco, Ana Gabriela y Rafael Oviedo Quesada. Las Garantías en el Crédito al Consumo. (Análisis de los Contratos a nivel de las entidades bancarias nacionales públicas). Tesis de Grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 2000.

Rivas López, Mirna Isabel, Mónica Lissette Rivera Melara y Lilian Del Carmen Ticas Callejas. Efectividad del procedimiento sancionatorio a través de las resoluciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2014.

Roldan Pereda, Florinda Amarillis. Protección del Consumidor en el Código Civil y Código de Protección y Defensa del Consumidor frente a las Cláusulas Abusivas en los Contratos por Adhesión de Telefonía Fija. Tesis Magistral. Universidad de Trujillo. Perú. 2016.

LEGISLACIÓN

Código Civil. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1860.

Código de comercio. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1970.

Código Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1997

Código de Protección y Defensa del Consumidor. Perú: Congreso de la República del Perú, Lima. 2010.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983.

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2002.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2017.

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de la legislación española.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, publicado en: «BOE» núm. 89, de 14/04/1998, entrada en vigor: 04/05/1998.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. N° 7472, de fecha 19 de diciembre de 1994.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Decreto Numero 06-2003, publicado a página 2 de número 4, tomo 271, de fecha 11 de febrero de 2003, del Diario de Centro América.

Ley de Protección al Consumidor. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2005.

Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2011.

Ley Federal de Protección al Consumidor. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 1992.

Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2015.

Reglamento General de la Ley de Turismo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2012.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. Conflicto de competencia. Referencia: 111-D-2009. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2010.

Corte Suprema de Justicia. Conflicto de Competencia. Referencia: 77-D-2012. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Sala de lo Constitucional. Amparo. Referencia: 400/2011. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2015.

Sala de lo Constitucional. Amparo. Referencia: 453-2015. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2015.

Sala de lo Constitucional. Inconstitucional. Referencia: 11-2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2010.

Sala de lo Constitucional. Inconstitucionalidad. Referencia: 121-2007. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Sala de lo Constitucional. Interlocutoria-incompetencia. Referencia: 725-2013. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2014.

Sala de lo Constitucional. Sentencia Definitiva. Referencia: 9-97. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Sala de lo Constitucional. Sentencia Definitiva. Referencia: 642-99. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2000.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 44-2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2013.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 484-2013. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2017.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 317-2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2013.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 263-2007. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2011.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 406-2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2014.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 435-2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2014.

Sala de lo Penal. Sentencia Definitiva. Referencia: 60-2000. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2003.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Definitiva. Referencia: 204-2008 y 97-H-2002. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2011.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Sentencia Definitiva. Referencia: 1591/2012. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva. Referencia: 269/2012. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva. Referencia: 204/2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2010.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva. Referencia: 1062/2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2011.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 116/2009. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2009.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 176/2012. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2013.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 570/2013. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2013.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 240/2011. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 34/2009. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2009.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 236-2011. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 139-11. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2012.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 1589/12. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2013.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 1065/10. El Salvador. Cortes Suprema de Justicia. 2011.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 1191-14. El Salvador. Cortes Suprema de Justicia. 2014.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 1280/2009. El Salvador. Cortes Suprema de Justicia. 2009.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 1595-14. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2017.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 940/11. El Salvador, Corte Suprema de Justicia. 2011.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 1367/2011. El Salvador, Corte Suprema de Justicia. 2011.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva,
Referencia: 1037/10. El Salvador, Corte Suprema de Justicia. 2013.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 250/2010. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2010.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 558/2009. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2009.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 236/2011. El Salvador, Corte Suprema de Justicia. 2012.

Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Sentencia Definitiva.
Referencia: 119/2010. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

REVISTA

Roppo, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio, Universidad Externado de Colombia, 2011.

DICCIONARIOS

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edición Electrónica. Guatemala, C.A.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 11º ed. Argentina: Heliasta S.R.L. 1993.

WEB

Anchondo Paredes, Víctor Emilio. Métodos de interpretación jurídica. Universidad Autónoma de México. Disponible en la página. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quidiuris/article/view/17406/15614>.

Cárdenas Quirós, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. Opinión Jurídica Universidad de Perú. 20. Disponible en la página. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15555/16005>.

Cotino Hueso, Lorenzo. Dossier para el III Congreso DerechoTICs. Disponible en la página. http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,624/Itemid,3/

Echeverría Salazar, Verónica María. El Control a las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión con Consumidores. Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Disponible en la página. <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a08.pdf>.

Palacios, Cristian. El Recurso de Revocatoria. Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”, 2015. Disponible en la página. <http://enfoquejuridico.org/2015/11/20/el-recurso-de-revocatoria/>

Rojas Amandi, Víctor Manuel. La filosofía del derecho de Immanuel Kant. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en la página. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art8.pdf>.

Simental Franco, Víctor Amaury. Enfoque Actual de la teoría general del contrato, Disponible en la página. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/edad-media.htm>.

Stiglitz, Rúben S. Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Universidad Externado de Colombia, 1999. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1712/1539>.

Visedo, Cristi. El Potlach. Disponible en la página. <http://cristinavisedo.blogspot.com/2012/11/el-potlatch.html>.

ANEXOS

139-11

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR; Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las doce horas con catorce minutos del día nueve de febrero de dos mil doce.

El presente procedimiento sancionador, registrado con referencia 139-11, se inició de acuerdo a la certificación remitida por el Centro de Solución de Controversias, de conformidad al artículo 143 letra a) de la Ley de Protección al Consumidor, relacionada con la denuncia interpuesta por la señora Domitila Rosario Piche Osorio, contra la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V., cuyo número de Identificación Tributaria es

En dicha denuncia se aduce que en el mes de julio de dos mil diez, la señora Piche Osorio suscribió un contrato de promesa de venta de una vivienda, por el precio de cuarenta y dos mil ochocientos cincuenta y seis dólares con veintidós centavos (\$42,856.22), por la cual pagó a la proveedora una prima de un mil quinientos doce dólares con cincuenta y seis centavos (\$1512.56) y una primera cuota de cuatrocientos dólares (\$400.00). Agrega que debido a que se le informó que el inmueble se encuentra ubicado en una zona declarada en estado de emergencia ambiental, solicitó a la proveedora desistir del mismo, tal como lo permite el contrato; sin embargo, ésta se niega a devolver lo pagado.

Leídos los autos; y,

Considerando

I. Ante la falta de arreglo en el Centro de Solución de Controversias, el expediente administrativo se remitió a este Tribunal, conforme al artículo 143 LPC. Sobre la base de los hechos denunciados relacionados en la certificación respectiva, por auto de las ocho horas con treinta y tres minutos del día tres de febrero de dos mil once, se dio inicio al procedimiento sancionatorio en relación a la denuncia presentada por la señora Domitila Rosario Piche Osorio; determinándose que de ser ciertos los hechos, se configurarían, en primer lugar, la infracción prevista por el artículo 42 letra e) de la LPC en relación al artículo 13 inciso 4° de la misma, por violar el derecho de la consumidora a desistir del contrato, lo que, de comprobarse, daría lugar a la aplicación de la sanción establecida en el artículo 45 LPC; y en segundo lugar, infracción al artículo 44 letra e) LPC en relación al artículo 17 de la misma, por la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato; lo que, de acreditarse, daría lugar a la aplicación de la sanción establecida en el artículo 47 LPC.

En el mismo auto, se mandó a oír a la proveedora, para que dentro del plazo de cinco días hábiles que señala el artículo 145 LPC, ejerciera su derecho de defensa sobre las conductas ilícitas

atribuidas en su contra. Asimismo, se dio intervención a la consumidora como interesada, y se le requirió presentara en original y copia para su confrontación, la documentación que acreditara haber solicitado el desistimiento y la devolución del dinero pagado a la proveedora, con constancia de recibido por parte de ésta, y de cualquier documento de que dispusiera con relación a este caso. Además, proporcionara el nombre de las personas que le habían atendido por la proveedora, o las que pudieran atestiguar en relación al caso, por haberla acompañado a solicitar la devolución del dinero pagado y realizar los reclamos respectivos.

La señora Domitila Rosario Piche Osorio presentó escritos los días ocho y veintiuno de febrero de dos mil once, mediante los cuales solicitó se recibiera prueba testimonial y adjuntó la documentación agregada de fs. 46 a fs. 54 y de fs. 58 a fs. 120.

Mediante auto de fecha veintidós de febrero de dos mil once, se tuvo por recibido el escrito presentado por la consumidora y se señaló la audiencia de las nueve horas del día ocho de marzo de dos mil once, para recibir la declaración testimonial de la señora Rigoberta Amador, deposición que consta en el acta agregada a fs. 140. Finalmente, este Tribunal abrió a prueba el procedimiento por el término de ley.

En la etapa referida, el licenciado Carlos Esaú López Hernández, presentó el escrito agregado a fs. 128, mediante el cual se mostró parte en el presente procedimiento.

La señora Domitila Rosario Piche Osorio presentó escrito el día veintiocho de febrero de dos mil once, con el que incorporó la fotocopia simple de estado de cuenta de fecha veintidós de febrero de dos mil once e impresión de correo electrónico .

A fs. 134, la consumidora presentó escrito con el cual adjuntó las fotocopias confrontadas de cartas de fecha veintiuno de septiembre, diez de noviembre, y uno y ocho de diciembre de dos mil diez.

Mediante escrito de fecha nueve de marzo de dos mil once, la consumidora solicitó se citara a la señora Rigoberta Amador a efecto de que rindiera nuevamente su declaración testimonial, argumentando que el acta no había sido firmada por la testigo por razones consignadas en ésta, y porque ella no estuvo presente en su declaración como consumidora. Asimismo, solicitó se dictaran medidas cautelares en contra de la proveedora en su agencia Ciudad Versailles, por encontrarse las viviendas dentro de los mil quinientos metros comprendidos en el Decreto Ejecutivo número doce, existiendo un riesgo inminente a los derechos a la vida, salud, seguridad y medio ambiente por la contaminación del plomo. Finalmente, anexó la documentación de fs. 142 a fs. 148.

El licenciado Carlos Esaú López Hernández presentó escrito el día once de marzo de dos mil once, en el que pidió se señalara día y hora para recibir la declaración testimonial de la señora Xiomara Isabel Barahona Regalado y del señor Abrahan Alvarenga Mejía, así como, se practicara inspección en la página web de La Prensa Grafica, a efecto de acreditar que el Ministerio de Medio Ambiente decretó libre de contaminación de plomo al complejo habitacional de Ciudad Versailles. Además, incorporó la documentación de fs. 152 a fs. 165.

Mediante auto de las ocho horas con treinta minutos del día catorce de marzo de dos mil once, fueron recibidos los escritos presentados por el apoderado de la proveedora y la consumidora. Asimismo, se señaló audiencia para recibir el testimonio de la señora Xiomara Isabel Barahona Regalado, no así, el del señor Abrahan Alvarenga Mejía, por considerarse innecesario. En la misma resolución, se declararon sin lugar las solicitudes de la consumidora de citar nuevamente a la señora Rigoberta Amador y de decretar medidas cautelares en contra de la proveedora; así como, la petición del apoderado de la proveedora de practicar inspección en la página web de La Prensa Grafica, por las razones señaladas en el mencionado auto.

La señora Domitila Rosario Piche Osorio presentó escritos los días dos de mayo y dieciocho de julio de dos mil once, agregados a fs. 173 y 176, mediante los cuales solicitó se practicara inspección en la vivienda objeto del reclamo, con el fin de verificar si la misma se encontraba habitada o no; y, se requiriera a la Fiscalía General de la República para que investigara un presunto falso testimonio y fraude procesal cometido por la señora Xiomara Isabel Barahona Regalado y la proveedora en el presente caso.

Mediante auto de las ocho horas con treinta minutos del veinte de julio de dos mil once, se recibieron los escritos presentados por la consumidora, y se declararon sin lugar las solicitudes anteriormente relacionadas, por los motivos expuestos en el mismo.

La consumidora presentó escrito el día dieciséis de agosto de dos mil once, solicitando se le extendiera copia certificada del presente procedimiento administrativo sancionador, habiéndose ordenado la misma por auto de fs. 190.

Concluido así el trámite que señala la ley, el presente caso se encuentra en estado de emitir la resolución final respectiva.

II. La jurisprudencia nacional ha establecido claramente que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, constituyen técnicas de intervención social perfectamente habituales y sólidamente asentadas que forman parte de un genérico "*ius puniendi*" del Estado.

Este ejercicio de actividad punitiva estatal, corresponde a la Administración no como privilegio sino como un instrumento normal para el cumplimiento de sus fines en orden a la satisfacción de interés general.

En ese contexto, la potestad sancionatoria en materia de protección al consumidor se dirige a la calificación de ilícitos en materia de consumo, a efecto de erradicar conductas contrarias a los derechos del mismo.

En ese marco, la potestad sancionatoria de la Administración Pública, es entendida como una habilitación o poder que detentan los órganos de la Administración Pública para imponer una sanción prevista en la ley, previo el debido proceso, a los sujetos que se compruebe que han incurrido en una infracción administrativa que la ley califica como tal, la cual está sujeta a los principios y garantías que la Constitución contempla. De esta manera, la facultad sancionatoria regulada en el artículo 14 Cn., se encuentra sujeta al principio de legalidad regulado en el último inciso del artículo 86 de nuestra Constitución que establece: "Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley", lo que implica, que la Administración sólo podrá imponer las sanciones a las que la ley dé cobertura, y en la forma que la misma lo regule.

Como una consecuencia del principio de legalidad, se encuentra la exigencia de tipicidad del hecho, según la cual a la imposición de toda sanción debe precederle una previsión normativa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de prohibición con todos sus elementos configurativos. Es decir, se requiere la existencia de una precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, cumpliendo con los requisitos de *lex praevia* y *el de lex certa*.

En ese marco, a este Tribunal se le ha conferido dicha potestad sancionatoria en materia de consumo tal como los dispone el artículo 79 de la Ley de Protección al Consumidor, entre cuyas atribuciones se encuentra la de instruir los respectivos procedimientos e imponer las sanciones respectivas (artículo 83).

III. En el caso de autos, los hechos que originaron el reclamo planteado por la consumidora se centran en que suscribió un contrato de promesa de venta de una vivienda, por el precio de cuarenta y dos mil ochocientos cincuenta y seis dólares con veintidós centavos (\$42,856.22). Que pagó una prima de un mil quinientos doce dólares con cincuenta y seis centavos (\$1512.56) y una primera cuota de cuatrocientos dólares (\$400.00). Agregó que debido a que se le informó que el

inmueble se encuentra ubicado en una zona declarada en estado de emergencia ambiental, solicitó a la proveedora desistir del mismo, sin que ésta accediera a devolver lo pagado.

De acuerdo a la potestad sancionatoria que tiene este Tribunal, y los hechos expuestos, se analizará si efectivamente, se ha cometido la infracción al artículo 13 inciso 4º de la LPC, que regula las condiciones en que podrá desistirse de los contratos; y determinar si ha existido una práctica abusiva al incluir en el contrato de promesa de venta en referencia una cláusula desproporcionada en perjuicio de la consumidora (cláusula XI).

1. Sobre la infracción al artículo 42 letra e) en relación al artículo 13 inciso 4º de la LPC.

1.1 Ha de señalarse que el artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor regula el derecho a desistir que tiene tanto el proveedor como el consumidor, y las condiciones en que este procederá.

La citada disposición prescribe en su inciso cuarto que: “si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrar lo pagado, pudiendo retener en concepto de gastos administrativos una cantidad equivalente al interés legal en materia mercantil sobre el valor del bien o servicio”. Ello significa, que la ley concede expresamente al consumidor el derecho de desistir del contrato aun cuando el proveedor no haya incurrido en ningún retraso o mora y cuando por cualquier circunstancia ya no desee el bien o servicio, con la salvedad que en estos casos, al devolverse lo pagado, el proveedor descontará de dicha suma un porcentaje, que es el llamado “interés legal mercantil”.

Este Tribunal ha sostenido que puede desistirse válidamente de la mayoría de compromisos pre-contractuales –que son los orientados a la formación posterior de un contrato–, como por ejemplo en los casos de entrega de anticipos, primas o reservaciones, a cuya devolución el proveedor está obligado reteniendo las cantidades que el mismo artículo indica. Asimismo, se ha sostenido que puede desistirse de aquellos contratos que han sido celebrados válidamente, siempre que el consumidor no tenga todavía derecho a reclamar la prestación y que el proveedor no haya sufrido cargas para facilitarlas, es decir, cuando el inicio de la ejecución del contrato por parte del proveedor está supeditado a alguna condición o plazo.

Ahora bien, para que la infracción al inciso cuarto del artículo 13 de la LPC pueda comprobarse, es necesario que la renuncia del consumidor a que se le entregue el bien o se le preste el servicio, sea informada o comunicada al proveedor con anterioridad a la interposición de la respectiva denuncia, pues es la negativa a tal petición la que configura el ilícito en comento.

También se ha señalado, en casos como el que nos ocupa, que la promesa de venta, por su naturaleza, es un acuerdo de voluntades mediante el cual nacen para ambas partes obligaciones recíprocas. En el mismo, la celebración del contrato prometido queda aplazada para el futuro y la promesa de venta es sólo su antecedente. La finalidad o destino de la promesa de venta es celebrar otro contrato. Lo anterior implica, que la promesa de venta concreta sus efectos en la futura compraventa y, consecuentemente en la tradición y entrega del bien, en este caso, de la vivienda.

En ese contexto, se advierte que, en el presente caso, la consumidora podía solicitar el desistimiento del contrato de promesa de venta suscrito con la proveedora, pues el mismo era un compromiso pre-contractual orientado a la formación del contrato de compraventa; y, en consecuencia, el proveedor debía reintegrarle la suma pagada en los términos que señala el artículo 13 inciso 4º de la LPC.

1.2 Entre la documentación agregada al expediente, aparece que el día veintidós de julio de dos mil diez, la señora Domitila Rosario Piche Osorio suscribió con la proveedora un contrato de promesa de venta por la vivienda ubicada en

Asimismo, se encuentran agregadas las fotocopias confrontadas de dos recibos, a nombre de la citada señora Piche Osorio, por las cantidades de novecientos once dólares con sesenta y cinco centavos (\$911.65) y seiscientos dólares con noventa y un centavos (\$600.91), en concepto de prima por la vivienda relacionada. Igualmente, aparecen las fotocopias confrontadas de cartas de fecha veintiuno de septiembre y diez de noviembre de dos mil diez, dirigidas a la proveedora, mediante las cuales la consumidora solicitó la devolución de las cantidades pagadas en concepto de prima y cuota mensual, y los gastos de instalación de energía eléctrica, agua potable y balcones. Asimismo, consta que ambas cartas fueron recibidas por empleados de la proveedora como consta en el sello que las calza. Así, la primera, se dejó en poder de la señora Flor de García; sin embargo, en la segunda el nombre es ilegible.

Sobre los hechos relativos al desistimiento, este Tribunal citó a la señora Rigoberta Amador Leiva, con cuya declaración testimonial se acreditó, en primer lugar, la contratación realizada entre la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V. y la consumidora por la adquisición de una vivienda ubicada en Residencial Ciudad Versailles; y en segundo lugar, que ésta solicitó a la proveedora la devolución de las cantidades de dinero pagado por el inmueble; sin embargo, no se pudo probar a través de este medio qué respuesta dio la proveedora a dicho requerimiento, por cuanto la señora Amador Leiva, sostuvo que desconocía si la proveedora dio respuesta a dicha petición.

Por otro lado, este Tribunal recibió la prueba testimonial de la señora Xiomara Isabel Barahona Regalado, quien fue propuesta como testigo por la proveedora, y con cuya declaración se comprobó que la consumidora solicitó el reintegro de la prima a causa del desistimiento, y que la respuesta de la proveedora fue que dicha cuota quedaba pagada en concepto de alquiler, por haber vivido en la casa. Asimismo que, con posterioridad, la proveedora autorizó el reintegro de la prima y cuota pagada; así como, los gastos incurridos en la instalación de energía eléctrica y agua, y el valor de los balcones y macetas.

En este punto, es del caso indicar que, a pesar de haber sido notificada de los autos de señalamiento de las audiencias testimoniales, tal como consta en actas agregadas a fs. 123 y 169, la señora Domitila Rosario Piche Osorio, no compareció a dichas diligencias.

En el caso que nos ocupa, respecto a que la proveedora se ha negado a reintegrar a la señora Piche Osorio una cantidad de dinero en concepto de devolución por haber desistido del contrato, no consta prueba en contrario de la intención de la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V., de restituir dicha cantidad, pues la testigo Barahona Regalado fue contundente en sostener que sí se autorizó el reintegro por parte de la proveedora. Y al respecto, la consumidora únicamente sostuvo que dicho testimonio era falso, situación sobre la cual este Tribunal no puede pronunciarse por carecer de competencia para ello.

Respecto de las fotocopias certificadas de facturas, éstas no han sido valoradas por este Tribunal, en virtud de que el artículo 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, no permite certificar notarialmente documentos privados. Sobre los informes emitidos por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y Ministerio de Medio Ambiente e impresión de página web, este Tribunal advierte que los mismos no guardan relación con los hechos controvertidos; razón por la cual tampoco no han sido valorados. Y es que, en el presente caso, no se discute si existe o no contaminación de plomo en el complejo habitacional Ciudad Versailles, sino la supuesta negativa de la proveedora de permitir a la consumidora desistir del contrato celebrado, lo cual resta pertinencia a dicha prueba.

1.3. En consecuencia, a través de la prueba testimonial y documental, ha quedado acreditado que el día veintidós de julio de dos mil diez, la señora Domitila Rosario Piche Osorio y la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V., suscribieron un contrato de promesa de venta, por la vivienda ubicada en

Asimismo, que los días veintiuno de septiembre y diez de noviembre de dos mil diez, la consumidora solicitó a la proveedora el reintegro

de un mil quinientos doce dólares con cincuenta y seis centavos (\$1512.56), cuatrocientos cuarenta dólares con veinticuatro centavos (\$440.24), setenta y tres dólares con veintiocho centavos (\$73.28), ciento sesenta y ocho dólares (\$168.00), y ciento cincuenta dólares (\$150.00), todo lo anterior en concepto de prima, cuota, energía eléctrica, agua y balcones respectivamente. Finalmente, que la proveedora accedió a la petición de desistimiento y la devolución de las cantidades solicitadas por la consumidora, pero fue la señora Piche Osorio quien no aceptó.

1.4 En ese contexto, cabe señalar que no se ha podido recabar prueba que permita evidenciar que la proveedora se negara a reintegrar lo pagado por la consumidora en los términos establecidos en el artículo 13 inciso 4º de la LPC, sino, por el contrario, ha quedado demostrado que ésta ofreció devolver todas las cantidades de dinero solicitadas por la consumidora.

En vista de lo anterior y tomando en cuenta que el ejercicio de la potestad sancionatoria requiere de elementos que establezcan o denoten la concurrencia de una infracción tipificada en la normativa aplicable, a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del presunto infractor con una prueba de cargo fehaciente, en este caso no ha sido posible determinar dichos elementos.

Por tanto, al no contar con la prueba que demuestre el incumplimiento al artículo 13 inciso 4º de la LPC, que hubiese dado lugar a la infracción al artículo 42 letra e) de la LPC, resulta procedente absolver sobre la misma a la proveedora denunciada.

2) Sobre la inclusión de cláusulas abusivas en documentos contractuales.

2.1 Cabe destacar, que el artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor dispone que se consideren 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...*".

En anteriores resoluciones, se ha sostenido que las contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión o, como modernamente se denominan, mediante condiciones generales de contratación. Sus características más importantes están relacionadas con la posición asimétrica que en la relación jurídica se ubican los contratantes, lo que implicaría cierta ventaja en términos de la capacidad de una parte –el proveedor– para imponer a la otra –el consumidor– el contenido del contrato, con el consiguiente resultando que el cliente solo puede aceptarlo o rechazarlo, en el marco de la conveniencia, necesidad o urgencia que pueda tener de contratar ciertos bienes o servicios; e, incluso de demandar servicios de cierto proveedor específico que considera el más conveniente por razones de precio, capacidad, servicio o cualquier otra.

En ese sentido, los contratos de adhesión o condiciones generales de contratación, se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición de una parte contractual frente a la otra (entendida como la escasa capacidad de influencia que el consumidor tiene sobre su contenido). Esta situación fáctica justifica el control de la inclusión de este tipo de cláusulas contractuales, ejercida por la Defensoría del Consumidor y 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.

Lo anterior, ha de enmarcarse, además, en los principios que sustentan el Derecho de Consumo, el cual 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 que, modernamente en materia contractual, si bien se mantienen las reglas tradicionales del Derecho Civil en cuanto a que las cláusulas convenidas se sujetan a la autonomía de la voluntad y a la igualdad formal, hay ciertas estipulaciones que en términos reales 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 caso, dichas cláusulas deben ser sometidas a un análisis de proporcionalidad y equidad, para lo cual está facultado este Tribunal Sancionador en aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.

De esa manera, la interpretación del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato suscrito entre proveedora y consumidora habrá de realizarse considerando las circunstancias concurrentes al momento de la celebración, la totalidad de las condiciones contractuales y la naturaleza de los bienes y servicios.

2.2 El presente procedimiento se inició por la supuesta infracción al artículo 44 letra e) de la LPC en relación al artículo 17 de la LPC, por lo cual debe analizarse si ha existido una práctica abusiva al incluir en el contrato de promesa de venta suscrito por la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V., y la señora Domitila Rosario Piche Osorio una cláusula desproporcionada en detrimento de la consumidora.

La cláusula XI del referido contrato establece: "El desistimiento por parte del prometido, tendrá como consecuencia: ...b) que el prometido cancelará a la promitente, la cantidad de SETECIENTOS TREINTA DOLARES CON SESENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, en concepto de canon mensual de arrendamiento, por cada uno de los meses comprendidos desde la fecha de la firma del presente contrato, hasta la firma de la resciliación del mismo".

Este Tribunal estima que dicha disposición contractual no puede interpretarse aisladamente, sino en conjunto con las demás estipulaciones contenidas en el contrato. En ese sentido, puede concluirse que, en el presente caso, la señora Piche Osorio suscribió un contrato de promesa de venta, por un inmueble ubicado en

habándose pactado que su precio sería de cuarenta y dos mil ochocientos cincuenta y seis dólares con veintidós centavos (\$42, 856.22), el cual se pagaría mediante cuatro cuotas de cuatrocientos dólares con veinticuatro centavos (400.24), doscientas treinta y seis de setecientos treinta dólares con sesenta y dos centavos (\$730.62), y que una vez pagado completamente, la vendedora haría la tradición del dominio, otorgándose la escritura de compraventa. No obstante, se advierte que la cláusula en mención estipula que en caso de desistimiento, las cuotas pagadas por el consumidor a cuenta del precio del inmueble quedarán en poder del proveedor como canon mensual de arrendamiento.

Como ha quedado expuesto en el párrafo que antecede, las partes celebraron un contrato de promesa de venta, no apareciendo en dicho contrato cláusulas que permitan identificar que la voluntad de las partes era dar en arrendamiento la vivienda, no estableciéndose cánones por el uso y goce del bien. Y es que, debe aclararse que la entrega material del inmueble ha sido realizada por la libre voluntad del promitente vendedor.

2.3 Al respecto, debe destacarse que el derecho conferido al consumidor en el artículo 13 de la LPC, en puridad regula un supuesto de resolución unilateral del contrato, pues cuando el promitente comprador desiste del contrato celebrado, éste queda resuelto, extinguiéndose sus efectos. De ahí que, resuelto el contrato no cabe la posibilidad de una mutación de su naturaleza que es lo que sucede según establece la cláusula objeto de análisis. Así, cabe recordar que la naturaleza de un contrato solo puede modificarse **por la voluntad expresa de las partes y cuando el contrato inicialmente celebrado se encuentre vigente.**

En esa línea, se advierte que la cláusula que se analiza, desnaturaliza el contrato inicialmente celebrado, pues es claro que la voluntad de las partes ha sido la de transferir el dominio del inmueble una vez cumplidas las condiciones para que se celebre el contrato convenido, y no únicamente permitir el uso y goce del mismo. En ese sentido, tal disposición provoca un desequilibrio en los derechos del consumidor, pues, modificando la naturaleza del contrato celebrado ante su desistimiento, faculta a la proveedora a retener las cantidades pagadas a cuenta del precio en concepto de arrendamiento. **En otras palabras, la inclusión de dicha cláusula en el contrato vuelve nugatorio el derecho concedido al consumidor en el artículo 13 de la LPC de desistir del**

contrato suscrito. Así, la referida estipulación resulta ambigua en la medida que, reconociendo el desistimiento del consumidor, permite a la proveedora apoderarse de cantidades superiores a las previstas legalmente, limitando su ejercicio.

En conclusión, la referida cláusula contradice lo dispuesto por el artículo 13 inciso 4º de la LPC, por cuanto, ante el desistimiento del consumidor, no se otorga los efectos que el legislador previó, cual es la potestad del proveedor de retener una suma equivalente al interés legal. Por el contrario, establece como consecuencia, la apropiación de la totalidad de las cuotas pagadas a cuenta del precio.

IV. En virtud de lo antes expuesto, se advierte que la cláusula en mención desnaturaliza las obligaciones del proveedor, y coloca a la consumidora en una evidente desventaja e indefensión, calificándose como abusiva. Ello permite colegir a este Tribunal, que se ha configurado la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC y, consecuentemente, procede imponer la sanción respectiva.

En relación a lo anterior, el artículo 49 de la LPC contienen los parámetros para la determinación de la multa que habrá de imponerse al haberse acreditado la infracción respectiva, estableciendo que deberá tomarse en cuenta parámetros como los siguientes: el tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad 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, y según el caso.

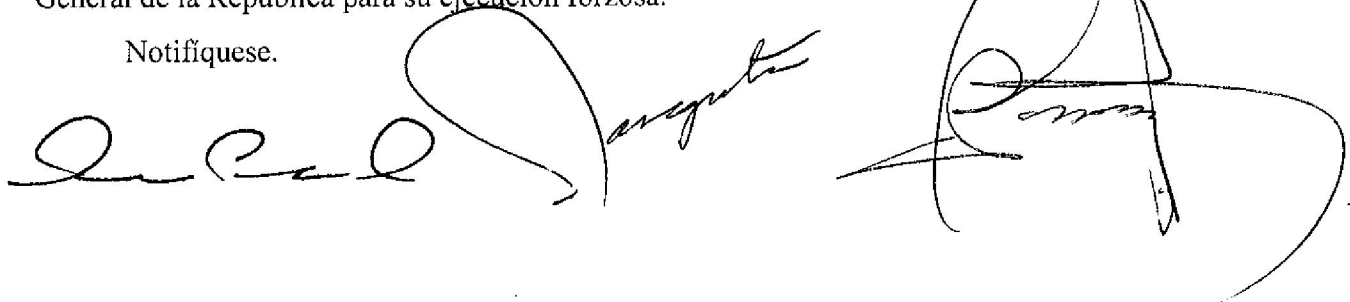
Por otra parte, la infracción al artículo 44 letra e) de la LPC que prohíbe la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, tal como se ha determinado en este caso, es considerada infracción muy grave cuya sanción puede cuantificarse en una multa hasta de quinientos salarios mínimos.

En el caso que nos ocupa, para establecer el monto de la sanción debe tomarse en cuenta que el proveedor es una persona jurídica; que ha quedado evidenciada la intención de incluir la cláusula abusiva en el contrato de promesa de venta suscrito por la señora Domitila Rosario Piche Osorio y la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V.; y que dicha regla contractual es desproporcionada.

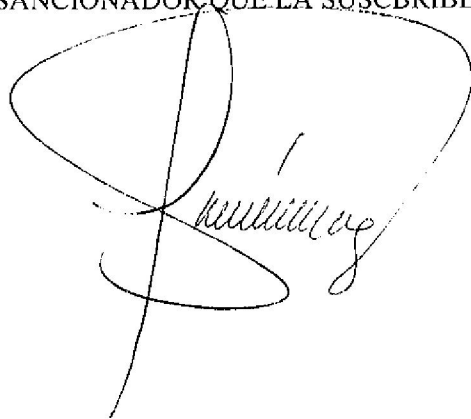
Por todo lo expuesto, y con fundamento en los artículos 11, 14, 86 inciso final y 101 de la Constitución de la República; artículos 13 inciso 4º, 17, 42 letra e), 44 letra e), 45, 47, 145, 146 y 83 de la Ley de Protección al Consumidor y artículos 216 y 217 del Código Procesal Civil y Mercantil, este Tribunal Resuelve: a) Absuélvase a la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V., por

la infracción al artículo 42 letra e) en relación al artículo 13 inciso 4° de la LPC; y b) Sancionase a la sociedad Salazar Romero, S.A. de C.V., con la suma de CINCO MIL DOLARES (\$5,000.00) por la infracción prevista en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor. Dicha multa deberá hacerse efectiva en el Fondo General de la Nación, dentro de los diez días siguientes al de la notificación de esta resolución, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, se certificara a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.

Notifíquese.

Two handwritten signatures in black ink, one on the left and one on the right, both appearing to be in cursive script.

PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL SANCIONADOR QUE LA SUSCRIBEN.

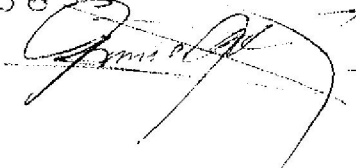
A handwritten signature in black ink, written in a cursive style, positioned below the text.

pe

EN LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL SANCIONADOR, DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR
a las quince horas y veintea y cuatro minutos
del día diez de febrero
del año dos mil doce NOTIFIQUE LEYENDO la resolución

la Señora Domitela Rosario Pech Orenia, de
fecha ocho de febrero de dos mil doce y la resolución
de fecha nueve de febrero de dos mil doce.
quedando entendid o y para constancia firmo

tarjeta de abogado n.º 3855



240-11

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las quince horas con cincuenta y siete minutos del ocho de febrero de dos mil doce.

A sus antecedentes el escrito firmado por la señora Reina Esperanza Huevo Cornejo, el cual consta a folios 208.

Por cumplida la prevención efectuada a la señora Huevo Cornejo en auto de las once horas veintitrés minutos del siete de septiembre de dos mil once.

El presente procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia **240-11**, fue iniciado por denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en aplicación del artículo 143 letras b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra la sociedad **Arrendamientos Salvadoreños, Sociedad Anónima de Capital Variable**, que puede abreviarse **ARRENSA, S.A. de C.V.**, propietaria del establecimiento “*Avis Rent a Car*”, ubicado en

por el supuesto cometimiento de la infracción prevista en el artículo 44 letras c) y e) con relación a los artículos 17 y 18 letra b) de la citada ley.

Leídos los autos; y, considerando:

I. Con fecha siete y diecisiete de septiembre, once y trece de octubre, todas de dos mil diez, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor, se practicaron inspecciones en el establecimiento antes mencionado a efecto de verificar los contratos de arrendamiento de vehículos y documentos de obligación suscritos por los clientes que habían contratado con la empresa “*Avis Rent a Car*”. Como resultado de dichas diligencias, se levantaron las actas agregadas a folios 5, 6, 11 y 12 de este expediente, en las cuales se hizo constar que al momento de verificar los referidos contratos, se encontraron que las cláusulas novena, décimo séptima, décimo novena y vigésimo primera, pudieran ser calificadas de cláusulas abusivas. Además, que los contratos de arrendamiento contienen pagarés suscritos en blanco, sin cantidad pagadera alguna; y que la cláusula que autoriza a la arrendadora efectuar cargos en la tarjeta de crédito del arrendatario, no provee la certeza necesaria sobre la procedencia de los mismos, motivo por el cual también puede considerarse abusiva.

Los hechos anteriores, señaló la denunciante, podían configurar un posible incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 17, 18 letra b) LPC que darían lugar a las infracciones tipificadas en el artículo 44 letras c) y e) LPC.

Mediante auto de fecha tres de marzo de dos mil once, se admitió la denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría contra Arrendamientos Salvadoreños, S.A. de C.V., por el supuesto incumplimiento de lo previsto en los artículos 17 y 18 letra b) LPC, tipificado como infracciones en el artículo 44 letras c) y e) LPC, y sancionadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 47 LPC.

En el mismo auto, se mandó a oír a la sociedad denunciada, conforme lo dispone el artículo 145 de la LPC. Al contestar la audiencia conferida, la proveedora compareció por medio de su administrador único propietario, señor Ángel Roberto Calderón, quien expuso lo siguiente:

a) Sobre la cláusula IX del contrato, aduce que ésta no tiene por objeto exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de su representada de los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados a los consumidores. Que la denunciante ha malinterpretado la cláusula en controversia, ya que la proveedora se exime de toda responsabilidad únicamente en casos aislados respecto de la prestación de los servicios –objeto del contrato-, y la pérdida o daños en los bienes del arrendatario sean o no imputables a su negligencia.

b) Con relación a la cláusula XVII, alega que su representada no puede asumir los costos o gastos por causas imputables a un cliente o un tercero, es por ello que el arrendatario debe asumir la responsabilidad por un eventual perjuicio en el bien objeto del contrato, ocasionado por el mal uso abuso, ignorancia, descuido y/o ignorancia de éste. Además, agrega, que no es cierto que la proveedora limite el derecho del arrendatario de contratar con una aseguradora para que responda por cualquier siniestro, pues la verdadera esencia de dicha cláusula es que el consumidor evada su responsabilidad.

Por otra parte, aduce que la autorización del arrendatario a cargar saldos a su tarjeta de crédito, no puede considerarse como infracción a la LPC, puesto que ello constituye una práctica generalizada en el comercio. Además, antes de realizar cualquier cargo a la tarjeta de crédito, se hace del conocimiento del cliente, a efecto de que éste sepa lo que se le está cobrando.

c) En cuanto a la cláusula XIX, expuso que la denunciante no visualizó las pérdidas en las que pudiera incurrir su representada ante el extravío de la tarjeta de circulación, cuya cuantía dependerá del daño y lucro cesante.

d) Con relación a la cláusula XXI, alega que ésta no es contraria a derecho por cuanto ambas partes, de mutuo consentimiento, se someten a una jurisdicción especial, debido a que la gran mayoría de los clientes de su representada son extranjeros y ante una inminente controversia se le dificultaría promover procesos judiciales en los países de origen de los arrendatarios.

e) En cuanto a la suscripción de pagarés en blanco, aduce que éstos no cumplen con las características intrínsecas de un pagaré como título valor, en los términos que establece el artículo 788 del Código de Comercio, pues básicamente se trata de un documento que ampara un reconocimiento de obligación que muchas veces el cliente no lo firma, tal como puede corroborarse en la muestra tomada por los delegados de la Defensoría del Consumidor. Por las razones expuestas, pidió que se le eximiera de toda responsabilidad.

Posteriormente, en auto de fecha seis de mayo de dos mil once, se tuvo por parte a la sociedad Arrendamientos Salvadoreños, S.A. de C.V., por medio de su representante legal, señor Ángel Roberto Calderón. En el referido auto, se abrió a prueba el presente procedimiento, por el plazo que establece la ley de la materia, dentro del cual la señora Reina Esperanza Huevo Cornejo, en su calidad de apoderada de a proveedora denunciada, presentó el escrito de folios 204, en el que reiteró los argumentos expuestos previamente por el representante de su poderdante.

De esa manera, en auto de folios 206, se tuvo por parte a la señora Huevo Cornejo, en su calidad de apoderada de la sociedad Arrendamientos Salvadoreños, S.A. de C.V., y se le previno que de actuar conjuntamente con el señor Ángel Roberto Calderón, designara un representante común a quien se le efectuarían las notificaciones respectivas en el presente procedimiento. Dicho requerimiento, fue evacuado mediante escrito de folios 208 y 209.

Concluidas las etapas del procedimiento que señala la ley, el presente caso se encuentra en estado de emitir la resolución final.

II. En el presente caso, se atribuye a la sociedad ARRENSA, S.A. DE C.V. las infracciones previstas en el artículo 44 letras c) y e) LPC, por condicionar la contratación a que el consumidor firme en blanco pagarés, lo que constituye una práctica abusiva que prohíbe el artículo 18 letra b) LPC, y por la presunta inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de arrendamiento de vehículos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 17 LPC.

III. Previo a analizar los hechos denunciados, los argumentos planteados por las partes y la documentación aportada, es necesario hacer algunas acotaciones sobre las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, específicamente la potestad sancionadora y el principio de legalidad, como uno de los postulados que rige el ejercicio de dicha facultad por parte del Tribunal Sancionador (1), para luego hacer una breve referencia a los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de las infracciones administrativas que se le imputan a la proveedora (2 y 3); y, posteriormente –de conformidad a la prueba aportada al procedimiento– determinar si la sociedad denunciada ha cometido los ilícitos de consumo atribuidos en su contra. (4)

1. La Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia más reciente ha reconocido que el *ius puniendi* del Estado, entendido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como *ilícito* –esto es, en sentido amplio, las conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos–, no sólo se manifiesta mediante el juzgamiento de los delitos e imposición de penas por parte de los tribunales penales, sino también cuando las autoridades administrativas ejercen *potestades sancionadoras*.

Si bien el artículo 14 de la Constitución, establece que corresponde única y exclusivamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas, la autoridad administrativa, amparada en el ejercicio de dicha potestad, puede *sancionar* “mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas”.

Así, sobre la base del artículo 79 de la LPC, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas jurídicas o naturales, públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios, han provocado una lesión o daño en bienes o intereses –de orden colectivo o individual– considerados como fundamentales en la esfera jurídica del consumidor, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.

En efecto, la *potestad administrativa sancionadora* de la que está investido este Tribunal, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución; de tal forma que la valoración de los hechos e interpretación de las normas que éste ha de realizar se sujeta, en esencia, a una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción. Entre estos postulados pueden mencionarse: el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la garantía de prohibición del doble juzgamiento, entre otros, los cuales, en su conjunto, han sido denominados como el programa penal de la Constitución.

Respecto al *principio de legalidad* en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, en la sentencia de fecha 20-I-2012, en el amparo 47-2009, se sostuvo que este postulado constituye una garantía política del ciudadano, en el sentido de no ser sometido a sanciones que no hayan sido aprobadas previamente, evitando así los abusos de poder. En razón de ello, se exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas.

En ese sentido, el mencionado principio tiene implicaciones en el proceso de elaboración y aplicación de la Ley de Protección al Consumidor en la que se prevén las infracciones cometidas en la relación de consumo, en la medida en que éste impone las siguientes condiciones: i) la ley

material en la que se regulan tales infracciones debe ser previa al hecho enjuiciado (*lex praevia*); ii) debe ser emitida exclusivamente por la Asamblea Legislativa y bajo el carácter de ley formal (*lex scripta*); iii) los términos utilizados en la disposición normativa han de ser claros, precisos e inequívocos para el conocimiento de la generalidad, lo cual comprende un mandato de determinación o taxatividad que ha de inspirar la tarea del legislador (*lex certa*); y iv) la aplicación de la ley ha de guardar estricta concordancia con lo que en ella se ha plasmado, evitando comprender supuestos que no se enmarcan dentro de su tenor (*lex stricta*).

Es importante destacar, que para legalizar la actividad sancionadora de la Administración, en primer lugar, es necesario verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico. Una vez comprobada tal situación, se debe adecuar las circunstancias objetivas y personales determinantes del ilícito. Este es el ejercicio inherente a la tipicidad.

2. Respetto de la infracción prevista en el artículo 44 letra e) LPC con relación al artículo 18 letra b) de la misma ley.

El artículo 18 letra b) LPC, prohíbe que en ocasión de una contratación, se obligue al consumidor a firmar documentos de obligación –letras de cambio, pagarés o cualquier otro– en blanco.

Lo anterior se debe a que, al hacer valer estos instrumentos, el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna –Art. 623 del Código de Comercio–, tienen una regulación que obedece a la necesidad de facilitar y garantizar su circulación, por tanto, corresponde especial protección dentro de la legislación de consumo.

La citada disposición, establece los requisitos mínimos que deben contener los pagarés y letras de cambio: *el nombre del deudor, fecha, lugar de emisión y el monto de la deuda*.

Lo anterior está en consonancia con lo regulado en los artículos 623 y 624 del Código de Comercio, el primero, establece las características de los títulos valores como la literalidad y la autonomía; y, el segundo, expone todos los requisitos señalados por la ley para que los títulos valores produzcan sus efectos.

La literalidad de los títulos valores significa que el derecho es tal como aparece en el texto del título; o sea, la existencia del derecho se condiciona y mide por el texto que consta en el documento mismo, como se entiende del artículo 634 del Código de Comercio. En consecuencia, se debe consignar en el título cualquier circunstancia que modifique, reduzca, aumente o extinga el derecho, así como otros requisitos esenciales.

El primer requisito, *el nombre del deudor*, identifica al consumidor y junto a su firma autógrafa, conforme al artículo 641 del Código de Comercio, determina su legitimación pasiva y calidad jurídica en la relación comercial.

A efectos de otorgar seguridad a las transacciones comerciales, el segundo elemento, *la cantidad de la deuda del título valor*, debe determinarse claramente, sea mediante letras o números o por máquinas; y en caso de diferencias entre las cifras, el artículo 628 del Código de Comercio establece la preferencia de la cantidad escrita en palabras a los números, así como la cantidad marcada por la máquina protectora tendrá preferencia sobre las demás.

Por otro lado, *la fecha de emisión del título valor* constituye el punto de inicio del plazo de prescripción y caducidad de la acción cambiaria, puesto que ambas figuras mercantiles funcionan en términos idénticos a las civiles, con la diferencia de un plazo más corto, como lo señala el artículo 649 del Código de Comercio. Por tanto, la fecha otorga seguridad al consumidor, lo que implica que éste conozca el momento preciso en que la proveedora perderá su derecho de hacerlo valer; lo contrario, puede generar una completa inseguridad del tiempo de vigencia del título.

El último elemento, *el lugar de emisión del título*, determina la competencia territorial de la autoridad judicial, al momento de exigir el cumplimiento del título valor; por ende, la existencia del mismo brinda certeza jurídica al consumidor y proveedor para utilizar los medios judiciales correspondientes, según el artículo 625 del Código de Comercio.

3. En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 44 letra e) con relación al artículo 17, ambos de la LPC.

Tratándose de la supuesta inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de renta de vehículo, resulta necesario referirse brevemente a los contratos de adhesión para luego examinar cada una de las cláusulas denunciadas y determinar si se adecuan a los supuestos que establece el artículo 17 LPC.

a) Sobre los contratos de adhesión

Este Tribunal, en anteriores resoluciones, ha precisado que las contrataciones comerciales se llevan a cabo actualmente por medio de contratos de adhesión o, como modernamente se denominan, mediante condiciones generales de contratación. Sus características más importantes están relacionadas con la posición asimétrica que provocan en términos de la capacidad de una parte —el proveedor— para imponer a la otra —el consumidor— el contenido del contrato, resultando que el cliente solo puede aceptarlo o rechazarlo, en el marco de la conveniencia, necesidad o urgencia que pueda tener de contratar ciertos bienes o servicios e, incluso, de demandar servicios de cierto

proveedor específico que considera el más conveniente por razones de precio, capacidad, servicio o cualquier otra.

En ese sentido, los contratos de adhesión o las condiciones generales de contratación se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, en cuanto que el consumidor generalmente posee una escasa capacidad de influencia sobre su contenido, dado que no son negociadas. Esta situación, justifica su control administrativo o judicial, 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.

En conclusión, los contratos de adhesión son resultantes de un consentimiento sin convención, es decir, en éstos no existe una real negociación.

b) De la regulación de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico

El artículo 17 LPC establece que se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como:

“a) Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados;”

“c) Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores;”

“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;”

Sobre este punto, 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.

Además, cabe señalar que la infracción prevista en el artículo 44 letra e) 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. 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.

4. Análisis del caso

Una vez determinado lo que implica el contenido de los elementos objetivos y subjetivos de cada una de las infracciones atribuidas a la proveedora denunciada, se valorará la prueba que consta en el expediente de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, de forma específica, en la ley de la materia, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento, se han configurado las conductas tipificadas en el artículo 44 letras c) y e) de la LPC.

Así, el artículo 146 de la LPC, establece que en los procesos ventilados ante este Tribunal, serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el Derecho común –en lo que fuere aplicable con la naturaleza de éste– y, los medios científicos idóneos.

De conformidad con el inciso final de la disposición legal antes relacionada, las pruebas aportadas en los procedimientos ventilados ante este Tribunal, serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, que están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y, los conocimientos científicamente avanzados.

De igual manera, el Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en el presente proceso conforme al artículo 167 de la LPC, señala que la prueba tendrá por objeto las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos, prueba que, además, debe haber sido obtenida de forma lícita, 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.

De esa forma, este Tribunal valorará la prueba que consta en el presente procedimiento, para constatar si efectivamente se configuraron las conductas tipificadas en el artículo 44 letras c) y e) de la LPC.

La existencia de los contratos ha quedado evidenciada con la documentación incorporada a este expediente administrativo de folios 17 al 186, la cual ha sido admitida por el representante y apoderada de la proveedora denunciada, en sus respectivas intervenciones durante la prosecución de este procedimiento sancionatorio.

4.1. Sobre el incumplimiento a la prohibición que prescribe el artículo 18 letra b) LPC, tipificada en el artículo 44 letra c) LPC

A. La Ley de Protección al Consumidor, en su capítulo III del Título I, regula lo relativo a la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores. Así, el artículo 11 determina que dichos intereses serán protegidos en los términos establecidos en la misma ley, aplicándose

supletoriamente lo previsto por las normas civiles, mercantiles, las que regulan el comercio exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio.

En ese sentido, la normativa de consumo, persigue guardar el equilibrio de derechos cuando el consumidor se somete a condiciones contractuales libremente, o ante prácticas comunes que pueden presentar posibles abusos del proveedor que dañen su economía.

B. Ahora bien, la Ley de Protección al Consumidor prohíbe en el artículo 18 la realización de prácticas abusivas, las cuales se definen como aquellas actuaciones del proveedor que colocan al consumidor en una situación de desventaja, de desigualdad o que anulan sus derechos.

En ese orden, la letra b) de la disposición en comento contempla como práctica abusiva el *“Condicionar la contratación a que el consumidor firme en blanco letras de cambio, pagarés, facturas o cualquier otro documento de obligación, u otro considerado como anexo del contrato; salvo que, tratándose de títulos valores, los requisitos omitidos los presuma expresamente la ley. Para los efectos de este literal, las letras de cambio y pagarés, deberán contener como mínimo el nombre del deudor, el monto de la deuda, la fecha y lugar de emisión”*.

C. En el presente procedimiento administrativo sancionador, este Tribunal ha tenido a la vista los contratos de renta que se relacionan en el formulario para la recopilación de documentos de obligación, anexo a la denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en los cuales se encuentran incorporado el apartado (23) que establece:

“Por este documento que es un pagaré reconozco deber y me(nos) comprometo(amos) a pagar incondicionalmente a la orden de Arrendamientos Salvadoreños S.A. de C.V. la cantidad que se indica en el casillero 59 y/o 61 en esta plaza en la fecha señalada en el casillero 29...”

Al respecto, es preciso señalar que de conformidad al artículo 5 del Código de Comercio, los títulosvalores son cosas mercantiles, necesarias para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna, tal como lo establece el artículo 623 del Código de Comercio En ese orden, el derecho y la obligación contenidos en un títulovalor son autónomos de la relación causal que origina su emisión.

De esa manera, se entiende que la prohibición establecida en el artículo 18 letra b) LPC se refiere a **documentos de obligación anexos utilizados como una facilidad para reclamar el pago que deba efectuar el consumidor por la contratación de un bien o servicio.**

En consecuencia, a pesar de que dicho apartado contiene la expresión *“este documento que es un pagaré”* no significa que realmente éste constituya un verdadero títulovalor, por cuanto no

posee las características atribuidas a tales documentos –incorporación, literalidad, legitimación y autonomía–.

Desde esa perspectiva, se concluye que el apartado (23) del contrato de renta es una condición más del mismo y no un pagaré en los términos que establece el Código de Comercio ni la LPC; por tanto, no se configura la infracción prevista en el artículo 44 letra c) LPC, por lo que ha de absolverse a la proveedora denunciada en cuanto a esta infracción.

4.2. Sobre la infracción tipificada en el artículo 44 letra e) LPC por contravenir lo dispuesto en el artículo 17 LPC.

Respecto de la supuesta inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de renta sometido a conocimiento de este Tribunal, es preciso examinar cada una de las cuestionadas, a efecto de determinar si se configura los supuestos previstos en el artículo 17 LPC, y consecuentemente la infracción tipificada en el artículo 44 letra e) LPC atribuida a ARRENSA, S.A. de C.V.

Cláusula "IX - La arrendadora no será responsable por la pérdida o daño a cualquier objeto que el cliente o cualquier otra persona deje, almacene o transporte en el vehículo o dentro de él, ya sea antes o después de su devolución a la arrendadora, o mientras esté en posesión del arrendatario, sea que dicha pérdida o daño fuera o no causado por negligencia de la arrendadora, sus agentes, servidores o empleados, o tuviere relación con ella. El arrendatario por este medio asume todo riesgo por tal pérdida o daño y **renuncia a todo reclamo contra la arrendadora con motivo de ello y el arrendatario por este medio conviene en liberar a la arrendadora de toda responsabilidad por todo reclamo basado en tal pérdida.**"

El artículo 17 LPC dispone que se consideran 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..."*.

Por otra parte, el artículo 17 letra d) de la citada normativa establece que se considerará como cláusulas abusivas: *"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"*.

En concordancia con lo expuesto, puede afirmarse que la cláusula en mención implica una renuncia a los derechos reconocidos por ley a los consumidores, al eximir de responsabilidad a la sociedad ARRENSA, S.A. de C.V. de las obligaciones derivadas del contrato de renta, pues ésta no respondería por daño o pérdida de alguna pertenencia del arrendatario, aunque éstos fueran ocasionados por negligencia de la arrendadora, sus agentes, servidores o empleados, o tuviere

relación con ella, mientras el vehículo se encuentre en posesión del arrendatario o después que haberlo devuelto a la proveedora, provocando así un *desequilibrio en la relación entre consumidor-proveedor*.

Aunado a lo anterior, resulta inaceptable que la proveedora se sustraiga de su responsabilidad por acciones u omisiones cometidas directamente por ella, así como de sus dependientes o terceros con quien tuviere relación la arrendadora, incluso, cuando éstos lesionen derechos del consumidor, lo que revela un *desequilibrio en la relación contractual en perjuicio del arrendatario*.

En ese contexto, es evidente que la cláusula en comento constituye una auténtica eximente de responsabilidad para la proveedora ante la pérdida o daño de cualquier objeto que el arrendatario deje en el vehículo arrendado, antes o después de la vigencia del contrato, incluso, por negligencia de la arrendadora, sus agentes, servidores o empleados, o que tuviere relación con ésta.

En conclusión, a pesar de que la cláusula en comento se ampare en la aceptación expresa por parte del consumidor, toda exención de responsabilidad a favor de la arrendadora y desnaturalización de sus obligaciones, está legalmente proscrito y no puede ser avalado por los particulares, por lo que ha de calificarse como abusiva.

Cláusula XVII - "Ninguna protección de la compañía arrendante o de un tercero cubre daño mecánicos ocasionados por mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia, por lo que será el arrendatario responsable de cubrir todos los gastos de reparación, lucro cesante y gastos administrativos. Por lo que expresamente autorizo a cargar a mi tarjeta de crédito los cargos que surgieren como resultado de las acciones anteriores."

Dicha cláusula, permite a la proveedora limitar la cobertura de protección por daños mecánicos ocasionados al vehículo, y atribuir al arrendatario la responsabilidad de asumir los gastos de reparación, lucro cesante y gastos administrativos, debido al mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia del arrendatario.

Queda, además, a criterio de la arrendante determinar, en cada caso concreto, los conceptos de mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia, es decir, *dependerá de la calificación subjetiva que la proveedora efectúe de los conceptos antes apuntados*, para atribuir al arrendatario la responsabilidad por cualquier daño mecánico ocasionado al vehículo, independientemente la circunstancia que lo haya originado, siempre y cuando la arrendadora lo considere como mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia.

Más grave aún, por causar al consumidor un evidente perjuicio económico, que los cargos en concepto de reparación, lucro cesante y gastos administrativos, por los daños mecánicos ocasionados al vehículo –como resultado del mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia– son efectuados a la tarjeta de crédito del arrendatario, lo cual coloca al consumidor en total indefensión y desventaja, por cuanto no hay oportunidad de que éste alegue y compruebe que los daños mecánicos del vehículo no se debieron a mal uso, abuso, ignorancia, descuido o negligencia atribuible al cliente, pues *cabe la posibilidad de que tales daños se deban a causas diferentes de las estipuladas en el contrato.*

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la cláusula en análisis también se califica de abusiva, por encajar en los supuestos previstos en el artículo 17 LPC.

XIX - "Acepto la responsabilidad de la custodia de la tarjeta de circulación original del vehículo rentado que me ha sido entregado. En caso de extravío acepto que sea cargado a mi tarjeta de crédito el valor de \$350.00 USD más el valor equivalente a 7 días de renta en concepto de lucro cesante."

De la simple lectura de la cláusula anterior, se advierte que el costo –trescientos cincuenta dólares– por el extravío de la tarjeta de circulación resulta excesivo, cuando el costo real de reposición es aproximadamente quince veces inferior al establecido en la normativa de tránsito terrestre y registro público de vehículos.

Además, el valor adicional en concepto de lucro cesante causa desequilibrio en los derechos del consumidor, al ser establecido unilateralmente por la arrendadora, pues equivale al valor de la renta de determinado vehículo durante siete días, lo que resulta totalmente desproporcional.

Tales cargos, serán efectuados en la tarjeta de crédito del arrendatario, sin posibilidad de obtener el reintegro del dinero, o le sea difícil recuperarlo o no pagarlo en caso de que la tarjeta de circulación apareciera posteriormente y fuera entregada a la arrendante, por cuanto genera indiscutiblemente un perjuicio económico al consumidor. En consecuencia, también se considera cláusula abusiva en los términos establecidos en el artículo 17 LPC.

XXI "Para toda controversia que se suscite con motivo de la interpretación y cumplimiento de ese contrato las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad en que se arrendé (Sic) el vehículo, renunciando por lo tanto, a cualquier otro fuero y señalando como sus domicilios convencionales los indicados al anverso de este contrato."

Al respecto, es preciso acotar que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 inciso 1° del Código Procesal Civil y Mercantil, el primer título que debe observarse para determinar la competencia es el relativo al domicilio del demandado. De acuerdo al inciso 2° de la citada disposición, se otorga competencia al juez a cuya jurisdicción se hayan sometido las partes, por instrumento fehaciente y, según el inciso 3° de la misma, cuando el demandado no tuviere domicilio ni residencia en El Salvador podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional *o en el de su última residencia en éste* y, en caso de no poder establecerse ninguna de las circunstancias anteriores, la disposición legal en comento determina que serán competentes los juzgados en materia civil y mercantil de San Salvador.

Lo último implica que puede establecerse competencia por un pacto celebrado y consensuado legalmente; es decir, cuando concurre la voluntad de ambas partes.

Sobre el particular, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en relación al domicilio especial (Sentencia de las once horas del veintiuno de mayo de dos mil ocho, proceso Ref.173-C-2008). En dicha jurisprudencia se reconoce que el domicilio especial para que sea obligatorio, es preciso que esté determinado mediante un contrato bilateral, en el que ambas partes, de común acuerdo, convengan fijar domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.

A manera de ejemplo, se puede señalar que algunos ordenamientos, prevén, de manera expresa, el carácter abusivo de este tipo de cláusulas. Así, la DIRECTIVA 93/13 DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que: “26- Se consideran cláusulas abusivas la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez(Sic) o Tribunal(Sic) distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél(Sic) en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario”.

Por su parte, el artículo 17 LPC no establece un catálogo cerrado de cláusulas abusivas, sino, de manera general, establece que podrán calificarse como tales las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor puede establecer en un contrato que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos.

En el caso concreto, la proveedora aduce que el sometimiento a una “jurisdicción especial” que se establece en los contratos de renta, se debe a que la gran mayoría de sus clientes son extranjeros; sin embargo, al examinar cada uno de los documentos aportados, puede observarse que

todos tiene un domicilio en el que permanecerán durante su estadía en El Salvador, y que en todo caso, éste sería el de su última residencia en el país, el cual puede tomarse como criterio para la determinación de la competencia del juez en caso que sea necesario demandar al arrendatario.

Aunado a lo anterior, ha de señalarse que la fijación del domicilio especial en la cláusula cuestionada, es realmente fruto de una decisión unilateral, puesto que se trata de contratos de adhesión, en los que no existe una real negociación entre las partes, lo que derivaría en el hecho de que la jurisdicción pactada sea inaccesible para el consumidor, en virtud de la distancia y los costos derivados de litigar en una zona distinta a su domicilio, lo cual podría incidir en el efectivo acceso a la justicia, como un derecho del consumidor.

En tal sentido, este Tribunal considera que la cláusula que fija unilateralmente el domicilio especial, potencialmente restringe los derechos del consumidor a un efectivo acceso a la justicia, respecto a los consumidores que tienen su domicilio distinto al que se arrende el vehículo objeto del contrato. Por consiguiente, dicha cláusula, en los términos de la LPC se considera abusiva.

IV. En virtud de lo antes expuesto, se advierte que las cláusulas analizadas desnaturalizan las obligaciones de la proveedora, y colocan a los consumidores en una evidente desventaja e indefensión, calificándose como abusivas. Además, ha quedado suficientemente acreditada la existencia de pagarés en blanco firmados por los arrendatarios. Ello permite colegir a este Tribunal, que se han configurado las infracciones previstas en el artículo 44 letras c) y e) con relación a los artículos 17 y 18 letra b), todos de la LPC y consecuentemente procede imponer la sanción respectiva.

1. Para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LPC, pueden tomarse en cuenta los siguientes criterios: el tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado, el grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió el infractor, la reincidencia o incumplimiento reiterado, entre otros.

2. En tal sentido, se ha verificado que la proveedora es una sociedad formalmente constituida, con un grado de profesionalidad que le exigía la debida diligencia en la redacción de las cláusulas de sus contratos de adhesión, evitando estipulaciones que colocaran en desequilibrio al consumidor, como la que se ha analizado en este caso.

3. Si bien no se ha comprobado un daño concreto en una persona en particular, se ha valorado el perjuicio de los consumidores de forma potencial, por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de renta.

En consecuencia, las multas pecuniarias que han de atribuirse a la proveedora denunciada en concepto de sanciones, deberán atender tales parámetros.

V. POR TANTO, conforme a los artículos 14, 101 inciso segundo y 110 de la Constitución de la República; 44 letras c) y e), 17, 18, 48, 49, 146, 147 y 149 inciso segundo de la Ley de Protección al Consumidor; y, artículos 216, 217 y 218 del Código Procesal Civil y Mercantil, este Tribunal **RESUELVE**:

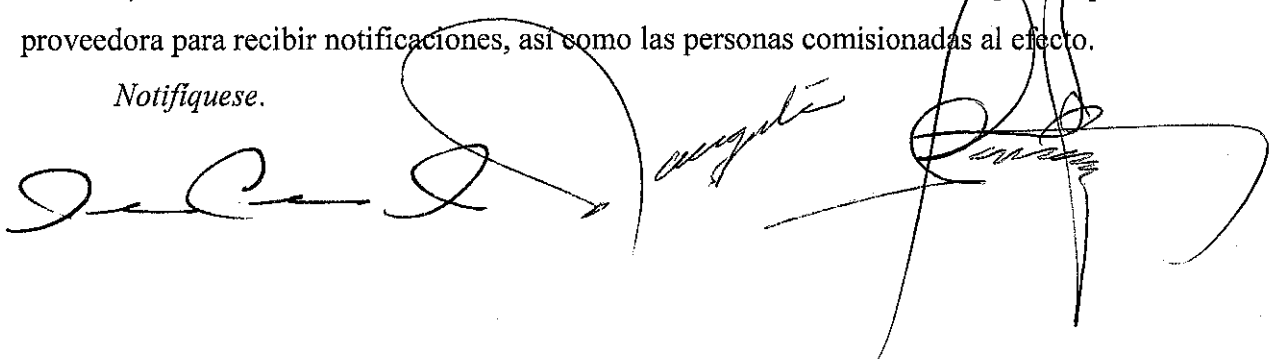
a) *Absuélvese* a la sociedad Arrendamientos Salvadoreños, S.A. de C.V., en cuanto a la infracción tipificada en el artículo 44 letra e), con relación al artículo 18 letra b), ambos de la Ley de Protección al Consumidor.

b) *Sanciónase* a la sociedad Arrendamientos Salvadoreños, S.A. de C.V., con la suma de **QUINCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS** (\$15,232.50), equivalentes a setenta y cinco salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, en concepto de multa por la infracción prevista en el artículo 44 letra e) con relación al artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor.

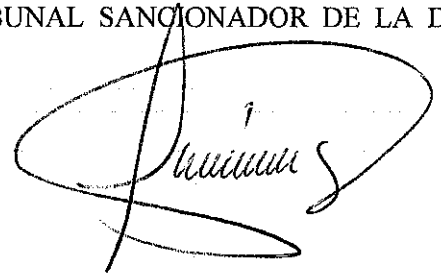
Dicha multa deberá hacerse efectiva en el Fondo General de la Nación, dentro de los diez días siguientes al de la notificación de esta resolución, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.

c) Tome nota la Secretaría de este Tribunal, de la dirección señalada por la apoderada de la proveedora para recibir notificaciones, así como las personas comisionadas al efecto.

Notifíquese.

The image shows three handwritten signatures in black ink. The first signature on the left is a cursive 'J. C. S.'. The second signature in the middle is a cursive 'M. G. S.'. The third signature on the right is a more complex cursive signature, possibly 'M. G. S.' with additional flourishes.

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

A large, stylized handwritten signature in black ink, possibly 'M. G. S.', located at the bottom center of the page.

