

1563-13

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de la Libertad, a las quince horas con cinco minutos del día nueve de agosto de dos mil dieciocho.

El trámite de ley del presente procedimiento administrativo sancionador ha concluido, sin que queden pendientes pruebas que practicar, de conformidad a lo estipulado en el artículo 147 de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–; sin embargo, previo al pronunciamiento de fondo se hacen las consideraciones siguientes:

I. 1. El día 16/07/2018 se recibió escrito firmado por el licenciado _____, como apoderado de _____ S.A. e incorporó fotocopia certificada por notario del poder general judicial con cláusula especial con el que actualiza su personería. En el mismo, el abogado de la sociedad proveedora solicita que este Tribunal aplique lo previsto en el art. 7 letra b) de las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública –DTPA– debido a que, a su juicio, desde la entrada en vigencia de la referida normativa hasta el 18/6/2018 ha transcurrido el plazo de noventa días hábiles establecido para dar por finalizado el procedimiento administrativo. Así, expone que, al haberse agotado dicho plazo sin que se haya emitido una resolución que le ponga fin al procedimiento iniciado en contra de su representada debe declararse la caducidad del procedimiento. En otros términos, el citado profesional solicita la aplicación retroactiva de las DTPA a aquellos procesos que fueron iniciados antes de la entrada en vigencia de dicha normativa por ser más favorable para el presunto infractor.

En ese sentido, la petición del abogado _____ está orientada a que este Tribunal aplique las DTPA a los procesos sancionatorios que se encuentran actualmente en trámite y en los que no se ha emitido y notificado una resolución expresa, es decir, requiere la aplicación de la citada normativa a aquellos casos que fueron iniciados cuando dicha regulación no había entrado en vigencia.

2. En el Decreto Legislativo número 760, la Asamblea Legislativa promulgó el día 28 de agosto de 2017, la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –LJCA–, la que entró en vigencia a partir del 31/01/2018, asimismo se promulgó el Decreto Legislativo 762, en fecha 28 de agosto de 2017, que entró en vigencia también el día 31/01/2018, cuerpo legal, de carácter transitorio, que contiene disposiciones administrativas encaminadas a facilitar la



aplicación de la LJCA y a complementar garantías de protección jurisdiccional contenidas en la misma.

II. Tomando en consideración los argumentos expuestos por el referido profesional, resulta pertinente analizar si es posible aplicar las DTPA a los procedimientos que fueron iniciados antes de su entrada en vigencia de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la referida normativa, es decir, a todos aquellos que fueron promovidos antes del 31-1-2018.

Para tal fin es necesario tomar en consideración las disposiciones constitucionales y legales relativas a la vigencia de la ley, así como hacer alusión a ciertos fundamentos jurisprudenciales emitidos por la Sala de lo Constitucional en relación con la vigencia de las normas y con el derecho a la protección no jurisdiccional y, finalmente, relacionar otros casos en los que se ha establecido que los procedimientos deben continuar tramitándose conforme la normativa procesal con la que iniciaron.

1. De manera inicial, debe acotarse que cuando una nueva ley entra en vigencia se deben observar los principios básicos establecidos que rigen en cuanto a sus efectos en el tiempo. Así, la Constitución de la República –Cn– dispone en el art. 21 que: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público”.

Del mismo modo, resulta pertinente señalar, por una parte, lo previsto en el art. 6 del Código Civil –CC– en el que claramente se establece lo siguiente: “La ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solemne promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella”; y, por otra parte, lo dispuesto en el art. 9 inc. 1º del citado cuerpo legal, el cual estipula: “La ley no puede disponer sino para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

2. A. La jurisprudencia de la Sala de Constitucional *en la Inconstitucionalidad 43-2013 de fecha 22-8-2014*, afirmó que la vigencia presupone la validez e implica que las normas jurídicas son potencialmente aptas para regular las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho. Pero este efecto solo se produce si la norma ha sido publicada y el período de su vacancia ha concluido. Por esta razón es que el ámbito temporal de las normas es el intervalo de tiempo durante el cual una norma jurídica pertenece al ordenamiento jurídico y es susceptible de ser aplicada. La vigencia de una norma jurídica inicia desde el momento de su publicación o difusión oficial del cuerpo normativo que la contiene y finaliza cuando es derogada. En

consecuencia, la fecha de publicación (más el lapso de *vacatio legis*) determina el inicio del "ámbito temporal de validez". A partir de ese momento es que los preceptos normativos se vuelven jurídicamente aplicables, esto es, de obligatoria observancia.

B. Por otra parte, la referida Sala en la *Inconstitucionalidad 71-2010 de fecha 7-2-2014*, afirmó que ante la emisión de un nuevo régimen procesal —jurisdiccional o administrativo—, debe tenerse en cuenta que, dada la naturaleza de las normas mencionadas, se consagra un principio general del derecho procesal: la aplicación inmediata de las leyes de este contenido. En tal sentido, el proceso o procedimiento, al ser una progresión de actos decisivos concatenados, no se instituye en sí mismo como una situación inalterable sino como una secuencia jurídica que admite la aplicación de las nuevas disposiciones instrumentales cuando éstas entran en vigencia; claro está, teniendo en cuenta que aquellas actuaciones que ya se han cumplido bajo el régimen procesal anterior, sean respetadas y adquieran firmeza (con la finalidad de otorgar seguridad a los administrados, por la necesidad de generar estabilidad jurídica y de tornar intangibles los derechos adquiridos).

Sostiene en la referida resolución, que la controversia se genera a partir de aquellas actuaciones que no se han agotado al momento de entrar en vigencia una regulación del proceso o procedimiento de que se trate; y, por supuesto, la multiplicidad de fases por cumplir —pruebas, comunicaciones procesales, incidentes, entre otros— podrían resultar afectadas, por lo que es necesario adoptar criterios para superar tales incidencias.

Manifiesta la citada Sala que, ante la modificación del régimen procesal para regular procesos jurisdiccionales o administrativos, es necesario asentar pautas de cómo generar el tránsito de legislación, lo que idealmente debe ser consignado en la nueva ley.

En todo caso, la línea doctrinaria y jurisprudencial que define una tendencia generalmente aceptada y con muy pocas variaciones alrededor del punto, esto es, *la ley nueva relativa al trámite de los procesos o procedimientos gobierna todo litigio presente o futuro y desde el mismo momento de su vigencia* —en términos generales—; exceptuando aquellos iniciados bajo el imperio de la ley anterior y algunas precisas actividades procesales o trámites que la propia disposición excluye o somete a un tratamiento específico.

Asimismo, razona la Sala que la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las normas concernientes a la sustanciación y a la formalidad del trámite, **con respecto a los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se rigen —de acuerdo con la línea apuntada— por la ley vigente al tiempo de su iniciación.**



C. También, el referido Tribunal Constitucional afirmó en la sentencia de Habeas Corpus 152-2009, de fecha 7-5-2010 que, si bien la regla general es la aplicación inmediata de las normas, y sus efectos serán desplegados hacia futuro; en algunos casos, surgen circunstancias que, en aras de garantizar de manera óptima los derechos fundamentales de los justiciables, precisan efectuar un análisis particular en cuanto a la norma que ha de aplicarse para resolver la cuestión, pues en algunos supuestos la aplicación de una nueva norma puede reñir con otros intereses constitucionales, cuya preservación requiere de una ponderación específica, a efecto de escoger la norma que resguarde de mejor manera todos los intereses constitucionales concernidos. De lo anterior se colige que, si bien el legislador posee plena facultad de configuración normativa, y por tal razón, cada supuesto de hecho a resolver por las autoridades, ha de dirimirse conforme a la normativa vigente al momento de su ocurrencia; los dictados legislativos no pueden afectar situaciones de hecho consumadas con anterioridad a la modificación de la norma; e incluso tampoco pueden extenderse a aquellas situaciones jurídicas no consolidadas pero que objetivamente estén prontas o inmediatas a consumarse; pues la seguridad jurídica se ve afectada cuando la nueva ley incide en la adquisición de un derecho cuya situación jurídica presentaba un razonable nivel de proximidad o inminencia.

Así, en la referida resolución la Sala consideró que, en caso de suscitarse un conflicto de leyes en el tiempo debido a la derogatoria o modificación de una o varias normas, las autoridades correspondientes deberán de aplicar la norma vigente al momento de resolver el asunto concreto, siempre que, ello no afecte la seguridad jurídica de los involucrados. A ese respecto, insistió en que la afectación derivada de la derogatoria de una norma podría colisionar con la seguridad jurídica, únicamente en caso de haberse consumado materialmente el supuesto contemplado por la norma que pierde vigencia, o bien, cuando se esté muy próximo a su acaecimiento; pues en materia de protección constitucional, se salvaguardan aquellas situaciones jurídicas definidas y no aquellas que tan solo configuran meras expectativas.

D. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido –verbigracia en la sentencia de Inconstitucionalidad 40-2009, de fecha 12/11/2010– que el derecho a la protección jurisdiccional fue instaurado con la finalidad de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, al permitirle a su titular reclamar válidamente ante los entes jurisdiccionales, frente a actos de particulares o estatales que atenten contra tales derechos. Asimismo, se sostuvo que la protección jurisdiccional se manifiesta mediante cuatro grandes rubros: i) el acceso a la jurisdicción; ii) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; iii) el derecho a

una resolución de fondo, justificada y congruente; y iv) el derecho a la ejecución de las resoluciones. A su vez, con el concepto de debido proceso o proceso constitucionalmente configurado se quiere hacer alusión a un proceso equitativo, respetuoso a los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que se agrupa y se desdobra en un haz, de garantías que cobran vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso, estos son: los derechos de audiencia, defensa, a recurrir y la presunción de inocencia.

Todas esas manifestaciones de la protección jurisdiccional, tal como se sostuvo en la sentencia de Amparo 1052-2008, de fecha 16-3-2011, también son predicables —con todas sus implicaciones— al derecho a la protección no jurisdiccional —protección en la defensa por entes no jurisdiccionales—.

3. A. Por otra parte, resulta pertinente reseñar lo ocurrido a los procesos en trámite conforme el derogado Código de Procedimientos Civiles, en la fecha que entró en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil —CPCM—. Y es que, la nueva normativa contenía una disposición que definía qué se haría con los procesos, procedimientos y diligencias que estuvieren en trámite al momento de entrar en vigencia la nueva ley (Art. 706 CPCM). En otros términos, en tales casos la nueva normativa resolvía los posibles conflictos que pudieran surgir.

Así, a partir de dicha disposición, se podía concluir que aquellos procesos contenciosos, procedimientos varios y diligencias judiciales no contenciosas se les continuaría aplicando la ley procesal derogada con la cual comenzaron a tramitarse hasta su conclusión.

B. Además, en materia de competencia de la Defensoría del Consumidor, el art. 168 de la LPC estableció que los procedimientos administrativos ya iniciados ante la Dirección de Protección al Consumidor al momento de entrar en vigencia la referida ley debían seguir tramitándose hasta su terminación, de conformidad con lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor que fue derogada.

Sobre la referida disposición legal, la Sala de lo Constitucional en la citada Inconstitucionalidad 71-2010, consideró que la nueva normativa consignó un régimen de transición, en tanto dispuso que todos los procedimientos iniciados al amparo de la ley anterior seguirían siendo tramitados de conformidad con dicha ley.

En tal sentido, afirmó que lo único que hacía la interpretación auténtica impugnada era garantizar, ante la desaparición por derogación del ente encargado de los procedimientos en la ley anterior, que los casos aun en trámite podían finalizar, al amparo del mismo régimen, sustanciados por un nuevo tribunal creado por la nueva ley.



III. A partir de las disposiciones normativas y las consideraciones jurisprudenciales antes citadas, este Tribunal estima que, frente a la entrada en vigencia de la DTPA pueden adoptarse distintas posiciones respecto a su aplicación. Así, podría optarse por la aplicación inmediata de la nueva norma procesal a todos los procesos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, es decir, hacer una aplicación hacia el futuro, o aplicar la nueva ley a todos los casos que se encuentran actualmente en trámite, con independencia de la fecha de su inicio, que es –básicamente– la postura adoptada y propuesta por el abogado del Banco Agrícola. Y es que, el referido profesional solicita la aplicación del artículo 7 de las DTPA al proceso iniciado en contra de su representada por la señora

En ese orden de ideas, este Tribunal estima que el criterio que debe aplicarse frente a la entrada en vigencia de las DTPA es que estas gobiernan o deben aplicarse a todo litigio presente o futuro y desde el mismo momento de su vigencia —en términos generales—; exceptuando aquellos procedimientos iniciados bajo el imperio de la ley anterior.

Ello, en virtud de que dichas disposiciones transitorias no establecieron de qué manera serían aplicadas una vez entraran en vigencia, es decir, el referido decreto omite regular expresamente si será aplicable a los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia o si estos deberán concluir conforme a la normativa procesal con la que fueron iniciados. En otros términos, el citado decreto no determina si las DTPA serán o no aplicables a los procesos ya iniciados a la fecha en que entró en vigencia dicha normativa (31-1-2018).

Por otra parte, debe acotarse que la Ley de Protección al Consumidor, si bien dispone la obligación de resolver sobre los procedimientos sometidos a conocimiento de este Tribunal, no establece un plazo máximo de tramitación, ni incorpora disposición alguna relativa a la figura de la caducidad de la instancia como modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando en él no se cumple acto de impulso alguno durante los plazos establecidos por la ley.

Aunado a lo antes acotado, debe tomarse en cuenta que en el procedimiento administrativo sancionador cuya tramitación está conferida a este Tribunal concurren dos intereses en juego: el del denunciado o presunto infractor y el de los consumidores, en cuya protección ejerce el Estado su poder de imperium.

Teniendo en cuenta lo establecido en las citadas disposiciones transitorias y ponderando los intereses en juego, este Tribunal estima que no procede la aplicación de los plazos establecidos en las DTPA y la consecuencia jurídica prevista ante su incumplimiento – caducidad– a casos iniciados antes de la vigencia de las mismas. En consecuencia, los

procedimientos administrativos sancionadores que se encuentran en trámite, es decir, aquellos ya iniciados al momento de la entrada en vigencia de aquellas, deberán seguir tramitándose hasta su terminación, de conformidad a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor.

Y es que, la aplicación inmediata de las citadas disposiciones implicaría la terminación masiva de expedientes que, en muchos casos, están en fase de resolución final lo que, en definitiva, afectaría el derecho del administrado a obtener una resolución motivada y congruente –como manifestación del derecho fundamental a la protección no jurisdiccional–, pues la solicitud del abogado de la proveedora busca que tales disposiciones se apliquen de manera automática, sin considerar que con dicha interpretación podrían afectarse los intereses de los consumidores.

Además, este Tribunal está obligado a respetar los derechos fundamentales e intereses legítimos de la persona, de manera que estos no resulten lesionados por actuaciones arbitrarias de la Administración. Por ello, se debe velar porque todo procedimiento administrativo que pueda finalizar con la imposición de algún tipo de sanción, se lleve a cabo de forma objetiva, teniendo como finalidad la solución más justa y acorde a la verdad de los hechos investigados, objetivo que puede alcanzarse sustanciando hasta su completa terminación los procesos que ya se encuentran en trámite.

Asimismo, no existe duda respecto a la aplicación de las DTPA a los procesos que se hayan iniciado una vez estas entraron en vigencia, es decir, a aquellos que fueron promovidos con posterioridad al 31-1-2018, sin embargo, se reitera, que este Tribunal estima que no está habilitado para aplicar las mismas a los procesos iniciados previo a su entrada en vigencia, puesto que el decreto en referencia no determinó que sus efectos se retrotraerían a los procesos en trámite, es decir, no incorporó una habilitación expresa para incidir en los mismos y, además, porque tal interpretación afectaría el cúmulo de procesos ya iniciados y que se encuentran pendientes de emitir una resolución definitiva, dejando en posición de desventaja al consumidor.

Desde esa perspectiva y sobre la base de lo expuesto en párrafos anteriores, no es posible la aplicación de las DTPA en el caso que nos ocupa, pues el mismo fue iniciado ante este Tribunal en fecha 7-10-2013 en contra de la sociedad ¹ S.A., a quien se le atribuye la conducta que encaja presuntamente en la infracción prevista por el art. 44 letra d) en relación con el art. 12-A de la Ley de Protección al Consumidor.

Al respecto, se concluye que, si bien el abogado de la proveedora afirma que en aplicación de las referidas disposiciones el presente procedimiento ha caducado por haber

 

transcurrido el plazo de noventa días hábiles sin haber dictado una resolución expresa, se aprecia que, para el caso de mérito, este Tribunal está imposibilitado para la aplicación de las referidas normas.

En tal sentido, considerando que el presente caso debe continuar tramitándose conforme a la normativa procesal de acuerdo a la cual fue iniciado, este Tribunal debe declarar *sin lugar* la solicitud efectuada por el apoderado de la proveedora.

IV. El presente procedimiento administrativo sancionador, se inició sobre la base de la certificación remitida por el Centro de Solución de Controversias de la Defensoría del Consumidor, como consecuencia de la denuncia interpuesta por la señora

contra , por el supuesto cometimiento de la infracción muy grave contemplada en el artículo 44 letra d) en relación al artículo 12-A ambos de la LPC.

En su denuncia, la consumidora manifestó que el día diecinueve de junio de dos mil trece, adquirió un préstamo hipotecario por un monto de \$26,000.00 y al momento del desembolso se le cobró una comisión por otorgamiento de \$400.00 más IVA, lo que considera está en contravención al artículo 12-A de la LPC.

La consumidora solicitó en el Centro de Solución de Controversias de la Defensoría de Consumidor, la devolución de lo cobrado por la proveedora en concepto de comisión por otorgamiento que sumaba la cantidad de \$452.00. Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora denunciada.

Por su parte, el apoderado de la proveedora denunciada señaló que en el auto de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, se omitió delimitar la infracción presuntamente incurrida a raíz de los hechos narrados por la denunciante, realizando una mera enunciación genérica de tal situación. Argumentó que este Tribunal se limitó a hacer referencia al artículo 44 letra d) en relación al artículo 12-A de la LPC, por el supuesto cobro de intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esa ley, pero el citado artículo 12-A resguarda muchas normas susceptibles de infringir, y hasta este momento el Tribunal no ha expresado cuál de todas estas normas es la que supuestamente se ha incumplido.

Finalmente, manifestó que a lo largo de este procedimiento se le ha impedido a su mandante conocer con exactitud, cuáles son las infracciones que tales hechos puedan constituir.

Sin embargo, como se expuso detalladamente en la resolución de folio 40, este Tribunal se pronunció sobre los alegatos relativos a la delimitación de los hechos denunciados y de la

infracción atribuida a la proveedora denunciada, en concordancia con los hechos denunciados que ya habían sido puestos en conocimiento de la denunciada desde el inicio del procedimiento.

V. El artículo 12-A de la LPC establece que *“Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor.*

Se entenderá por servicio inherente al producto o servicio contratado por el consumidor, aquél que es necesario para la efectiva prestación del objeto o finalidad del contrato.”

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

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

En concordancia con lo regulado en el art. 12-A de la LPC, el cobro de comisiones o recargos incumpliendo la citada disposición, conlleva a la comisión de la infracción administrativa contenida en el artículo 44 letra d) de la LPC, el cual, literalmente, prescribe que constituye una infracción muy grave *“cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios”*; lo que en caso de configurarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 47 del referido cuerpo normativo.

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

El artículo 313 del Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en el presente procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 167 de la LPC, señala que la prueba tendrá por objeto las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos; prueba que 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.

Aclarado lo anterior, de conformidad a la prueba que consta en el expediente, se determinará si el proveedor denunciado cometió la conducta constitutiva de infracción.

B. Consta en el presente expediente la fotocopia confrontada de contrato de préstamo mercantil (folios 3 a 7) –la cual no ha sido redargüida–, suscrito por la denunciante el día 19/06/2013, mediante el cual se comprueba que la proveedora otorgó a la consumidora y a otra persona un préstamo mercantil, por la suma de \$26,000.00, pagadera en un plazo de doce años. Asimismo, se acredita que en la cláusula IX de dicho contrato se establece que *la contratación de ese crédito generará el pago de una comisión de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América más su respectivo tributo.*

Se agregó además la fotocopia confrontada de carta de aprobación del crédito, de fecha cinco de junio de dos mil trece (folios 13), mediante la cual se comprueban las condiciones bajo las cuales fue aprobado el crédito antes referido, estableciéndose en la misma la **comisión por otorgamiento** que asciende a la cantidad de cuatrocientos dólares (\$400.00) más IVA.

Analizada la documentación antes relacionada, se establece que en el presente caso las partes acordaron realizar un contrato de *préstamo mercantil* (financieramente catalogado como préstamo/crédito personal) conforme al artículo 1142 del Código de Comercio, en el que se identifica como objeto principal del mismo, la obligación del Banco denunciado de entregar a los consumidores contratantes una cantidad fija de dinero, y la obligación de estos últimos de devolver esa cantidad junto con los intereses pactados en el plazo determinado.

Para analizar la “comisión por otorgamiento” que se cobró a la consumidora, y que es objeto de reclamo en el presente procedimiento, es preciso tener en cuenta cuál es el servicio que dicha comisión incluye, mismo que según lo *descrito en el contrato* se genera por *la contratación del crédito*. De acuerdo al sentido literal de las palabras utilizadas por el Banco denunciado para la denominación de la comisión y la identificación de su concepto, **otorgar** significa “*Consentir, condescender o conceder algo que se pide o se pregunta. Disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer algo*”; y, **contratar** significa “*Pactar, convenir, comerciar, hacer contratos o contratas de un trabajo*”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española)

En ese sentido, dado que el contrato firmado entre las partes es un préstamo mercantil, otorgar y contratar el crédito, son la esencia misma del referido contrato, y el otorgamiento o la

entrega de la cantidad de dinero prestada constituye la obligación contractual y legal principal del Banco denunciado en este tipo de contrato, pues, tal como lo dispone el art. 1315 del Código Civil (en adelante C.C.): “*Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente*”. Por ello, a pesar de que la comisión objeto de la denuncia está identificada y descrita en el contrato, el cobro de la misma no tiene razón de ser, ya que no corresponde a ningún servicio adicional al otorgamiento del préstamo mercantil que haya sido brindado por el Banco denunciado, sino que por el contrario, constituye la esencia o el objeto principal del servicio financiero contratado, el cual *debía ejecutarse de buena fe*, conforme a lo exigido en el art. 1417 C.C., y por consiguiente el Banco denunciado estaba *obligado a cumplir no sólo lo que en el contrato se expresó, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación*; y, en definitiva, en el caso particular resultaba necesario para que el contrato cumpla con su objeto que el banco otorgue el crédito y entregue la cantidad de dinero pactada.

En conclusión, la “comisión por otorgamiento” que se cobró a los consumidores contratantes, no es un servicio adicional al servicio de crédito prestado por el banco, sino que es inherente al servicio contratado por la consumidora denunciante, conforme lo establece el artículo 12-A de la LPC; configurándose así la conducta establecida en el artículo 44 letra d) de la LPC.

En cuanto al grado de intencionalidad en la actuación de la proveedora denunciada, se advierte de los hechos probados que ésta actuó con negligencia grave, pues las operaciones financieras activas realizadas por los bancos –entre las cuales se enmarca el préstamo mercantil contratado con la consumidora– son actividades reguladas normativamente, para propiciar que los servicios que se brinden a la población sean transparentes, confiables y ágiles, y que contribuyan al desarrollo del país. La regulación aplicable es del conocimiento del Banco denunciado, y particularmente lo regulado en el art. 12-A de la LPC lo fue desde su proceso de formación de ley; pero a pesar de ello, y de contar con los recursos humanos y técnicos suficientes para dar cumplimiento a las exigencias legales, el Banco denunciado decidió imponer el pago de una comisión prohibida por la LPC, pues es evidente que está asociada a la actividad necesaria para la efectiva prestación del objeto o finalidad del contrato.

VII. Habiéndose comprobado que el Banco denunciado incurrió en la infracción contemplada en el artículo 44 letra d) en relación al artículo 12-A de la LPC, corresponde establecer la sanción que conforme al art. 47 de la LPC ha de imponérsele como consecuencia



de la comisión de tal infracción, que se sanciona hasta con quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

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

En atención a lo expuesto, debe considerarse que [redacted] S.A., desarrolla actividades financieras, y que, por tratarse de un banco, el monto de capital social no podrá ser inferior a cien millones de colones (equivalentes a \$11,482,571.43 dólares de los Estados Unidos de América), tal y como se consigna en el artículo 36 de la Ley de Bancos; asimismo, por el giro de su negocio es imperioso que dicha proveedora atienda las disposiciones contenidas tanto en la Ley de Bancos como en la LPC, con el objeto de garantizar un sistema financiero confiable.

Además, la conducta realizada por la proveedora constituye una infracción muy grave, que fue cometida en perjuicio de los intereses económicos de la denunciante, afectando su patrimonio, al habersele cobrado la cantidad de \$400.00, en concepto de “comisión por otorgamiento de crédito”, la cual no estaba asociada a un servicio adicional prestado efectivamente a la consumidora.

Por otra parte, es necesario tener presente que la proveedora incurrió en la referida infracción actuando con negligencia grave al realizar cobro de una comisión en contravención a la LPC; y dicha circunstancia se agrava al tener en consideración que en el caso del Banco denunciado, por la índole de los servicios que presta y particularmente en sus operaciones activas, es él quien define las condiciones de contratación, las cuales da a conocer a los consumidores mediante la carta de aprobación del crédito, y esas condiciones contractuales se documentan en contratos de adhesión pre-elaborados por el Banco (Arts. 19 letra c, y 22 de la LPC), los cuales se caracterizan por su formulación unilateral y su imposición, entendida como la escasa capacidad de influencia que el consumidor tiene sobre su contenido –sus cláusulas no son negociadas–.

VIII. 1. En virtud de que se ha determinado que la sociedad proveedora cobró una comisión a la consumidora, prohibida en el artículo 12-A de la LPC, este Tribunal debe dictar

la medida de reposición de la situación alterada. Así, la pretensión de la consumidora detallada en su respectiva denuncia es la devolución del dinero pagado en concepto de una comisión por la cantidad de \$452.00. Al respecto, se advierte que según la prueba valorada, el monto de la comisión fue de \$400.00, y no obstante que en el contrato se relacionan dos personas como deudoras del crédito objeto de la denuncia, la consumidora solicita el total del cobro en concepto de comisión, lo cual resulta procedente por haberse adquirido la obligación de manera solidaria por parte de ambos contratantes, según consta en la cláusula I del contrato respectivo; en consecuencia, es atendible decretar la medida para reponer la situación alterada solicitada en la denuncia, consistente en ordenar la devolución del monto cobrado a los titulares del crédito en concepto de la comisión ilícita.

2. Además, en vista que la comisión cobrada en contravención a lo dispuesto en el art. 12-A de la LPC, ha sido incorporada en un contrato de adhesión, sujeto a depósito en la Superintendencia del Sistema Financiero, conforme a lo previsto en el art. 22 inciso final de la LPC, a fin de garantizar que cumple lo correspondiente a los derechos del consumidor; y, en atención al derecho de los consumidores de ser protegidos de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos –art. 4 letra l) de la LPC–, cuya vigilancia le compete a la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, de conformidad con lo establecido en los arts. 58 letras b) y h), y 63 de la LPC, este Tribunal considera pertinente remitir copia certificada del contrato presentado como prueba en el presente procedimiento a la mencionada autoridad para su respectivo análisis.

IX. Por tanto, de conformidad a lo antes expuesto y a los artículos 101 inciso segundo, 11, 14, 21 y 86 de la Constitución de la República, 12-A, 44 letra d), 83 letras b y c), 47, 49, 144 y siguientes de la Ley de Protección al Consumidor, 7 letra b) de las DTPA, 6 y 9 del Código Civil, y, artículo 218 del Código Procesal Civil y Mercantil, en uso de las facultades que la ley confiere, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Tener* por recibido el escrito firmado por el licenciado , y por actualizada la personería con la que actúa.

b) *Declarar sin lugar la caducidad* solicitada por S.A. a través de su apoderado general judicial.

c) *Sancionar* a , S.A., con la cantidad de **QUINCE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN DÓLARES (\$15,351.00)**, equivalentes a *setenta salarios mínimos mensuales urbanos en la industria* (Decreto Ejecutivo N° 56 del 6 de mayo

de 2011, D.O. N° 85, Tomo 391 de la misma fecha), en concepto de multa por la infracción al artículo 44 letra d) en relación al artículo 12-A de la Ley de Protección al Consumidor.

d) Ordenar a S.A., devolver a los señores

y la cantidad de **CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$400.00)**, como reintegro de lo pagado en concepto de "comisión por otorgamiento de crédito".

e) Remitir a la Presidencia de la Defensoría del Consumidor certificación de la presente resolución y del contrato agregado de folios 3 al 7, para su análisis y acciones correspondientes.

f) La presente resolución deberá ser cumplida dentro de los diez días siguientes a la notificación respectiva, debiendo comprobar su acatamiento a este Tribunal dentro del plazo indicado. La multa impuesta deberá hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, dentro del plazo indicado; caso contrario, se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.

Notifíquese.-

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

B/1