

"Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), protegiendo los datos personales de las partes que intervinieron en el presente proceso; así como datos confidenciales, según lo establecido en el Artículo 6 letras "a", "f" y, 24 de la LAIP

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 05/11/2021 Hora: 11:57 a. m. Lugar: San Salvador</p>	<p>Referencia: 977-18</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:			
Proveedoras	Bahía Los Sueños, S.A. de C.V.		
denunciadas:	My Dream, S.A. de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES			
<p>El consumidor interpuso denuncia en fecha 16/02/2018 (f. 1), contra las proveedoras Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. y My Dream, S.A. de C.V. en la que manifestó <i>"que en fecha 28 de enero de 2018, celebró un contrato de Suscripción de Membresía Local por un precio de \$3,165, pagando en esa fecha una prima de \$990.00 y quedando financiado \$2,175.00 para un plazo de 36 cuotas, cada una por un monto de \$60.42; explica que en un principio recibió una invitación por medio de llamada telefónica a un desayuno buffet en Venecia Yach Club, ubicado en . . . al cual asistió, que en el transcurso de la mañana le dieron un tour por las instalaciones del Hotel Bahía del Sol, y posteriormente volvieron a Venecia Yach Club donde firmó el contrato. En fecha 30 de enero de 2018, presento carta en la que solicita la devolución del dinero y la terminación del contrato, pero hasta la fecha no le han dado respuesta formal, únicamente le han dicho que deberá hablar previamente con el gerentes.</i></p> <p>Según lo manifestado por el consumidor, los hechos descritos podrían configurar la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor – en adelante LPC- que prescribe: <i>"Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: Negare a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, retracto o reversión de pagos";</i> relacionado al artículo 13 inciso cuarto de la misma normativa que prescribe: <i>"Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrar 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 (...)"</i>.</p> <p>Se siguió el procedimiento respectivo en el Centro de Solución de Controversias de la Defensoría del Consumidor–en adelante CSC– para la implementación de los medios alternos de solución de controversias, sin que el consumidor y las denunciadas pudieran llegar a ningún acuerdo conciliatorio, por falta de acuerdo entre las partes en la audiencia de conciliación el expediente fue certificado a este Tribunal en atención a lo regulado en el artículo 143 letra c) de la LPC, y posteriormente se inició el presente procedimiento administrativo sancionatorio mediante resolución de las ocho horas del día 29/10/2020 (fs. 48-50).</p>			

III. PRETENSIÓN PARTICULAR

El consumidor solicitó "(...) se le dé por terminado el contrato de Suscripción de Membresía Local, se le haga devolución de lo pagado que por \$990.00, en los términos que la Ley establece, se haga entrega de cancelación o finiquito y del pagare original que firmó al momento de la contratación que es por un monto de \$2165.00. Todo lo anterior en base a los Arts. 13 A, 26-A, 43 m) y 44 k) de la LPC"

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Infracción atribuida.

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 48-50), a las proveedoras denunciadas se le imputó la supuesta comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la LPC que prescribe: "*Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)*", relacionada con la obligación para los proveedores regulada en el artículo 13 inciso 4º de la citada ley: "*Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado (...)*".

Para el análisis de la infracción al artículo 44 letra k) de la LPC, en relación al desistimiento, es preciso partir de lo consignado en el artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor, el cual regula expresamente el derecho a desistir del contrato.

Este Tribunal ha sostenido en casos precedentes –v.gr. resolución definitiva pronunciada a las diez horas con cinco minutos, del día dos de diciembre de dos mil trece, en el proceso referencia 289-12 Acum.– que el artículo 13 inciso 4º de la LPC establece el derecho que tienen los consumidores de pedir el desistimiento del contrato celebrado con un determinado proveedor, esto sobre la base de que el consumidor tiene, dentro de sus derechos básicos, la libertad de elección –artículo 4 letra e) de la LPC– lo que implica que tiene una gama de opciones dentro de la actividad comercial, de las cuales puede escoger la que mejor le convenga, sin que se le pueda imponer un producto o servicio para la satisfacción de sus necesidades particulares.

Sin embargo, el ejercicio del derecho a desistir supone la concurrencia de determinadas circunstancias, establecidas en el inciso 1º del citado artículo 13 de la LPC, el cual señala: "*Si al momento de efectuarse la contratación entre presentes, no se entrega el bien o no se presta el servicio, deberá extenderse un comprobante adicional firmado por las partes, en el que se hará constar el lugar y la fecha en que se entregará, y las consecuencias del incumplimiento o retardo*".

El desistimiento, así regulado en el artículo 13 de la LPC, se encuentra delimitado a ciertas condiciones:

1º) La existencia de un contrato perfecto entre partes presentes. 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 oferta y la aceptación, que constituyen el final del proceso negociador.

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. Por su parte,

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 prolongado, entre la formulación de la oferta y la aceptación. Caso contrario sería el de la llamada “contratación entre ausentes”, es decir, contratación por correspondencia oral o escrita, convencional o electrónica, entre otras; pues, en dicha circunstancia, la determinación del lugar y tiempo de celebración del contrato mercantil se regirá por las reglas establecidas en los arts. 966 al 968 del Código de Comercio, y no es aplicable lo regulado en el inciso primero del art. 13 de la LPC, sin perjuicio de otras disposiciones atinentes a este tipo de contratación.

2º) 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.

En el lapso entre la firma del contrato y el cumplimiento de la condición (acaecimiento de una fecha, entre otros), el consumidor no podrá exigir al proveedor el cumplimiento de la obligación de entregar el bien o prestar el servicio (artículo 1356 Código Civil). Sin embargo, en ese mismo período de tiempo, antes mencionado, el artículo 13 de la LPC posibilita al consumidor a pedir el desistimiento del contrato.

Entonces, en el contexto de la LPC, 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 en 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.

Además, de las dos condiciones antes señaladas, la ley dispone que el efecto de que el consumidor solicite el desistimiento es que el proveedor debe reintegrarle lo pagado.

En ese orden, el artículo 44 de la LPC consigna como una infracción muy grave “*k) negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)*”.

La configuración de la referida infracción supone por consiguiente, en primer lugar, que el consumidor ha desistido de la contratación; en segundo lugar, que el consumidor ha pagado el precio total de contrato o al menos una parte del mismo; y en tercer lugar, la negativa del proveedor a entregar al consumidor la cantidad de dinero correspondiente. Dicha negativa puede darse: a) de forma expresa, por ejemplo

manifestando el proveedor que no existe el derecho a desistir, que no existe cantidad de dinero que devolver, que la cantidad a devolver es distinta a la correspondiente según la ley y los términos de la contratación, rehúse a devolver el dinero que corresponda; o, b) de forma tácita o por omisión, por ejemplo cuando el proveedor deje de reconocer el derecho a desistir, no admita su existencia, esquive o no conceda la devolución correspondiente.

También el derecho en estudio es regulado en otras legislaciones como la chilena. Así, a manera de referencia se puede citar el artículo 3 bis de la ley 19.496 emitida por el Congreso Nacional de Chile, promulgada el día 07/02/1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, cuando señala que *“El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo (...)”*.

V. CONTESTACIÓN DE LAS PROVEEDORAS DENUNCIADAS

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 las proveedoras denunciadas, pues en resolución de fs. 48-50 se les concedió el plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para incorporar por escrito sus argumentos de defensa y que presentaran o propusieran la práctica de pruebas que estimaran convenientes, la cual les fue notificada a las sociedades denunciadas en fecha 12/02/2021 y 31/05/2021, según actas de fs. 53 y 157.

La proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., evacuó la audiencia conferida en el auto de inicio y ejerció su derecho de defensa, por medio de escrito firmado por el licenciado _____, quien actúa en calidad de apoderado general judicial y especial (fs. 56-57), calidad que acreditó por medio de copia certificada de testimonio de escritura pública de poder general judicial conferido a su favor por la aludida sociedad (fs. 58-60); anexando documentación de fs. 61-141.

En el referido escrito, aclara que ya no representa a la sociedad My Dream, S.A. de C.V., contesta audiencia conferida en sentido negativo, luego de una sucinta relación de los hechos, expresó que como bienvenida al club de socios se le otorgó un certificado de bienvenida al momento de la contratación; siendo el caso del denunciante que dio inicio a su membresía vacacional al hacer uso de las instalaciones del Hotel Bahía del Sol con el certificado de almuerzo de fecha 28/01/2018; situación que derivó en la presunta firma de la carta de aceptación de inicio de uso de su membresía número 0306, el día 28/01/2018, la cual ofrece como prueba, anexando su original y respectiva copia para que pueda ser cotejada y devuelta la original, razón por la cual afirma que no es procedente el desistimiento solicitado por el consumidor. Adicionalmente incorpora la documentación tributaria requerida.

Posteriormente, en resolución de fs. 160 se abrió a prueba el procedimiento y se le concedió a las proveedoras el plazo de ocho días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de la

resolución, dentro del cual los sujetos intervinientes podían hacer uso de los medios probatorios, así como ofrecer y/o solicitar las pruebas que estimaran convenientes, respetando los aspectos establecidos en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–. La citada resolución fue notificada a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. en fecha 06/07/2021 (fs. 163), y a la sociedad My Dream, S.A. de C.V. el día 12/07/2021 (fs. 166). No habiendo hecho uso de su derecho de defensa ni presentado prueba alguna a su favor.

Así pues, este Tribunal valorará los documentos relacionados en el párrafo que antecede y resolverá del argumento de defensa expuesto por la proveedora denunciada mediante su apoderado, en el apartado correspondiente de valoración de prueba.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

Este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC.

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

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

B. En el presente expediente, se incorporó prueba documental por parte del consumidor, siendo la siguiente:

- i. Copia confrontada con su original de recibo de caja #14230 de la sociedad My Dream, S.A. de C.V., a nombre de _____ donde se especifica el pago de \$990.00 dólares, de los cuales \$690.00 dólares facturados en concepto de prima y \$300.00 dólares en concepto de G.A., acreditándose con esto la relación de consumo entre el consumidor y la proveedora y el pago parcial de la membresía (fs. 6).
- ii. Copia confrontada con su original de nota firmada y presentada por el consumidor _____, de fecha 30/01/2018, dirigida Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., donde

manifiesta su deseo de dejar sin efecto el contrato y se realice la reversión de lo pagado ante la proveedora (fs. 7).

- iii. Copia confrontada con su original de contrato de suscripción de membresía local que contiene las obligaciones de la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. y el consumidor, comprobando la relación contractual preexistente a la denuncia. (fs. 4-5).

C. A su vez, la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., aportó prueba al presente procedimiento administrativo sancionatorio consistente en:

- i. Copia confrontada con su original de documento firmado por el consumidor de fecha 28/01/2018, donde se manifiesta que en ese acto da por iniciado el uso de membresía (sin número de membresía), por medio de certificado que le fue otorgado al denunciante al momento de la compra. (fs. 62).

D. Con relación al argumento esgrimido por la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., resulta necesario para este Tribunal, establecer en primer lugar, si el servicio ya había sido prestado o no, para posteriormente determinar si el consumidor tenía derecho a desistir del contrato o no.

I. En el presente caso, nos encontramos ante un contrato de adhesión, mediante el cual las cláusulas y condiciones generales del mismo, son establecidas de forma unilateral que es una de las características esenciales de los contratos de adhesión y en los cuales el consumidor no tiene la posibilidad de negociar aspectos del mismo, sino solo aceptar o rechazar tal propuesta.

Según consta en la copia del contrato suscrito por el consumidor, los servicios serán prestados por Hotel Bahía del Sol, y en la cláusula I) OBJETO DEL CONTRATO letra B) se establece: "*La Membresía adquirida le da el derecho al contratante a 8 noches para ser utilizadas en 4 años de servicios hoteleros (...)*" (el resaltado es propio). Asimismo, se reitera en dicho documento que se trata precisamente de la prestación de servicios hoteleros, descuentos en comida, eventos y estancias que serán aplicables únicamente en las instalaciones del referido hotel.

De lo anterior, se extrae que el objeto de la contratación es por una parte que la proveedora se obligaba a prestar los referidos servicios hoteleros exclusivamente en Hotel Bahía del Sol y el consumidor esperaba hacer uso de las instalaciones del hotel y gozar de los beneficios y descuentos por los cuales pagó la cantidad de \$990 dólares. Es decir, que la intención de contratar del consumidor no estaba basada en la mera tenencia de una credencial extendida por la proveedora, sino en la **efectiva prestación de un servicio** hotelero contratado.

Aunado a lo anterior, para que el consumidor pudiera gozar de los servicios, estaba sujeto a condiciones expuestas en el mismo contrato, como por ejemplo, que el consumidor como *requisito indispensable*, debía hacer una reserva entre 10 y 90 días anticipadamente dependiendo si se trataba de

temporada baja o alta respectivamente –cláusulas O) y P) del contrato–.

Es así, que de la lectura de dichas condiciones, se puede entender que para hacer uso de los servicios prestados por la proveedora denunciada, se le impone al consumidor un requisito ineludible, el cual como se mencionó anteriormente, es realizar una reservación con un tiempo anticipado. Es decir, que aunque el consumidor obtenga la membresía para hacer uso de las instalaciones y demás beneficios, este no puede presentarse sin previo aviso al hotel.

Ahora bien, debido a la naturaleza del contrato, que consiste en prestar los servicios turísticos y hoteleros descritos anteriormente, no se puede dar por hecho o entenderse que por la aceptación y firma de parte del consumidor en un documento que valida su estadía en el establecimiento el día 28/01/2018, se tenga por iniciado la prestación de dichos servicios, aunque se haya consignado de esa forma; no atiende el origen de la suscripción del mismo, pues como manifiesta el denunciante en la relación de los hechos (fs. 1), le ofrecieron una estadía gratuita para visitar el club y conocer las instalaciones, lo cual hizo; visita que se la ofrecieron sin condiciones como la suscripción de un contrato por los servicios ofrecidos. Además, en el contrato, no especifica ni contempla que el inicio de uso de la membresía se dará por hecho mediante la aceptación del certificado de estadía ofrecido por la proveedora con antelación a la firma de dicho contrato, sino al contrario, para hacer uso de las instalaciones, aun si fuese para consumir alimentos, se le impone la carga al consumidor de reservar con antelación.

De lo anterior, se extrae que la prueba de descargo aportada por la proveedora denunciada –por medio de su apoderado- resulta *insuficiente* para demostrar el uso de los servicios por parte del consumidor, más aún cuando el objeto de la contratación es por una parte que la proveedora se obligó a prestar los referidos servicios turísticos y hoteleros por un plazo de dos años y el consumidor esperaba hacer uso de las instalaciones de los hoteles y gozar de los beneficios y descuentos por el mismo período de tiempo, por tanto no se ha acreditado por parte de la proveedora la prestación de servicios adicionales en otras fechas distintas a la de celebración del contrato desistido, es decir, que no se ha demostrado la **efectiva prestación de un servicio** hotelero contratado.

Este Tribunal concluye entonces, que en el presente caso **los servicios contratados no se habían prestado** al momento que el consumidor comunicó a la proveedora su voluntad de desistir y la solicitud de la devolución de los \$990.00 dólares que fueron cancelados, según expuso en nota de fs. 1.

2. En concordancia con lo anterior, y al haberse determinado que los servicios contratados por el consumidor no se habían prestado al momento en que ésta comunicó su deseo de dejar sin efecto la contratación a la proveedora, se concluye que **sí nos enfrentamos a hechos que encajan dentro de lo regulado por el artículo 13 inciso 4° de la LPC** que dispone: “*cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado*”; y al señor sí le asistía su derecho, y que fue ejercido mediante nota agregada a fs. 8.

E. Al establecerse que el consumidor estaba facultado por ley para ejercer su derecho de desistimiento, la proveedora sí estaba en la obligación de devolverle la cantidad de dinero que fue debitada de su tarjeta de crédito por un servicio que no fue prestado. No obstante, en el presente expediente la proveedora no acreditó con prueba alguna, que hicieron la efectiva devolución del dinero al consumidor cuando ésta manifestó su derecho de desistimiento.

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

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

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

indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la Sala De lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva del proveedor denunciado, este Tribunal considera necesario analizar si el sujeto ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

En concordancia con lo anterior y para el presente caso en específico, el grado de intencionalidad, se concluye que la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., actuó con *negligencia grave*, debido a que consta en el expediente que tuvo conocimiento del deseo del consumidor de ejercer su derecho de desistimiento, mediante la carta presentada (fs. 7); y a pesar de ello, no realizaron ninguna acción que garantizara la devolución efectiva de dinero pagado por el consumidor, en transgresión a las disposiciones de la LPC ya citadas, y además ocasionándole así un menoscabo económico a la denunciante.

Por otra parte, respecto a la proveedora My Dream, S.A. de C.V., este Tribunal advierte que la misma no se encuentra relacionada en el contrato firmado por el consumidor, sino que solamente se tiene por acreditado que extendió un recibo (fs. 6) a nombre del consumidor por la cantidad de \$990 .00dólares.

De manera que, analizada la conducta objeto del presente procedimiento, este Tribunal advierte que la misma solamente es imputable a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., por ser esta la que contrató con el consumidor y por ser la misma que se encontraba obligada a devolver las cantidades pagadas cuando se ejerció el derecho de desistimiento.

En consecuencia, se deberá *absolver* a la proveedora My Dream, S.A. de C.V., por la comisión de la conducta descrita en el artículo 44 letra k) de la LPC, en relación con lo dispuesto en el artículo 13 inciso 4° de la misma normativa, por no ser legítimo contradictor en el presente procedimiento.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se ha comprobado fehacientemente la comisión de la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, y es procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 47 LPC, según los parámetros establecidos en la ley en mención.

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

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

a. Tamaño de la empresa.

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

Al constatar la documentación presentada por la proveedora Bahía Los Sueños S.A. de C.V., consistente en copias de declaración del Impuesto a la Transferencia de bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, del periodo comprendido entre los meses de diciembre del año 2017 hasta septiembre del año 2020; copia de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial correspondiente al año 2018 y 2019; copia de sus estados financieros correspondientes al ejercicios fiscal 2018 y 2019; este Tribunal, tomará en cuenta el promedio de las ventas de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial correspondiente al año 2018 –año en que sucedieron los hechos denunciados-, el cual asciende a \$2,253.017.27.

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

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

b. Impacto en los derechos del consumidor.

En el presente caso, con la comisión de la infracción administrativa por parte de la proveedora denunciada consistente en negarse a devolver las cantidades de dinero cuando el consumidor ejerció su derecho de desistimiento—artículo 44 letra k) de la LPC—, se ocasionó una afectación a la esfera jurídica de los derechos del consumidor, que no pudo ejercer su derecho de desistimiento conforme a lo establecido en el artículo 13 inciso 4º de la LPC, disposición que era aplicable para los hechos analizados en la resolución de mérito, según se estableció en el apartado VI.D.2 de la presente.

c. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o

patrimonio del consumidor.

La conducta infractora de la proveedora, ocasionó un perjuicio económico al consumidor, en razón de que este erogó el precio total del contrato de \$990.00 dólares de los Estados Unidos de América mediante cuotas mensuales y sucesivas que fueron cargadas en su tarjeta de crédito designada. Lo anterior supuso además, no sólo la disminución en el patrimonio del consumidor que pudo utilizar para otros propósitos, sino también perdió la posibilidad de eventuales beneficios económicos derivados de la referida suma.

Por otra parte, la infractora al obtener el pago total del contrato acrecentó su patrimonio y adquirió las ventajas del dinero pagado en concepto del precio del contrato, en perjuicio del consumidor pues el servicio no fue prestado, debido a que desistió de la contratación.

d. Grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió la infractora.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o, cuando menos, culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable. En ese sentido, en reiteradas ocasiones se ha establecido a través de sus resoluciones conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables, aún a título de simple negligencia o descuido.

En el caso de mérito, la LPC insta la obligación de las proveedoras de efectuar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido su derecho de desistimiento, tanto el artículo 13 inciso 4º: “cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado”; no obstante, como ya se ha mencionado, las proveedoras no atendieron dicho mandamiento legal, ni esgrimieron alguna eximente válida.

De lo anterior se desprende que las referidas sociedades son responsables de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la citada normativa. No obstante, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó que la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. actuó con *negligencia grave*, pues teniendo conocimiento de que el consumidor ejerció su derecho de desistimiento por medio de escrito, no atendieron dicha solicitud, ni efectuaron la devolución del dinero.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VI.E de esta resolución, la proveedora cometió la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, al negarse a devolver el dinero cuando el consumidor ejerció el derecho de desistimiento; y de acuerdo al artículo 47 de la LPC, las infracciones calificadas como graves se sancionarán con multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Al respecto, es importante señalar que las sanciones en materia de consumo tienen doble finalidad: por

un lado, corregir al que ha realizado la práctica ilegal y, por otro, evitar que se sigan cometiendo conductas prohibidas en detrimento de los consumidores (carácter disuasivo de la sanción).

En tal sentido, en el presente caso, se debe tomar en cuenta el daño que la infractora ocasionó al consumidor por la conducta cometida (\$990.00 dólares), con el propósito de cumplir con la finalidad perseguida por el legislador y con el objeto de establecer el monto mínimo base que la multa a imponer podría llegar a tener, de modo que, en el presente caso no podría sancionarse a la proveedora por una suma menor de la cantidad a la que asciende el presunto daño ocasionado al consumidor.

Ahora bien, una vez establecido el monto mínimo base, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y al haberse advertido que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procedimental que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le fue requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber presentado la información solicitada por esta autoridad sancionadora, pues se ha establecido la voluntad de cooperación en este procedimiento administrativo sancionador de la proveedora infractora.

Por consiguiente y en virtud del impacto en el derecho del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación al mismo (\$990.00 dólares), el grado de intencionalidad con la que procedieron las infractoras, así como por haberse constatado una conducta procedimental que denota la buena voluntad y colaboración de la infractora dentro del procedimiento, al proporcionar la información solicitada, este Tribunal impone a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por *“Negarse a realizar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)”*, en relación con el artículo 13 inciso 4º de la misma ley, una multa de 50 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, equivalentes a la cantidad de **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,208.50)** en concepto de multa, de acuerdo a los elementos desarrollados ampliamente en el romano VII de la presente resolución.

Establecido lo anterior, es menester señalar que, la multa impuesta representa el 10% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción —500 salarios mínimos urbanos en el sector comercio y servicios—, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA

El consumidor solicitó en su denuncia solicitó el desistimiento del contrato suscrito con la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. que se le devuelva lo pagado, en razón de ello, es necesario señalar lo siguiente:

A. Concerniente a la reposición de la situación alterada por la conducta infractora, la letra c) del artículo

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

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

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

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

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

C. Conforme al artículo 4 letra p) de la LPC la titularidad del derecho a desistir o retractarse de un contrato en los términos de la misma ley, le corresponde al consumidor como un derecho irrenunciable de acuerdo al artículo 5 de la misma ley, siendo procedente ordenar la reposición de la situación alterada de conformidad a la pretensión del consumidor, la cual consiste en: *“(...) se le dé por terminado el contrato de Suscripción de Membresía Local, se le haga devolución de lo pagado que por \$990.00, en los términos que la Ley establece, se haga entrega de cancelación o finiquito y del pagare original que firmó al momento de la contratación que es por un monto de \$2165.00. Todo lo anterior en base a los Arts. 13 A, 26-A, 43 m) y 44 k) de la LPC”*.

Por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente ordenar a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., la devolución de lo pagado y se haga entrega de cancelación o finiquito y del pagare original que firmó el consumidor al momento de la contratación que es por un monto de \$990.00 por el consumidor señor _____, en concepto de los servicios hoteleros de los cuales, el consumidor ejerció su derecho de desistimiento de la contratación, conforme a lo estipulado en el art. 13 inciso 4° de la LPC.

X. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 13, 44 letra k), 47, 49, 83 letras b) y c), 144 y siguientes de la LPC; 218 y 314 ordinal 1° del CPCM; y 17 número 5, 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

- a) *Absuélvase* a My Dream, S.A. de C.V. de la supuesta comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la LPC, en relación a la denuncia presentada por el señor _____, por las razones establecidas en el romano VI de esta resolución.
- b) *Sanciónese* a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. con una multa con la cantidad de **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,208.50) equivalentes a 50 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—** en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por no devolver el dinero pagado al consumidor, señor _____ cuando ejerció su derecho de desistimiento conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.
- c) *Ordénese* a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. **devolver** al señor _____ la cantidad de **NOVECIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$990.00)**, en concepto de reintegro de lo pagado por los servicios no prestados.
- d) *Ordénese* a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. **devolver** al señor _____ a el pagaré original que firmó el consumidor al momento de la contratación que es por un monto de \$2,165.00 dólares.
- e) La presente resolución deberá ser cumplida dentro de los diez días hábiles 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 referido plazo; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal certificará la presente resolución para ejecución forzosa conforme a los procedimientos comunes.

f) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración.

Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.

Lugar de presentación: Oficinas Tribunal Sancionador de la Defensoría del consumidor, 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador.

Autoridad Competente: Tribunal Sancionador de la Defensoría del consumidor.

José Leorisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Lidia Patricia Castillo Amaya
Segunda vocal

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

LS/MP

Secretario del Tribunal Sancionador