

"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

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 01/12/2021 Hora: 13:03 Lugar: San Salvador	Referencia: 399-19
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:			
Proveedora denunciada:	BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES			
<p>La consumidora interpuso denuncia en fecha 15/08/2018 (fs. 1), en la que manifestó, en síntesis, que en fecha 09/01/2018 contrató una Suscripción de Membresía Local, por el precio de \$2,500.00. Señaló, que en fecha 12/01/2018, presentó ante la proveedora la solicitud de ejercicio del derecho de retracto, obteniendo respuesta mediante correo electrónico el día 18/01/2018, en el que se le hizo saber que ella <i>"...se encuentra total y completamente solvente pues no debe absolutamente nada en concepto de cuotas mensuales, más no así con BANCO AGRICOLA a quienes durante los siguientes 36 meses desde la fecha 26 de marzo 2017 (en que contrató su membresía) pagaría 36 cuotas de \$40.28 cada una sin interés en su tarjeta de crédito"</i> (fs. 7-9).</p>			
III. PRETENSIÓN PARTICULAR			
<p>La consumidora solicitó que <i>"la proveedora le devuelva el monto cargado a su tarjeta de crédito en concepto de Valor Inicial y los derechos de afiliación \$2,500.00, ya que no le interesa continuar con el contrato y no ha hecho uso del mismo..."</i>.</p>			
IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>Según se consignó en el auto de inicio (fs.104 a 106), a la proveedora denunciada se le imputó la supuesta comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC– que prescribe: <i>"Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de retracto(...)"</i>, en relación con el artículo 13-A de la misma normativa que señala: <i>"El derecho de retracto de un contrato es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato unilateralmente, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna, siempre y cuando no se hubiera perfeccionado por no haber transcurrido el plazo de ocho días, o no se hubiera empezado a hacer uso del bien, o el servicio no se hubiese empezado a prestar (...)"</i>.</p>			
<p>El mismo artículo establece en la letra a), las reglas en que se puede ejecutar el derecho en</p>			

estudio, considerando los siguientes casos: (i) compra de bienes y contratación de servicios ofrecidos por el proveedor o un tercero que actúe por su cuenta *fuera del establecimiento mercantil*, en reuniones convocadas con dicho objetivo por el proveedor, y donde el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión; (ii) *contratos a distancia*; es decir, los contratos celebrados con los consumidores en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario; y, (iii) *cuando así se reconozca en la oferta*, promoción, publicidad o en el propio contrato, de acuerdo a lo consignado en el artículo 13-A letra a) de la LPC.

Adicionalmente podrá ejercerse cuando la contratación no se haya perfeccionado, por no haber transcurrido ocho días, o no se hubiera empezado hacer uso del bien, o porque el servicio no se haya empezado a prestar; debiendo comunicarse por escrito al proveedor y debe constar de forma fehaciente la fecha de tal comunicación. Finalmente, una vez se haya ejercido el derecho de retracto de conformidad a los parámetros señalados, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor dentro del plazo máximo de quince días desde la comunicación del retracto.

Al respecto, este Tribunal, considera que, transcurridos quince días después de haber ejercido el derecho, sin que el proveedor haya hecho la devolución correspondiente, se puede entender que éste se negó a hacer la devolución respectiva, como resultado de una manifestación expresa en tal sentido o por haber omitido realizar la devolución en el plazo establecido.

En caso de comprobarse la comisión de dicha infracción, acarrearía la sanción establecida en el artículo 47 de la LPC, que dispone una multa de hasta quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

B. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos antecedentes de dicho derecho en materia civil. El artículo 1606 del Código Civil —C.C.—, consigna la posibilidad de que los contratantes estipulen que la venta de algunas cosas no se estime perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, en el que podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida. En el mismo Código, el artículo 1607 estipula que “*Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas*”.

El artículo 1608 del mismo cuerpo normativo señala que si los contratantes *“no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención”*.

Otro ejemplo también lo encontramos en el artículo 1884 del mismo Código, en el contrato de mandato, cuando se establece que éste se *“reputa perfecto por la aceptación del mandatario (...) Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio, por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona”*. Finalmente, podemos citar el caso de “la fianza”, cuando el artículo 2090 C.C. señala que *“Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo. Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista (...)”*.

C. Lorenzetti, R.L. en su obra *“Consumidores”*, sostiene que las modalidades de venta actuales, basadas en el denominado “marketing directo”, tratan de llegar al consumidor de manera agresiva, penetrando en su domicilio, en su lugar de trabajo, en su correspondencia, seduciéndolo con sorteos. La legislación tiende a proteger al consumidor evitando que éste obre apresuradamente y bajo presión, receptando técnicas elaboradas en el Derecho Comparado, en especial el Derecho francés, las que consisten en poner el consentimiento en “cámara lenta”.

La venta domiciliaria es aquella en la que la propuesta de venta de una cosa es efectuada al consumidor en el lugar donde reside, en forma permanente o transitoria, o en su lugar de trabajo.

Se relaciona en la referida obra, las ventas realizadas mediante la convocatoria para otros fines, en las que el consumidor es invitado porque ganó un premio a un sitio donde se le va a entregar el mismo, o es invitado “especial” a un cóctel. El ambiente de “venta” desaparece y es sustituido por la fiesta, a la que el consumidor concurre porque “ganó” o porque es “especial”. De este modo se trabaja sobre sus emociones para que asista y también para que compre: luego del cóctel, de las películas o videos, y de pasar varias horas, se hace la oferta concreta, agresiva, emotiva, generalmente de un sistema de tiempo compartido.

Es muy frecuente en este campo la proliferación de las ofertas denominadas “agresivas”, porque tienden a disminuir la capacidad de discernimiento del consumidor. (LORENZETTI, R.L. en su obra *“Consumidores”*, primera edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, Pág. 207).

D. 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 (...)”*.

Asimismo, en México se encuentra regulado en la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 56 que prescribe: *“El contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda. Durante ese lapso, el consumidor tendrá el derecho de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso o mediante entrega del bien en forma personal, por correo registrado o certificado tomando como fecha de revocación la de recepción para su envío, o por otro medio fehaciente. La revocación hecha conforme a este artículo deja sin efecto la operación, debiendo el proveedor reintegrar al consumidor el precio pagado”*.

Además, en Brasil, en la Ley N°8.078, que dispone sobre la protección del consumidor y dicta otras providencias, el artículo 49 establece: *“El consumidor puede desistir del contrato en un plazo de siete días contados a partir de su firma o del momento en que recibió el producto o servicio, siempre que la contratación de suministro de productos y servicios haya ocurrido fuera del establecimiento comercial, especialmente por teléfono o a domicilio”*.

Continúa la referida normativa en su párrafo único: *“Si el consumidor ejercita su derecho de arrepentimiento previsto en este artículo, los valores eventualmente pagados bajo cualquier título, durante el plazo de reflexión, serán devueltos inmediatamente, actualizados monetariamente”*.

En términos jurídicos, se trata de un derecho preferente que puede ejercerse dentro de un plazo determinado. Se considera que dicho plazo es un tiempo de reflexión o período de enfriamiento en las ventas o contrataciones que se dan en un contexto especial; así, por ejemplo, se habla de las ventas a domicilio, fuera del establecimiento, a distancia, por catálogo, en las llamadas “tele ventas”, y en general donde el bien no es apreciado físicamente por el adquirente.

Finalmente, y de forma general, según el diccionario de la lengua española, retracto proviene del latín *retractus*, y se refiere al derecho que compete a ciertas personas para quedarse, por el tanto de su precio, con la cosa vendida a otro.

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

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, quien compareció conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

A. En fecha 14/04/2021 se recibió escrito (fs. 110 al 111) firmado por la licenciada _____ en calidad de apoderada general judicial y especial de la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., mediante el cual expuso, en esencia, que *la consumidora _____, en fecha 09/01/2018, contrató su servicio de membresía con Hotel Bahía del Sol, tal como se logra comprobar con la copia del referido contrato incorporado en el presente expediente, por lo cual, al habersele entregado ese mismo día y habiéndosele habilitado todos los servicios desde ese mismo momento por medio de su credencial que se le otorgó en dicho acto, dio por iniciado su servicio contratado, con lo cual no es procedente el retracto alegado.* Finalmente, solicitó que en sentencia de mérito se desestime la denuncia interpuesta y se declare que su representada no tiene ninguna responsabilidad en el presente proceso. Además, señaló lugar y medios para recepción de notificaciones y adjuntó documentación de fs. 112 al 192.

B. Es conveniente señalar que lo argumentado por la licenciada _____, respecto a los hechos denunciados, se encuentra estrechamente relacionado con la valoración de la prueba ofrecida, por lo cual el referido argumento será analizado en los siguientes apartados.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

A. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la LPA, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; a excepción de la prueba documental, la cual se realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”.*

(Los resaltados son nuestros).

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

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

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

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de retracto.

B. En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental consistente en:

1. Fotocopia de contrato de suscripción de membresía local, de fecha 09/01/2018 (fs. 3 y 4), documento con el que se comprueba la relación contractual preexistente a la denuncia; las obligaciones de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. y la consumidora; así como el precio pagado por el servicio contratado, por un total de \$2,500.00.
2. Fotocopia de *voucher* por la cantidad de \$2,500.00 (fs. 5), mediante el cual se comprueba el cargo por la cantidad antes citada en la tarjeta de crédito número **** * 7862, a nombre de la consumidora.
3. Fotocopia de escrito en el cual la consumidora notifica a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., el ejercicio de su derecho de retracto, recibido en fecha 12/01/2018

(fs. 6).

4. Correo electrónico de fecha 18/01/2018 (fs. 7 al 9), remitido por la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., mediante la cual se le indicó a la consumidora que era procedente la terminación anticipada del contrato pero esto se haría sin la devolución del valor cancelado a tasa cero, por lo cual se entiende la misma como una negativa a la devolución del dinero pagado, habiendo hecho ejercicio del derecho de retracto.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Al respecto, este Tribunal Sancionador deberá analizar –en el caso en particular–, que: (i) la contratación de los servicios se realizó *fuera del establecimiento mercantil*; mediante la modalidad a distancia; o, que así se reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato. (ii) el derecho fue ejercido dentro de los *ocho días* hábiles siguientes a la celebración del contrato; (iii) *existió una comunicación por escrito* al proveedor y *consta de forma fehaciente la fecha de tal comunicación*; (iv) transcurrido el plazo máximo de *quince días* desde la comunicación del retracto, la negativa de la proveedora –de forma expresa o tácita– a entregar al consumidor la cantidad de dinero correspondiente.

A. Así, con base en los elementos probatorios señalados en el romano VI de la presente resolución, ha quedado comprobado:

1. La relación de consumo existente entre la consumidora y la proveedora denunciada; así como la fecha de celebración del contrato (09/01/2018) (fs. 3 y 4).
2. El total de dinero pagado por la denunciante a cuenta del servicio contratado (\$2,500.00); así como la fecha en la que el referido pago fue efectuado por la consumidora (09/01/2018).
3. Que tres días después de la contratación del servicio (12/01/2018), por medio de escrito (fs. 6), la consumidora efectivamente presentó ante la proveedora, una carta en la que ejerce su derecho de retracto, y solicita que se hiciera efectiva la devolución de lo pagado.

B. Conforme a los hechos probados, resulta necesario para este Tribunal, establecer en primer lugar si el servicio ya había sido prestado o no, para posteriormente determinar si la consumidora tenía derecho a retractarse del contrato o no.

I. Según consta en la copia del contrato suscrito por la consumidora, 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 5 semanas para ser utilizadas en 5 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 estadías 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 la consumidora esperaba hacer uso de las instalaciones del hotel y gozar de los beneficios y descuentos por los cuales pagó la cantidad de \$2,500.00 dólares. Es decir, que la intención de contratar de la consumidora 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 la consumidora pudiera gozar de los servicios, estaba sujeta a condiciones expuestas en el mismo contrato, como por ejemplo, que la consumidora 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–.

Consecuentemente, para hacer uso efectivo del servicio contratado, era indispensable que la consumidora lo solicitara mediante reservación de por lo menos 10 días de anticipación, y para la fecha de interposición del escrito en el que la consumidora manifestó su voluntad de retractarse, no habían transcurrido ni siquiera 10 días desde la suscripción del contrato, por lo que resultaba imposible que para esa fecha ya hubiera reservado y gozado los servicios hoteleros.

Este Tribunal concluye entonces, que en el presente caso **los servicios contratados no se habían prestado** al momento que la consumidora comunicó a la proveedora su voluntad a retractarse y la solicitud de la devolución de los \$2,500.00 dólares que fueron debitados de su tarjeta de crédito –según comprobante de fs. 5-.

2. En concordancia con lo anterior, y al haberse determinado que la prestación de los servicios contratados por la consumidora, no se habían prestado al momento en que comunicó su deseo de retractarse a la proveedora, se concluye que **sí nos enfrentamos a hechos que encajan dentro de lo regulado por el artículo 13-A inciso primero de la LPC** que dispone: *“El derecho de retracto de un contrato es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato unilateralmente, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna, siempre y cuando no se hubiera perfeccionado por no haber transcurrido el plazo de ocho días, o no se hubiera empezado a hacer uso del bien, o el servicio no se hubiese empezado a prestar”*(el resaltado es propio); y a la señora sí le asistía su derecho a retractarse de la contratación, situación que fue manifestada por escrito a la proveedora en fecha 12/01/2018 según consta en carta con sello de recibido agregada a fs. 6.

C. En consonancia con lo anterior, es importante señalar lo establecido en el artículo 13-A,

literal b) romano III de la LPC, respecto a que serán los consumidores quienes... *responderán de los gastos administrativos que pudo haberle generado el contrato al proveedor, los cuales no podrán 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 cobrará teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha que se realizó el pago y la fecha en la que se desistió del contrato.*

D. Al establecerse que la consumidora estaba facultada por ley para ejercer su derecho de retracto, la proveedora sí estaba en la obligación de devolverle la cantidad de dinero pagada a cuenta del servicio contratado y que no fue prestado. No obstante, en el presente expediente se comprobó que la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., no hizo efectiva la devolución del dinero a la consumidora a pesar que ésta manifestó su derecho de retracto.

E. 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 17/12/1992).

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 29/04/2013).

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 24/10/2019).

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva de la proveedora denunciada, este Tribunal considera necesario analizar si 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. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

De manera que, analizada la conducta objeto del presente procedimiento, este Tribunal advierte que la misma es imputable a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., por ser ésta la que contrató con la consumidora y por ser quien se encontraba obligada a devolver las cantidades pagadas cuando se ejerció el derecho de retracto.

Por lo anterior, se determina que la conducta de la proveedora, comprobada en el presente procedimiento, se adecúa al ilícito administrativo establecido en el artículo 44 letra k) de la LPC. Por consiguiente, es procedente sancionar a la denunciada por “*Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de retracto (...)*”.

VIII. 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, por parte de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.; y es procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 47 de la 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”*.

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistente en: copias de formularios de declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios del período comprendido desde el mes de enero de 2018 hasta el mes de diciembre de 2020 —fs. 117 al 186—; copias de formularios de declaración del Impuesto sobre la Renta y Contribución Especial correspondientes a los ejercicios fiscales 2018 y 2019 —fs. 187 y 188—; y copias de balances generales al 31 de diciembre de 2018, y al 31 de diciembre 2019 —fs. 189 al 192—; de los cuales se puede colegir que el total de ingresos durante el año 2018 fueron de \$2,253,017.27 dólares de los Estados Unidos de América, que equivalen aproximadamente a 7,407 salarios mínimos mensuales en la industria. Asimismo, es importante destacar que tales ingresos corresponden al año en que ocurrieron los hechos denunciados.

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 no es posible encajar a BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. en ninguna de las categorías antes citadas, ya que la misma cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, por lo que, tal aspecto será considerado para la cuantificación de la multa, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

Cabe mencionar también, 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 (artículo 17 número 5 de la LPA).

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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 2° de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables, aún a título de simple negligencia o descuido.

En el caso de mérito, la LPC instaura la obligación del proveedor de efectuar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido su derecho de retracto, tanto el artículo 13-A en su letra b) romano IV “Una vez que el consumidor haya ejercido el derecho de retracto, el proveedor estará obligado a devolver la sumas abonadas por el consumidor y dentro del plazo máximo de quince días desde la comunicación del retracto (...)”; no obstante, como ya se ha mencionado, la proveedora no atendió dicho mandamiento legal, o esgrimió alguna eximente válida.

De lo anterior se desprende que la referida sociedad es responsable 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 la consumidora ejerció su derecho de retracto por medio escrito, no atendió al mismo, ni efectuó la devolución del dinero conforme lo establecido por la ley.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., es directa e individual, pues se acreditó que ésta se negó a hacer la devolución del dinero, a pesar que la consumidora había ejercido su derecho de retracto, lo cual afectó la esfera patrimonial de la consumidora.

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

En el presente caso, con la comisión de la infracción administrativa por parte de la

proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS S.A. de C.V., consistente en negarse a devolver las cantidades de dinero cuando la consumidora ejerció su derecho de retracto—artículo 44 letra k) de la LPC—, se ocasionó una afectación a la esfera jurídica de los derechos de la consumidora, quien no pudo recibir efectivamente la devolución de lo pagado, conforme a lo establecido en el artículo 13-A de la LPC, disposición que era aplicable para los hechos analizados en la resolución de mérito, según se estableció en el apartado VII de la presente resolución.

La conducta infractora de la proveedora, ocasionó un perjuicio económico a la consumidora, en razón de que esta erogó cantidades de dinero por los servicios contratados que a la fecha en que ejerció su derecho de retracto (12/01/2018) ascendían a \$2,500.00 dólares. Además, lo anterior supuso no sólo la disminución en el patrimonio de la consumidora que pudo utilizar para otros propósitos dicha suma de dinero, sino también perdió la posibilidad de eventuales beneficios económicos derivados de la referida suma.

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

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

Mediante la imposición de la multa, este Tribunal pretende causar un efecto disuasivo¹ en la infractora BAHÍA LOS SUEÑOS S.A. de C.V, quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 letra k) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores.

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

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VII de esta resolución, la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., cometió la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, al negarse a devolver el dinero cuando la consumidora ejerció el derecho de retracto; y de acuerdo al artículo 47 de la LPC, las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con

¹“(…) La sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado, que es desincentivar conductas ilícitas, razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular interesado. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía, de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados”, Resolución Final N° 08-2020/CC2 emitida el 07/01/2020 por la Comisión de Protección al Consumidor N°2 Sede Central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú.

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 perjuicio económico que la infractora ocasionó al consumidor por la conducta cometida, 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 consumidora.

Por consiguiente y en atención a los criterios para la determinación de la multa —ampliamente desarrollados en el apartado anterior—, este Tribunal impone a BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,208.50)** en concepto de multa, equivalentes a 50 meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción *muy grave* regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por no devolver el dinero pagado al consumidora, señora _____, pese a que ejerció su derecho de retracto, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; multa que 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 industria—, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

X. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA

La consumidora en su denuncia solicitó que *“la proveedora le devuelva el monto cargado a su tarjeta de crédito en concepto de Valor Inicial y los derechos de afiliación \$2,500.00, ya que no le interesa continuar con el contrato y no ha hecho uso del mismo...”*, 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, 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 *quereconocida 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 de la consumidora, la cual consiste en la devolución del monto pagado, por haber ejercido su derecho de retracto.

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 por la consumidora señora _____, en concepto de los servicios

hoteleros de los cuales, la consumidora ejerció su derecho de retracto de la contratación en fecha 12/01/2018, fecha en la cual la consumidora había realizado el pago de \$2,500.00, conforme a lo estipulado en el artículo 13-A, literal b) romano III de la LPC.

En consecuencia, la proveedora deberá devolver a la consumidora la cantidad de \$2,500.00 dólares.

XI. 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-A, 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) *Téngase* por agregado el escrito de fs. 200, presentado por el licenciado apoderado general judicial con cláusula especial de la señora
- b) *Sanciónese* a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., 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 meses de *salario mínimo urbano en la industria —D. E. N° 6 del 21/diciembre/2017, publicado en el D.O. N°240, T417 del 22/diciembre/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 a la consumidora, señora , pese haber ejercido su derecho de retracto, conforme al análisis expuesto en el romano VII 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* a la señora la cantidad de **DOS MIL QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,500.00)**.
- d) *Ordénese* a la Secretaría de este Tribunal certificar la presente resolución a la señora para las acciones legales que estime convenientes.
- e) *Notifíquese*.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos:	Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la
--	--

Reconsideración.	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 Leoisick Castro
Presidente



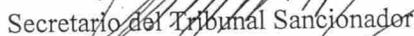
Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Lidia Patricia Castillo Amaya
Segunda vocal

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

OG/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador