

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 27/01/2022 Hora: 08:03 a.m. Lugar: San Salvador	Referencia: 1931-2018
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Consumidora denunciante:			
Proveedora denunciada:		Novalaser, S.A. de C.V.	
II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES			
<p>En fecha 21/06/2018, la señora _____, interpuso su denuncia —folio 1— en la que manifestó que en fecha 05/05/2017, pagó la cantidad de \$240.00 dólares a la proveedora Novalaser, S.A. de C.V., por un paquete que incluía 20 carboxiterapia, 5 masajes reductivos, 2 controles nutricionales, más 5 masajes gratis, servicio que fue contratado y cancelado en la sucursal Galerías, alegando que al momento de ella aceptar los servicios nunca le fueron explicados los términos y condiciones en los que se estaba contratando, así como que en sucursal Galerías no se podían realizar los procedimientos contratados, indicándole que tenía que ir a la sucursal San Benito para recibirlos, cosa con la cual no estuvo de acuerdo, pues fue hasta que hicieron la transacción de pago, que le informaron tal condición y los términos de los servicios adquiridos, por lo que, dada su inconformidad con el hecho de movilizarse a una sucursal diferente, solicitó la devolución del dinero.</p> <p>Finalmente, agregó que durante el último año ha hecho gestiones para la devolución de lo pagado, pues ya no quiere los servicios, cosa que la proveedora no acepta, exigiéndoles que puede hacer el cambio de los servicios que ya no quiere por otro paquete, situación que no acepta, pues lo que desea es ya no tener relación con la proveedora por el mal servicio que se le ha brindado.</p> <p>Asimismo, en fecha 25/06/2018, se dio inicio a la etapa de avenimiento y se le comunicó a la denunciada mediante correo electrónico, que se le concedía el plazo de 3 días hábiles contados a partir de la recepción de la notificación, para ofrecer alternativas de solución; adjuntándose copia de la denuncia —folio 11 —; instancia en la que, la proveedora no emitió pronunciamiento alguno.</p> <p>Posteriormente en fecha 17/08/2018 —folio 13—, la denunciante ratificó su denuncia, en el Centro de Solución de Controversias —en adelante CSC—, en contra de la proveedora denunciada a fin que la Defensoría del Consumidor iniciará las diligencias de conciliación, instancia en la cual no llegaron a ningún acuerdo las partes conforme a lo consignado en las actas de resultado de conciliación de folios 22 y 34.</p> <p>En ese sentido, el CSC, conforme al artículo 112 de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, remitió el expediente por no lograr solucionar el conflicto en dicha instancia por</p>			

incomparecencia reiterada de la proveedora a las audiencias conciliatorias programadas, recibándose en este Tribunal en fecha 10/10/2018.

III. PRETENSIÓN PARTICULAR

“Con base a los artículos 4 Lit e), j); 24; 43 Lit. k) de la Ley de Protección al Consumidor, la pretensión del Consumido radica en que el Proveedor realice la devolución de lo pagado por el paquete, pues nunca se le dijo los términos y condiciones en los que se estaban contratando y en la factura entregada no se establece (sic)”.

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Tal como consta en resolución de inicio —folios 37 y 38—, se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción muy grave 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 4° 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 LPC, 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 02/12/2013, en el proceso referencia 289-12 Acum.— *que el artículo 13 inciso 4° 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 1° 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:

1°) 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 LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora Novalaser, S.A. de C.V., pues en resolución de inicio de folios 37 y 38, se le concedió el plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 19/07/2021, según consta a folio 39. Asimismo, en fecha 31/08/2021 —folio 42— se ordenó la apertura a prueba del presente procedimiento, el cual fue notificado en fecha 03/09/2021 —folio 43—; sin embargo, no hubo pronunciamiento, ni aportación de pruebas por parte de la proveedora, en ninguna de las referidas etapas.

Es así, que este Tribunal se pronunciará sobre la conducta imputada a la denunciada con base en la prueba que consta en el expediente de mérito.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

A. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante 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 art. 106 inc. 6° de la LPA dispone: *“Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario”*.

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil —en adelante 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, 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.

B. Aunado a lo anterior, es menester señalar que el expediente fue certificado a este Tribunal de conformidad a la presunción legal establecida en el artículo 112 inciso segundo de la LPC, por lo que en aplicación de dicha disposición se presumirá legalmente como cierto lo manifestado en la denuncia.

De conformidad con el artículo 414 del CPCM, las presunciones legales, conocidas como presunciones *iuris tantum*, son aquellas en razón de las cuales *la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto al estar probados los hechos en que se base*.

Sin embargo, las mismas admiten prueba en contrario, y en ese caso *la actividad probatoria se podrá dirigir tanto a demostrar que los indicios probados inducen a un hecho distinto o a ninguno, como a efectuar la contraprueba de dichos indicios para establecer su inexistencia*.

Jurídicamente, la presunción se define como aquel razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o admitido, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo lógico existente entre los dos hechos.

Las presunciones son un método lógico para probar y están compuestas estructuralmente de una afirmación, hecho base o indicio, de una afirmación o hecho presumido y de un enlace. La afirmación base o el hecho base —también conocido como indicio— recibe esta denominación porque es el punto de apoyo de toda presunción. La base de la presunción puede estar constituida por uno o varios indicios; pero lo decisivo del indicio es que esté fijado en el procedimiento y que resulte probado. En conclusión, la afirmación presumida o el hecho presumido es una consecuencia que se deduce del hecho base o indicio.

C. En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó la siguiente prueba documental:

i) Fotocopia confrontada de factura No. 0087 —folio 3— emitida por la proveedora denunciada Novalaser, S.A. de C.V. en fecha 05/05/2017 a nombre de la consumidora denunciante, la cual ampara el pago efectuado por la misma por la cantidad de \$240.00 dólares, por la prestación del servicio de 20 carboxiterapia abdomen, 5 masajes reductores y 2 controles nutricionales, incluyendo 5 masajes gratis.

ii) Impresión de captura de pantalla que contiene el intercambio de mensajes entre la consumidora y la proveedora por medio de la aplicación *Whatsapp* —folios 4 y 5— en los que indiciariamente constan los mensajes enviados por la misma en fechas 29/05/2017, 12/09/2017, 13/11/2017 y 09/05/2018, sin obtener respuesta alguna por parte de la proveedora a su gestión de devolución del monto de \$240.00 dólares.

iii) Fotocopia de carta de reclamo elaborada por la consumidora en fecha 05/09/2017—folios 6 y 7— mediante la cual describe a detalle las circunstancias por las cuales decidió desistir del servicio en fecha 28/05/2017.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. En el presente caso la infracción denunciada por la señora es la descrita en el artículo 44 letra k) de la LPC, que prescribe: “*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: k) Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)*”. En consecuencia, de los elementos probatorios que obran en el expediente administrativo, este Tribunal deberá analizar, en primer lugar: que la consumidora ha pagado el precio total de contrato o al menos una parte del mismo; en segundo lugar: que la consumidora ha desistido de la contratación; y, en tercer lugar, la negativa de la proveedora —de forma expresa o tácita— a entregar a la consumidora la cantidad de dinero correspondiente; por lo que, se ha comprobado, mediante prueba indiciaria o directa que:

- i) La señora , contrató la prestación de un paquete que incluía los servicios de 20 carboxiterapia abdomen, 5 masajes reductores y 2 controles nutricionales, más 5 masajes gratis de parte de la proveedora denunciada Novalaser, S.A. de C.V. en fecha 05/05/2017, por el monto de \$240.00 dólares —folio 3—, con lo cual se acredita la existencia de un contrato y el pago del precio por el servicio contratado.
- ii) Que según lo informado por la proveedora, los servicios serían entregados únicamente en la sucursal San Benito no en la sucursal Galería como requería la consumidora, con lo cual no se encontraba de acuerdo ésta última, siendo la razón por la cual desistió de la contratación en fecha 28/05/2017.
- iii) Que posterior a la contratación del servicio, mediante mensajes enviados por medio de *Whastapp*, en fechas 29/05/2017, 12/09/2017, 13/11/2017 y 09/05/2018 —folios 4 y 5—, la consumidora reiteró su petición de devolución del dinero pagado, quedando demostrado que la consumidora efectivamente, ejerció su derecho de desistimiento y que la proveedora no realizó la devolución del dinero pagado.

Ahora bien, la consumidora reclama a la proveedora denunciada la devolución de \$240.00 dólares ya que desistió del paquete de servicios contratados en fecha 28/05/2017, según lo manifestado por la misma en la carta de folios 6 y 7, y según consta en factura de folio 3.

Además, dado que el presente caso se inició bajo la presunción regulada en el artículo 112 inciso 2° de la LPC —los hechos expresamente manifestados por la misma en su denuncia *se presumen ciertos*— le correspondía a la proveedora denunciada la labor de aportar la documentación útil y pertinente que justificara los motivos por los cuales no había devuelto la cantidad pagada en virtud del ejercicio del derecho de desistimiento de la consumidora, o en su defecto la efectiva devolución del dinero. Y es que, no puede obviarse que hay ciertos elementos de prueba, que solo pueden incorporarse si son aportados necesariamente por el supuesto infractor, por estar exclusivamente bajo su disposición y resguardo,

como en el presente caso; no obstante, la proveedora Novalaser, S.A. de C.V., no presentó ningún tipo de prueba, a pesar de que se le brindó la oportunidad de aportar los elementos de prueba que justificaran que tenía una causa válida que lo eximía de la obligación de devolver las cantidades pagadas en virtud del derecho de desistimiento ejercido por la señora _____ o de haber hecho efectiva devolución del dinero a la misma, y desvirtuar así la presunción del artículo 112 inciso 2° de la LPC.

En concordancia con lo anterior, al haberse determinado que:

- A la señora _____ sí le asistía su derecho de desistimiento, ya que los servicios contratados por la misma no se habían prestado al momento en que ésta comunicó su deseo de dejar sin efecto la contratación a la proveedora; y que,
- Novalaser, S.A. de C.V. sí estaba en la obligación de devolverle la cantidad de dinero que fue debitada por un servicio que no fue prestado.

En el caso particular, dada la presunción del artículo 112 inciso 2° de la LPC y la nula actividad probatoria de la proveedora, este Tribunal 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”*; en consecuencia, existe responsabilidad de la proveedora por el cometimiento de la infracción que se le imputa, y efectivamente se configura el ilícito establecido 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 desistimiento*, resultando procedente imponer la sanción conforme el artículo 47 de la misma ley.

B. Ahora bien, establecidas las conductas ilícitas, es importante hacer referencia al tema de culpabilidad, así:

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 de la Constitución 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 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 SCA, 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 el mismo 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 las conductas sancionables.

Ahora bien, en el presente caso ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera negligente por parte de la proveedora, pues ésta no atendió con la debida diligencia su negocio, debido a que consta en el expediente que tuvo conocimiento del deseo de la consumidora de ejercer su derecho de desistimiento, mediante el reclamo presentado en sucursal Galerías en fecha 28/05/2017 y mediante el seguimiento de la aplicación de mensajería *Whastapp*; y a pesar de ello, no realizó ninguna acción que garantizara la devolución efectiva de dinero pagado por la misma, incumpliendo su obligación de

reintegrar lo pagado cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, conforme a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LPC.

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, 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*”.

A partir de la lectura del expediente administrativo, se verifica que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento 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), por haber omitido presentar la información financiera solicitada por esta autoridad sancionadora, según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (folios 37 y 38).

No obstante lo anterior, de conformidad al listado de Medianos y Grandes Contribuyentes de fecha 06/06/2021, emitido por el Ministerio de Hacienda¹, Novalaser, S.A. de C.V., se encuentra clasificada como *Mediana Contribuyente*, siendo a la fecha de su emisión la información disponible y actualizada de registro de contribuyentes con las categorías de Grandes, Medianos y Otros; en consecuencia, para

¹ Ministerio de Hacienda, República de El Salvador, sitio web, documentos y publicaciones varias “Listado de Medianos Contribuyentes”: <https://www.mh.gob.sv/wp-content/uploads/2021/06/700-DGII-AV-2021-22551.pdf>

los efectos de la cuantificación de la multa correspondiente, será considerada como tal, para los efectos de cuantificación de la multa, manteniendo los principios de proporcionalidad de la sanción.

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.

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

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º del Código Civil, según el cual: "*Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)*", así como a lo estipulado en el inc. 3º del mismo artículo: "*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*", y a lo señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: "*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*".

En el caso de mérito, la LPC insta la obligación de la proveedora 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, la proveedora no atendió dicho mandamiento legal, ni esgrimieron alguna eximente válida.

De lo anterior se desprende que la proveedora 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 Novalaser, S.A. de C.V. actuó de manera *negligente*, pues teniendo conocimiento de que la consumidora ejerció su derecho de desistimiento, no atendió dicha solicitud, ni efectuó la devolución del dinero.

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 comisión de las infracciones de la proveedora es directa e individual, pues se acreditó que la proveedora Novalaser, S.A. de C.V., en relación a la infracción al artículo 44 letra k) de la LPC, no atendió la solicitud del ejercicio del derecho de desistimiento de la señora

, ni efectuó la devolución del dinero de forma oportuna y eficiente.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14/01/2016, en la que señala que uno de los factores de dosimetría punitiva es: “(...) *el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho*”. En el caso concreto, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a “*Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)*” — artículo 44 letra k) de la LPC— ocasionó una afectación a la esfera jurídica de los derechos de la consumidora, quien no pudo ejercer efectivamente su derecho de desistimiento conforme a lo establecido en el artículo 13 inciso 4° de la LPC, disposición que era aplicable para los hechos analizados en la resolución de mérito.

Aunado a ello, con la conducta infractora de la proveedora, se generó un perjuicio económico a la consumidora, en razón de que a ésta pagó la cantidad de \$240.00 dólares, la cual corresponde al costo total del paquete de servicios contratados por la misma. Lo anterior supuso, una disminución en el patrimonio de la consumidora, ya que pudo haber utilizado para otros propósitos dicha suma de dinero.

Por otra parte, la infractora acrecentó su patrimonio al recibir el monto pagado en razón del precio del servicio contratado, en perjuicio de la consumidora pues el servicio no fue entregado, debido a que desistió 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 disuasivo² en la infractora Novalaser, 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

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora, Novalaser, S.A. de C.V., pues se ha acreditado el cometimiento de la infracción consignada en el artículo 44 letra k) de

² “(...) *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.

la LPC, consistente en: “*Negarse a devolver el dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)*”.

En tal sentido, habiendo concluido, entre otros aspectos, que la infracción cometida es una de las calificadas como muy graves, sancionables con multa de hasta 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, conforme al artículo 47 de la LPC; que la proveedora es una *persona jurídica* cuya capacidad económica, es la de una *Mediana Contribuyente*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora denunciada, no se acreditó el dolo sino *negligencia*; y, que ocasionó un perjuicio en el ejercicio del derecho de desistimiento de la consumidora, así como a los derechos económicos con la conducta cometida; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación del aludido quebrantamiento.

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Finalmente, en el presente procedimiento Novalaser, S.A. de C.V., ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento 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), tal y como se ha establecido en la letra a. del romano **VII**, pues omitió presentar la información financiera solicitada por esta autoridad sancionadora, en tal sentido, este aspecto será considerado para la determinación de la multa; ya que a juicio de este Tribunal dicho comportamiento denota falta de diligencia y de cooperación del agente infractor dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA, este Tribunal impone a la proveedora, Novalaser, S.A. de C.V. una multa de **SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS DÓLARES CON DIECISIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,452.17)**, equivalentes a veinticuatro meses con quince días de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por *negarse a*

devolver el dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; multa que representa el 4.90% 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 solicitó en su denuncia que la proveedora proceda a realizar la cancelación del contrato suscrito en fecha 17/09/2016 y realice la devolución de lo pagado \$240.00 dólares; 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 —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, 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 a la consumidora, 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 la devolución de lo pagado, por haber ejercido su derecho de desistimiento.

Por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente ordenar a la proveedora Novalaser, S.A. de C.V., la devolución de lo pagado por la consumidora, señora _____ por el paquete que incluía los servicios de 20 carboxiterapia abdomen, 5 masajes reductores y 2 controles nutricionales, más 5 masajes gratis por los cuales, la consumidora ejerció su derecho de desistimiento de la contratación en fecha 05/05/2017 y en seguimiento en fechas 29/05/2017, 12/09/2017, 13/11/2017 y 09/05/2018.

En consecuencia, la proveedora deberá devolver a la consumidora la cantidad de \$240.00 dólares, monto que corresponde al valor total del servicio contratado, y del cual ejerció su derecho de desistimiento, conforme a lo estipulado en el artículo 13 inciso 4° de la LPC.

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 inciso cuarto, 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) *Sanciónese* a la proveedora Novalaser, S.A. de C.V. con la cantidad de **SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS DÓLARES CON DIECISIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,452.17)**, equivalentes a *veinticuatro meses con quince días de salario mínimo mensual urbano 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 negarse a devolver el dinero, cuando la consumidora ejerció su derecho de desistimiento, conforme al análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

Dicha multa, debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta**

resolución, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**

b) *Ordénese* a la proveedora Novalaser, S.A. de C.V. devolver a la señora .

la cantidad de \$240.00 dólares, monto que corresponde al valor total del servicio contratado, y del cual ejerció su derecho de desistimiento, conforme a lo estipulado en el artículo 13 inciso 4º de la LPC.

c) *Extiéndase* en la Secretaría de este Tribunal certificación de la presente resolución a la señora _____ para las acciones legales que estime convenientes.

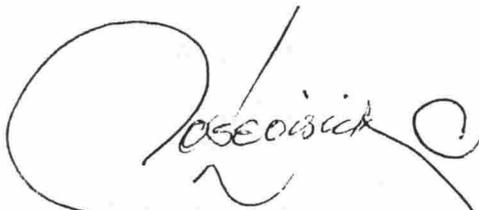
d) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

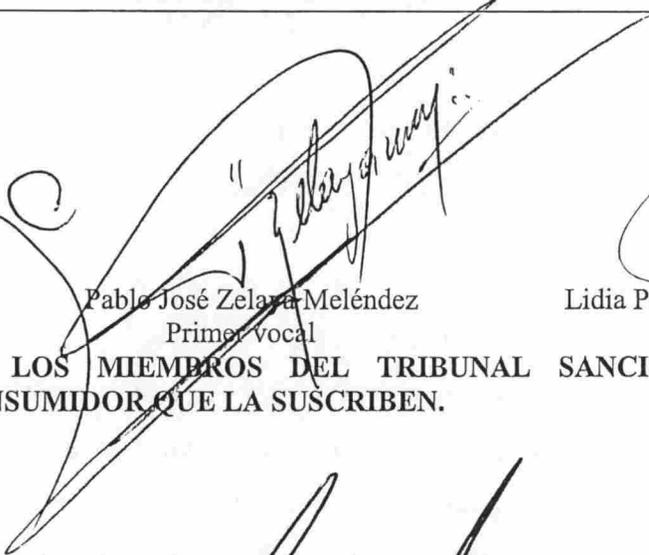
Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración.	Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.
---	---

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 Leoisick Castro
Presidente



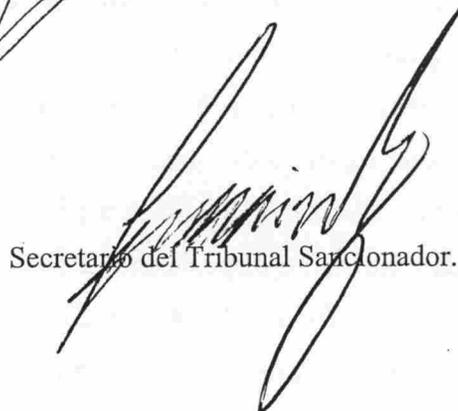
Pablo José Zelara Meléndez
Primer vocal



Lidia Patricia Castillo Amaya
Segunda vocal

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

CM/MP



Secretario del Tribunal Sancionador.