

 <b>Defensoría del Consumidor</b>	<b>TRIBUNAL SANCIONADOR.</b>	Fecha: 08/12/2022. Hora: 09:39 a.m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 662-19.
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Consumidor denunciante:			
Proveedora denunciada:	ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V.		
<b>II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES.</b>			
<p>A. El consumidor interpuso su denuncia en fecha 08/02/2019, en la cual expuso que "(...) en fecha veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho efectuaron la contratación de un mini paquete de vacaciones y servicios turísticos, con vigencia de cinco años, pagando al momento de la contratación \$1,000.00 que le fueron cargadas a su tarjeta de crédito. Es el caso que estuvieron solicitando los carnets de acceso al Club Las Veraneras, sin embargo les manifestaban que aún no se encontraban listos y también intentaron realizar uso de los servicios ofertados, cotizando precios de vuelos, que nunca se los hicieron llegar por medio de correo electrónico, motivos por los que en fecha 22/01/2019 presentó su solicitud de desistimiento del contrato y devolución de lo pagado, no obteniendo a la fecha respuesta de la misma. Agrega que se negaron a estampar el sello de la empresa, aduciendo que no cuentan con uno" (sic).</p> <p>De acuerdo a la denuncia los hechos señalados podrían ser constitutivos de la infracción muy grave señalada en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor –LPC–, que prescribe: "Son infracciones muy graves (...): Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)" ; relacionado al artículo 13 inciso 4º de la citada ley: "Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado (...)", disposición que regula el ejercicio del derecho de desistimiento de los consumidores.</p> <p>B. En ese orden, el día 08/02/2019 se inició el avenimiento, mediante la comunicación por correo electrónico a la proveedora indiciada de la imputación interpuesta, notificándole que se le concedía el plazo de 3 días hábiles contados a partir de la recepción de la notificación, para ofrecer alternativas de solución y brindándole copia de la denuncia (fs. 9-13). Posteriormente, agotado el plazo de avenimiento, en fecha 20/02/2019 (fs. 22), el consumidor ratificó su denuncia y solicitó la programación de audiencias conciliatorias, notificando a la proveedora el día 13/03/2019 (fs. 24) de la audiencia de conciliación programada para el día 19/03/2019.</p> <p>Asimismo, según el acta de resultado de conciliación (fs. 27), se hizo constar que la misma fue suspendida debido a la incomparecencia de la proveedora; no obstante, se efectuó nuevo señalamiento para realizar una segunda audiencia, estableciendo la sesión para el día 09/04/2019, notificando a la proveedora en fecha 01/04/2019 (fs. 29); sin embargo, la misma fue suspendida, nuevamente, debido a la incomparecencia de la proveedora, tal como consta en el acta de resultado de conciliación (fs. 33).</p>			

En ese sentido, el Centro de Solución de Controversias —en adelante CSC—, conforme al artículo 112 inciso 2º de la LPC, presumió legalmente como cierto lo manifestado por el consumidor en su denuncia y remitió el expediente, recibiendo en este Tribunal en fecha 15/05/2019.

### III. PRETENSIÓN PARTICULAR

El denunciante solicitó *“se dé por terminado el contrato y se efectúe a devolución de lo pagado \$1,000.00 menos las retenciones de Ley. Todo lo anterior con base a los artículos 13 inciso cuarto y 44 literal k) de la Ley de Protección al Consumidor (sic)”*.

### IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 40-41), a la proveedora denunciada 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 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 02/02/2013, 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 artículos 966 al 968 del Código de Comercio, y no es aplicable lo regulado en el inciso 1º del artículo 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 del 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.

En relación a lo anterior conviene traer a cuenta lo que sostuvo la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia referencia número 320-C-2003 de las diez horas con cinco minutos del 13/09/2005: *"El desistimiento, es una facultad que se regula legalmente y permite que una persona se desvincule del pacto que celebró.... La gran característica de esta facultad reside en que no existe necesidad de alegar causa alguna para su ejercicio, pues la utiliza el consumidor a su libre arbitrio. Se pretende que la voluntad del consumidor sea libérrima, beneficiándole así al eximirle de cualquier clase de prueba de la existencia de algún tipo de causa legítima para desligarse del contrato"*.

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, pero podrá retener en concepto de gastos administrativos, una cantidad que no habrá de exceder del monto que resulte de calcular el interés legal

mercantil sobre la cantidad entregada, bien en concepto de prima, anticipo o precio total. El interés se calculará teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha en que se realizó el pago y la fecha que se desistió del contrato (artículo 13 inciso 4° de la LPC); tal retención corresponde a los gastos administrativos en los que pudo incurrir el proveedor, y que tiene derecho a retener, ya que no habría incumplimiento ni retraso en la entrega del bien o servicio.

En efecto, el porcentaje máximo que el proveedor puede retener en concepto de interés legal mercantil en casos de desistimiento, en la actualidad es del doce por ciento (12%) anual (conforme al Acuerdo Ejecutivo N° 1299 del 13/12/1983, publicado en el Diario Oficial N° 16 Tomo 282 del 23/1/1984).

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 del 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 sea distinta a la correspondiente según la ley y los términos de la contratación, se 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 los artículos 143 y siguientes de la LPC, en virtud de lo anterior, en el auto que ordenó el inicio del presente procedimiento (fs. 40-41), se le confirió a la proveedora denunciada un plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, para que pudiese manifestar su oposición por escrito, expresar sus argumentos de defensa, formular alegaciones, o bien, presentar o proponer la práctica de los medios probatorios que estimara conveniente.

La referida resolución le fue notificada a la sociedad ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V., en fecha 16/03/2022, mediante tablero público, de conformidad al acta de notificación correspondiente (fs. 52), habiendo agotado los medios de búsqueda estatuidos en la legislación aplicable.

Mediante el citado acto de comunicación, se garantizó a la proveedora incoada el ejercicio de sus derechos de audiencia y de defensa, confiriéndole la oportunidad procedimental de intervención en el presente procedimiento sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes pudieron 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–.

No obstante lo anterior, la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V., no compareció en el procedimiento, ni siquiera en el término de prueba, pese a que la resolución correspondiente le fue notificada el día 27/06/2022, también mediante tablero público, según se consignó en el acta respectiva (fs. 56).

Consecuentemente, habiendo concluido el plazo para la intervención de la proveedora en este procedimiento sancionatorio sin que se haya manifestado a ejercer su derecho de defensa, pese a la oportunidad que se le ha brindado, este Tribunal debe proceder a pronunciar la resolución final del mismo, sin la participación de la denunciada.

## VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

A. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inciso 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 inciso 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).

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.

**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 prueba documental, según el orden y detalle siguiente:

1. Copia confrontada del contrato nominado "ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V. - MINI VAC", bajo el número de referencia SS10090, celebrado en fecha 24/08/2018, entre el consumidor denunciante señor (fs. 4-6) y la sociedad ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V. Con el referido documento se comprueba la relación contractual entre el consumidor y la proveedora denunciada, así como las obligaciones establecidas entre las partes y sus alcances.
2. Copias confrontadas de recibo número 00783, juntamente con el *voucher* de pago del Banco Agrícola de fecha 24/08/2018 (fs. 7), mediante los cuales se comprueba el pago total del contrato afiliación a los servicios No. SS10090, que realizó el señor , a la

proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., por el precio total del contrato que asciende a la cantidad de \$1,000.00 dólares. Con el documento en mención, se acredita la modalidad diferida de la contratación y el cumplimiento total de la obligación de pago por parte del consumidor.

3. Nota dirigida a "ATM TRAVEL", en cuyo texto se detalla el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor, el cual se comunicó a la proveedora denunciada en fecha 22/01/2019, según consta en razón de recepción al pie de la nota (fs. 8). Con la citada nota se comprueba el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del señor \_\_\_\_\_ ante la sociedad ATM INTERNACIONAL, S.A DE C.V. y la efectiva notificación del mismo a la referida proveedora, la cual ocurrió en fecha 22/01/2019.
4. Certificación de auto de remisión de las diligencias seguidas en el Centro de Solución de Controversias, en la cual se consignó como la causal de envío del expediente a esta instancia, la configuración del supuesto establecido en el artículo 112 de la LPC, por incomparecencia reiterada de la proveedora a las dos audiencias de conciliación a la que fue legalmente convocada, sin oponer justificante válida. Con la referida certificación se establece que, la proveedora pese a recibir la comunicación de la decisión de ejercer el desistimiento por parte del consumidor

, no efectuó la devolución de lo pagado por el contrato, ni siquiera durante la sustanciación de los medios alternos de solución de conflictos.

#### VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Al respecto, este Tribunal Sancionador analizará, en el presente caso: en primer lugar, la existencia de un contrato y el efectivo ejercicio de desistimiento por parte del consumidor; en segundo lugar, que el consumidor haya erogado el precio total o parcial del contrato; y, en tercer lugar, la negativa de la proveedora –sea de forma expresa o tácita– a efectuar la devolución de la suma pagada por el consumidor en concepto del precio de contrato.

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

1. La existencia de un contrato, es decir, una relación de consumo existente entre el consumidor y la proveedora denunciada, la fecha de celebración de tal relación, que data del 24/08/2018, las obligaciones adquiridas en virtud de su suscripción y el precio pactado que correspondía a la suma de \$1,000.00 dólares (fs. 4-6).
2. El pago total anticipado del contrato de servicios *ut supra*, efectuado por el consumidor denunciante a la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., que se acreditó mediante las copias confrontadas de recibo número 00783 y *voucher* correspondiente al pago realizado mediante tarjeta de crédito por el consumidor, emitidos el mismo día de la celebración y pago del contrato de servicios antes referido –24/08/2018–, por el importe de \$1,000.00 dólares (fs. 7).

3. El efectivo ejercicio del derecho de desistimiento por el señor [redacted] y comunicado a la sociedad ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V. efectuado en fecha 22/01/2019, documentado mediante copia confrontada de nota con acuse de recibo manuscrita por [redacted], en la que cual expresamente se solicitó el desistimiento de la contratación.

4. Por medio de la certificación de auto de remisión de las diligencias seguidas en el Centro de Solución de Controversias (fs. 39), en la que consta la causal de envío del expediente a esta instancia, el supuesto establecido en el artículo 112 de la LPC, por incomparecencia reiterada de la proveedora a las dos audiencias de conciliación a la que fue legalmente convocada, sin oponer justificante válida. En otras palabras, mediante las diligencias seguidas en el Centro de Solución de Controversias se demostró que, ante la solicitud de desistimiento del consumidor a la sociedad ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., esta se negó de forma tácita a devolver al consumidor la suma de dinero pagada a cuenta de los servicios contratados, esto, porque se agotó el plazo de avenimiento con la confirmación -de la proveedora- que los servicios no fueron prestados al consumidor. No obstante lo anterior, la sociedad proveedora no compareció a las dos sesiones de conciliación a las que fue legalmente convocada y no presentó justificación válida para la inasistencia, además de no brindar respuesta u ofrecer alternativas de solución en dicha etapa.

**B.** No obstante los elementos previamente establecidos, en este punto, es menester determinar si cuando el consumidor ejerció su derecho de desistimiento respecto del contrato antes referido, la prestación de los servicios que constitúan su objeto ya había iniciado, 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 por la proveedora y en el cual 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 (fs. 4-6) suscrito por el consumidor, hace referencia a que los servicios serán prestados por **ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. -en adelante denominada ATM TRAVEL-**, siendo el **objeto del contrato** contenido en la cláusula PRIMERA): *"ATM TRAVEL vende al comprador quien acepta comprar un MINI VAC Y SERVICIOS, para el disfrute de los mismos, detallamos PAQUETES DE MINI VACACIONES Y SERVICIOS TURÍSTICOS con una vigencia de 5 años (...)"*. Asimismo, se reitera en dicho documento que se trata precisamente de la prestación de servicios que incluyen tarifas preferenciales en los Resort, Hoteles, Paquetes Vacacionales, Condominios y Mansiones, Tours, Renta Car, Pases del día a desarrollos vacacionales a nivel nacional e internacional.

Resulta pertinente además mencionar que en el texto del contrato se establece que *"El cliente tendrá una cantidad de noches establecidas el día de la firma del documento las cuales tienen costo de activación a la hora de reservarlas será directamente con la comercializadora no con el Hotel, las noches podrán ser utilizadas en cualquier época del año a excepción de (SEMANA SANTA, SEMANA 1 y 52 DEL AÑO) deberán*



*reservarse con una antelación de 30 días siendo temporada alta, 15 días temporada media, 8 días en temporada baja (...)*".

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, éste no puede presentarse sin previo aviso.

De lo anterior, se extrae que la prueba de cargo aportada por el consumidor resulta *suficiente* para demostrar que no hizo uso de los servicios contratados con la proveedora; pues, para hacer uso de ellos debe seguirse estrictamente el procedimiento de reserva, el cual tiene sus propias características que atienden a la temporada en que el consumidor desea hacer uso de los servicios turísticos y hoteleros. Y es que, le correspondía a la proveedora denunciada probar que no tenía la obligación de devolver las cantidades pagadas en virtud del ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor. No obstante, la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V. no presentó ningún tipo de prueba que reuniera dichas características, a pesar de que se le brindó la oportunidad de aportar los elementos de prueba que justificaran que tenía una causa válida que la eximía de la obligación de devolver las cantidades pagadas en virtud del desistimiento del consumidor.

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 ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., su voluntad de desistir y realizó la solicitud de la devolución de lo pagado a cuenta del servicio contratado, según expuso en la nota correspondiente (fs. 8).

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 éste 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 4º 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, que fue ejercido mediante nota agregada a fs. 8.

C. 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 pagada a cuenta del servicio contratado y que no fue prestado. No obstante, en el presente expediente se comprobó que la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. no hizo efectiva la devolución del dinero al consumidor a pesar que éste manifestó su derecho de desistimiento.

D. Sin embargo, dado que el presente procedimiento se inició bajo la presunción regulada en el artículo 112 inciso 2º de la LPC, los hechos expresamente manifestados por el consumidor en su denuncia se presumen ciertos; por tanto, le correspondía a la proveedora denunciada comprobar que efectivamente prestó

los servicios contratados por el consumidor, o en su defecto, comprobar que dichos servicios no fueron prestados al consumidor, por causas ajenas a su voluntad y que la eximieran de responsabilidad frente a los hechos denunciados. No obstante, la sociedad ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V. no presentó ningún tipo de prueba que reuniera dichas características, a pesar de que se le brindó la oportunidad de aportar los elementos de prueba que justificaran que tenía una causa válida que la eximía de la obligación contractual adquirida, y desvirtuar así la presunción del artículo 112 inciso 2º de la LPC.

En congruencia con lo expuesto, se advierte que, en el caso particular, dada la presunción del artículo 112 inciso 2º de la LPC y la insuficiente actividad probatoria de la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V.; este Tribunal considera que 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.

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 Inconstitucionalidad 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 Inconstitucionalidad 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

Cabe destacar que una de las 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 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.

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

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 desistimiento (...)*”.

#### 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 ATM INTERNACIONAL, 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, 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, no es posible encajar a la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V. en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 40-41).

Consecuentemente, este Tribunal se ve impedido de clasificar a la proveedora de conformidad a lo establecido en los parámetros del artículo 3 de la Ley MYPE. No obstante lo anterior, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, de conformidad a los principios que rigen el *ius puniendi*, se realizará una interpretación *pro administrado*, por lo que, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, se considerará a la proveedora como *microempresa*.

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

En el caso de mérito, la LPC instauro la obligación de la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., de efectuar la devolución del dinero, de conformidad al 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 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 ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. actuó con *negligencia grave*, pues teniendo conocimiento de que el consumidor ejerció su derecho de desistimiento por medio de nota de fs. 8, 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 infracción de la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. es directa e

individual, pues se acreditó que se negó a hacer la devolución del dinero, a pesar del ejercicio del desistimiento por parte del consumidor, y de esa forma, afectó la esfera patrimonial del consumidor.

**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 ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., consistente en negarse a devolver las cantidades de dinero pese a que 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, quien no pudo recibir la devolución de lo que pagó por servicios que no utilizó por haber decidido desistir de la contratación, conforme al 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 VII de la presente resolución.

La conducta infractora de la proveedora, ocasionó un perjuicio económico al consumidor, en razón de que este erogó la cantidad de \$1,000.00 dólares de los Estados Unidos de América, según contrato y recibo (fs. 4-7). Lo anterior supuso, además, no sólo la disminución en el patrimonio del consumidor 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 del consumidor pues el servicio no fue prestado, 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 Sancionador pretende causar un efecto disuasivo<sup>1</sup> en la infractora ATM INTERNACIONAL, 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 ATM INTERNACIONAL, 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 pese a que el consumidor ejerció el derecho de desistimiento; y de acuerdo al artículo 47 de la LPC, las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

<sup>1</sup> "(...) 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.

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, 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.

Por consiguiente y en atención a los criterios para la determinación de la multa —ampliamente desarrollados en el apartado anterior—, este Tribunal impone a ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. una multa de **DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,433.36)**, equivalentes a 8 salarios mínimos mensuales urbanos 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 consumidor, señor

ejerció su derecho de desistimiento, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; multa que representa el **1.6%** 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**

El consumidor en su denuncia solicitó desistir del contrato y que se le devolviera el monto cancelado (\$1,000.00 dólares), por haber ejercido su derecho de desistimiento, 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 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 que se dé por terminado el contrato y se le efectúe la devolución del monto 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 ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., que se dé por terminado el contrato, y se efectúe la devolución de lo pagado por el consumidor señor \_\_\_\_\_, en concepto de los servicios turísticos de los cuales, el consumidor ejerció su derecho de desistimiento de la contratación efectuada en fecha 24/08/2018, fecha en la cual el consumidor realizó el pago de \$1,000.00 dólares, 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, 44 letra k), 47, 49, 83 letras b) y c), 112, 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 ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. con la cantidad de **DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,433.36)**, *equivalentes a 8 salarios mínimos 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

, pese haber ejercido 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 ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. dar por terminado el contrato, y *devolver* al señor \_\_\_\_\_ la cantidad de **UN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,000.00)**, conforme a lo estipulado en el artículo 13 inciso 4° de la LPC.
- c) *Ordénese* a la Secretaría de este Tribunal certificar la presente resolución al señor \_\_\_\_\_ 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 Zelaya Meléndez  
Primer vocal

Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal

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

VR/ym

Secretaría del Tribunal Sancionador