

| | | | |
|--|---------------------------------|--|---------------------------------|
|  Defensoría del Consumidor | TRIBUNAL SANCIONADOR | Fecha: 10/02/2023 Hora: 13:53 Lugar: San Salvador | Referencia: 146-2020 |
| RESOLUCIÓN FINAL | | | |
| I. INTERVINIENTES | | | |
| Denunciante: | | | |
| Proveedora denunciada: | | ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. | |
| II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES | | | |
| <p>El consumidor, en síntesis, manifestó que: <i>"el 02/08/2019 acudió al restaurante debido a que había recibido una llamada de invitación del proveedor ATM, le expresaron que había sido favorecido por tener un excelente record crediticio y que se le brindaría una estadía gratis a "Cancún" pero era necesario ultimar detalles; ante tal ofrecimiento consumidor acudió al restaurante indicando junto a su esposa la señora [redacted] fueron recibidos por el personal del proveedor y les solicitaron que mostraran sus documentos de identidad y una tarjeta de crédito, posteriormente los hicieron pasar a otra área y les brindaron la siguiente información: que tendrá descuentos e viajes aéreos, centros turísticos ya que ellos tienen convenios dentro y fuera del país, y que si se asociaba tenía derecho a elegir un centro turístico del país y que únicamente pagaría \$15.00, posteriormente le dijeron que para continuar brindándole la información tenía que proporcionar una tarjeta de crédito para efectos de verificar el record crediticio. Para sorpresa de consumidor, un empleado llegó con un boucher de una transacción por \$2,250.00, consumidor les consultó porque habían hecho tal transacción si él no lo había autorizado, se limitaron a decirle que el estado de tarjeta de crédito está congelado ya que únicamente tiene que cancelar \$62.50 por tres años, ante tal situación consumidor expresa que en ese momento se sintió presionado y firmó el contrato número SS 10485 y se le explicó que los beneficios serian por diez años de descuentos, que estaría vigente desde ese día. En fecha 03/08/2010 consumidor cotizó en un hotel el valor de la estadía y posteriormente con el proveedor ATM y se dio cuenta de lejos de tener beneficios de descuentos, se cobraba adicional. Consumidor se contactó por medio de llamada telefónica por aproximadamente una semana, pero proveedor no le respondió, acudió de manera personal en dos ocasiones, pero encargado no le recibió, en fecha 11/09/2019 presentó un escrito al proveedor ejerciendo su derecho de desistimiento, el cual le fue recibido por la señora [redacted] quien plasmo su firma, nombre y fecha y aclaración que no posee sello. Se le indicó al consumidor que se le daría respuesta a su correo electrónico pero tal situación no sucedió. Motivo por el cual, acude a la Defensoría del Consumidor a interponer su reclamo."</i></p> <p>En fecha 09/10/2019, 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 —</p> | | | |

fs. 11 al 16—. Posteriormente, en fecha 20/11/2019 —fs. 21—, el consumidor ratificó su denuncia y solicitó la programación de audiencias conciliatorias, notificando a la proveedora en fecha 29/11/2019 (fs. 25) de la audiencia de conciliación programada para el día 02/12/2019. Conforme al 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 llevar a cabo la audiencia, estableciendo la sesión para el día 05/12/2019, notificando a la proveedora en fecha 03/12/2019 (fs. 31); sin embargo, la misma fue suspendida debido a la incomparecencia de la proveedora, tal como consta en el acta de resultado de conciliación de fs. 32.

En ese sentido, el Centro de Solución de Controversias —en adelante CSC—, conforme al artículo 112 inc. 2º de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, presumió legalmente como cierto lo manifestado por el consumidor en su denuncia y remitió el expediente, recibándose en este Tribunal en fecha 22/01/2020.

III. PRETENSIÓN PARTICULAR

El consumidor solicitó *“que el proveedor proceda a realizar la cancelación del contrato SS10485 suscrito en fecha 02/08/2019 y se devuelva la cantidad de \$2,250.00 debitado de su tarjeta de crédito, más los intereses generados hasta la fecha. Lo anterior de conformidad a los artículos 4 literales j) y p), 13 inciso cuarto y 44 literal k) de la Ley de Protección al Consumidor”*.

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 35 al 37), a la proveedora denunciada se le imputó la supuesta comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC— que prescribe: *“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 el artículo 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. DE C.V., pues en resolución de fs. 35-37, se le concedió el plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 22/08/2022 —fs. 44—; asimismo, se le notificó a la proveedora denunciada la resolución de fecha 19/01/2023 —fs. 46— en la cual se ordenó la apertura a prueba por el plazo de 8 días, la cual fue notificada en fecha 30/01/2023 —fs. 47—; sin embargo, no hubo pronunciamiento de la proveedora en ninguna de las referidas etapas.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

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

legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate". (Los resaltados son nuestros).

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

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

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

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

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

1. Copias confrontadas de recibo número 0278, _____, documentos de fecha 02/08/2019 (fs. 4), mediante los cuales se comprueba el pago efectuado por el señor _____ a la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., por la cantidad de \$2,250.00 dólares en concepto de afiliación número _____
2. Copia del contrato MINI VAC Y SERVICIOS _____ de fecha 02/08/2019 (fs. 5 a 7) que contiene las obligaciones de la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. y el consumidor, comprobando la relación contractual preexistente a la denuncia.
3. Copia confrontada de documento de entendimiento suscrito por el consumidor _____ (fs. 8 y 9), en el que acepta y manifiesta estar de acuerdo con la afiliación que comprende un MINI VAC Y SERVICIOS TURÍSTICOS.

4. Copia de escrito mediante el cual el consumidor notifica a la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. el ejercicio de su derecho de desistimiento y solicita la anulación del contrato, en fecha 11/09/2019 (fs. 10).
5. Hoja de datos de avenimiento, de fecha 04/11/2019 (fs. 16), mediante la cual se comprueba que no hubo comunicación de la proveedora después del plazo otorgado para el avenimiento, y que la proveedora no brindó propuestas ni alternativas de solución en dicha etapa.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Al respecto, este Tribunal Sancionador deberá analizar –en el caso en particular–, 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 de la proveedora –de forma expresa o tácita– a entregar al consumidor la cantidad de dinero correspondiente.

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

1. La relación de consumo existente entre el consumidor y la proveedora denunciada; así como la fecha de celebración del contrato –02/08/2019– y el valor total del contrato: \$2,250.00 dólares (fs. 5 a 7).
2. Con las copias confrontadas de recibo número _____ de fecha 02/08/2019 (fs. 4), se acredita el pago efectuado por el señor _____, a la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., por la cantidad de \$2,250.00 dólares, en concepto de afiliación número _____
3. Que en fecha 11/09/2019, el consumidor efectivamente presentó escrito a la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V. (fs. 10) en el que solicita la anulación del contrato de membresía, a efecto de que se realice la devolución de la cantidad pagada. Mediante dicho escrito se demuestra que el consumidor, efectivamente, ejerció su derecho de desistimiento.
4. Por medio de la Hoja de datos de avenimiento, de fecha 04/11/2019 (fs. 16), se ha acreditado que la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., de forma tácita se ha negado a devolver al consumidor la cantidad de dinero pagada a cuenta del servicio contratado, en virtud de que no hubo comunicación de la proveedora después del plazo otorgado para el avenimiento, y que la proveedora no brindó propuestas ni alternativas de solución en dicha etapa.

B. En este punto, es importante establecer en primer lugar, si al momento en que el consumidor ejerció su derecho a desistir del contrato, el servicio ya había sido prestado o no, para posteriormente determinar si el consumidor tenía derecho a desistir del contrato o no.

I. En el presente caso, nos encontramos ante un contrato de adhesión, mediante el cual las cláusulas y condiciones generales del mismo, son establecidas de forma unilateral 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. 5 a 7) 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 10 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 afiliado tendrá una cantidad de ILIMITADAS noches anuales 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 donde se deberá reservar con una antelación de 60 días siendo temporada alta, 45 días temporada media, 30 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 al hotel.

Por otra parte, debe señalarse que en el documento de fs. 8, en el que el consumidor acepta y manifiesta estar de acuerdo con la afiliación que comprende un MINI VAC Y SERVICIOS TURÍSTICOS, se establece en el numeral 10 que “*Entiendo que para hacer uso de los servicios primero debo de enviar un correo electrónico haciendo la solicitud y llamar al número asignado de atención al cliente oficinas ubicadas*”.

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 de la consumidora.

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 escrito de fs. 10.

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, y que fue ejercido mediante escrito agregado a fs. 10.

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 inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del 17/12/1992).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone *Nieto* al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa que solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [*Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011*]. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la Sala de lo Contencioso

Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019.

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva de la proveedora denunciada, este Tribunal considera necesario analizar si 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, 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, 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. 35-37).

Es decir, 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.

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

En el caso de mérito, la LPC instaura la obligación de la proveedora ATM INTERNACIONAL, S.A. de C.V., de efectuar la devolución del dinero, de conformidad al artículo 13 inciso 4°: “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 escrito, 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 que el consumidor había ejercido su derecho de desistimiento, lo cual 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 ejercer efectivamente la devolución de lo pagado, 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 \$2,250.00 dólares de los Estados Unidos de América –fs. 4– (a la fecha en que ejerció su derecho de desistimiento). 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 disuasivo¹ 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

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

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 la consumidora 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.

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 _____ cuando 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 (\$2,250.00 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.

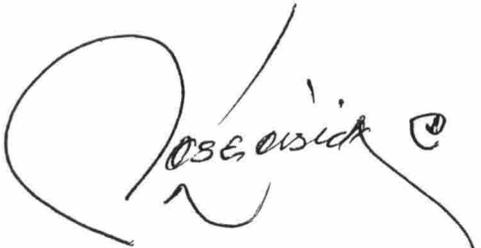
En respeto al principio de legalidad y con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución y a los principios y directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, que ante los hechos acaecidos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la LPC reformada, y 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 o retractarse de un contrato en los términos de la misma ley le corresponde al consumidor, como un derecho irrenunciable de acuerdo al artículo 5 de la misma ley, siendo procedente ordenar la reposición de la situación alterada de conformidad a la pretensión del consumidor, la cual consiste en 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 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 el día 11/09/2019, fecha en la cual el consumidor había realizado el pago de \$2,250.00 dólares de los Estados Unidos de América conforme a lo estipulado en el artículo 13 inciso 4º de la LPC.

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

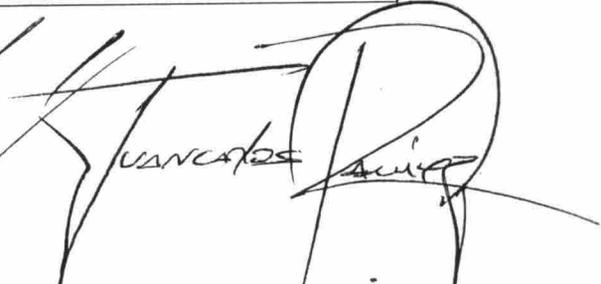
Autoridad Competente: Tribunal Sancionador de la Defensoría del consumidor.



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.

OO/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador