


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

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 10/07/2023 Hora: 10:15 Lugar: San Salvador	Referencia: 1149-2020.
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:			
Proveedora denunciada:	BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES			
<p>La consumidora interpuso denuncia en fecha 09/12/2019 (fs. 1), contra la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V. en la que manifestó <i>"El día veintinueve de agosto de dos mil diecinueve firmó con el proveedor Contrato de Suscripción de Membresía Local por el valor de \$1,750.00, que fueron cargados a su tarjeta de crédito mediante plan de tasa cero. Es el caso que a la fecha el servicio no ha sido utilizado por ella, por lo que solicitó la terminación del mismo en fecha nueve de noviembre del presente año, recibiendo respuesta del proveedor en fecha veintuno de noviembre del presente año, donde le manifestaban que no procedía la terminación del contrato de manera anticipada, por lo que se presenta a interponer su denuncia"</i>.</p> <p>Según la consumidora, los hechos descritos podrían configurar la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC- que prescribe: <i>"Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, retracto o reversión de pagos"</i>; relacionado al artículo 13 inciso 4° de la misma normativa que prescribe: <i>"Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado (...)"</i>.</p> <p>Asimismo, en fecha 16/12/19, se inició 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; instancia en la que, la proveedora no emitió pronunciamiento alguno.</p> <p>Posteriormente en fecha 29/09/2020 (folios 12), la consumidora ratificó su denuncia en el Centro de Solución de Controversias —en adelante CSC—, en contra de la proveedora denunciada a fin que la Defensoría del Consumidor iniciara las diligencias de conciliación, instancia en la cual no llegaron a ningún acuerdo las partes conforme a lo consignado en el acta de resultado de conciliación de folios 23.</p>			

En ese sentido, el CSC, conforme al artículo 143 literal c) de la LPC, remitió el expediente por falta de acuerdo entre las partes en audiencia conciliatoria, recibíéndose en este Tribunal en fecha 04/11/2020.

III. PRETENSIÓN PARTICULAR

La consumidora solicitó *“1. Su caso sea tramitado por Medios Alternos de Solución de Controversias de la Defensoría del Consumidor y 2. Que se dé por terminado el contrato y se realice la devolución de los \$1750.00, menos las retenciones que establece la Ley de Protección al Consumidor. En base a los artículos 13, 44 literal k), 143 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor. Los artículos 71 y 150 Ley de Procedimientos Administrativos”*.

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 26-27), 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 del artículo 44 letra k) de la LPC, en relación al desistimiento, es preciso partir de lo consignado en el artículo 13 de la LPC, el cual regula expresamente el derecho a desistir del contrato.

Este Tribunal ha sostenido en casos precedentes –v.gr. resolución definitiva pronunciada a las diez horas con cinco minutos, del día 02/12/2013, en el proceso referencia 289-12 Acum.– *que el artículo 13 inciso 4º de la LPC establece el derecho que tienen los consumidores de pedir el desistimiento del contrato celebrado con un determinado proveedor, esto sobre la base de que el consumidor tiene, dentro de sus derechos básicos, la libertad de elección –artículo 4 letra e) de la LPC– lo que implica que tiene una gama de opciones dentro de la actividad comercial, de las cuales puede escoger la que mejor le convenga, sin que se le pueda imponer un producto o servicio para la satisfacción de sus necesidades particulares.*

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

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

1º) La existencia de un contrato perfecto entre partes presentes. El contrato se perfecciona y obliga a los contratantes a partir del momento en que se produce el consentimiento o encuentro de ambas voluntades a través de la oferta y la aceptación, que constituyen el final del proceso negociador.

La oferta es una declaración por la que una de las partes manifiesta a la otra su voluntad firme y definitiva de obligarse en determinadas condiciones, en caso de que la propuesta sea aceptada. Por su parte, la aceptación es una declaración por la que el destinatario de la oferta manifiesta su voluntad firme y definitiva de obligarse frente al oferente en los mismos términos propuestos por éste. La aceptación ha de ser siempre una declaración pura y simple, coincidente en todos sus términos con la oferta.

Cuando el contrato se celebra entre sujetos presentes, no hay dudas en cuanto a la determinación del lugar y tiempo en que se considera celebrado el contrato, porque el oferente y aceptante se encuentran en el mismo lugar, y no transcurre un período prolongado, entre la formulación de la oferta y la aceptación. Caso contrario sería el de la llamada "contratación entre ausentes", es decir, contratación por correspondencia oral o escrita, convencional o electrónica, entre otras; pues, en dicha circunstancia, la determinación del lugar y tiempo de celebración del contrato mercantil se regirá por las reglas establecidas en los arts. 966 al 968 del Código de Comercio, y no es aplicable lo regulado en el inciso primero del 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 Código Civil). Sin embargo, en ese mismo período de tiempo, antes mencionado, el artículo 13 de la LPC posibilita al consumidor a pedir el desistimiento del contrato.

Entonces, en el contexto de la LPC, el desistimiento es la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la ley, en el lapso existente entre la fecha en que se perfeccionó el contrato y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor.

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

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

La configuración de la referida infracción supone, por consiguiente, en primer lugar, que el consumidor ha desistido de la contratación; en segundo lugar, que el consumidor ha pagado el precio total de contrato o al menos una parte del mismo; y, en tercer lugar, la negativa del proveedor a entregar al consumidor la cantidad de dinero correspondiente. Dicha negativa puede darse: *a)* de forma expresa, por ejemplo manifestando el proveedor que no existe el derecho a desistir, que no existe cantidad de dinero que devolver, que la cantidad a devolver es distinta a la correspondiente según la ley y los términos de la contratación, rehúse a devolver el dinero que corresponda; o, *b)* de forma tácita o por omisión, por ejemplo cuando el proveedor deje de reconocer el derecho a desistir, no admita su existencia, esquive o no conceda la devolución correspondiente.

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

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC y 88, 140, 151 y 153, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora; contestando la proveedora en sentido negativo. Dichas actuaciones se detallan a continuación:

A. En resolución de fs. 26-27, se le confirió el plazo de 10 días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, para que la proveedora manifestara su defensa por escrito, pudiendo formular alegaciones, presentar o proponer la práctica de pruebas que estimaran conveniente. Dicha resolución, fue notificada a la denunciada en fecha 03/11/2022 (fs. 28).

Posteriormente, en fecha 18/11/2022 se recibió escrito (fs. 31 al 32) firmado por la señora [redacted] calidad de consumidora denunciante mediante el cual presenta prueba documental que consta agregada de folios 33 al 45.

Asimismo, el día 30/11/2022, se recibió escrito firmado por el licenciado [redacted] quien actúa en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la sociedad BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., quien contestó la denuncia en sentido negativo y como estrategia de defensa argumentó –en síntesis- que la denuncia la hizo la consumidora el día 09/12/2019, y que,

por no haberse llegado a ningún acuerdo, el Centro de Solución de Controversias, remitió la certificación para que esta autoridad continuara con el procedimiento sancionatorio, la cual recibió el día 04/11/2020, pero la resolución de inicio se notificó a su mandante el día 03/11/2022.

En atención a esa línea del tiempo, invoca los artículos 143 letra c) y 144 inciso primero de la LPC, argumentando que el procedimiento administrativo sancionador inicia con la mera certificación del expediente desde el CSC hacia esta Tribunal, y que esta Sede cuenta con cinco días para pronunciarse sobre la admisibilidad del procedimiento, caso contrario le corre el plazo de 9 meses –plazo de caducidad o prescripción del procedimiento– regulado en el artículo 89 de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA–, por lo que a su juicio este Tribunal debía declarar la prescripción de la acción administrativo sancionadora.

B. Mediante resolución de las diez horas con veinticinco minutos del día 12/05/2023 (fs. 55-57) se declaró sin lugar el alegato de prescripción, y se abrió a prueba el procedimiento por el plazo de 8 días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución, que fue notificada a la proveedora, en fecha 14/06/2023 (fs. 59) periodo en el cual, en fecha 22/06/2023 se recibió escrito firmado por la consumidora, en el que expone nuevamente los hechos denunciados.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

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

Dicho esto, el art. 106 inc. 6° de la LPA dispone: ***“Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos***

legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario”.

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

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

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

2. En lo que respecta al caso de mérito, la consumidora incorporó la siguiente prueba documental:

- i. Fotocopia del contrato suscrito con la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., con número de referencia 00529, fs. 4
- ii. Fotocopia del comprobante de caja No. 0136 en concepto de pagos por paquete vacacional y gastos administrativos, en los cuales consta el pago por un monto total de \$1,750.00 dólares, fs. 33
- iii. Carta de desistimiento firmada por la señora _____ de fecha 09/11/2019, fs. 34.
- iv. Fotocopia de carta emitida por la proveedora en la que se emite respuesta a la carta de desistimiento presentada por la consumidora, fs. 5 y 35.
- v. Fotocopias de Certificados de regalo fs. 38 al 41.
- vi. Fotocopia de solicitud de programa donde consta la duración, precio y el titular del contrato de suscripción fs. 45

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

I. Al respecto, este Tribunal Sancionador deberá analizar –en el caso en particular–, en primer lugar, que el o los consumidores hayan desistido de la contratación; en segundo lugar, que el o los

consumidores hayan pagado el precio total de 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 o los consumidores la cantidad de dinero correspondiente.

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

- i. La relación de consumo existente entre la consumidora denunciante y la proveedora denunciada; así como la fecha de celebración del contrato 25/08/2019, por la cantidad de \$1,400.00 dólares, más \$350.00 dólares en concepto de gastos administrativos, lo cual hacen un monto de \$1,750.00 dólares (fs. 4).
- ii. Con el comprobante de caja No. 0136 anexado a fs. 3 y 33, de fecha 25/08/2019, se acredita el total de dinero pagado por el servicio contratado (\$1,750.00); así como la fecha en la que el referido pago fue efectuado (25/08/2019).
- iii. Que posterior a la contratación del servicio, en fecha 09/11/2019, por medio de carta de fs. 6 y 34, la consumidora denunciante efectivamente presentó ante la proveedora, una carta en la que solicita dejar sin efecto el contrato y que se hiciera efectiva la devolución de lo pagado. Mediante dicha carta se demuestra que la denunciante, efectivamente, ejerció su derecho de desistimiento.

2. Conforme con los hechos probados, resulta necesario para este Tribunal, establecer en primer lugar si el servicio ya había sido prestado o no, para posteriormente determinar si el consumidor tenía derecho a desistir del contrato o no.

A. Como punto de partida, es importante mencionar que el presente caso gira en torno a un contrato de adhesión, mediante el cual las cláusulas y condiciones generales del mismo son establecidas de forma unilateral, que es una de las características esenciales de los contratos de adhesión y en los cuales el consumidor no tiene la posibilidad de negociar aspectos del mismo, sino solo aceptar o rechazar tal propuesta.

Del contrato se extrae, que el objeto de la relación es que la proveedora se obligaba a prestar los referidos servicios de intermediación y la consumidora esperaba hacer uso de dichos servicios por los cuales se pagó la cantidad de **\$1,750.00** dólares, según el contrato relacionado previamente. Es decir, que la intención de contratar de la consumidora no estaba basada en la mera tenencia de una membresía extendida por la proveedora, sino en la **efectiva prestación de un servicio** de intermediación contratado.

Ahora bien, debido a la naturaleza del contrato no se puede dar por hecho o entenderse que por la aceptación y firma de parte de la consumidora en un documento, se tenga por iniciado la prestación de

dichos servicios, aun y cuando en ocasiones se consigne de esa forma; no atiende el origen de la suscripción del mismo.

En definitiva, según lo que consta en el presente expediente, así como el hecho que la proveedora denunciada no presentó ningún tipo de prueba que desvirtuara lo esbozado por el consumidor en su denuncia, ha quedado acreditado que **el servicio no ha sido prestado por la proveedora** al momento en que el consumidor ejerció su derecho de desistimiento.

B. En concordancia con lo anterior, se concluye que los hechos planteados por la consumidora en su denuncia **encajan en lo regulado por el artículo 13 inciso 4° de la LPC** que dispone: *“cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado”*. Por lo que, a la denunciante, sí le asistía su derecho de desistimiento, y fue ejercido mediante carta agregada a fs.6 y 34.

C. Al establecerse que la consumidora estaba facultada por ley para ejercer su derecho de desistimiento, la proveedora estaba en la obligación de devolver la cantidad de dinero que fue debitada de la tarjeta de crédito autorizada, por un servicio que no fue prestado. No obstante, en el presente expediente la proveedora no acreditó con prueba alguna, haber hecho efectiva devolución del dinero a la consumidora cuando ejerció su derecho de desistimiento.

D. 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, a las catorce horas cincuenta y un 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.

En concordancia con lo anterior y para el presente caso en específico, el grado de intencionalidad, se concluye que la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., actuó con *negligencia grave*, debido a que consta en el expediente que tuvo conocimiento del deseo de la consumidora de desistir del contrato, mediante la carta presentada; y a pesar de ello, no realizó ninguna acción que garantizara la devolución efectiva de dinero pagado por el servicio contratado bajo referencia 00529, en transgresión a las disposiciones de la LPC ya citadas, y además ocasionándole así un menoscabo económico a la denunciante.

VIII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

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

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de

intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió el infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, según sea el caso.

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

a. *Tamaño de la empresa.*

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

A partir de la documentación financiera presentada por la proveedora, consistente en formularios de declaraciones del impuesto sobre la renta y contribución especial de los ejercicios fiscales de los años 2019 y 2020 (fs. 53 al 54); se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2019, por ser el año en el que ocurrieron los hechos de la infracción, comprobando que, en el referido año, la proveedora tuvo un total de ingresos por la cantidad de \$3,058,775.96 dólares de los Estados Unidos de América.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, los cuales se equiparan a los de una mediana empresa (declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2019), por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una mediana empresa.

b. *Impacto en los derechos del consumidor.*

En el presente caso, con la comisión de la infracción administrativa por parte de la proveedora denunciada consistente en negarse a devolver las cantidades de dinero cuando la consumidora ejerció su derecho de desistimiento—artículo 44 letra k) de la LPC—, se ocasionó una afectación a la esfera jurídica de los derechos de la consumidora denunciante.

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

La conducta infractora de la proveedora ocasionó un perjuicio económico a la denunciante, en razón de que la consumidora erogó el precio total del contrato que asciende a la cantidad de \$1,750.00, por medio de tarjeta de crédito. Lo anterior supuso, además,

no sólo la disminución en el patrimonio de la referida señora que pudo utilizarlo para otros propósitos, sino también perdió la posibilidad de eventuales beneficios económicos derivados de la referida suma.

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

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

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

En el caso de mérito, la LPC insta la obligación de la proveedora de efectuar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido su derecho de desistimiento, tanto el 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 **BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.** actuó con *negligencia grave*, pues teniendo conocimiento de que la consumidora ejerció su derecho de desistimiento por medio de escrito, no atendió dicha solicitud, ni efectuó la devolución del dinero.

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

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

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.

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

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VII de esta resolución, la proveedora **BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.**, cometió la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, al negarse a devolver el dinero cuando la consumidora ejerció el derecho de 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.

Conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer a la proveedora una multa dentro del margen estipulado por ley como consecuencia para la comisión de las infracciones de tal gravedad.

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 a la consumidora por la conducta cometida (\$1,750.00, según contrato de fs. 4), 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 a la consumidora.

Por consiguiente y en virtud del impacto en el derecho del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación al mismo, el grado de intencionalidad con la que procedió la infractora, este Tribunal impone a la proveedora **BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.**, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por *“Negarse a realizar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)”*, en relación con el artículo 13 inciso 4° de la misma ley, una multa de 11 salarios mínimos urbanos en la industria, equivalentes a la cantidad de **TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,345.87)** en concepto de multa, de acuerdo a los elementos desarrollados ampliamente en el romano VIII de la presente resolución.

Establecido lo anterior, es menester señalar que, la multa impuesta representa el **2.2%** 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

1. La consumidora , solicitó: “(...) *la devolución del dinero pagado (...)*”.

2. En virtud de lo anterior, es necesario señalar lo siguiente:

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

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

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

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

En respeto al principio de legalidad y con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución y a los principios y directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, que ante los hechos acaecidos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la LPC reformada, y ante una eventual resolución definitiva estimatoria a la pretensión de los consumidores, este Tribunal está

obligado por ley a ordenar la reposición de la situación alterada por la infracción, según lo dispuesto en el artículo 83 letra c) de la LPC.

3. Conforme al artículo 4 letra p) de la LPC la titularidad del derecho a desistir o retractarse de un contrato en los términos de la misma ley, le corresponde al consumidor como un derecho irrenunciable de acuerdo al artículo 5 de la misma ley, siendo procedente ordenar la reposición de la situación alterada de conformidad a la pretensión de los consumidores, la cual consiste en la devolución del monto pagado, por haber ejercido su derecho de desistimiento.

En consecuencia, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente ordenar a la proveedora **BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.**, lo siguiente: dejar sin efecto el contrato de suscripción de membresía local 00529, celebrado por la consumidora

y con la proveedora denunciada; en consecuencia, realice la devolución de lo pagado en virtud de dicho contrato, cuyo monto asciende a la cantidad de **MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,750.00)** conforme a lo analizado en la presente resolución.

XI. DECISIÓN

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

a) Sanciónese a la proveedora **BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.**, con la cantidad **TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,345.87)** equivalentes a **11 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 a la consumidora

cuando ejerció su derecho de desistimiento conforme al análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

b) Ordénese a la proveedora **BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.**, lo siguiente: *dejar sin efecto* el contrato de suscripción de membresía local No. 00529 suscrito con la consumidora

con la proveedora denunciada; en consecuencia, *realizar la devolución de lo pagado* en virtud de dicho contrato, cuyo monto asciende a la cantidad de **MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,750.00)**.

c) Ordénese a la Secretaría de este Tribunal certificar la presente resolución a la consumidora denunciante, para las acciones legales que estime convenientes.

La presente resolución deberá ser cumplida dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación respectiva, debiendo comprobar su acatamiento a este tribunal dentro del plazo indicado. La multa impuesta deberá hacerse efectiva en la **Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda**, dentro del referido plazo; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal certificará la presente resolución para ejecución forzosa conforme a los procedimientos comunes.

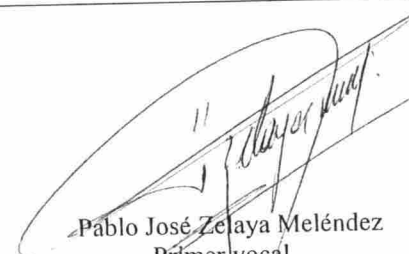
INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

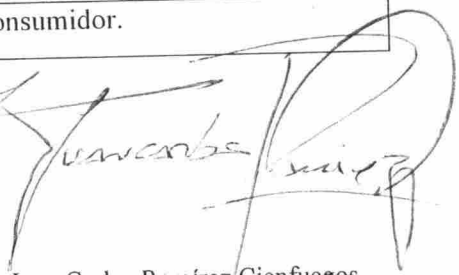
Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración.	Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.
---	---

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.

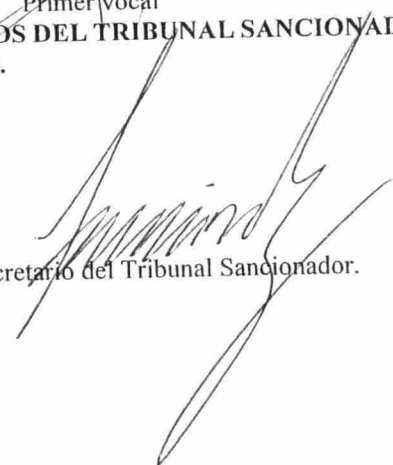

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

FJ/AMC


Secretario del Tribunal Sancionador.