

"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: 21/08/2023 Hora: 13:43 Lugar: San Salvador.	Referencia: 243-2021
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------	-------------------------------------------------------------------	-----------------------------

RESOLUCIÓN FINAL

I. INTERVINIENTES

Consumidora Denunciante:

Proveedora denunciada: BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V.

II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES

La denunciante manifestó que *"recibió una llamada del proveedor, invitándole a una cena en las instalaciones del Hotel Florencia, de la ciudad de San Miguel, le expresaron que le brindarían una charla informativa, el 28 de diciembre de 2020, a las 6:00 pm, realizó la firma de un contrato de suscripción de membresía local Hotel Bahía del Sol Beach Resort N° 1047, con código de registro 1019, a nombre de _____, proveedor le solicito que le presentara sus tarjetas de crédito para verificar su récord crediticio, le explicaron que podía viajar a cualquier parte del mundo, se da cuenta que la información que le brindó el proveedor es totalmente diferente a la que establece el contrato, solo incluye la estadía del Hotel, agrega consumidora que le generaron los cobros por la cantidad total de \$5,500.00 en concepto de pago total de programa y \$350.00 en concepto de gastos administrativos, haciendo un total de \$5,850.00, entregándole el recibo No. 1368. Expresa consumidora que el 31/12/2020, presento un escrito, solicitando le cancelaran el contrato por la vía del desistimiento, en fecha 11/01/2021 recibió respuesta de la parte proveedora el cual dice lo siguiente: No es Procedente, en virtud de haber dado por iniciado su Programa Vacacional, al hacer uso de los servicios que el contempla, agrega consumidora que ella en ningún momento ha hecho uso del servicio. Por lo cual, acude a la Defensoría del Consumidor a interponer su reclamo"*.

Establecido lo anterior, se recibió la correspondiente denuncia contra la proveedora y se siguió el procedimiento señalado en la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, para la implementación de los medios alternos de solución de conflictos, se dio inicio a la etapa de avenimiento y se le comunica a la proveedora 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 —fs. 20 al 25—. Posteriormente, en fecha 01/02/2021 — fs. 26—, la consumidora ratificó su denuncia y solicitó la programación de audiencias conciliatorias, notificando a la proveedora en fecha 01/02/2021 (fs. 31) de la audiencia de conciliación programada para el día 11/02/2021. Conforme al acta de resultado de conciliación (fs. 32), se hizo constar que la misma fue suspendida debido a la incomparecencia de las partes; no obstante, se efectuó nuevo señalamiento para llevar a cabo la audiencia, estableciendo la sesión para el día 18/02/2021, notificando

a la proveedora en fecha 11/02/2019 (fs. 37); sin embargo, la misma fue suspendida debido a desacuerdo entre las partes en audiencia conciliatoria, tal como consta en el acta de resultado de conciliación de fs. 44. Razón por la que el expediente fue certificado a este Tribunal en atención a lo regulado en el artículo 143 letra c) de la LPC, en fecha 18/03/2021. Consiguientemente, a las trece horas con cuarenta y tres minutos del día 22/11/2022 se dictó el auto de inicio de este procedimiento de fs. 47-49, el cual se notificó en debida forma a las intervinientes en fechas 30/11/2022 y 08/12/2022, según se dejó constancia en actas incorporadas a fs. 50 y 51, brindándole a la proveedora denunciada la posibilidad de intervenir en el procedimiento y garantizando así el ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa.

III. PRETENSIÓN PARTICULAR

La consumidora solicitó *“que el proveedor le reintegre lo pagado y se dé por terminado el contrato. De conformidad a los artículos 101 de la Constitución, 4 literales j) y p), 13 inciso 4°, 44 literal k) de la Ley de Protección al Consumidor”*.

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Infracción atribuida respecto al derecho de desistimiento regulado en el artículo 13 inciso 4° de la LPC.

Según se consignó en el auto de inicio (fs. 47-49), 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: *“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) k) Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)”*, relacionada con la obligación para los proveedores regulada en el artículo 13 inciso 4° de la citada ley: *“Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado (...)”*.

Para el análisis de la infracción al artículo 44 letra k) de la LPC, en relación al desistimiento, es preciso partir de lo consignado en el artículo 13 de la LPC, el cual regula expresamente el derecho a desistir del contrato.

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

Sin embargo, el ejercicio del derecho a desistir supone la concurrencia de determinadas circunstancias, establecidas en el inciso 1° del citado artículo 13 de la LPC, el cual señala: *“Si al*

momento de efectuarse la contratación entre presentes, no se entrega el bien o no se presta el servicio, deberá extenderse un comprobante adicional firmado por las partes, en el que se hará constar el lugar y la fecha en que se entregará, y las consecuencias del incumplimiento o retardo”.

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

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 art. 13 de la LPC, sin perjuicio de otras disposiciones atinentes a este tipo de contratación.

2º) La entrega del bien o la prestación del servicio queda sujeta a una condición suspensiva. Las partes de común acuerdo, de forma adicional al contrato, documentarán la decisión que la entrega del bien o la prestación del servicio a la que está obligado el proveedor en la relación contractual, queda suspendida hasta el acaecimiento de una fecha, en la que en un determinado lugar deberá cumplir con la prestación objeto del contrato, quedando así el proveedor después de la entrega del bien, o prestación del servicio, como cumplidor de su obligación contractual.

En el lapso entre la firma del contrato y el cumplimiento de la condición (acaecimiento de una fecha, entre otros), el consumidor no podrá exigir al proveedor el cumplimiento de la obligación de entregar el bien o prestar el servicio (artículo 1356 Código Civil). Sin embargo, en ese mismo período de tiempo, antes mencionado, el artículo 13 de la LPC posibilita al consumidor a pedir el desistimiento del contrato.

Entonces, en el contexto de la LPC, el desistimiento es la posibilidad libre y unilateral que tiene el consumidor de dejar sin efecto el contrato, porque así lo reconoce la ley, en el lapso existente entre la fecha en que se perfeccionó el contrato y el día en que se verifica la condición suspensiva, cuyo

contenido es el cumplimiento de una fecha voluntariamente determinada por las partes, condición a cuyo cumplimiento quedó sujeta la entrega del bien o prestación del servicio por parte del proveedor.

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 4º 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 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, esquivе 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

El día 23/12/2022 se recibió escrito con documentación adjunta firmado por el licenciado _____, en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la sociedad BAHÍA LOS SUEÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, cuya denominación puede abreviarse BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V. (fs. 52 al 59). Mediante el referido escrito se mostró parte en el procedimiento, realizó una sucinta reseña de las actuaciones acaecidas en el mismo, además, se refirió a los hechos denunciados y alegó la prescripción de la acción sancionatoria, aspecto sobre el cual este Tribunal se pronunció en resolución de apertura a prueba, misma que consta a folios 60-62 de este expediente. Adicionalmente, se refirió al requerimiento de información financiera realizado a su representada, y adujo que, pese a darle cumplimiento en esta intervención, con base al mecanismo de defensa incoado a favor de su representada, lo único que legalmente se requiere para efecto de probanza de la misma, es el transcurso del tiempo, verificable en los hechos y autos contenidos en el expediente administrativo y su tramitación.

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:

- i. Fotocopias confrontadas de contrato de suscripción de membresía local, y anexos a nombre de la consumidora suscritos con la proveedora denunciada, de fecha 28/12/2020 (fs. 5 al 14 y 16).
- ii. Fotocopia confrontada de documento denominado COMPROBANTE DE CAJA N° 1368, emitido por Hotel Bahía del Sol, de fecha 28/12/2020, a nombre de por la cantidad de \$5,850.00 dólares (fs. 15).
- iii. Fotocopia simple del escrito mediante el cual la consumidora notifica a la proveedora denunciada el ejercicio de su derecho de desistimiento, asimismo solicitando la devolución del dinero pagado en virtud del mismo, de fecha 31/12/2020 (fs. 17).
- iv. Fotocopia simple de resolución emitida por la proveedora denunciada en fecha 11/01/2021, mediante la cual se negó a proceder con la anulación del contrato, así como a realizar la devolución del dinero pagado por la consumidora (fs. 18 y 19).

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:

- La relación de consumo existente entre la consumidora denunciante y la proveedora denunciada; así como la fecha de celebración del contrato 28/12/2020, por la cantidad de \$5,500.00 dólares, más \$350.00 dólares en concepto de gastos administrativos, lo cual hacen un monto de \$5,850.00 dólares (fs. 5).
- Con el comprobante de caja No. 1368 anexado a fs. 15, de fecha 28/12/2020, se acredita el total de dinero pagado por el servicio contratado (\$5,850.00); así como la fecha en la que el referido pago fue efectuado (28/12/2020).
- Que posterior a la contratación del servicio, en fecha 31/12/2020, por medio de carta de fs. 17, la consumidora denunciante efectivamente presentó ante la proveedora, una carta en la que ejerció su derecho de desistir del 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.
- La proveedora mediante carta de fecha 11/01/2021, resolvió a la consumidora que no era procedente la solicitud de desistimiento del contrato, al verificar que el contrato se dio por consumado y perfeccionado al otorgarse el beneficio de Cancún Card a nombre del socio que fue activado el día de la compra, aduciendo haber dado inicio a su programa vacacional.

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

7
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.

7
Según consta en la copia del contrato suscrito por la consumidora, hace referencia a que los servicios serán prestados por Hotel Bahía del Sol, y en la cláusula I) OBJETO DEL CONTRATO letra B) se establece: “La Membresía adquirida le da el derecho al contratante a Plan 0 Noches Ilimitadas + 30

PASS INDI + Cancun Act + Clubs + 5sem RCI + Multidestinos para ser utilizadas en 10 años de servicios hoteleros (...)" (el resaltado es propio). Asimismo, se reitera en dichos documentos que se trata precisamente de la prestación de servicios hoteleros, descuentos en comida, eventos y estadías que serán aplicables únicamente en las instalaciones del referido hotel.

De lo anterior, se extrae que el objeto de la contratación es por una parte que la proveedora se obligaba a prestar los referidos servicios hoteleros exclusivamente en Hotel Bahía del Sol y la consumidora esperaba hacer uso de las instalaciones del hotel y gozar de los beneficios y descuentos por los cuales pagó la cantidad de \$5,850.00 dólares. Es decir, que la intención de contratar de la consumidora no estaba basada en la mera tenencia de una credencial extendida por la proveedora, sino en la **efectiva prestación de un servicio** hotelero contratado.

Aunado a lo anterior, para que la consumidora pudiera gozar de los servicios, estaba sujetos a condiciones expuestas en el mismo contrato, como, por ejemplo, que el consumidor como *requisito indispensable*, debía hacer una reserva entre 10 y 90 días anticipadamente, dependiendo si se trataba de temporada baja o alta, respectivamente —cláusula I, letras O) y P) del contrato—.

Consecuentemente, resulta incongruente pensar en que el servicio ya se había comenzado a prestar con la mera firma del contrato en las instalaciones de uno de los hoteles pertenecientes a su cadena hotelera y por otorgar credenciales, porque según el análisis antes expuesto y del tenor literal del mismo documento, la sola entrega de una credencial no es el objeto de la prestación del servicio; y que además para hacer uso efectivo del servicio contratado, es indispensable que la consumidora lo solicitará mediante reservación de por lo menos 10 días de anticipación, y para la fecha de interposición del escrito en el que la consumidora manifestó su voluntad de desistir —fs. 17—, no habían transcurrido ni siquiera 10 días desde la suscripción del contrato, por lo que resultaba imposible que para esa fecha ya hubiera reservado y gozado los servicios hoteleros.

Este Tribunal concluye entonces, que en el presente caso **los servicios contratados no se habían prestado** al momento que la consumidora comunicó a la proveedora su voluntad de desistir del contrato y la solicitud de la devolución de los \$5,850.00 dólares que fueron debitados de su tarjeta de crédito —según expuso en su denuncia fs. 1.

3. En concordancia con lo anterior, y al haberse determinado que la prestación de los servicios contratados por la consumidora, no se habían prestado al momento en que comunicara su deseo de desistir a la proveedora, se concluye que **sí nos enfrentamos a hechos que encajan dentro de lo regulado por el artículo 13 inciso cuarto de la LPC** que dispone: "*Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado, pero podrá retener en concepto de gastos administrativos, una cantidad que no podrá exceder el 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 que se realizó el pago y la fecha en la que desistió del contrato; y a la señora í le asistía su derecho a
desistir de la contratación, situación que fue manifestada de manera personal a la proveedora en fecha 31/12/2020, según consta en escrito agregado a fs. 17.

4. Al establecerse que la consumidora estaba facultada por ley para ejercer su derecho de desistimiento, la proveedora sí estaba en la obligación de devolver la cantidad de dinero que fue debitada de su tarjeta de crédito. No obstante, en el presente expediente se ha comprobado por medio de la resolución emitida por la proveedora de fs. 18 y 19, que la proveedora negó hacer efectivo la devolución del dinero a la consumidora cuando manifestó su derecho de desistimiento. Asimismo, la proveedora no ha acreditado con prueba alguna, haber hecho efectiva devolución del dinero a la consumidora cuando ejerció su derecho de desistimiento.

En consecuencia, con el análisis expuesto y la documentación incorporada al presente expediente, ha quedado evidenciado que por parte de la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., se configura la comisión de la infracción regulada como *muy grave* en el artículo 44 letra k) de la LPC, específicamente por: "*Negarse a realizar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)*".

5. Ahora bien, el principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 de la Constitución de la República, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del 17/12/1992).

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

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en

forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa que solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011*]. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva de la proveedora denunciada, este Tribunal considera necesario analizar si ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

De manera que, analizada la conducta objeto del presente procedimiento, este Tribunal advierte que la misma es imputable a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., por ser ésta la que contrató con la consumidora y por ser quien se encontraba obligada a devolver la cantidad pagada 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, 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 de los consumidores, 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 del análisis de la documentación financiera presentada por la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., consistente en formulario de declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2020 (agregado a fs. 55); se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, ya que fue este 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 \$2,640,384.80 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 BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, los cuales se equiparan a los de un gran contribuyente (declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020), por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una empresa de *tamaño grande*.

Cabe mencionar, que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (artículo 17 número 5 de la LPA).

b. 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 realizar la devolución de lo pagado, una vez ejercido el derecho de desistimiento por parte de la denunciante —artículo 44 letra k) de la LPC—, se ocasionó una afectación a la esfera jurídica de los derechos de la consumidora, que no pudo recibir efectivamente la devolución de lo pagado, conforme a lo establecido en el 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. letras A y B. de la presente.

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

La conducta infractora de la proveedora, ocasionó un perjuicio económico a la consumidora, en razón de que erogó el precio total de \$5,850.00 dólares en un solo pago. Lo anterior supuso, además, no sólo la disminución en el patrimonio de la consumidora que pudo utilizar para otros propósitos, sino también perdió la posibilidad de eventuales beneficios económicos derivados de las referidas sumas.

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 pues el servicio no fue prestado, debido a que desistió de la contratación.

d. Grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedieron las infractoras.

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 instauro la obligación del proveedor de efectuar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido su derecho de desistimiento, el artículo 13 inciso 4º: “*Si 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, o esgrimió alguna eximente válida.

De lo anterior se desprende que la referida proveedora es responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la citada normativa. No obstante, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó que la proveedora BAHIA 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 escrito, no atendió, ni efectuó la devolución del dinero.

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VII. letras A y B. de esta resolución, la proveedora 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.

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 (\$5,850.00 dólares), 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 los consumidores.

Ahora bien, una vez establecido el monto mínimo base, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y al haberse advertido que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procedimental que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que les es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por no haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

Por consiguiente y en virtud del impacto en el derecho de los consumidores, la naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación a los mismos, el grado de intencionalidad y la actuación con la que procedió la infractora, así como por haberse constatado una conducta procedimental que denota colaboración de la infractora dentro del procedimiento, por proporcionar la información solicitada, este Tribunal impone a la proveedora BAHIA 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 4º de la misma ley, una multa de veintitrés meses con quince días de salario mínimo mensual urbano en la industria, equivalentes a la cantidad de **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,208.50)** en concepto de multa, equivalentes a 50 meses de salario mínimo mensual urbano en la industria.

Establecido lo anterior, es menester señalar que cada una de la multa impuesta representa el 10% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción – quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria– siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

X. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA

La consumidora en su denuncia solicitó desistir del contrato y que se le devolviera el monto cancelado (\$5,850.00 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 de la consumidora, 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 BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V., que efectúe la devolución de lo pagado por la consumidora señora _____ en concepto de los servicios turísticos de los cuales, la consumidora ejerció su derecho de desistimiento de la contratación en fecha 31/12/2020, fecha en la cual la consumidora había realizado el pago de \$5,850.00 dólares de los Estados Unidos de América, conforme a lo estipulado en el artículo 13 inciso 4° de la LPC.

En consecuencia, la proveedora deberá devolver a la consumidora _____ la cantidad de CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,850.00).

XI. DECISIÓN

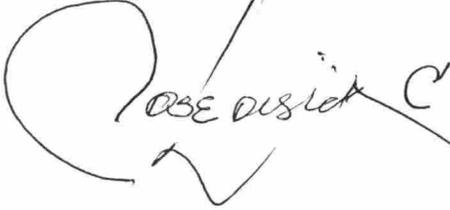
Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 13 inciso 4°, 44 letra k), 47, 49, 83 letras b) y c), 144 y siguientes de la LPC; 218 y 314 ordinal 1° del CPCM; y 17 número 5, 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

- a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por el licenciado asi como la documentación que consta agregada de fs. 52 al 59; y *por contestada* la audiencia conferida en los términos antes relacionados. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal de la dirección señalada por el apoderado de la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V., para recibir actos de comunicación.
- b) *Sanciónese* a la proveedora infractora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V., con la cantidad de **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,208.50)**, equivalentes a 50 meses de salario mínimo mensual urbano en la industria —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por no devolver el dinero pagado por 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.

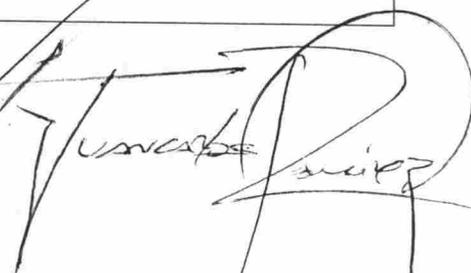
La presente resolución deberá ser cumplida dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación respectiva, debiendo comprobar su acatamiento a este tribunal dentro del plazo indicado. La multa impuesta deberá hacerse efectiva en la **Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda**,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

certificará la presente resolución para ejecución forzosa conforme a los procedimientos comunes.

- c) *Ordénese* a la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V., **devolver** a la señora la cantidad de **CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,850.00)**, en concepto de reintegro de lo pagado por los servicios no prestados.
- d) *Entregar* fotocopia certificada de la presente resolución a la señora para los efectos que estimen convenientes.
- e) *Hágase del conocimiento de los intervinientes* que, en cumplimiento al artículo 104 de la LPA y de conformidad a los artículos 132 y 133 de la misma ley, la presente resolución admite recurso de reconsideración, el cual puede ser interpuesto ante este mismo Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución, en la dirección siguiente: 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador.
- f) *Notifíquese.*

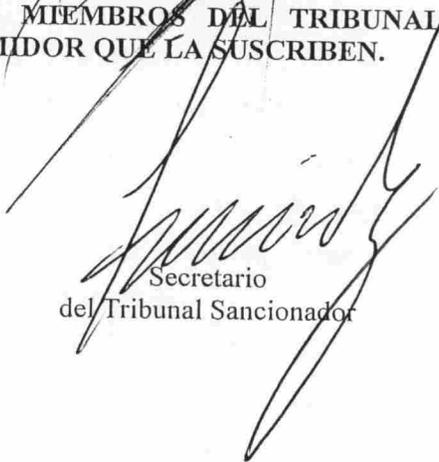

José Leoisick Castro
Presidente


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.

OO/AMC


Secretario
del Tribunal Sancionador