

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 08/05/2024 Hora: 13:12 Lugar: San Salvador	Referencia: 848-2021
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:			
Proveedora denunciada:	Bahía Los Sueños, S.A. de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES			
<p>A. El denunciante manifestó <i>"que firmó contrato con el proveedor en el que se cobró \$3,850 en sus tarjetas de crédito y presentó una carta de desistimiento, pero el proveedor le alega que se ha activado el servicio de Cancun Card, el cual menciona que debe ser activado antes de 30 días de recibido pero dicha activación no la ha realizado aún. Sin embargo, el proveedor por tal motivo no acepta la baja, lo cual es un obstáculo para el desistimiento del contrato. Indica que no ha hecho uso de ninguno de los beneficios ni regalías brindadas en el socio por el motivo de la intención de cancelar dicho contrato debido a una inconformidad ya que le descontarían 4 daypass por día por una estadía para dos personas, cosa que se le fue dicho de otra manera a la hora de llevar a cabo el contrato"</i>.</p> <p>B. Según lo manifestado por el consumidor, los hechos descritos podrían configurar la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor –LPC– que prescribe: <i>"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 4º de la misma normativa que prescribe: <i>"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 del monto que resulte de calcular el interés legal mercantil sobre la cantidad entregada, bien en concepto de prima, anticipo o precio total (...)"</i>.</p>			
III. PRETENSIÓN PARTICULAR			
El consumidor en su denuncia: <i>"solicita dar de baja definitiva del contrato y el reintegro de lo cancelado por \$3,850 (...)"</i>			
IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
Según se consignó en el auto de inicio (fs. 48 al 49) se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 letra k) de la LPC que prescribe: <i>"Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)"</i> , relacionada con la obligación para los proveedores regulada en el artículo 13 inciso 4º de la citada ley: <i>"Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado (...)"</i> .			

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

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

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

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

1°) La existencia de un contrato perfecto entre partes presentes.

El contrato se perfecciona y obliga a los contratantes a partir del momento en que se produce el consentimiento o encuentro de ambas voluntades a través de la oferta y la aceptación, que constituyen el final del proceso negociador.

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

Cuando el contrato se celebra entre sujetos presentes, no hay dudas en cuanto a la determinación del lugar y tiempo en que se considera celebrado el contrato, porque el oferente y aceptante se encuentran en el mismo lugar, y no transcurre un período prolongado, entre la formulación de la oferta y la aceptación. Caso contrario sería el de la llamada “contratación entre ausentes”, es decir, contratación por correspondencia oral o escrita, convencional o electrónica, entre otras; pues, en dicha circunstancia, la determinación del lugar y tiempo de celebración del contrato mercantil se regirá por las reglas establecidas en los arts. 966 al 968 del Código de Comercio, y no es aplicable lo regulado en el inciso primero del art. 13 de la LPC, sin perjuicio de otras disposiciones atinentes a este tipo de contratación.

2°) 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, esquivase 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, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora denunciada, pues en resolución de fs. 48 al 49 se le concedió el plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para

incorporar por escrito sus argumentos de defensa y que presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara convenientes, la cual le fue notificada a la sociedad denunciada en fecha 24/01/2024 (f. 50).

Por otra parte, en virtud del auto de apertura a pruebas (fs. 52), se les concedió a los intervinientes el plazo de ocho días hábiles para incorporar por escrito sus argumentos de defensa y que presentaran o propusieran la práctica de pruebas que estimaran convenientes, mediante el acta de fs. 53, se consignó que en fecha 05/03/2024 se realizó notificación del auto que antecede. En ese sentido, en fecha 14/03/2024 se recibió escrito y documentación anexa (fs. 55 al 74) presentada por el licenciado _____ mediante el cual, en síntesis, manifiesta lo siguiente:

Que en el presente procedimiento existe falta de presupuestos legales habilitantes para el ejercicio del procedimiento sancionador, pues considera que la relación de consumo tiene su génesis en un contrato de prestación de servicios hoteleros, cuyo servicio consiste en esencia, en hacer uso de las habitaciones del hotel, pudiendo gozar de otros servicios complementarios, de manera que el consumidor denunciante, ha hecho uso de los servicios perfeccionando así el contrato, circunstancia que, a su juicio, queda plenamente establecida con los documentos denominados contractualmente “carta de comprobación de uso de beneficio” o también denominada “carta de certificado de bienvenida”, lo cual no es otra cosa más que un beneficio que se le otorga a la persona que ha suscrito el servicio de compra de paquete vacacional con su representada y que según el tipo de certificado puede ser alguno de los siguientes: a) la entrega sin costo de cuatro tiempos de comida y cuatro bebidas, así como el uso completo de las instalaciones, que el socio recibe al momento del primer uso de su servicio en cualquiera de los hoteles designados b) cuatro almuerzos buffet o a la carta y cuatro bebidas, que el socio puede canjear desde el primer uso de su servicio en cualquiera de los hoteles designados, entre otros beneficios.

Señaló que los beneficios se encuentran amparados en la cláusula I del contrato de membresía y que se denomina “objeto del contrato” al establecer que los anexos del contrato también forman parte de los mismos y que en este caso, resulta idóneo para reafirmar el uso de los consumidores y que se ha manifestado que no son regalías, sino que los mismos se otorgan ya teniendo la calidad de socio.

Apunta, que una de las características que dicho contrato posee es ser consensual, es decir, que se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades de las partes y desde el instante en el que se presta, también es de tracto sucesivo, dado que la ejecución de la prestación tiene lugar de forma repetida y prolongada en el tiempo, por lo que queda demostrado que el contrato se encuentra perfeccionado.

Alegó también la prescripción del presente procedimiento, pues advierte que al ser el “centro de mediación, conciliación y arbitraje” una instancia de la Defensoría que concurre a la instrucción del proceso sancionatorio (no es un organismo aparte) dado que la certificación que remite es la base de la iniciación del procedimiento aludido, como requisito *sine qua non*, resulta que no se ha observado un principio de justicia administrativa fundamental, como lo es el principio de unificación y de otros que van conexos con este, por lo cual el Tribunal Sancionador, como autoridad administrativa, tiene la obligación de ley de revisar todo lo actuado, los presupuestos y requisitos procedimentales incluyendo los tiempos y la prescripción.

Respecto a la prescripción alegada por el apoderado de la proveedora denunciada, este Tribunal debe hacer las siguientes consideraciones:

La potestad sancionadora de la administración pública surge de la atribución conferida por el artículo 14 de la Constitución de la República, así se ha afirmado por la Sala de lo Constitucional en su sentencia de Inconstitucionalidad 8-97 de las doce horas del 23/03/2001, en la cual literalmente dice: *“que si bien es cierto que existe una potestad jurisdiccional, que exclusivamente es ejercida por el Órgano Judicial, dentro de la cual se encuentra la facultad de imponer penas según el Artículo 14 de la Constitución, también existe una potestad sancionadora de la Administración Pública, conferida en el mismo Artículo; en la actualidad se acepta dicha potestad dentro de un ámbito más genérico y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, del ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de este (...)”*.

Es así que se ha establecido que tanto el procedimiento sancionatorio como el proceso penal, devienen del mismo *ius puniendi* del Estado que, al ser uno, deben aplicarse los principios del derecho penal al proceso administrativo sancionador; muestra de esta afirmación es la aplicación del principio de legalidad, entendiéndose por éste como el principio fundamental del derecho público conforme al cual todo el ejercicio del poder público debería de estar sometido a la voluntad de la ley y no a la voluntad y el arbitrio de sus integrantes, es decir, asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no puedan ser sancionadas sino en virtud de la misma.

Acotando lo anterior, es preciso relacionar la aplicación del principio de seguridad jurídica tal como lo establece la Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad con referencia 15-99 de fecha 13/08/2002, mantiene que: *“-por seguridad jurídica se entiende la certeza que el individuo posee, en primer lugar, de que su situación jurídica no será modificada o extinguida más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Y, en segundo lugar, la certeza de que dichos actos respetarán lo establecido legalmente sin alterar el contenido esencial de la Constitución (...)”*.

Así mismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo en resolución con referencia 27-2010 de fecha 23/06/2019 determinó que *“el principio de seguridad jurídica regula la no perpetuidad de la persecución administrativa, siendo una limitante al ejercicio del ius puniendi del Estado, debiendo así, cumplir con los plazos previamente establecidos en la ley.”*

Por lo cual, la figura de la prescripción está basada en la seguridad jurídica, de manera que es indispensable que exista un plazo máximo para que la Administración Pública pueda ejercer la potestad sancionadora frente a la comisión de una infracción administrativa, y se dé certidumbre a los ciudadanos que las posibles consecuencias derivadas de comportamientos contrarios a la ley no se perseguirán y castigarán de manera indeterminada en el tiempo.

Como se observa, en la estructura de este principio se encuentra un componente temporal definitorio que determina un plazo para que la Administración pueda iniciar y concluir un procedimiento sancionatorio, bajo la consecuencia que de no iniciarse y concluirse el mismo dentro del plazo legal, dicha administración se

encontraría inhibida de dictar resolución final dado que cualquier posible responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa se entiende extinguida.

Por un lado, la prescripción es consecuente con la seguridad jurídica del presunto infractor, el cual debe tener la certeza del tiempo en que puede reprochársele un comportamiento ilícito, pero por otra parte, este principio advierte a la Administración Pública que como encargada de los intereses generales, según cada caso y las competencias de las mismas, es la principal interesada y obligada a que se inicien y concluyan los procedimientos sancionatorios pues con ello se está dando respuesta, en nombre de los intereses que defiende, frente a un comportamiento ilícito que los ha transgredido.

Por lo tanto, si la Administración Pública deja transcurrir este plazo, la consecuencia lógica es que la responsabilidad debe extinguirse, al no haber usado la potestad temporal para sancionar. Consecuentemente, la Administración Pública debe ser siempre diligente y ejercer dicha potestad sancionatoria sin dilatar su actuación en el tiempo de manera indefinida, pues al no ejercerla está dejando de tutelar los intereses que por ley representa y debe proteger. En este sentido, desde la perspectiva del ciudadano, la prescripción garantiza al presunto infractor que conozca hasta cuándo puede perseguirse la conducta ilícita cometida; y, por otra parte, desde el punto de vista de la Administración Pública, constituye la exigencia de aplicar el principio de eficacia administrativa, que requiere que los intereses generales cuya tutela tiene a su cargo se satisfagan mediante el actuar rápido para reprimir conductas infractoras de las normas administrativas.

Sobre este punto, cobra importancia lo dispuesto en el artículo 163 inciso 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA– en cuanto establece que: “(...) *quedan derogadas expresamente todas las Disposiciones contenidas en Leyes Generales o Especiales que la contraríen (...)*”.

Asimismo, resulta aplicable lo previsto en el artículo 148 inciso 1° de la LPA, en tanto establece: “**Los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones serán los que determinen las normas que las establezcan**”. Esta disposición es de importancia, pues expresamente habilita la aplicación de los plazos de prescripción establecidos en la LPC, específicamente en el artículo 107 el cual establece que “*Las acciones para interponer denuncias por las infracciones a la presente ley, prescribirán en el plazo de tres años contados desde que se haya incurrido en la supuesta infracción*”.

Es decir, el plazo general establecido en la LPC para el acaecimiento de la prescripción extintiva es de 3 años (artículo 107 de la LPC); así, para los efectos del conteo del plazo para la referida figura procesal debe tomarse como parámetro la fecha en que acontecieron los hechos que han dado lugar a la aludida infracción. En ese sentido, la conducta que ha sido señalada como constitutiva de la infracción imputada se realizó el día 06/04/2021, fecha en la que se materializó el incumplimiento legal que constituye el objeto central de la denuncia, fs. 46-47.

Del mismo modo, este Tribunal consideró que el auto que dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador fue emitido el 15/01/2024 y se tuvo por notificado a la proveedora denunciada el día 24/01/2024 así como el hecho que el plazo máximo para emitir resolución de inicio -tres años contados desde

que se haya incurrido en la supuesta infracción (artículo 107 de la LPC)- es el 07/04/2024, fecha en que hubiese operado la prescripción por ministerio de ley.

Por tanto, el Tribunal Sancionador comprueba que a la fecha de notificación de la resolución de inicio a la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., no se había superado el plazo máximo de tres años para resolver el procedimiento administrativo sancionador, por lo que, no ha existido violación al principio de seguridad jurídica de la denunciada, siendo procedente declarar *no ha lugar* la prescripción alegada por la proveedora denunciada.

En cuanto a los argumentos de fondo, estos serán valorados en el romano VII de la presente resolución, por estar relacionados con el análisis de la configuración de la infracción atribuida en este procedimiento.

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 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.

B. En el presente expediente, se incorporó la prueba documental siguiente:

- i. Copia de contrato de Suscripción de Membresía Local de Bahía del Sol, del contrato número 1499, suscrito entre el señor _____ y la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V (fs. 4 al 5).
- ii. Comprobante de caja N° _____ a nombre del consumidor _____ de fecha 21/02/2021, por la cantidad de \$3,850.00 dólares.
- iii. Certificado de regalo denominado “Cancún de 5 días/ 4 noches” activado a nombre del consumidor, con un código único _____, de fecha 21/02/2021 (fs. 8).
- iv. Escrito emitido por la proveedora denunciada, ante la solicitud de desistimiento planteada por el consumidor, mediante el cual le dan una respuesta desfavorable a su solicitud (fs. 9).

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 realizado una compra; 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 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, y los términos y condiciones aplicables del contrato de suscripción de membresía local-membresía personal del CLUB DE SERVICIOS TIRÍSTICOS (fs. 4 al 5), por un valor total de \$3,850.00 dólares, monto que fue cancelado en un mismo acto, en fecha 21/02/2021, según comprobante de caja de fs. 6.

2. Que según el consumidor ejerció su derecho de desistimiento de la contratación efectuada, mediante nota de fecha 29/03/2021, dirigida a la proveedora denunciada (fs. 11).

3. La negativa de la proveedora ante la solicitud del consumidor de dejar sin efecto la contratación, lo cual fue acreditado mediante nota de fecha 06/04/2021 (fs. 9), en la cual le informan que su solicitud ha sido rechazada en virtud que el beneficio de la “Cancún Card” ha sido activada con la firma de aceptación el día de la contratación.

B. Conforme a 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 o no del contrato.

C. 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 turística y el consumidor esperaba hacer uso de dichos servicios por los cuales se pagó la cantidad de **\$3,850.00** dólares, según el contrato relacionado previamente. Es decir, que la intención de contratar del consumidor 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 del consumidor 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; desvirtuando así lo argumentado por el apoderado de la proveedora respecto a que basta con la aceptación del consumidor para que se entienda que el servicio ha sido prestado.

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.

D. En concordancia con lo anterior, se concluye que los hechos planteados por el consumidor 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, al denunciante sí le asistía su derecho de desistimiento.

Al establecerse que el consumidor estaba facultado 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 al consumidor cuando ejerció su derecho de desistimiento.

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, 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 doloso 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 del consumidor 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 1499, 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 lectura del expediente administrativo, y de la documentación financiera presentada por la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V, de fs. 69 al 74, este Tribunal tomará en cuenta para efectos de la imposición de la sanción, la declaración de renta del año 2021 —año en el que ocurrieron los hechos—, en la cual se advierte que se obtuvo un total de rentas gravadas que ascienden a la cantidad de \$6,196,653.40 dólares.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con los tipos de empresas establecidos en los parámetros del artículo 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que no es posible encajar a la proveedora en ninguna de las categorías antes citadas, ya que la misma cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como una *mediana empresa*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

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 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 denunciante.

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

R
A

SC

La conducta infractora de la proveedora, ocasionó un perjuicio económico al consumidor, en razón de que este erogó el precio total de la membresía contratada por la cantidad de \$3,850.00 dólares monto que fue cargado en la(s) tarjeta(s) designada(s). Lo anterior supuso, además, no sólo la disminución en el patrimonio del consumidor que pudo utilizar 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 de la membresía suscrita a nombre del consumidor 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 decidió no continuar con 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 instauro la obligación de la proveedora de efectuar la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido su derecho de desistimiento, tanto el artículo 13 inciso 4º: “cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado”; no obstante, como ya se ha mencionado, la proveedora no atendió dicho mandamiento legal, ni 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.

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.

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.

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VII de esta resolución, la proveedora BAHIA 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 el consumidor ejerció el derecho de desistimiento; y de acuerdo al artículo 47 de la LPC, las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

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).

Por consiguiente y en virtud del impacto en el derecho del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación al mismo (\$3,850.00 dólares) y el grado de intencionalidad con el que procedió la infractora *-negligencia grave-*, 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 50 salarios mínimos urbanos en la industria (10% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de cada infracción) –es decir, cuatro–, de acuerdo a los elementos desarrollados ampliamente en el romano VIII de la presente resolución. Por lo que el monto total de la multa a imponer por la infracción cometida asciende a la cantidad de **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR (\$15,208.50)**, 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 solicitó en su denuncia: *"dar de baja definitiva del contrato y el reintegro de lo cancelado por \$3,850 (...)"*; en razón de ello, es necesario señalar lo siguiente:

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

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

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

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

En respeto al principio de legalidad y con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución y a los principios y directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, que ante los hechos acaecidos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la LPC reformada, y ante una eventual resolución definitiva estimatoria a la pretensión de los consumidores, este Tribunal está obligado por ley a ordenar la reposición de la situación alterada por la infracción, según lo dispuesto en el artículo 83 letra c) de la LPC.

C. 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., realizar la devolución de lo pagado por el consumidor señor _____ por la cantidad de \$3,850.00 dólares —según comprobante de caja de fs. 6— en concepto de los servicios turísticos los cuales no fueron prestados, y respecto de los cuales el consumidor ejerció su derecho de desistimiento del contrato.

XI. DECISIÓN

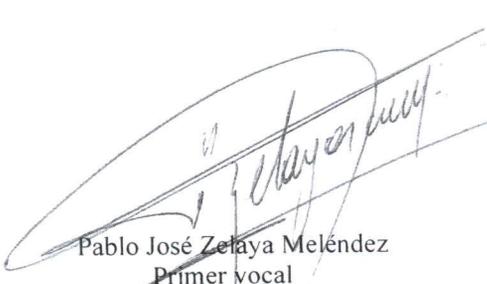
Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 13, 44 letra k), 47, 49, 83 letras b) y c), 144 y siguientes de la LPC; 218 y 314 ordinal 1° del CPCM; y 17 número 5, 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal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

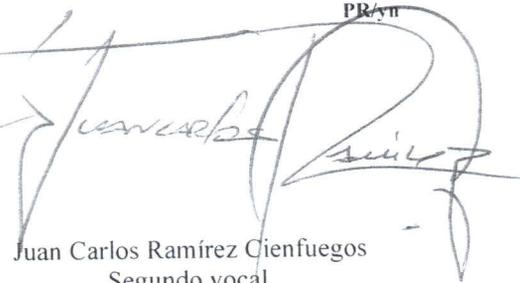
- a) Sanciónese** a la proveedora **BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V.**, con la cantidad de **QUINCE MIL DOSCIENTOS OCHO DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,208.50) equivalentes a 50 salarios mínimos urbanos en la industria**—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por no devolver el dinero pagado al consumidor, señor _____ 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.

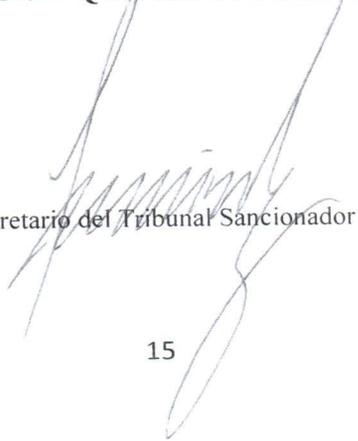
- b) **Ordénese** a la proveedora **BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V.**, devolver al señor
la cantidad de **TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,850.00)**, en concepto de los servicios turísticos los cuales no fueron prestados, y respecto de los cuales el consumidor ejerció su derecho de desistimiento del contrato, de conformidad a lo expuesto en el romano X de esta resolución.
- c) **Ordénese** a la Secretaría de este Tribunal certificar la presente resolución al señor
para las acciones legales que estime convenientes.
- d) 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.
- 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.


Secretario del Tribunal Sancionador

