"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: 14/06/2024** **Hora: 12:05 p. m.** **Lugar: San Salvador**	**Referencia:** **1622-2023**

RESOLUCIÓN FINAL

I. INTERVINIENTES

Consumidora denunciante:	
Proveedora denunciada:	GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V.

II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS

En fecha 21/01/2020 la consumidora interpuso su denuncia (fs. 1) en la cual expuso: *"(...) que el Grupo Arqueros (sic) se encuentra desarrollando un proyecto de apartamentos, denominado este proyecto le fue ofrecido a inicios del año 2018, en planos, mostrándole para su venta los diseños arquitectónicos de la distribución del apartamento, así como también una serie de fotografías del proyecto, tanto de los acabados y diseño del edificio así como también de las áreas colindantes. Agrega que el atributo principal que me ofrecieron fue la "Hermosa vista" hacia el único campo de golf en la capital, no haciendo distinción en el nivel del apartamento, para tal fin expresa que le mostraron una imagen, la ubicación del aparto (sic) de la vista del tercer nivel no se encontraba obstaculizada, total ni parcialmente por arboles ubicados en la zona colindante del con los apartamentos, explica que en ningún momento se le informó que eran imágenes de referencia, y su decisión de compra fue tomada con toda la información proporcionada así como también por las imágenes proporcionadas por el mismo proveedor; fue en base a la información que tuvo a su disposición en fecha 22 de febrero de 2018, tomó la decisión de firmar un Contrato de Promesa de Venta, con lo cual entregó el 5% del valor del inmueble, el cual ascendió a US$12,220.00 dólares. Agrega que en la etapa de preventa se reunió en las oficinas del Grupo Arquero, lugar en el que desarrollarían el proyecto, pero era imposible visualizar la vista que iba a tener el apartamento, puesto que existía la casa en la que operaban las oficinas, la cual posteriormente fue demolida para dar inicio al proyecto, en la siguiente visita que realizó, que no fue hasta que después de tanta insistencia de su parte se le permitió entrar al proyecto el sábado 7 de diciembre de 2019, en donde se pudo percatar que lo ofrecido durante el proceso de pre venta en cuanto a la vista no era ni por cerca lo acordado. Por el contrario, lo que vio fue un basurero, bodegas y árboles que tapaban la vista. Dado lo anterior, procedió a enviar una carta solicitando la devolución de su dinero al Grupo Arquero con fecha 13 de diciembre de 2019, así como también la carta respuesta que recibió el 8 de enero del 2020 por parte de la Arq. en la que aseveran no tener incumplimientos en el contrato y que las fotografías eran únicamente de referencia, comentario y aclaración que jamás recibió por parte de ellos antes de firmar el Contrato de Promesa*

de Venta, por lo que se siente engañada ya que tomó la decisión de firmar el Contrato de Promesa de Venta con información incompleta, imprecisa, existió falta de claridad en lo que me explicaron sobre el apartamento, utilizando publicidad engañosa a través de las fotografías que le mostraron y que aparecen tanto en su página web como en Facebook".

Según la denunciante, los hechos descritos podrían vulnerar lo establecido en el artículo 4 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, el cual establece como derecho básico e irrenunciable de todo consumidor: *"Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación"*, lo que podría configurar la infracción establecida en el artículo 43 letra d) de la LPC, que dispone: *"Incumplir la obligación de devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebrare (...)"*.

Se siguió el procedimiento respectivo en el Centro de Solución de Controversias de la Defensoría del Consumidor –en adelante CSC– para la implementación de los medios alternos de solución de controversias, sin que la consumidora y la denunciada pudieran llegaran a ningún acuerdo conciliatorio, 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, y posteriormente se inició el procedimiento administrativo sancionatorio con referencia 1259-2021 mediante resolución de las doce horas con ocho minutos del día 27/09/2021 (fs. 157-159) el cual se finalizó mediante resolución de las ocho horas con cincuenta y dos minutos del día 07/07/2022. No obstante, esta última resolución, fue declarada ilegal mediante sentencia definitiva de las catorce horas con veinte minutos del día 05/09/2023 por el Juzgado Cuarto de lo Contencioso Administrativo en el proceso con referencia 00160-22-ST-COPA-4CO, por haber acaecido la caducidad del procedimiento sancionatorio con referencia 1259-2021.

En cumplimiento a la misma sentencia precitada, este Tribunal dejó sin efecto la resolución final de las ocho horas con cincuenta y dos minutos del día 07/07/2022 y la que resolvía un recurso de dicha resolución, pronunciada a las ocho horas con cincuenta y dos minutos del día 05/09/2022; se declaró la caducidad y se ordenó el reinicio del procedimiento sancionatorio (fs. 264 al 269). Es así, que en fecha 09/10/2023 se pronunció el inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 273 al 276).

III. PRETENSIÓN PARTICULAR

"Parte consumidora pide que el proveedor le haga la devolución de los US$12,000.00 que pagó en concepto de anticipo del 5% del precio total del apartamento, en razón de considerar la consumidora existe incumplimiento de contrato por parte del proveedor, ya que no cumple con la publicidad e información proporcionada al momento de la firma de la promesa de venta. Todo lo anterior en base a

los artículos 4 c) y 43 literal e), 143 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor, y el Artículo 71 y 150 de la Ley de Procedimientos Administrativos".

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCION

A la proveedora denunciada se le atribuye la supuesta comisión de la infracción grave regulada en el artículo 43 letra d) de la LPC, que literalmente, prescribe que constituye una infracción grave: *"Incumplir la obligación de devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebrare (...)"* en relación al articulo 4 letra e) de la LPC, el cual establece como derecho básico e irrenunciable de todo consumidor*: "adquirir los bienes o servicios en las condiciones o términos que el proveedor oferto públicamente".*

La conducta típica de la infracción, es precisamente incumplir la obligación de *devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebre*, lo que significaría una afectación económica al consumidor, que erogó una cantidad de dinero por un determinado bien o servicio, pero que por alguna razón la contratación ya no se finalizó.

La configuración de la referida infracción supone, por consiguiente, en primer lugar, que el consumidor ha entregado al proveedor, una cantidad de dinero a cuenta del precio total de un bien o servicio –ya sea en concepto de prima, anticipo o reserva–, en segundo lugar, que la contratación no se haya concretizado –al respecto, la ley no presupone una causa específica por la que no se haya formalizado la contratación pretendida–; y, en tercer lugar, la negativa del proveedor a devolver al consumidor la cantidad de dinero que éste último ya había pagado a cuenta del precio. Dicha negativa puede darse: *a)* de forma expresa, por ejemplo manifestando el proveedor 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, entre otros; o, *b)* de forma tácita o por omisión, por ejemplo cuando el proveedor esquive o simplemente no responda a la petición de devolución del consumidor.

El incumplimiento de la referida obligación por parte de los proveedores conlleva la comisión de la infracción administrativa contenida en el artículo 43 letra d) de la LPC ya citado, y su consecuencia jurídica seria la establecida en el artículo 46 de la misma ley, siendo la multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

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

En resolución de inicio (fs. 273 al 279), se le confirió el plazo de 10 días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, para que la proveedora manifestara su defensa por

escrito, pudiendo formular alegaciones, presentar o proponer la práctica de pruebas que estimara conveniente. Dicha resolución, fue notificada a la denunciada en fecha 17/10/2023 (fs. 278).

Posteriormente, en fecha 31/10/2023, se recibió escrito firmado por el licenciado apoderado general judicial de GRUPO ARQUERO, S.A. DE C.V., y presentó con el mismo, la documentación con la que acredita su intervención (fs. 279–288). Adicionalmente, el referido profesional, en su escrito esgrimió dos argumentos centrales: el primero, consistente en la declaratoria de improcedencia sobrevenida de la denuncia por la aplicación del instituto de la prescripción, en razón de que en el presente procedimiento se transgrede principios básicos del derecho administrativo sancionador; y el segundo, que a su criterio no se cumplían los elementos subjetivos y objetivos del tipo infractor que se le imputa a su poderdante, siendo más atinente –a su juicio– la calificación de la conducta en la infracción leve descrita en el artículo 42 letra g) de la LPC.

Sobre dichos argumentos, este Tribunal en resolución de apertura a prueba del procedimiento de mérito, de las doce horas con cinco minutos del día 11/04/2024 (fs. 290 al 292), se pronunció declarando *sin lugar* la supuesta prescripción de la infracción alegada, porque, como se sostuvo en el romano I letra A de la citada resolución, *la conducta de la infractora no ha cesado*. Así también sobre la supuesta atipicidad alegada, también fue declarada *sin lugar*, según se desarrolló en el romano I letra B de la misma resolución en comento, así como la propuesta de celebrar la compraventa del inmueble que propuso el apoderado de la denunciada, por la imposibilidad de realizar tal acto, debido a que ya se hizo la tradición del dominio del inmueble objeto de la controversia, de parte de la proveedora a terceros.

Es así, que este Tribunal se pronunciará sobre la conducta imputada a la denunciada con base en la prueba que consta agregada en el expediente de mérito, según el análisis a desarrollar en los apartados siguientes de esta misma resolución.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: "***Cuando*** *la 'utilización' de* ***la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal****; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio*

del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) ***el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-****; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate*" (los resaltados son nuestros).

Dicho esto, el artículo 106 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 código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–, determina el valor probatorio de los instrumentos, así: "***Los instrumentos públicos*** *constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide.* ***Los instrumentos privados*** *hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada.* ***Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica***" (los resaltados son nuestros).

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 43 letra d) de la LPC.

B. En el presente procedimiento sancionatorio se incorporó prueba documental aportada por las partes, de la cual será valorada por este Tribunal únicamente la pertinente, que consiste en:

1. Fotocopia de testimonio de escritura matriz de contrato de promesa de venta firmado entre la denunciante y la denunciada ante los oficios notariales del licenciado en donde se pacta la promesa de venta de un inmueble ubicado en San Salvador, lugar donde la prominente vendedora construyó un complejo residencial habitacional denominado la promesa de venta versa específicamente sobre el apartamento número cuatro del nivel tres. La consumidora, entregó a la proveedora la cantidad de doce mil dólares de los Estados Unidos de América ($12,000.00) en concepto de prima por la compraventa del apartamento (f. 14-19), con lo que se acredita la relación de consumo entre la denunciante y la proveedora y el pago realizado en concepto de prima por la compra del inmueble.

2. Fotocopia de *renders*[1] del proyecto habitacional descargadas del sitio web (fs. 3-8), donde constan los detalles ofertados por la proveedora en su proyecto habitacional, y se observa que no consta en los *renders* la frase *imágenes con fines ilustrativos*.

3. Carta dirigida por la consumidora a la proveedora de fecha 13/12/2019, donde le manifiesta que no desea continuar con la celebración del contrato principal de compraventa debido a que las vistas que le mostraron cuando le vendieron en planos el apartamento no coincide con lo que pudo observar personalmente en el proyecto habitacional, por lo que solicita dar por finalizada la promesa de venta y se le devuelva el 100% de lo aportado en concepto de prima, ya que el proyecto no cumple con lo ofrecido en planos (f. 13).

4. Carta respuesta de la proveedora a la consumidora de fecha 08/01/2020 (f. 21), donde consta la denegatoria tácita de la devolución, porque las imágenes mostradas en la preventa fueron elaboradas digitalmente, previo a la construcción del proyecto y que por tanto son *una referencia*, justifican que las bodegas que obstaculizan la vista de los apartamentos, fueron construidas por el club, y no está al alcance de la proveedora poderlas eliminar, y que la imagen del campo de golf era una imagen representativa, con lo que se asume tácitamente que el apartamento objeto de la controversia no tenía la visibilidad ofrecida en las imágenes publicitarias.

5. Memorándum DVM 083/2020 y Acta de constatación de los hechos de fecha 14/02/2020 (fs. 53, 57-58), y documentación anexa (fs. 59 al 76), donde constan las capturas de pantalla del sitio web de la proveedora, además de capturas de pantalla de publicaciones en los perfiles de redes sociales, Facebook y e Instagram de la denunciada. En la misma acta, se verificó que la vista que tiene el apartamento prometido a la consumidora, es hacia árboles, una casa de lámina y al fondo se aprecia un poco del campo de golf, pero que para tener una mejor idea se agregaron las respectivas fotografías.

6. Memorándum DVM 090/2020 y Acta de constatación de los hechos de fecha 17/02/2020 (fs. 77, 81-82), y documentación anexa (fs. 83 al 95), donde constan las impresiones de capturas de pantalla del sitio web de la proveedora, de publicaciones en los perfiles de redes sociales, Facebook y e Instagram de la denunciada, y un *brochure*[2] (fs. 96 y 173). En ninguna de las imágenes publicadas por medios digitales se observa la frase aclaratoria que se trata de *imágenes de referencia*, siendo la única excepción el *brochure* impreso.

---

[1] El término *render* es un anglicismo para representación gráfica digital, usado en la jerga informática para referirse a imágenes fotorrealista, o no, a partir de un modelo en 2 o 3 dimensiones, por medio de programas informáticos.

[2] *Folleto impreso de carácter informativo o propagandístico sobre un determinado tema o producto*, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Edición del Tricentenario (actualización a 2021).

7. Tres dispositivos de almacenamiento de datos (fs. 137 y 172), que contienen archivos digitales (videos y fotografías) de las vistas que al 22/10/2020 tenía el apartamento prometido en venta a la consumidora (fecha tomada según las propiedades del archivo digital examinado). En todos los videos y las fotografías se observa que la vista a la propiedad colindante, está en su mayoría, en dirección a árboles y desde una de las habitaciones, la vista es a un techo de lámina color verde.

8. Informe emitido por Licenciado en su calidad de Registrador Jefe del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca de San Salvador del Centro Nacional de Registros (fs. 193) mediante el cual hace constar: *"Que el inmueble identificado con el número cuatro del nivel tres del complejo residencial habitacional denominado ubicado en departamento de San Salvador, registralmente está amparada bajo la inscripción de la matrícula y se encuentran como dueños del inmueble los señores; (...), y (...)"* con lo cual se acredita que la proveedora denunciada procedió a vender el inmueble objeto de controversia, a una persona distinta de la consumidora denunciante, situación que no fue informada a este Tribunal y como consecuencia lógica la obligación pactada por parte de la denunciada resulta de imposible cumplimiento.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. En el presente caso la infracción denunciada por la señora es la descrita en el artículo 43 letra d) de la LPC, que prescribe como grave la conducta de la proveedora por supuestamente incumplir la obligación de *devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebre*, que además podría ser el resultado de una afectación a la consumidora conforme al artículo 4 letra c) de la citada ley, que establece como derecho básico e irrenunciable de todo consumidor: *"Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación";* en consecuencia, de los elementos probatorios que obran en el expediente administrativo, se ha acreditado, mediante prueba indiciaria o directa que:

1. La señora y la proveedora Grupo Arquero, S.A. de C.V., pactaron la promesa de venta de un inmueble ubicado en San Salvador, lugar donde la prominente vendedora construyó un complejo residencial habitacional denominado ", la promesa de venta versa específicamente sobre el apartamento número cuatro del nivel tres. Así también se acreditó en el documento público que, en razón de lo anterior la consumidora, entregó a la proveedora la cantidad de doce mil dólares de los Estados Unidos de América

($12,000.00) en concepto de prima por la compraventa del apartamento, es decir, una cantidad de dinero que sería descontada del precio total del inmueble, conforme a lo consignado la documentación agregada de folios 17-22.

2. No consta que la proveedora haya informado oportunamente a los consumidores que los *renders* publicados en sus medios digitales eran imágenes de referencia, tal como consta en las capturas de pantalla del sitio web y de los perfiles de redes sociales (Facebook e Instagram) de la proveedora denunciada, adjuntos a las constataciones de hecho realizadas por la Dirección de Vigilancia de Mercado de la Defensoría del Consumidor (fs. 14-19, 83-96), a excepción de los *brochures* impresos proporcionados por la denunciada, en los que si consta la frase *"Las imágenes utilizadas en este material son de referencia"*, (fs. 96 y 173). Es decir que la proveedora no advirtió esta condición de las imágenes publicitarias en todos los medios en las que divulgó con fines comerciales el proyecto inmobiliario que estaba desarrollando, sino que únicamente en los medios físicos, lo que podría ocasionar una expectativa falsa en consumidores que por medios digitales se vieron atraídos a contratar, y que la realidad era distinta a las imágenes en comento.

3. La señora expresó su voluntad de no continuar con la celebración del contrato de compraventa, antes que la misma se perfeccionara, específicamente porque no existía una correspondencia de las vistas que le mostraron cuando le vendieron en planos el apartamento, frente a lo que pudo observar personalmente en el proyecto habitacional, por lo que solicitó en aquel momento, dar por finalizada la promesa de compraventa y se le reintegrara el 100% de lo aportado debido a que el proyecto no coincidía con lo que a ella habían ofrecido (f. 13).

4. La proveedora denunciada, mediante carta de fecha 08/01/2020, informó la denegatoria tácita al derecho de no continuar con la celebración del contrato principal y la devolución de lo pagado a la consumidora. En la misma, se manifiesta que las imágenes mostradas en la preventa fueron elaboradas digitalmente, previo a la construcción del proyecto y que por tanto son una referencia, adicionalmente la proveedora aceptó *expresamente* la existencia de una arboleda de altura considerable y las bodegas en la propiedad colindante, que obstaculizan la vista, pero que no está al alcance de la denunciada poder eliminarlas y que la imagen del campo de golf era una imagen representativa, además que el apartamento prometido en venta a la consumidora cuenta con *una visibilidad parcial hacia el club y campo de golf* (f. 21), pero no consta, por ningún otro medio de prueba, que todas estas condiciones de la vista desde el inmueble, le hayan sido informadas oportunamente a la consumidora.

5. Finalmente, se acreditó que a la fecha de este pronunciamiento, la proveedora denunciada ya vendió el inmueble prometido y objeto de controversia, a personas distintas a la consumidora, situación que no fue informada a este Tribunal y como consecuencia lógica la obligación pactada por parte de la

denunciada resulta de imposible cumplimiento, según se comprobó con el Informe emitido por Licenciado en su calidad de Registrador Jefe del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca de San Salvador del Centro Nacional de Registros (fs. 193).

B. Conforme a los hechos probados, resulta necesario para este Tribunal, establecer en primer lugar la naturaleza del contrato de promesa de venta y en consecuencia determinar si la contratación principal (la compraventa) ya había sido celebrado o no, para posteriormente determinar si la proveedora estaba en la obligación de devolver a la consumidora la cantidad entregada en concepto de prima por el apartamento en cuestión.

1. Respecto de la promesa de venta.

En el presente caso, nos encontramos ante un contrato de adhesión, mediante el cual las cláusulas y condiciones generales del mismo, son establecidas de forma unilateral por la proveedora, 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.

Tal es así que nos encontramos ante un contrato de adhesión ante los oficios de un notario, en tal sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia –SCA–, por medio de su jurisprudencia, ha establecido que: *"El Derecho del Consumidor tiende a proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa existente en el mercado. Por otra parte, el objeto de las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión es agilizar el tráfico comercial, mejorar la comercialización de los bienes y servicios, reducir costos de transacción y las discusiones contractuales, dada la identidad de los productos colocados en el mercado. No obstante, que los objetos que persiguen son diferentes, las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión deben guardar una estrecha relación con el derecho del consumidor.*

Ante dicha práctica comercial —contratos de adhesión o cláusulas generales—, inicialmente, el cliente o consumidor se encuentra en una situación de inferioridad con relación al predisponente de las cláusulas, es decir que puede existir en la contratación a base de dichas cláusulas una debilidad del consentimiento, asimilable a un vicio de la voluntad. El no tener el poder suficiente para establecer el esquema contractual o no tener una considerable información respecto del objeto del contrato, pone a una de las partes en una situación de desventaja frente a la otra. Situación que normalmente, sin la injerencia del derecho al consumidor, podría ser irrelevante con base en la libertad de contratación" (Sentencia de las once horas con treinta minutos del día 02/12/2013, en el proceso contencioso administrativo con referencia 144- 2010).

A criterio de la SCA, si bien es cierto que la libertad de contratación está sostenida doctrinariamente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad que en la actualidad es reconocida como derecho fundamental en las democracias liberales; sin embargo, se encuentra limitada y regulada por la legislación —en este caso también por la LPC en materia de derecho de consumo—, con el fin que los derechos de interés público sean respetados. Es decir que, a pesar que la legislación reconozca la libre contratación, este derecho no queda al libre arbitrio.

El contrato de promesa, doctrinariamente es un contrato independiente, con vida propia, cuyo objeto es producir una obligación de hacer, el doctor Adolfo Óscar Miranda, con relación a la figura del **Contrato de Promesa,** considera lo siguiente: "*en el proceso de formación de un contrato que se desea celebrar como definitivo, las partes pueden encontrar obstáculos que hagan irrealizable de momento ese contrato tales como, no contar con los medios económicos suficientes para llevar a cabo en seguida el contrato, obstáculos de índole legal de carácter temporal, superables dentro de un lapso de tiempo apropiado etc., en estos casos entra en juego el* ***Contrato preliminar*** *tendiente a celebrar el negocio jurídico que se pretende; dentro del derecho positivo salvadoreño, la figura del* ***Contrato de Promesa*** *la recoge el Art. 1425 del C.C..- considerando el autor, que la promesa de celebrar contrato es un contrato independiente, con vida propia, cuyo objeto es producir una obligación de hacer, cual es, la de celebrar el contrato prometido"*[3].

En ese mismo orden de ideas, los maestros Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., definen al Contrato de Promesa como: "*aquél en que dos o más personas* ***se comprometen a celebrar un contrato futuro****, cumpliéndose los requisitos legales. Consideran que es un contrato bilateral por existir acuerdo de voluntades, de aplicación general por tener aplicación en todos los contratos nominados. Y dentro de los requisitos del Contrato de Promesa se señalan los siguientes: 1) Debe constar por escrito; 2) No debe ser de aquellos que la ley declara ineficaces; 3) Debe contener un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido; 4) Debe especificarse de tal manera que sólo falte, para que sea perfecto, la tradición o las solemnidades legales. La falta de cualquiera de estas condiciones vicia el contrato de nulidad absoluta"*.[4]

Asimismo, y en ese sentido el Art. 1425 de nuestro Código Civil, prescribe: *"La Promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1ª Que la promesa conste por escrito; 2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; 3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la*

---

[3] Adolfo Oscar Miranda, *De la Compraventa* (Monografía), Editorial Delgado, Universidad Doctor José Matías Delgado, San Salvador 1996

[4] Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., Curso de Derecho Civil, Fuentes de Las Obligaciones Tomo I, páginas 361 y siguientes Editorial Cultural Andrómeda 1976

celebración del contrato; 4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente".

En síntesis, la promesa de venta, por su naturaleza, es un acuerdo de voluntades en que nacen para ambas partes obligaciones recíprocas; en el mismo, **la celebración del contrato prometido queda aplazada para el futuro y la promesa de venta es sólo su antecedente. La finalidad o destino de la promesa es celebrar otro contrato.** Por otra parte, ninguno de los intervinientes ha incorporado un contrato de compraventa por lo cual se tiene por acreditado la no celebración del contrato principal, esto con fundamento a lo dispuesto en el artículo 314 numeral 1° del CPCM: *"No requieren ser probados: 1° Los hechos admitidos o estipulados por las partes".*

Ahora bien, al margen de la regulación civil del aludido contrato de promesa de venta, la LPC establece un régimen de responsabilidad a cargo de quienes introducen bienes y servicios en el mercado, procurando la mejor tutela para los adquirentes en una relación de consumo. Nuestra legislación en materia de consumo reconoce que, de no perfeccionarse la celebración del contrato, en los términos estipulados en el art. 43 letra d) de la LPC, es obligación de los proveedores devolver al consumidor, las cantidades entregadas a cuenta del precio, ya sea en concepto, prima, anticipo, entre otros.

Al establecerse que la consumidora y la proveedora celebraron una promesa de venta por el apartamento objeto del reclamo, este ***no era el contrato principal pretendido***, sino que era un acuerdo preliminar cuyo fin era, según la voluntad de ambos intervinientes –al menos en aquel momento–, la celebración de una compraventa y que por tratarse de un inmueble, lógicamente tendría que haber cumplido con las formalidades por ley exigidas, y ***era precisamente el contrato de compraventa de inmueble el contrato principal y que al final no se perfeccionó***. En consecuencia, ya que la LPC en el art. 43 letra d), no hace distinción de los motivos por los cuales ya no se celebrare el contrato como prerrequisito para la configuración de la infracción, es decir, si es imputable a una o a la otra parte, o si es por caso fortuito o fuerza mayor, sino que basta únicamente con acreditar, en primer lugar que la consumidora entregó una cantidad de dinero a la proveedora a cuenta del precio de un bien; segundo, que la contratación principal no se haya celebrado; y tercero, la negativa de la proveedora a devolver las cantidades entregadas a cuenta del precio –según se desarrolló entre los elementos de la configuración de la infracción en el romano IV de esta resolución–, este Tribunal concluye que la denunciada sí estaba en la obligación de devolverle a la consumidora la cantidad de dinero que fue pagado en concepto de prima por un apartamento. No obstante, en el presente expediente la proveedora no acreditó con prueba alguna, la devolución efectiva del dinero a la consumidora –$12,000.00 dólares entregados en concepto de prima–, por el contrario, consta una denegatoria por parte de la denunciada (f. 21). Y es que, los

aspectos esenciales de la configuración de la infracción podían ser controvertidos por la proveedora, y no aportó elementos para acreditar la efectiva devolución del dinero a la consumidora, o los motivos para no proceder a la misma.

2. Respecto de la falta de conformidad de la consumidora.

Se ha establecido, en las numerosas ocasiones que ha intervenido la consumidora, que la razón principal por la cual ya no estuvo de acuerdo en celebrar el contrato principal de compraventa del inmueble fue precisamente porque al llegar al proyecto residencial, constató que la vista desde el apartamento en cuestión, no coincidía con la que la proveedora había ofrecido previamente mediante imágenes publicitarias, sobre este hecho, se cuenta con prueba suficiente para acreditar dicha condición, con los videos incorporados en formato digital, fotografías impresas y agregadas en formato digital también, así como la constatación de hechos realizada por delegados de la Defensoría del Consumidor en el inmueble –actas agregadas a folios 57, 58, 81 y 82–, éstas últimas constataciones de hecho, además gozan de una presunción legal de certeza conforme a lo establecido en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, que estipula: *"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".*

En línea con lo anterior, la presunción legal de la que se encuentran revestidas las referidas actas, no fue desvirtuada por la proveedora, al contrario en la carta de respuesta que fue proporcionada a la consumidora ante su solicitud de devolución del dinero entregado en concepto de prima (f. 21), la denunciada admite expresamente que "*en el área colindante del existía una arboleda de altura considerable, la cual nosotros no tenemos posibilidad de eliminar (...) Respecto de las bodegas que el mencionado club tiene instaladas en esa zona es algo que tampoco está en nuestro alcance poder eliminar"* y finalmente también menciona que el apartamento prometido cuenta con una *"visibilidad parcial hacia el club y el campo de golf"*, es decir que la proveedora desde un inicio tuvo conocimiento que la consumidora se encontraba ***inconforme con la vista desde el apartamento***, y admitió que precisamente existían árboles de gran tamaño, bodegas y que el inmueble contaba con una vista parcial únicamente, y que esa era precisamente la razón por la que la consumidora solicitó la devolución, y no porque el apartamento no se encontrara con los acabados de construcción interna sin terminar.

Al respecto, la doctrina entiende que la noción de *incumplimiento* es suficientemente amplia y neutra, lo que comprende *"(...) toda desviación del programa contractual (...)"*[5] al margen de la

[5] Pantaleón (1993) 1720.

imputación subjetiva al proveedor, es decir, si obró con dolo o culpa, y que esta última, que se presume en materia contractual, sería necesaria en la medida que el consumidor pretenda que se le indemnicen los daños que el incumplimiento contractual le ha irrogado[6]. Por su parte, Morales Moreno, identifica el sentido del contrato como instrumento de interacción y satisfacción de intereses, la idea que está detrás es aquella que se ha denominado por la dogmática civil española como *"propósito práctico del contrato"*, que apunta al resultado que se pretende conseguir con su celebración.

Ahora bien, aunando las anteriores citas conceptuales que la doctrina sostiene respecto al fin de los contratos, con el concepto de falta de conformidad en el derecho de consumo, es preciso citar a Vaquer quien señala que *"[l]a falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa (...) la conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron en la prestación"*[7], y en la misma línea la profesora Barrientos se refiere a la noción de falta de conformidad, señalando que *"[l]a conformidad (o falta de conformidad) es un concepto anglosajón introducido en los sistemas continentales a partir de una unificación del derecho de contratos y obligaciones europea. Implica congruencia entre la cosa entregada y las pretensiones del comprador. Si se vincula a la idea del objeto, conformidad implica, por tanto, correspondencia de la cosa entregada con el modelo que exige el contrato. En general, conformidad significa que la cosa entregada por el vendedor ha de adecuarse a las exigencias cualitativas y cuantitativas que el contrato le impone, las características pactadas y lo efectivamente entregado al consumidor"*[8].

Adicionalmente, al realizar un análisis de derecho comparado, respecto de la falta de conformidad en los contratos, y algunos criterios de conformidad de la cosa que se adquiere, se encuentra la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25/05/1999 en la que en su artículo 2.2 señala que: *"Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y* ***poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo*** *(...) d) presentan la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la* ***publicidad*** *o el etiquetado"* (el resaltado es propio). De la anterior cita, se extrae entonces que la falta de conformidad en materia de consumo, puede devenir no solo del tenor literal del texto contractual, sino también

[6] González Cazorla, Fabián. Hacia una noción de incumplimiento del contrato de consumo por la entrega defectuosa de productos. Revista Justicia y Derecho, Santiago, v. 2, nº 2, 2019.
[7] Vaquer (2011) 11.
[8] Barrientos (2016) 125.

respecto de otras circunstancias incorporadas complementariamente con el contrato (mediante la publicidad o información precontractual), y pueden ser estas últimas las que construyan un nuevo parámetro de conformidad. En síntesis, todas ellas configurarán en mayor o menor medida un concepto general de conformidad que deberá ser adecuado al caso concreto según las circunstancias particulares al cual el proveedor resultará obligado[9].

En concordancia con lo anterior, se tiene entonces que la publicidad y la información precontractual disponible respecto de un producto es también una forma de modelar un parámetro de conformidad. En efecto, en la etapa previa a la celebración de un contrato o relación de consumo (en un sentido amplio), pueden existir declaraciones públicas de parte de un proveedor que inviten a los consumidores a contratar. Para ello se utilizan ciertos mensajes que enfatizan las calidades de un determinado producto a fin de persuadir legítimamente al público. Es entonces, que la publicidad y la información precontractual es una forma de configurar los intereses del consumidor a través de la incorporación de las propias declaraciones del vendedor al eventual contrato, en un contexto negocial en que los mensajes publicitarios son un recurso común para motivar al destinatario de la misma a celebrarlo. De tal suerte que, **si los productos vendidos no tienen correspondencia con aquella información precontratual, se incurrirá en falta de conformidad**[10].

Es entonces, que se ha acreditado que en el presente caso concurre la falta de conformidad en la consumidora, al haberse verificado que el apartamento no correspondía con una de las características principales que la proveedora ofrecía públicamente al momento de la negociación, específicamente la vista hacia el campo de golf de la propiedad colindante, hecho que ha sido admitido por la proveedora al aceptar que la visibilidad es limitada por árboles de gran tamaño y los techos de unas bodegas, y que ese ha sido precisamente el punto central de la inconformidad de la consumidora y no ningún otro. Es entonces, que esa razón de disconformidad material, aunque no estaba dentro del catálogo del precontrato (promesa de venta) –que abusivamente mostraba una asimetría en perjuicio de la consumidora–, pero se advierte que hubo una oferta por parte de la proveedora que no fue cumplida y ante ese incumplimiento –o falta de conformidad material a la luz de la doctrina precitada–, a juicio de este Tribunal, las razones por las que la consumidora decidió no continuar con la celebración del contrato sí habilitaron el derecho a solicitar la devolución de lo pagado en concepto de prima.

3. Imposibilidad de entrega del apartamento.

Finalmente se acreditó mediante informe emitido por el Jefe del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca de San Salvador (fs. 193), que la denunciada procedió a la venta del inmueble objeto de la

[9] Rodríguez (2014) 320.
[10] González Cazorla (2019) 56.

promesa, en el caso *in examine,* y la proveedora tampoco ha devuelto los $12,000.00 dólares pagados por la consumidora pese haber vendido ya el inmueble, lo que a fecha de este pronunciamiento, vuelve imposible el cumplimiento de entrega del apartamento a la consumidora.

C. En razón de los hechos probados con la documentación antes relacionada y de las condiciones contractuales antes citadas, se comprobó que el contrato principal pretendido era la compraventa del inmueble y ese no se perfeccionó, se acreditó además la falta de conformidad material de la consumidora al no existir correspondencia entre el bien negociado conforme a elementos publicitarios contra el bien que la proveedora pretendía entregar; y como consecuencia, se determinó entonces el incumplimiento de la proveedora, a la obligación de devolver a la consumidora la prima entregada a cuenta del precio, ya que no existe prueba incorporada al presente expediente que permita desvirtuar la conducta atribuida a la proveedora denunciada, mediante la cual conste que la prima fue reversada; es decir, que durante la tramitación de este procedimiento, la proveedora no realizó la efectiva devolución del dinero pagado en concepto de anticipo la cual asciende a $12,000.00 dólares.

En consecuencia, se ha comprobado la comisión de la infracción atribuida a la proveedora denunciada, contemplada en el artículo 43 letra d) de la LPC, al *Incumplir la obligación de devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebrare*, siendo procedente entonces, *sancionar* a la proveedora GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V., conforme a lo establecido en la LPC en su artículo 46 como consecuencia para la comisión de las infracciones de tal gravedad.

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

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que *«[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón*

del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

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

En concordancia con lo anterior y para el presente caso en específico, el grado de intencionalidad, se concluye que la proveedora Grupo Arquero, S.A. de C.V., actuó con *negligencia grave*, debido a que consta en el expediente que tuvo conocimiento del deseo de la consumidora de no continuar con la compraventa del inmueble, mediante la carta presentada (fs. 13); y a pesar de ello, no realizó ninguna acción que garantizara la devolución efectiva de dinero pagado por la consumidora, en transgresión a las disposiciones de la LPC ya citadas, y además ocasionándole así un menoscabo económico a la denunciante por informar de forma negligente lo contratado a la consumidora y no realizar la devolución de lo cancelado en concepto de prima por la compra de un inmueble. Se concluye entonces que al

configurarse la infracción prevista en el artículo 43 letra d) es decir incumplir la obligación de *devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebre*, en relación al artículo 4 letra c) de la citada ley, que establece como derecho básico e irrenunciable de todo consumidor: *"Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación"*, resulta procedente para este Tribunal Sancionador, el *sancionar* a la proveedora denunciada Grupo Arquero, S.A. de C.V., en relación a los hechos atribuidos por denuncia interpuesta por la señora

VIII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se ha comprobado fehacientemente la comisión de la infracción grave regulada en el artículo 43 letra d) de la LPC, y es procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 46 LPC, según los parámetros establecidos por este Tribunal.

Así, el Tribunal Sancionador 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 del análisis de los documentos que constan en el expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora sancionada en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado dicha información con anterioridad en resolución de inicio a fs. 273 al 276. Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen

desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

Consecuentemente, este Tribunal se ve impedido de clasificar a la proveedora de conformidad a los parámetros del artículo 3 de la Ley MYPE. Pese a lo antes indicado, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, de conformidad a los principios que rigen el *ius puniendi*, y las reglas de la sana critica se realizó una investigación financiera de la infractora GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V., cabe mencionar, que la proveedora no se encuentra registrada en el Listado de micro y pequeñas empresas elaborado por el Consejo Nacional de la Micro y Pequeña Empresa, *contrario sensu* la infractora en algunos ejercicios tributarios se encuentra incorporada en el listado de grandes y medianos contribuyentes, del Ministerio de Hacienda, que aunado a que es un hecho público y notorio que la proveedora es una empresa constructora, se concluye que únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como una ***pequeña empresa***, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

Este elemento se considera 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.

Al respecto, este Tribunal en reiteradas ocasiones 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 sancionable aun a título de simple negligencia o descuido. En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte de la proveedora, pues al ser una persona jurídica que se dedica a la comercialización de bienes inmuebles, es conocedora que todas las relaciones comerciales con clientes y sus proveedores se documentan a través de contratos, los cuales debe ejecutar de buena fe y que por tanto, es evidente el carácter de obligatoriedad de lo pactado entre los contratantes, así como de cumplir con las expectativas generadas en la publicidad que difunda, situación que no consta acreditada en el presente expediente.

Por lo que, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V., por no haber atendido con la debida diligencia de un buen comerciante en negocio propio —artículo 947 del Código de Comercio—, incumpliendo con el deber que posee como proveedora de atender las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LPC.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir del examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la comisión de la infracción por parte de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que no cumplió con la obligación legal con la consumidora, respecto de realizar la devolución del dinero entregado en concepto de prima a la consumidora debido a que el contrato de compraventa de inmueble no se celebró.

d. Impacto en los derechos del consumidor, naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación a los consumidores.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a no *devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebre* —artículo 43 letra d) de la LPC— dio como resultado un impacto negativo en los derechos económicos de la consumidora, puesto que, en principio, al no cumplir con lo ofertado públicamente y retener injustificadamente $12,000.00 dólares frente a la falta de conformidad material en la consumidora, ésta se vio afectada en su patrimonio, pues erogó cierta cantidad de dinero en concepto de prima y la devolución de la mismo no se hizo efectiva en los términos legales. Por otra parte, se generó una falsa expectativa en la venta de un inmueble con visibilidad a campos de golf, que se esperaba que fuera el que la consumidora solicitó a la proveedora, pero que al resultar uno con visibilidad limitada, no realizó la devolución de lo pagado.

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

Mediante la imposición de la sanción —multa—, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo en la infractora –quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra d) de la LPC–, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores, ya que por su experticia en la venta de bienes inmuebles, debe considerar todos los factores externos que durante la ejecución de los mismos podrían a llegar a afectar la óptima prestación de sus servicios profesionales, debiendo adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo considerado los criterios para la determinación de la multa, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V., pues se ha determinado que no prestó los servicios en los términos contratados.

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, siendo esta la cantidad de $12,000.00 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 la consumidora.

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 incumplimiento 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 presentado la información solicitada por esta autoridad sancionadora, y a juicio de este Tribunal dicho comportamiento denota una falta de diligencia y cooperación de los agentes infractores dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Por consiguiente y en virtud del impacto en el derecho de la consumidora, la naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación a la consumidora ($12,000.00 dólares), el grado de intencionalidad con la que procedió la infractora–*negligencia*–, que la misma ha sido considerada –por presunción– con la capacidad económica de una *pequeña empresa*, así como por no haberse constatado una conducta procedimental que denota diligencia y colaboración de la infractora dentro del procedimiento, por no proporcionar la información solicitada, este Tribunal impone a la proveedora GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V., por la comisión de la infracción prevista en el artículo 43 letra d) de la LPC, por *"incumplir la obligación de devolver primas, anticipos, reservaciones o cantidades entregadas a cuenta del precio en caso que el contrato no se celebre"*, en relación con el artículo 4 letra c) de la misma ley, una multa de **DOCE MIL CIENTO SESENTA Y SEIS DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ($12,166.80)** equivalentes a *cuarenta meses* de salario mínimo mensual urbano en la industria en concepto de multa por la comisión de la infracción antes descrita.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 20% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción –doscientos 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 solicitó en su denuncia la devolución del dinero pagado a la proveedora, 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 –SCA–, 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 b) de la LPC la titularidad del derecho a *"ser protegido de cobros por bienes no entregados o servicios no prestados"*, le corresponde a la denunciante 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 el proveedor le haga la devolución de los $12,000.00 dólares que pagó en concepto de anticipo del 5% del precio total del apartamento"*.

Por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente ***ordenar*** a la proveedora **GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V.**, ***devolver*** a la denunciante la cantidad pagada en concepto de prima por la compraventa de un apartamento, que según consta en la documentación agregada en el presente expediente, asciende a la suma de **DOCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ($12,000.00)**.

XI. DECISIÓN

Por todo lo expuesto, y sobre la base del artículo 101 inciso segundo de la Constitución de la República; artículos 4 letras b) y c), 43 letra d), 46, 83 letras b) y c), 146, 147 y 149 de la Ley de Protección al Consumidor; y, artículo 218 del Código Procesal Civil y Mercantil, este Tribunal resuelve:

a) *Sanciónese* a la proveedora *GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V.*, con la cantidad de **DOCE MIL CIENTO SESENTA Y SEIS DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ($12,166.80)** equivalentes a *cuarenta meses de 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 43 letra d) de la LPC, por no devolver la prima entregada a cuenta del precio de un inmueble, respecto de los hechos denunciados por la señora con fundamento en el análisis desarrollado en los romanos VII y VIII de la presente resolución.

b) *Ordénese* a la proveedora *GRUPO ARQUERO, S.A. de C.V.*, **devolver** a la señora la cantidad de **DOCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ($12,000.00)**, en concepto de reintegro de lo pagado como prima, con fundamento en las disposiciones legales precitadas y según el análisis expuesto en el romano X de este pronunciamiento.

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) *Extiéndase* en la Secretaría de este Tribunal, certificación de la presente resolución a la consumidora señora , para los efectos legales que considere pertinentes.

d) *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.

e) *Notifíquese*.

José Leoisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

/MP

Secretario del Tribunal Sancionador