

	<b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b>	<b>Fecha: 30/10/2023 Hora: 13:04 Lugar: San Salvador</b>	<b>Referencia: 140-23</b>
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:			
Proveedora denunciada:	BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.		
<b>II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES</b>			
<p>La denunciante manifestó que en fecha 11-02-2020 se acercó a las instalaciones del Hotel Sheraton Ex-Presidente, adonde fue invitada por teléfono para recibir un evento especial, en el que habrían actos y alimentación, habiéndose ganado un certificado de regalo por haberlos visitado. Señaló que estando en el lugar les brindaron charlas informativas en cuanto a la venta y uso de las instalaciones del hotel en la playa; es el caso, que estando dentro le solicitaron su tarjeta de crédito y la de su amiga [redacted], en las que procedieron a cargar sin su consentimiento la cantidad total de \$1,485.00, argumentando que se quedaría pagando una cuota de \$20.00 con lo que no estuvo de acuerdo, por lo que al día siguiente de haber contratado pidió anular el contrato, pero no recibió respuesta alguna, por lo que en fecha 17/02/2020 interpuso su reclamo formal por escrito para desistir del uso del servicio, el cual a la fecha no ha utilizado, pero hasta el día de interposición de la denuncia el proveedor no le había dado respuesta.</p>			
<b>III. PRETENSIÓN PARTICULAR</b>			
<p>La consumidora solicitó <i>"que la proveedora le realice la reversión de pago, que cancele el contrato, que le devuelva lo pagado en su totalidad por la cantidad de \$1,485.00 y que le entregue una constancia de cancelación o finiquito"</i>.</p>			
<b>IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</b>			
<p>Según se consignó en el auto de inicio (fs. 105 a 107), a la proveedora denunciada se le imputó la supuesta comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra k) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC– que prescribe: <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 4° de la citada ley: <i>"Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado (...)"</i>.</p> <p>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.</p> <p>Este Tribunal ha sostenido en casos precedentes –v.gr. resolución definitiva pronunciada a las diez horas con cinco minutos, del día 02/02/2013, en el proceso referencia 289-12 Acum.– <i>que el artículo 13 inciso 4°</i></p>			

de la LPC establece el derecho que tienen los consumidores de pedir el desistimiento del contrato celebrado con un determinado proveedor, esto sobre la base de que el consumidor tiene, dentro de sus derechos básicos, la libertad de elección –artículo 4 letra e) de la LPC– lo que implica que tiene una gama de opciones dentro de la actividad comercial, de las cuales puede escoger la que mejor le convenga, sin que se le pueda imponer un producto o servicio para la satisfacción de sus necesidades particulares.

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

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

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

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

Cuando el contrato se celebra entre sujetos presentes, no hay dudas en cuanto a la determinación del lugar y tiempo en que se considera celebrado el contrato, porque el oferente y aceptante se encuentran en el mismo lugar, y no transcurre un período prolongado, entre la formulación de la oferta y la aceptación. Caso contrario sería el de la llamada “contratación entre ausentes”, es decir, contratación por correspondencia oral o escrita, convencional o electrónica, entre otras; pues, en dicha circunstancia, la determinación del lugar y tiempo de celebración del contrato mercantil se regirá por las reglas establecidas en los artículos 966 al 968 del Código de Comercio, y no es aplicable lo regulado en el inciso 1º del artículo 13 de la LPC, sin perjuicio de otras disposiciones atinentes a este tipo de contratación.

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

En el lapso entre la firma del contrato y el cumplimiento de la condición (acaecimiento de una fecha, entre otros), el consumidor no podrá exigir al proveedor el cumplimiento de la obligación de entregar el bien

o prestar el servicio (artículo 1356 del Código Civil). Sin embargo, en ese mismo período de tiempo, antes mencionado, el artículo 13 de la LPC posibilita al consumidor a pedir el desistimiento del contrato.

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

En relación a lo anterior conviene traer a cuenta lo que sostuvo la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia referencia número 320-C-2003 de las diez horas con cinco minutos del 13/09/2005: *"El desistimiento, es una facultad que se regula legalmente y permite que una persona se desvincule del pacto que celebró.... La gran característica de esta facultad reside en que no existe necesidad de alegar causa alguna para su ejercicio, pues la utiliza el consumidor a su libre arbitrio. Se pretende que la voluntad del consumidor sea libérrima, beneficiándole así al eximirle de cualquier clase de prueba de la existencia de algún tipo de causa legítima para desligarse del contrato"*.

Además, de las dos condiciones antes señaladas, la ley dispone que el efecto de que el consumidor solicite el desistimiento es que el proveedor debe reintegrarle lo pagado, pero podrá retener en concepto de gastos administrativos, una cantidad que no habrá de exceder del monto que resulte de calcular el interés legal mercantil sobre la cantidad entregada, bien en concepto de prima, anticipo o precio total. El interés se calculará teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha en que se realizó el pago y la fecha que se desistió del contrato (artículo 13 inciso 4° de la LPC); tal retención corresponde a los gastos administrativos en los que pudo incurrir el proveedor, y que tiene derecho a retener, ya que no habría incumplimiento ni retraso en la entrega del bien o servicio.

En efecto, el porcentaje máximo que el proveedor puede retener en concepto de interés legal mercantil en casos de desistimiento, en la actualidad es del doce por ciento (12%) anual (conforme al Acuerdo Ejecutivo N° 1299 del 13/12/1983, publicado en el Diario Oficial N° 16 Tomo 282 del 23/1/1984).

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

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

proveedor deje de reconocer el derecho a desistir, no admita su existencia, esquive o no conceda la devolución correspondiente.

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

#### V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en 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. 105-107 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 estimaran convenientes, la cual le fue notificada a la sociedad denunciada en fecha 15/02/2023, según acta de fs. 108.

En fecha 07/03/2023 se recibió escrito (fs. 110-111) firmado por el licenciado [REDACTED] [REDACTED]. En el cual el referido profesional intervino en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la sociedad Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. (fs. 113-116). En el mismo, como mecanismo de defensa alegó la prescripción de la acción sancionatoria en razón de que, a su criterio, ha operado la prescripción de la acción administrativo sancionatoria y la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, adicionalmente adjuntó documentación tributaria requerida (fs. 52-96), por lo que se tiene por cumplido dicho requerimiento. Además, señaló lugar y medio para recepción de notificaciones.

En cuanto a lo argumentado por el apoderado de Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., este Tribunal, mediante resolución de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del día 17/08/2023, resolvió el planteamiento efectuado por el licenciado [REDACTED] [REDACTED], referente a la imposibilidad de continuar la tramitación del procedimiento, a la vez que realizó la apertura a pruebas y dictó medida cautelar, dicha resolución fue notificada a la denunciada el día 01/09/2023 (fs. 130), etapa en la que la proveedora presentó el escrito de fecha 06/09/2023 —fs. 131-133—, a través del licenciado [REDACTED] [REDACTED], mediante el cual solicitó la nulidad de la medida cautelar.

Al respecto considera -en síntesis-:

- a) *Que no está conforme con lo resuelto considerando que es ilegal y abusivo por parte de su digna autoridad.*
- b) *Que los apoderados que han solicitado la pretensión son nombrados por el mismo Tribunal Sancionador (sic) quienes en su Poder General Judicial no cuentan con la facultad para solicitar medidas cautelares conforme al principio de literalidad del art. 69 del CPCM.*

- c) *Que cuando el procedimiento sancionatorio sea por intereses colectivos o difusos será esta interpuesta por el presidente de la Defensoría del Consumidor y no por el Tribunal Sancionador.*
- d) *Que si el mandante (Tribunal Sancionador) (sic) no está facultado para imponer esta medida de fianza, la consecuencia jurídica será que sus mandatarios (apoderados) tampoco podrán solicitarla.*
- e) *Que un proceso colectivo y proceso acumulado, como el que se ventila en el presente caso son dos cosas muy diferentes.*
- f) *Que los apoderados del Tribunal Sancionador (sic) han planteado su solicitud con la finalidad de exigir el pago de la multa administrativa (sic) los apoderados omiten exponer fundamentos fehacientes y elementos probatorios que demuestren que la falta de medida de la medida cautelar posibilite la vulneración de derechos de su mandante o el peligro en la lesión de tales derechos, ya que la exposición que el Tribunal Sancionador hace se limita a citar disposiciones legales sin exponer verdaderos motivos que acrediten la concurrencia de los presupuestos necesarios para la emisión de una medida cautelar. No existe una determinación precisa, clara, fehaciente y comprobable de un posible daño en la esfera jurídica de sus mandantes que permita tener por comprobados los presupuestos mínimos necesarios.*

#### **VI. SOBRE LA NULIDAD ALEGADA**

En el segundo escrito relacionado en el romano V de la presente resolución (fs. 131-133), el apoderado de la denunciada solicita la nulidad de la medida cautelar de fianza de \$1,485.00 dólares, decretada por este Tribunal mediante la resolución de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del día 17/08/2023 (fs. 124-128).

En relación a los argumentos vertidos por la denunciada, este Tribunal estima conveniente hacer referencia a los siguientes tópicos: la potestad sancionadora de la Administración Pública y el principio de seguridad jurídica (**A**); sobre las nulidades y las irregularidades no invalidantes (**B**); aplicación al caso de mérito (**C**).

##### **A. La potestad sancionadora de la Administración Pública y el principio de seguridad jurídica.**

Al respecto, se debe mencionar que esta 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* 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.*”

#### ***B. Sobre las nulidades y las irregularidades no invalidantes.***

Este Tribunal estima necesario hacer referencia al tema de la invalidez. Así, la SCA en la sentencia definitiva pronunciada en el Proceso Contencioso Administrativo de referencia 213-2005 de fecha 26/05/2010, señaló que “*La invalidez es definida por algunos autores como una “situación patológica” del acto administrativo, originada por vicios en sus elementos o porque éste incumple las reglas normativas, formales y materiales que condicionan el ejercicio de la potestad de que se trata. (Ramón Parada: Derecho Administrativo, Parte General, décima edición, Marcial Pons, España, 1998). Además, citando al autor Trevijano Fos apunta que “La validez depende, además de la existencia de los requisitos constitutivos del acto, de su adecuación a la norma” (José Antonio García-Trevijano Fos: Los Actos Administrativos. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1986)*”.

Dentro de los vicios o deficiencias que afectan la validez del acto administrativo se pueden identificar tres categorías: i) nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta; ii) nulidad relativa o actos administrativos anulables; y iii) irregularidades no invalidantes, según lo ha señalado la SCA en la resolución antes citada (Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

No obstante lo anterior, se considera que solo las categorías i) y ii) tienen la capacidad de generar la invalidez del acto administrativo.

Previo a analizar en qué categoría se encuentra el quebrantamiento al debido proceso, y en consecuencia el de seguridad jurídica, denunciado por el apoderado de la denunciada, es preciso realizar las consideraciones

respecto a los principios rectores en materia de nulidad de los actos administrativos, identificándose dentro de estos principios los siguientes: legalidad, mera anulabilidad, trascendencia y conservación.

**Principio de legalidad.** En materia administrativa rige el principio de legalidad, y los vicios se relacionan directamente con un quebrantamiento del ordenamiento jurídico. En aplicación de este principio a las nulidades, se entenderá que los actos administrativos solo serán nulos cuando la ley lo establezca de forma expresa.

Esta manifestación del principio de legalidad ha sido regulada en el artículo 232 del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–, bajo lo que denomina “*Principio de especificidad*”, determinando que “*Los actos procesales serán nulos sólo cuando así lo establezca expresamente la ley (...)*”.

En aplicación de lo anterior, *la descripción de las conductas judiciales anulables, inicialmente es propia de la función legislativa, más que una labor judicial. Razón por la cual, la principal labor del tribunal sobre la nulidad, debe reducirse a la identificación y declaración de las actuaciones procesales anulables, sea por apreciación o denuncia.*

**Principio de mera anulabilidad.** Este principio implica que la mera violación al principio de legalidad no conlleva nulidad de pleno derecho (SCA, Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

**Principio de trascendencia.** Según lo establecido por la SCA solo se dicta o declara nulo un acto cuando el vicio en el que se incurre, causa indefensión o no puede ser subsanado (SCA, Sentencia Definitiva, 367-C-2004, 31/03/2019).

Asimismo, dicha Sala señaló que “*Las formas sólo acarream nulidad del acto cuando colocan al administrado en una situación de indefensión, es decir, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías. Tal aseveración se encuentra en concordancia con el principio de trascendencia de las nulidades, en virtud del cual el vicio del que adolece el acto debe de provocar una lesión a la parte que lo alega.*” (SCA, Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

Por lo anterior, mediante el reconocimiento de este principio se excluye abiertamente la aplicación de la nulidad de actos administrativos originada por meras formalidades. Más bien, constituirá una tarea del juzgador orientar la motivación del auto sobre la existencia o no de la indefensión producida a la parte afectada; pues, es innegable que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no existe la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la existencia y comprobación de un vicio procedimental no conduce indefectiblemente a la declaratoria de nulidad, debiendo tomarse siempre en cuenta si el vicio produjo o puede producir perjuicio al derecho de defensa de la parte que lo alega o en cuyo favor se ha establecido, esto es, que debe cerciorarse el aplicador de la ley si el vicio trascendió al interés del peticionario.

En razón de lo anterior, resulta indispensable que a la especificidad se acompañe la trascendencia para que pueda existir una declaratoria de nulidad.

**Principio favor acti o Conservación.** El autor Joan Manuel Trayter Jiménez, señala que por el principio denominado “*(...) favor acti o de conservación de los actos administrativos, se entiende que lo que dice la*

*Administración se presume válido porque la Administración persigue el interés público y, por tanto, si existe algún vicio de legalidad, se tenderá a aislarlo del resto de la actuación administrativa y a conservar parte no viciada (...)*".<sup>1</sup>

Este principio, implica el deber de conservar la eficacia de todos aquellos actos procesales sucesivos al anulado, siempre y cuando no guarden una relación directa con éste y sean realmente independientes; en consecuencia, es recomendable que el Tribunal incluya en la resolución estimatoria de nulidad, el señalamiento preciso de los actos procesales anulados; de tal forma que los intervinientes en el proceso tengan el conocimiento y la seguridad de los actos conservan su validez o no.

Ahora bien, habiéndose abordado el tema de los principios que rigen las nulidades en materia administrativa, es procedente analizar estas categorías de invalidez de los actos administrativos.

En ese sentido, las nulidades se clasifican según el grado de invalidez del acto administrativo en: i) nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta y ii) nulidad relativa o actos administrativos anulables; a continuación, se desarrollarán los aspectos fundamentales sobre éstas:

**(i) Nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta.**

La SCA en la sentencia definitiva pronunciada en el proceso contencioso administrativo 213-2005 (26/05/2010), señaló que la nulidad de pleno derecho *"Es una categoría de invalidez del acto, pero caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de ilegalidades o vicios que invalidan el acto administrativo"*; además, agrega que ésta es ocasionada *"(...) por vicios de tal magnitud, que desnaturalizan el acto como tal (...)"*.

En el mismo sentido, se pronuncia el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de Santa Tecla en la resolución pronunciada en el proceso de referencia 00066-18-ST-COPA-2CO de fecha 30/10/2018, señalando que *"(...) la nulidad de pleno derecho o absoluta es aquella que compone el máximo grado de invalidez, las infracciones que la generan son muy graves y sumamente excepcional es ocasionando que los actos que se encuentren viciados de manera insubsanable."*

De lo anterior, se desprende que la nulidad de pleno derecho o absoluta constituye el máximo grado de invalidez del acto administrativo *ab initio*, es decir, que desde su mismo origen está viciado por lo cual no produce efectos jurídicos. Además, los vicios que incurren en éste no pueden ser subsanados ni por convalidación, ni por el transcurso del tiempo en virtud que tienen la característica de ser imprescriptibles; por lo tanto, cualquier acto administrativo viciado con nulidad absoluta, puede ser impugnado en cualquier momento utilizándose los medios establecidos en la ley.

Las consecuencias de los actos administrativos que contienen vicios de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta son su *imposible subsanación e imprescriptibilidad*, como se ha mencionado en el párrafo

<sup>1</sup> Trayter Jiménez, Joan Manuel. (2015). Derecho Administrativo. Parte General. 2º edición. Barcelona, España. Pág. 337.

que antecede; por ello, hablamos de un tipo especial de invalidez del acto administrativo (carácter excepcional).

En este sentido, la SCA en la sentencia definitiva pronunciada en el proceso 213-2005 (26/05/2010), advierte que “(...) no toda ilegalidad o violación conlleva nulidad de pleno derecho, es decir, la mera violación al principio de legalidad no conlleva nulidad de pleno derecho (...)”. Además, la misma Sala citando al autor Roberto Dromi señala que “(...) la gravedad del acto nulo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados, en el orden público y jurídico estatal”. Por lo tanto, el grado de invalidez de los actos ha de medirse con base en la gravedad del vicio y si éste es capaz de causar lesión a los derechos e intereses de los afectados conforme a la Constitución y la ley secundaria. En consecuencia, la nulidad de pleno derecho queda reservada solo para casos excepcionales, en los que el grado de invalidez que reviste el acto administrativo sea el máximo determinado por la ley.

Para que se configure la nulidad de pleno derecho, la SCA en la resolución citada en el acápite anterior, ha señalado que deben concurrir los siguientes supuestos: “i) Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria de carácter administrativo, por haberse omitido en exceso, o fuera de las potestades normativas; ii) que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional; e iii) que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad”. Los resaltados son nuestros). Por consiguiente, no basta solo con la mera invocación del vicio que afecta el acto administrativo, sino que ha de analizarse la gravedad de la invalidez invocada, la trasgresión al ordenamiento administrativo secundario y a la Constitución, y si esta trasgresión ha sido capaz de afectar la esfera de los derechos e intereses del administrado.

Como se ha señalado en la presente resolución, la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta es una categoría de invalidez del acto administrativo, constituye el máximo grado de invalidez y trae aparejada las siguientes consecuencias: a) imposibilidad de subsanación; b) imprescriptibilidad; y c) ineficacia ab initio (no produce ningún efecto).

El artículo 36 de la LPA determina que los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando:

- a) Sean dictados por autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio;
- b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la Ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados;
- c) Se adopten prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados;
- d) Tengan un contenido imposible, ya sea porque exista una imposibilidad material de cumplimiento o porque la ejecución del acto exija de las particulares actuaciones que resulten irreconciliables entre sí;

- e) Sean constitutivos de infracciones penales o se dicten como consecuencia de éstas;
- f) Sean contrarios al ordenamiento jurídico por que se adquieren derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;
- g) Sean dictados con el propósito de eludir el cumplimiento de una Sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; y,
- h) Así lo determine expresamente una Ley especial.

Asimismo, establece que los actos viciados de nulidad absoluta o de pleno derecho no se podrán sanear ni convalidar.

#### **(ii) Nulidad relativa o actos administrativos anulables.**

Según Agustín Gordillo<sup>2</sup>, la nulidad relativa o actos administrativos anulables *“Son los que tiene vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares”*. Este tipo de actos al incurrir en vicios menos graves, pueden ser convalidados y subsanados (principio de mera anulabilidad).

Respecto a esta categoría de nulidad, la SCA en la sentencia pronunciada en el proceso contencioso administrativo de referencia 264-15, a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del día 22/07/2019, determinó que *“(…) la nulidad relativa o “anulabilidad” alude a cualquier vicio capaz de afectar la validez de un acto administrativo diferente a aquellos constitutivos de nulidad de pleno derecho -criterio residual-; además, se trata de vicios cuya alegación prescribe, sus efectos no son retroactivos y sus afectaciones al ordenamiento jurídico pueden ser subsanables.”*

Asimismo, el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de Santa Tecla en la resolución pronunciada en el proceso de referencia 00066-18-ST-COPA-2CO de fecha 30/10/2018, señala que *“Un vicio anulable o de nulidad relativa, tiene como característica la prescriptibilidad de la acción judicial, y los actos administrativos que adolezcan del mismo devienen en firmes cuando no se hace uso de los medios procesales habilitados en forma y plazos que establece el legislador.”*

En atención a lo anterior, la acción de denuncia de los actos anulables no tiene el carácter de imprescriptibilidad, por lo cual, el interesado debe de solicitar de forma oportuna su anulación, en caso contrario, se puede convalidar el acto anulable por actos posteriores o por el simple transcurso del tiempo.

Respecto a la Nulidad Relativa, la LPA determina en el artículo 37 que se consideran relativamente nulos los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que no esté calificada como nulidad absoluta o de pleno derecho.

#### **(iii) Irregularidades no invalidantes**

Como se ha mencionado anteriormente, una de las deficiencias que afectan la validez de los actos administrativos son las irregularidades no invalidantes; sin embargo, estas deficiencias no tienen la capacidad de generar la invalidez del acto administrativo.

<sup>2</sup> Gordillo Agustín. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y otras obras. Tomo 8°. Teoría General del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Pág. 244.

En el artículo 38 de la LPA, se establece este tipo de irregularidades bajo la denominación de “*Vicios de forma y en cuanto al plazo*”, y se señala respecto a estas lo siguiente: “*Los vicios de forma sólo serán causa de nulidad del acto cuando afecten a requisitos formales indispensables, o cuando la ejecución del acto coloque al ciudadano en una situación de indefensión, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías (...)*”.

La SCA en la resolución emitida a las catorce horas con cuarenta y seis minutos del día 09/03/2018 en el proceso de referencia 292-2014, señaló “*El procedimiento administrativo es una herramienta que tiende a la protección de derechos y satisfacción de pretensiones (...) Para tal efecto, se configuran determinados mecanismos legales de depuración, que permiten garantizar el cumplimiento de dicho propósito; ejemplo de ello son las ilegalidades procesales que se invocan ante cualquier contravención que se pueda manifestar a lo largo del procedimiento administrativo, con el objeto de garantizar al administrado una posibilidad real de defensa.*” –el resaltado es propio–.

Sin embargo, agregó dicha Sala, para que los mecanismos de depuración –como lo son las ilegalidades procesales– no se conviertan en dilaciones indebidas al proceso, estas deben estar amparadas al principio de **relevancia o trascendencia**, antes señalado por este Tribunal. En razón de dicho principio “*(...) las ilegalidades invocadas deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desmejora material en la esfera jurídica del administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran.*” –el resaltado es propio–.

Por consiguiente, las ilegalidades procesales solo serán declaradas nulas cuando causen indefensión.

### **C. Aplicación al caso de mérito.**

(i) En virtud de todo lo esbozado en el presente apartado, es indispensable señalar que este Tribunal ha seguido el procedimiento consignado por la LPA, otorgando las garantías del debido proceso –derecho de audiencia y defensa, igualdad, principio de aportación de la prueba, entre otros– por lo que no se configura la causal de nulidad planteada por la proveedora “*Que no está conforme con lo resuelto considerando que es ilegal y abusivo por parte de su digna autoridad*”, argumento que aparentemente pretende encajar en el artículo 36 letra b) de la LPA el cual establece que los actos administrativos incurrir en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando: “*(...) b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la Ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados; (...)*”.

(ii) La proveedora señala “*Que no está conforme con lo resuelto considerando que es ilegal y abusivo por parte de su digna autoridad*”, sugiriendo que, a criterio de la denunciada, la resolución de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del día 17/08/2023 se dictó *prescindiendo del procedimiento legalmente establecido*, -artículo 36 letra b) de la LPA-, al plantear erróneamente que apoderados de la Defensoría del Consumidor, peticionarios de la medida cautelar, son empleados de este Tribunal.

Al respecto es pertinente reiterarle al apoderado de la denunciada que este Tribunal observó plenamente el procedimiento establecido en la LPC, la cual regula la figura jurídica de las medidas cautelares, estableciendo que son aquellas acciones preventivas y temporales que puede ejercer la Defensoría del Consumidor para proteger un derecho consignado en la normativa de consumo. Dichas medidas son entendidas como los instrumentos que el ordenamiento jurídico establece para salvaguardar temporal y preventivamente un derecho o situación jurídica, mientras no se resuelva de forma definitiva.

El artículo 152 en relación con el artículo 78, ambos de la LPA, disponen que el órgano competente –en este caso el Tribunal Sancionador– podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución, el buen fin del procedimiento, el cese de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales, siempre que exista apariencia de buen derecho y peligro, lesión o frustración por demora; las cuales pueden ser decretadas de oficio o a instancia de parte.

De conformidad con lo anterior, el artículo 99 de la LPC reconoce la potestad de dictar medidas cautelares tanto a la Presidencia de la Defensoría del Consumidor como al Tribunal Sancionador, en los casos que exista un riesgo inminente a los derechos a la vida, salud, seguridad y medio ambiente en el consumo o uso de bienes o servicios. Dicho precepto establece que, este Tribunal puede ordenar cualquiera de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 100 de la LPC.

En ese orden de ideas, los argumentos expuestos por el apoderado de la denunciada, no logran evidenciar una lesión a los derechos de audiencia, defensa, debido proceso ni, por consiguiente, que la resolución sea ilegal y arbitraria, sino que denotan, más bien, una mera inconformidad con el contenido de la resolución pronunciada a las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del día 17/08/2023; siendo procedente entonces, declarar *no ha lugar la nulidad* alegada por la denunciada.

Adicionalmente, este Tribunal considera oportuno reiterarle al apoderado de la denunciada los fundamentos que motivan la medida cautelar dictada, los cuales se desarrollan a continuación:

Las medidas provisionales tienen la característica de ser instrumentales, es decir, son los medios a través de los cuales tanto los juzgadores como los tribunales administrativos aseguran la efectividad de sus resoluciones. En tal sentido, lo regula el artículo 78 inciso 1º de la LPA, determinando que se pueden adoptar las medidas provisionales que se consideren oportunas, para asegurar la eficacia de la resolución. Asimismo, el artículo 152 de la misma ley, prescribe que *“(...) el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante resolución motivada, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución, el buen fin del procedimiento, el cese de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales”*.

En atención a lo anterior, este Tribunal en resolución anterior (fs. 124-128) ha señalado que en el presente caso la elección de la medida cautelar de fianza obedece al hecho que la conducta ilícita que supuestamente ha realizado la denunciada, podría ser constitutiva de la práctica abusiva consistente en *“Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento,*

*retracto o reversión de pagos*” –infracción al artículo 44 letra k) de la LPC–, poniendo en una situación de desequilibrio a la consumidora; en consecuencia, la afectación al interés de la consumidora es de carácter económico; por lo cual, se determinó que la medida proporcional e idónea que se debía decretar en el presente procedimiento es la determinada en la letra d) del artículo 100 de la LPC: *“La rendición de fianza suficiente para garantizar los resultados de los procedimientos”*; a fin de salvaguardar el interés de la consumidora, en caso que la resolución fuere estimatoria a sus intereses.

En resumidas cuentas, la elección de fianza está orientada a garantizar los derechos económicos de la consumidora, por consiguiente, en caso de estimarse la pretensión de resarcimiento de la consumidora y de determinarse la responsabilidad administrativa de la proveedora en el supuesto cometimiento de la conducta tipificada como infracción al artículo 44 letra k) de la LPC, este Tribunal con base en lo regulado en los artículos 83 letra c) y 48 inciso 2° de la misma ley, estaría habilitado para ordenar a la denunciada la devolución correspondiente en virtud del ejercicio del derecho de desistimiento, conforme a la denuncia de la consumidora.

De ahí que, uno de los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares analizados en la resolución de fs. 124-128, lo constituye la apariencia de buen derecho. Al respecto, se valoró que en el presente procedimiento existe la presunta vulneración a los derechos económicos de una consumidora que suscribió un contrato de adhesión con la proveedora. En virtud de la relación de consumo entablada entre ambos, se señaló que la denunciada aprovechándose de su posición dominante realizó la práctica abusiva consistente en negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, retracto o reversión de pagos, incumpliendo la LPC.

Así, en el presente caso, este Tribunal consideró que se configuró la apariencia de buen derecho *por existir indicios que la proveedora se ha negado a hacer la devolución de dinero a la consumidora a pesar de que ésta ejerció su derecho de desistimiento afectando los intereses económicos de la misma.*

El segundo de los presupuestos analizados es el *periculum in mora* que, como lo ha señalado la SCA en la resolución emitida en el Proceso Contencioso Administrativo de referencia 69–2016 de fecha 18/03/2016, consiste en: *“(…) el temor fundado de que el derecho pretendido se frustré o sufra un menoscabo durante la sustanciación del presente proceso tendiente a tutelarlos (…)”*.

Del mismo modo, en el procedimiento sancionatorio de consumo surge la necesidad de la adopción de medidas provisionales, para asegurar la eficacia de la resolución que haya de emitirse. Más allá, de garantizar las resultas del propio procedimiento sancionador –imposición de una multa–, también busca asegurar la tutela efectiva de los derechos de los consumidores, en caso de estimarse la pretensión de resarcimiento de la consumidora. Así, en el presente procedimiento, por la naturaleza de los intereses afectados por la supuesta práctica abusiva realizada por la denunciada –*Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, retracto o reversión de pagos*–, la medida cautelar de fianza tiene por objeto garantizar la compensación económica a la consumidora afectada.

En virtud de lo anterior, este Tribunal garante del Estado de Derecho no puede dejar desprotegida a la consumidora denunciante; siendo procedente *confirmar* la medida decretada mediante la resolución de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del día 17/08/2023 (fs. 124-128), consistente en la rendición de fianza suficiente por parte de Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. por el monto *preliminar* de \$1,485.00 dólares, equivalentes al valor pagado por la consumidora en concepto de la contratación objeto de desistimiento.

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

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

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

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

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

1. Copia confrontada de comprobante de caja número 000029, a nombre de la señora [redacted] de fecha 11/02/2020 (fs. 3), por la cantidad de \$1,485.00 en concepto de pago de programa y gastos.
2. Fotocopias de reglamento para uso de plan cero noches, solicitud de programa, puntos de verificación, certificados de regalo, hoteles afiliados, beneficios y multidestinos, y términos y condiciones de plan referidos participa y gana más (fs. 4 a 11).
3. Fotocopias confrontadas de vouchers, por las cantidades de \$500.00 y \$242.50 (fs. 12).
4. Copia confrontada del contrato de suscripción de membresía local de fecha 11/02/2020 (fs. 13 y 14) que contiene las obligaciones de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. y la consumidora, comprobando la relación contractual preexistente a la denuncia.
5. Fotocopia confrontada de carta de reclamo, de fecha 17/02/2020 (fs. 20) suscrita por la señora [redacted], mediante la cual ejerce su derecho de desistimiento, solicitando la devolución de lo pagado.

#### **VIII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN**

Al respecto, este Tribunal Sancionador deberá analizar –en el caso en particular–, en primer lugar, que la consumidora ha desistido de la contratación; en segundo lugar, que la consumidora ha pagado el precio total del contrato o al menos una parte del mismo; y, en tercer lugar, la negativa de la proveedora –de forma expresa o tácita– a entregar a la consumidora la cantidad de dinero correspondiente.

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

1. La relación de consumo existente entre la consumidora y la proveedora denunciada; así como la fecha de celebración del contrato –11/02/2020– y el valor total del contrato: \$1,485.00 (fs. 13 y 14).
2. Que la consumidora efectivamente presentó ante la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. un escrito en el que solicita que se haga efectiva la devolución de lo pagado. Mediante dicho escrito se demuestra que la consumidora, efectivamente, ejerció su derecho de desistimiento.
3. Con el comprobante de caja número 000029 a nombre de la señora [redacted] (fs. 3) se comprueba el pago realizado a la proveedora por la cantidad de \$1,485.00, en concepto de pago de programa y gastos.

4. Por medio de la carta de reclamo (fs. 20) se ha acreditado que la señora [REDACTED], ejerció su derecho de desistimiento, solicitando la devolución de lo pagado, sin que la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. se hubiera pronunciado al respecto.

*B.* En este punto, es importante retomar el argumento esgrimido por la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., y así poder establecer en primer lugar, si al momento en que la consumidora ejerció su derecho a desistir del contrato, el servicio ya había sido prestado o no, para posteriormente determinar si la consumidora tenía derecho a desistir del contrato o no.

*I.* En el presente caso, nos encontramos ante un contrato de adhesión, mediante el cual las cláusulas y condiciones generales del mismo, son establecidas de forma unilateral por la proveedora y en el cual el consumidor no tiene la posibilidad de negociar aspectos del mismo, sino solo aceptar o rechazar tal propuesta.

Según consta en la copia del contrato (fs. 13 y 14) suscrito por la consumidora, hace referencia a que los servicios serán prestados por la sociedad Bahía del Sol, S.A. de C.V. siendo el **objeto del contrato** contenido en la cláusula I): "*La sociedad proporcionará al Contratante una Membresía Personal del CLUB DE SERVICIOS TURISTICOS denominado comercialmente "BAHÍA DEL SOL", la cual estará sujeta y se regulará por las condiciones, modalidades, pactos y renunciaciones, contenidas en el presente documento (...)*", por un periodo de 3 años, según cláusula IV) **DURACION DEL CONTRATO**, que establece: "*La duración del presente contrato de Membresía será de 2 años, contados a partir de esta misma fecha...*". Asimismo, se reitera en dicho documento que se trata precisamente de la prestación de servicios turísticos y hoteleros, descuentos en la renta de habitaciones, alimentación y bebidas, eventos especiales y equipo acuático que serán aplicables en el HOTEL BAHIA DEL SOL.

Resulta pertinente además mencionar que en el texto del contrato se establece en la cláusula I) letra O), que, *para hacer uso de su membresía, en temporada alta, el contratante deberá como requisito indispensable, hacer su reservación con un mínimo de noventa días de anticipación.* De la misma manera, en la letra P) de la referida cláusula se dispone que, *para hacer uso de su membresía en temporada baja, el contratante deberá como requisito indispensable, hacer su reservación con un mínimo de diez días de anticipación.*

Es así, que, de la lectura de dichas condiciones, se puede entender que, para hacer uso de los servicios prestados por la proveedora denunciada, se le impone al consumidor un requisito ineludible, el cual como se mencionó anteriormente, es realizar una reservación con un tiempo anticipado. Es decir, que, aunque el consumidor obtenga la membresía para hacer uso de las instalaciones y demás beneficios, éste no puede presentarse sin previo aviso al hotel.

Este Tribunal concluye entonces, que en el presente caso **los servicios contratados no se habían prestado** al momento que la consumidora comunicó a la proveedora, BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., su voluntad de desistir y realizó la solicitud de la devolución de lo pagado a cuenta del servicio contratado, según expuso mediante escrito.

2. En concordancia con lo anterior, y al haberse determinado que los servicios contratados por la consumidora no se habían prestado al momento en que ésta comunicó su deseo de dejar sin efecto la contratación a la proveedora, se concluye que **sí nos enfrentamos a hechos que encajan dentro de lo regulado por el artículo 13 inciso 4º de la LPC** que dispone: “cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado”; y a la señora sí le asistía su derecho, y que fue ejercido mediante escrito.

C. Al establecerse que la consumidora estaba facultada por ley para ejercer su derecho de desistimiento, la proveedora sí estaba en la obligación de devolverle la cantidad de dinero pagada a cuenta del servicio contratado y que no fue prestado. No obstante, en el presente expediente se comprobó que la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., no hizo efectiva la devolución del dinero a la consumidora a pesar que ésta manifestó su derecho de desistimiento.

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

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

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa que solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]. En este orden, conforme al

principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

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

De manera que, analizada la conducta objeto del presente procedimiento, este Tribunal advierte que la misma le es imputable a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., por ser ésta la que contrató con la consumidora y por ser quien se encontraba obligada a devolver las cantidades pagadas cuando se ejerció el derecho de desistimiento.

Por lo anterior, se determina que la conducta de la proveedora, comprobada en el presente procedimiento, se adecúa al ilícito administrativo establecido en el artículo 44 letra k) de la LPC. Por consiguiente, es procedente sancionar a la denunciada por *“Negarse a hacer la devolución del dinero, cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento (...)”*.

#### **IX. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN**

Como se expuso en los acápites precedentes, se ha comprobado fehacientemente la comisión de la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por parte de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.; y es procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 47 de la LPC, según los parámetros establecidos en la ley en mención.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió el infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

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

##### **a. Tamaño de la empresa.**

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: *“Microempresa: Persona natural*

*o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores.*

**Pequeña Empresa:** *Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores”.*

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistente en: copias de formularios de declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios del mes de enero de 2020 al mes de septiembre de 2021 -fs. 52 al 93-; copia de formulario de declaración del Impuesto sobre la Renta y Contribución Especial del año 2020 -fs. 94-; y estado de resultados del año 2020 -fs. 95 y 96-; se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, por ser el año en el que ocurrieron los hechos de la infracción, comprobando que, en el referido año, la proveedora tuvo un total de ingresos por la cantidad de \$2,640,384.80 dólares de los Estados Unidos de América.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, los cuales se equiparan a los de una gran empresa (declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020), por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una empresa de tamaño grande.

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

**b. Grado de intencionalidad del infractor.**

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o, cuando menos, culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable. En ese sentido, en reiteradas ocasiones se ha establecido a través de sus resoluciones conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso 2° de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables, aún a título de simple negligencia o descuido.

En el caso de mérito, la LPC insta la obligación de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., de efectuar la devolución del dinero, de conformidad al artículo 13 inciso 4°: *“cuando el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado”*; no obstante, como ya se ha mencionado, la proveedora no atendió dicho mandamiento legal, ni esgrimió alguna eximente válida.

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

***c. Grado de participación en la acción u omisión.***

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. es directa e individual, pues se acreditó que se negó a hacer la devolución del dinero, a pesar que la consumidora había ejercido su derecho de desistimiento, lo cual afectó la esfera patrimonial de la consumidora.

***d. Impacto en los derechos del consumidor y naturaleza del perjuicio ocasionado.***

En el presente caso, con la comisión de la infracción administrativa por parte de la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS S.A. de C.V., consistente en negarse a devolver las cantidades de dinero pese a que la consumidora ejerció su derecho de desistimiento —artículo 44 letra k) de la LPC—, se ocasionó una afectación a la esfera jurídica de los derechos de la consumidora, quien no pudo ejercer efectivamente la devolución de lo pagado, conforme al artículo 13 inciso 4º de la LPC, disposición que era aplicable para los hechos analizados en la resolución de mérito, según se estableció en el apartado VIII de la presente resolución.

La conducta infractora de la proveedora, ocasionó un perjuicio económico a la consumidora, en razón de que esta erogó la cantidad de \$1,485.00 dólares de los Estados Unidos de América –fs. 3– en concepto de programa y gastos administrativos, a la fecha en que ejerció su derecho de desistimiento. Lo anterior supuso, además, no sólo la disminución en el patrimonio de la consumidora que pudo utilizar para otros propósitos dicha suma de dinero, sino también perdió la posibilidad de eventuales beneficios económicos derivados de la referida suma.

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

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

Mediante la imposición de la multa, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo<sup>3</sup> 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.

<sup>3</sup> "(...) La sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado, que es desincentivar conductas ilícitas, razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular interesado. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía, de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados", Resolución Final N° 08-2020/CC2 emitida el 07/01/2020 por la Comisión de Protección al Consumidor N°2 Sede Central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú.

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

#### X. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VIII de esta resolución, la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., cometió la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, al negarse a devolver el dinero pese a que la consumidora ejerció el derecho de desistimiento; y de acuerdo al artículo 47 de la LPC, las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Al respecto, es importante señalar que las sanciones en materia de consumo tienen doble finalidad: por un lado, corregir al que ha realizado la práctica ilegal y, por otro, evitar que se sigan cometiendo conductas prohibidas en detrimento de los consumidores (carácter disuasivo de la sanción).

En tal sentido, en el presente caso, se debe tomar en cuenta el daño que la infractora ocasionó a la consumidora por la conducta cometida, con el propósito de cumplir con la finalidad perseguida por el legislador y con el objeto de establecer el monto mínimo base que la multa a imponer podría llegar a tener, de modo que, en el presente caso no podría sancionarse a la proveedora por una suma menor de la cantidad a la que asciende el presunto daño ocasionado a la consumidora.

Por consiguiente y en atención a los criterios para la determinación de la multa —ampliamente desarrollados en el apartado anterior—, este Tribunal impone a BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. una multa de **NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$9,733.44)**, equivalentes a 32 meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción *muy grave* regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por no devolver el dinero pagado a la consumidora, señora [redacted] cuando ejerció su derecho de desistimiento, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; multa que representa el 6.4% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción —500 salarios mínimos urbanos en el sector industria—, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

#### XI. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA

La consumidora en su denuncia solicitó que la proveedora le realice la reversión de pago, que cancele el contrato, que le devuelva lo pagado en su totalidad por la cantidad de \$1,485.00 y que le entregue una constancia de cancelación o finiquito, en razón de ello, es necesario señalar lo siguiente:

7 A. Concerniente a la reposición de la situación alterada por la conducta infractora, la letra c) del artículo 83 de la LPC, expresamente señala que dentro de las atribuciones de este Tribunal se encuentra: "(...) c) Ordenar al infractor, en los casos de afectación a intereses individuales, colectivos o difusos, la reposición

*de la situación alterada por la infracción, a su estado original. Entre las medidas para lograr la reposición de la situación alterada podrán ordenarse, la sustitución del bien; la devolución de lo cobrado indebidamente o la rebaja del precio (...)*”.

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

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

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

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

**C.** Conforme al artículo 4 letra p) de la LPC la titularidad del derecho a desistir o retractarse de un contrato en los términos de la misma ley le corresponde al consumidor, como un derecho irrenunciable de acuerdo al artículo 5 de la misma ley, siendo procedente ordenar la reposición de la situación alterada de conformidad a la pretensión de la consumidora, la cual consiste en que la proveedora le realice la reversión de pago, que cancele el contrato, que le devuelva lo pagado en su totalidad por la cantidad de \$1,485.00 y que le entregue una constancia de cancelación o finiquito.

Por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente ordenar a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. DE C.V. la finalización del contrato, y por ende la entrega de una constancia de cancelación o finiquito a la consumidora, así como la devolución de lo pagado por la consumidora señora [REDACTED] por la cantidad de \$1,485.00 dólares que se le han cargado a sus tarjetas de crédito —según contrato de suscripción de membresía local de fs. 13 y 14— en

concepto de prima y gastos administrativos por los servicios turísticos y de paquetes vacacionales los cuales no fueron prestados, y de los cuales la consumidora ejerció su derecho de desistimiento.

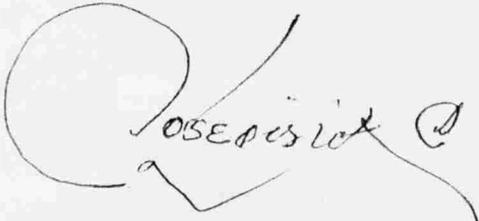
## XII. DECISIÓN

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

- a) *Téngase* por recibido el escrito firmado por el apoderado de la proveedora licenciado [REDACTED] (fs. 131-133).
- b) *Declárase no ha lugar* la solicitud de nulidad de la medida provisional de fianza decretada por este Tribunal mediante la resolución de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del día 17/08/2023 (fs. 124-128), por los motivos desarrollados en el romano VI de la presente resolución.
- c) *Sanciónese* a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. con la cantidad de **NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$9,733.44), equivalentes a 32 salarios mínimos urbanos en la industria —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—** en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra k) de la LPC, por no devolver el dinero pagado a la consumidora, señora [REDACTED], pese haber ejercido su derecho de desistimiento, conforme al análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.  
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**
- d) *Ordénese* a la proveedora BAHÍA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. *finalizar* el contrato, y por ende la entrega de una constancia de cancelación o finiquito a la consumidora, y *devolver* a la señora [REDACTED] la cantidad de **MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,485.00).**
- e) *Ordénese* a la Secretaría de este Tribunal certificar la presente resolución a la señora [REDACTED] para las acciones legales que estime convenientes.
- f) *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.

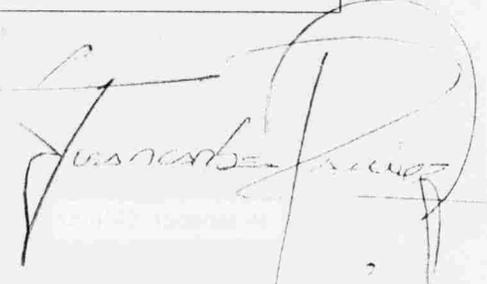
g) Notifíquese.



José Leoisick Castro  
Presidente



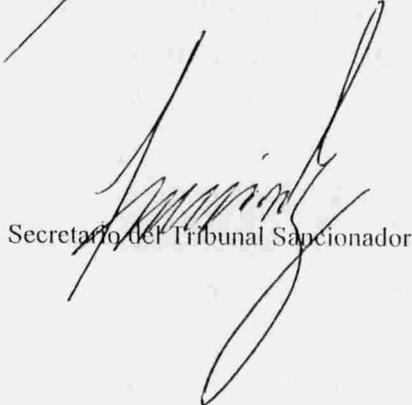
Pablo José Zelaya Meléndez  
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal

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

OG/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador