

"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

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 24/11/2023. Hora: 10:15 Lugar: San Salvador.	Referencia: 455-2021
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Consumidor denunciante:			
Proveedora denunciada:	BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>En fecha 03/03/2021, la consumidora _____ interpuso su denuncia —folio 1— <i>“que en fecha 05/05/2019 firmó contrato con el proveedor de suscripción de membresía local por \$1,212.00, a dos años plazo; es el caso que el proveedor ha incumplido el contrato, ya que cuando firmo el contrato le manifestaron que si presentaba referidos no le iban a cobrar el costo de mantenimiento por cada año (\$300.00 anual) y a la fecha le están realizando el cobro por \$600.00 en concepto de mantenimiento por los 2 años, con lo cual no está de acuerdo; expresa que solo ha hecho uso de las instalaciones una vez, que no hizo uso de las regalías, que en el mes de septiembre intentó hacer uso le manifestaron que no había cupo, informa que las tarjetas de entrada se las entregaron hasta el 03/12/2020 y cuando intentó utilizarlas no le permitieron la entrada por no haber pagado desde esa fecha el costo de mantenimiento; el cual vía teléfono y mensaje en chat se le informó de parte de Bahía del Sol, la gestora de cobro llamada _____ que no podría acceder hasta que pagara el costo de mantenimiento pendiente del año 2020, debido al incumplimiento del proveedor ya no realizo pagos, además que estuvieron las instalaciones cerradas durante la pandemia lo cual considera que es un cobro que no se debió realizar cuando ni durante la pandemia estuvieron disponibles las instalaciones (...); recibiendo gestiones de cobro donde la amenazan con embargo y dañar su récord crediticio en las agencias de información”.</i></p> <p>En fecha 03/03/2021, se dio inicio a la etapa de avenimiento y se les comunicó a la denunciada, mediante correo electrónico, que se le concedía el plazo de 3 días hábiles contados a partir de la recepción de la notificación, para ofrecer alternativas de solución; adjuntándose copia de la denuncia —fs. 31—</p> <p>Posteriormente, en fecha 17/03/2021 —fs. 39—, la consumidora ratificó su denuncia y solicitó la programación de audiencias conciliatorias, notificando a la proveedora en fecha 07/05/2021 (fs. 41) de la audiencia de conciliación programada para el día 13/05/2021. Conforme al acta de resultado de conciliación (fs. 50), se hizo constar que la misma fue suspendida por falta de acuerdo entre las partes.</p> <p>En ese sentido, el Centro de Solución de Controversias —en adelante CSC—, conforme al artículo 143 c) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, remitió el expediente, recibándose en este Tribunal en fecha 21/05/2021.</p>			
III. PRETENSIÓN PARTICULAR			

La consumidora solicitó: *“que el proveedor de por terminado el contrato sin penalidad debido al incumplimiento de contrato por parte del proveedor, que cesen las llamadas de cobros de forma injurante y que si la han reportado en las agencias de información dañando su récord crediticio retiren dicho reporte. Todo lo anterior en base a los artículos 4 e), 18 letra f) y 43 literal e), 44 literal e), 143 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor, y el artículo 71 y 150 de la Ley de Procedimientos Administrativos”* (sic).

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN

Tal como consta en resolución de inicio —folios 53-54—, se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción grave establecida en el artículo 43 letra e) de la LPC, que estipula: *“Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: e) No (...) prestar los servicios en los términos contratados (...)”*.

La LPC prevé una serie de obligaciones y prohibiciones dirigidas a los proveedores, estableciendo una serie de infracciones administrativas en caso de incumplimientos por parte de los mismos, entre las cuales se encuentra la contemplada en el artículo 43 letra e) de la LPC, el cual, literalmente prescribe que constituye una infracción grave: *“No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados”* (resaltado es propio). La anterior disposición, se encuentra estrechamente vinculada con los derechos básicos e irrenunciables que la LPC dispone para todos los consumidores, específicamente el que se establece en el artículo 4 letra e. de la ley en mención: *“Adquirir los bienes o servicios en las condiciones o términos que el proveedor ofertó públicamente”* (resaltado es propio), de tal suerte que todo proveedor de bienes está obligado a garantizar que el consumidor fue plenamente informado de todos los términos de la contratación y que se le realizó una entrega efectiva del objeto de la misma.

Por lo anterior, en el presente caso, este Tribunal deberá analizar si los supuestos infractores, proporcionaron de forma clara los términos de la contratación, cuáles fueron *las condiciones en que se ofreció el servicio*, en cuanto a calidad, cantidad, precio y tiempo de cumplimiento (entre otros), según corresponda; y determinar finalmente, *la existencia del incumplimiento por parte de las proveedoras* en la prestación de los servicios, según los términos contratados por los consumidores, lo que, en caso de configurarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 46 del referido cuerpo de ley, siendo esta la multa hasta de doscientos salarios mínimos urbanos en el sector comercio e industria.

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. 53-54 se les 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 12/07/2023, según acta de fs. 56.

I. En fecha 25/07/2023 se recibió escrito (fs. 64-65) firmado por el licenciado _____, en el cual el referido profesional intervino en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la proveedora Bahía Los Sueños, S.A. de C.V., contestó la denuncia en sentido negativo y como mecanismo de defensa solicitó se declarara improponible el presente procedimiento en razón de, a su criterio, haber operado la prescripción de la acción administrativo sancionatoria y la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, adicionalmente adjuntó la documentación tributaria requerida (fs. 71-72), 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 diez horas con veinte minutos del día 13/09/2023, resolvió el planteamiento efectuado por el licenciado _____ 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 22/09/2023 (fs. 78) etapa en la que la proveedora presentó el escrito de fecha 09/10/2023 —fs. 81-82— a través del licenciado _____ 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 interpuesto 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.*

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. 81-82), el apoderado de la denunciada solicita la nulidad de la medida cautelar de fianza de \$600.00 dólares, decretada por este Tribunal mediante la resolución de las diez horas con veinte minutos del día 13/09/2023 (fs. 73-77).

En relación a los argumentos vertidos por el apoderado de la denunciada, este Tribunal estima conveniente hacer referencia 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 acarrearán 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 (...)”*¹

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:

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

(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 este 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 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 adquierén 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 Gordillo², 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,

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

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.

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 incurren 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 diez horas con veinte minutos del día 13/09/2023 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 diez horas con veinte minutos del día 13/09/2023; siendo procedente entonces, declarar *no ha lugar la nulidad* alegada por el apoderado de 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. 73-77) 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 *"No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados"* –infracción al artículo 43 letra e) de la LPC–, poniendo en una situación de desequilibrio a la consumidora; en consecuencia, la afectación a los intereses de la consumidora denunciante 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 denunciante, por consiguiente, en caso de estimarse la pretensión de resarcimiento y de determinarse la responsabilidad administrativa de la proveedora en el supuesto cometimiento de la conducta tipificada como infracción al artículo 43 letra e) de la LPC, este Tribunal con base en lo regulado en los artículos 83 letra c) y 48 inciso 2º de la misma ley, estaría habilitado para ordenar a la denunciada la devolución correspondiente.

De ahí que, uno de los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares analizados en la resolución de fs. 73-77, 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 la consumidora

que suscribió 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 no prestar los servicios en los términos contratados, 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 no presto los servicios en los términos contratados, afectando sus intereses económicos.*

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 frustre o sufra un menoscabo durante la sustanciación del presente proceso tendiente a tutelarlo (...)*”.

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 del derecho del consumidor, en caso de estimarse la pretensión de resarcimiento del consumidor. Así, en el presente procedimiento, por la naturaleza de los intereses afectados por la supuesta práctica abusiva realizada por la denunciada –*No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados*–, 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 desprotegido a la consumidora denunciante; siendo procedente *confirmar* la medida decretada mediante la resolución de las diez horas con veinte minutos del día 13/09/2023 (fs. 73-77), consistente en la rendición de fianza suficiente por parte de Bahía Los Sueños, S.A. de C.V. por el monto *preliminar* de \$600.00 dólares, equivalentes al valor pagado por la consumidora en concepto de mantenimientos anuales en relación con los servicios no prestados en los términos acordados.

VII. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: “*Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba*

y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate". (Los resaltados son nuestros).

Dicho esto, el 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 (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 e) de la LPC.

2. En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental de las partes intervinientes, de las cuales serán valoradas únicamente las pertinentes, consistente en:

- a) Fotocopia confrontada de contrato de suscripción de membresía local No. 00346 de fecha 05/05/2019 (fs. 8) celebrado entre la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. y la consumidora [redacted], comprobando la relación contractual preexistente a la denuncia.
- b) Fotocopias de Certificados de regalos a favor de la consumidora (fs. 11-14).
- c) Fotocopias de impresiones de captura de pantalla de WhatsApp, en donde se le indica a la consumidora [redacted] que se encuentra en mora por pagos pendientes (fs. 16-19 y 23-25).
- d) Fotocopia de solicitud de programa de fecha 05/05/2019, en donde se establece el titular y cotitular de la membresía, duración, precio y beneficios obtenidos (fs. 20).
- e) Fotocopia de los Términos y Condiciones de Plan de Referidos firmada por la consumidora [redacted], en donde se establece que es un beneficio adicional al socio para exonerar las cuotas anuales de mantenimiento por un monto de \$300.00 dólares cada una. Se establecen todos los requisitos para obtener dicho beneficio (fs. 21).
- f) Fotocopia de captura de pantalla de correo electrónico de fecha 20/01/2021 en donde la proveedora le invita a actualizar la lista de referidos a la consumidora y le recuerda que por cada referido que

brinde que realice una compra mayor o igual a \$3,000.00 dólares quedara exonerada de un mantenimiento (fs. 22).

VIII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. En el presente caso la infracción denunciada por la consumidora [REDACTED] es la descrita en el artículo 43 letra e) de la LPC, que prescribe: "*Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: e) No (...) prestar los servicios en los términos contratados (...)*"; en consecuencia, de los precitados documentos que obran en el expediente administrativo, se ha acreditado, mediante prueba indiciaria o directa:

1. La vinculación entre la consumidora y la denunciada, en virtud de la celebración del contrato de suscripción de membresía local No. 00346 cancelando la cantidad de \$1,212.00 dólares, suma entregada a la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., conforme a lo consignado en los documentos de folios 8 al 9 y 16 al 17.

2. Según consta en la copia de los términos y condiciones del plan de referidos (fs. 21) el mantenimiento anual se encuentra regulado en el contrato de suscripción de membresía, en el que se establece que el programa consta de 2 mantenimientos por el monto de \$300.00 dólares cada uno, los cuales serán cobrados durante la vigencia del contrato.

Sin embargo, el plan referidos es un beneficio extra que se pone a disposición del socio, brindándole una oportunidad de exonerar los mantenimientos anuales, cabe destacar que existen términos y condiciones para que los socios puedan obtener dicho beneficio, los cuales son:

- a) Brindar una lista de referidos al momento de la compra, la cual será anexada al expediente del socio.
- b) Agregar más referidos notificándolo al correo: [REDACTED]
- c) Por cada uno de los referidos incluidos en las listas proporcionadas que adquieran una membresía con Hotel Bahía del Sol, por el valor igual o superior de (...) será exonerada una cuota de mantenimiento anual.

En ese sentido, con relación a la fotocopia de impresión de captura de pantalla de correo electrónico de folios 22, la proveedora establece que por cada referido que compre una membresía mayor o igual a \$3,000.00 dólares el socio quedara exonerado de la cuota de mantenimiento anual.

Ahora bien, este Tribunal luego de analizar la documentación probatoria incorporada en el presente expediente, las alegaciones de las partes, los hechos denunciados y los elementos indispensables para la configuración de la infracción administrativa atribuida, concluye que en este procedimiento no pudo comprobarse fehacientemente a la sociedad BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V., la efectiva comisión de la infracción administrativa descrita en el artículo 43 letra e) de la LPC: "*Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: e) No (...) prestar los servicios en los términos contratados (...)*", esto, debido a que de lo manifestado por la consumidora en su denuncia y del contrato suscrito y los términos y condiciones de

plan referidos agregados al expediente, se tienen como hechos comprobados que la consumidora contrató una membresía personal de club de servicios turísticos, por la cantidad de \$1,212.00 dólares, a lo cual señala que se le hizo saber que la cuota de mantenimiento anual sería de \$300.00 dólares, pero si refería personas quedaba exonerada de dicho pago por dos años (\$600.00 dólares), lo cual a su criterio sí cumplió.

Ahora bien, con la fotocopia de los términos y condiciones del plan de referidos, este nos permite confirmar que, para que la consumidora pudiera aplicar a dicho beneficio, en primer lugar tenía que entregar una lista de referidos a la proveedora, en segundo lugar el referido tenía que contratar directamente con la proveedora denunciada una membresía, y como último requisito el monto de la membresía a contratar tenía que ser mayor o igual a \$3,000.00 dólares según correo electrónico enviado por la proveedora (fs. 22). Finalmente, si bien es cierto la consumidora afirma que entregó las listas de referidos solicitadas por la proveedora al momento de celebrar el contrato, no hay prueba fehaciente que demuestre que dichos referidos contrataron directamente una membresía con la proveedora. Por consiguiente, lo afirmado por la parte consumidora sobre este punto no ha sido lo suficientemente claro ni comprobado en el presente procedimiento.

En esta línea argumentativa, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia —en adelante SCA—, mediante resolución de las once horas con treinta y cinco minutos del 06/12/2019, en el procedimiento bajo referencia 558-2013, manifestó que la imputación de una infracción no puede fundamentarse en suposiciones o sospechas, sino que debe inferirse más allá de la duda razonable mediante prueba suficiente (ya sea indiciaria o directa) que conlleve a una convicción plena de la conducta reprochable imputada, ya que, para imponer una sanción, no basta que los hechos constitutivos de infracción sean probables, sino que deben estar suficientemente acreditados para ser veraces.

Aunado a lo dicho, es importante referirse a la garantía constitucional de la presunción de inocencia, el cual según la Sala de lo Constitucional —v.gr. en la resolución de fecha 16/01/2004 en el proceso de hábeas corpus con número de referencia 73/2003— se define como: *“La presunción de inocencia es la garantía constitucional que ampara al inculcado desde el momento de la imputación y que lo acompaña durante el transcurso de todo el proceso; justamente, la presunción de inocencia opera en el sentido de no poder considerar culpable a la persona imputada hasta en tanto no exista una comprobación conforme a la ley y en juicio público en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”*. Los resaltados son nuestros.

Como en reiteradas resoluciones ha expuesto este Tribunal, el ejercicio de la potestad sancionatoria requiere de elementos que establezcan o denoten la concurrencia de una infracción tipificada en la normativa aplicable, a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del presunto infractor con una prueba de cargo fehaciente.

Por consiguiente, este Tribunal garante del Estado de Derecho y en aplicación del principio de presunción de inocencia, ante la insuficiencia de elementos probatorios capaces de determinar la configuración de la infracción establecida en el artículo 43 letra e) de la LPC, por "No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados", en relación a lo prescrito en el artículo 4 letra e): "Adquirir los bienes o servicios en las condiciones o términos que el proveedor ofertó públicamente", estima procedente *absolver* a BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. del referido ilícito jurídico; razón por la cual, además, no es posible aplicar el artículo 83 letra c) de la LPC, respecto de la reposición de la situación alterada.

IX. DECISIÓN

Por lo antes expuesto, y de conformidad a los artículos 101 inciso segundo, 14 y 86 de la Constitución de la República; 4 letra e), 43 letra e), 83 letra b), 144, 167 y siguientes de la Ley de Protección al Consumidor; 153 y 154 de la Ley de Procedimientos Administrativos y artículo 218 del Código Procesal Civil y Mercantil, en uso de las facultades que la ley confiere, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Absuélvase* a la proveedora BAHIA LOS SUEÑOS, S.A. de C.V. por la infracción establecida en el artículo 43 letra e) de la LPC, por "No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados", en relación a lo prescrito en el artículo 4 letra e): "Adquirir los bienes o servicios en las condiciones o términos que el proveedor ofertó públicamente", en relación a la denuncia presentada por la señora *[Redacted]*.

b) *Notifíquese* a los sujetos intervinientes.

c) *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.

[Handwritten signature]
José Leóisick Castro
Presidente

[Handwritten signature]
Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

[Handwritten signature]
Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

FJ/MIP

[Handwritten signature]
Secretario del Tribunal Sancionador