

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las quince horas y diez minutos del veintiséis de junio de dos mil quince.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por Banco Salvadoreño, Sociedad Anónima, luego Banco HSBC Salvadoreño S.A. ó Bancosal, Sociedad Anónima, que pueden abreviarse Banco HSBC Salvadoreño S.A., Banco HSBC, S.A., Banco Salvadoreño S.A., o Bancosal S.A., ahora Davivienda S.A., de este domicilio; por medio de su apoderado general judicial licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra, quien posteriormente fue sustituido por el licenciado Henry Salvador Orellana Sánchez, impugnando de ilegales los actos administrativos emitidos por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, que se detallan a continuación:

a) Resolución dictada a las trece horas del diez el octubre del dos mil siete, mediante la cual se resolvió: (1) sancionar al Banco Salvadoreño S.A. con la cantidad de quinientos once mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América (\$511,200.00), equivalentes a cuatro millones cuatrocientos setenta y tres mil colones (¢4,473,000.00) en concepto de multa por infracción al artículo 44 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor; (2) ordenar la devolución de de trescientos noventa y seis mil setecientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos de dólar (\$396,793.77), equivalentes a tres millones cuatrocientos setenta y un mil novecientos cuarenta y cinco colones con cuarenta y nueve centavos de colón (¢3,471,945.49) por cobros realizados en concepto de recargo por inactividad a las cuentas de ahorro con saldos iguales o mayores a veinticinco dólares, durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis, y (3) ordenar la devolución por la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con treinta y cuatro centavos de dólar (\$32,445.34) equivalentes a doscientos ochenta y tres mil ochocientos noventa y seis colones con setenta y tres centavos de colón (¢283,896.73) en concepto de cobros por comisión por manejo de cuentas de ahorro, durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis.

b) Resolución emitida a las trece horas cincuenta minutos del seis de noviembre del dos mil siete, por medio de la cual se declaró sin lugar la revocatoria interpuesta, y confirmó el acto anteriormente descrito.

Han intervenido en el juicio: la parte actora en la forma antes indicada; el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor como parte demandada; y la licenciada Ana Cecilia Galindo Santamaría en calidad de Agente Auxiliar delegada del Fiscal General de la República.

I.

CONSIDERANDOS:

**A. ANTECEDENTES DE HECHO.
ALEGATOS DE LAS PARTES.**

1. DEMANDA.

a) Actos impugnados y autoridad demandada.

La parte actora dirigió su pretensión contra los actos y la autoridad detallada en el preámbulo de esta sentencia.

b) Circunstancias.

Relató el apoderado del banco demandante que el día diecinueve de diciembre de dos mil seis, la entonces Presidenta de la Defensoría del Consumidor presentó ante el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, denuncia en contra de su mandante, justificando el ejercicio de su petición en supuestos intereses colectivos. Agregó, que en la mencionada denuncia no se explicaba la causa o el móvil de la investigación previa, pero se narraba que por medio de las cartas DL-002/06 y DL-145/06 de fechas siete de mayo y veintidós de noviembre, ambos del años dos mil seis, respectivamente, dicha funcionaria había solicitado a la Superintendencia del Sistema Financiero, información sobre el cobro del recargo por inactividad de cuentas de ahorro efectuados por los diferentes bancos del sistema, desde el mes de diciembre de dos mil cinco hasta octubre de dos mil seis. Añadió, que en la referida denuncia aparecía que de la información recibida por la Superintendencia del Sistema Financiero, se constataba el cobro por inactividad desde el mes de diciembre de dos mil cinco hasta octubre de dos mil seis, "por un monto total de cuatrocientos cuarenta y ocho mil trescientos setenta y seis dólares de los Estados Unidos de América con noventa y nueve centavos de dólar (\$448,376.99) correspondientes a doce mil ochocientos ahorrantes, cuyas cuentas presentaban saldos de veinticinco dólares de los Estados Unidos de América (\$25.00) o más (monto mínimo de apertura de cuentas)", el cual supuestamente no tenía base jurídica alguna, así como la aplicación del cobro de comisiones por manejo de cuentas, lo que a juicio de la Presidenta de la referida Institución era un doble cobro, violentándose a su juicio los artículos 20 letra e), 18 letra c) y 19 letra a) todos de la Ley de

Protección al Consumidor .

Señaló, que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor emitió resolución el veintidós de diciembre de dos mil seis, notificada el treinta de enero de dos mil siete, mediante la cual admitió la denuncia interpuesta y una supuesta ampliación con fundamento en los artículos 144 y 145 de la Ley de Protección al Consumidor, por lo que citó al Banco demandante para que expresara su defensa por escrito dentro del plazo de cinco días. El seis de febrero de dos mil siete, el apoderado del Banco demandante presentó escrito en el que alegó, que no se le había entregado la copia del escrito de ampliación de la denuncia, con lo que se le limitó su derecho a la defensa. En razón de lo anterior, la autoridad demanda emitió resolución el siete de febrero de dos mil siete, notificada el veintidós del mismo mes y año, en la que se estableció que por un error de hecho, se consignó en la resolución inicial que se admitía la denuncia y su ampliación, pero tal ampliación no existía, por lo que procedieron a rectificar dicha situación y se confirió audiencia al Banco demandante por el término de cinco días para que se pronunciara sobre lo denunciado en su contra.

El veintidós de febrero de dos mil siete, el Banco demandante presentó escrito en el que señaló una serie de deficiencias de forma y fondo, adolecidas por la denuncia y solicitó que se revocara el auto de admisión, y de no acceder a lo pedido, se notificara a todos los presuntos afectados sobre la existencia del procedimiento. Mediante resolución pronunciada a las trece horas con treinta minutos del seis de marzo de dos mil seis, notificada el veintitrés de abril de ese año, la autoridad demandada declaró sin lugar las peticiones planteadas, tuvo por contestada la audiencia conferida y abrió a prueba el procedimiento. El cuatro de mayo de dos mil siete, la parte actora presentó prueba documental, y en relación a la supuesta prueba agregada por la Presidenta de la Defensoría del Consumidor en la denuncia, indicó que en base al debido proceso y derecho de defensa, el Banco demandante debió haber tenido conocimiento de los cargos imputados, indicios y pruebas en su contra, desde la etapa de la investigación preliminar para tener la oportunidad de contestarlos y rebatirlos, tal como se desprende del artículo 97 de la Ley de Protección al Consumidor.

Agregó, que por resolución dictada el nueve de mayo de dos mil siete, se previno a su representado sobre algunos documentos presentados, se libró oficio a la Superintendencia del Sistema Financiero a efecto que remitiera certificación de punto de acta por medio de la cual se aprobaron las normas prudenciales NPB4-20 y NPB4-21. El diecinueve de junio del mismo año,

el Banco demandante evacuó la referida prevención, pidiendo que se librara oficio a la Superintendencia del Sistema Financiero a efecto que remitiera certificación de la nota suscrita por la Gerente de Planificación del Banco demandante dirigida a esa Superintendencia, el diez de octubre de dos mil cinco, en la cual en cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor se remitieron los modelos de los contratos de las operaciones activas y pasivas, y de la nota suscrita por el Director Ejecutivo del referido Banco de fecha seis de diciembre de dos mil cinco, dirigida a la Superintendencia del Sistema Financiero, en la que —entre otros -, se indicó que habiendo transcurrido treinta días desde la fecha en que el mencionado Banco depositó los modelos de contrato de adhesión, sin que se les hubiera realizado observación alguna, en base al artículo 22 de la Ley de Protección al Consumidor, tuvieron como conformes a la normativa correspondiente dichos formularios y procedieron a reproducirlos de forma masiva para poderlos utilizar con sus clientes. El apoderado del Banco demandante, aseveró que tal petición nunca fue contestada.

El veintisiete de agosto de dos mil siete, la autoridad demandada determinó que debido a que en la información inicial proporcionada por la denuncia, no se estableció si dentro del monto determinado en concepto de recargo por inactividad, se incluía lo cobrado en concepto de manejo de cuentas de ahorro, de conformidad con el artículo 146 inciso 2° de la Ley de Protección al Consumidor, ordenó solicitar a la Superintendencia del Sistema Financiero que estableciera de forma separada los montos cobrados en concepto de recargo y comisiones a las cuentas de ahorro con saldos de veinticinco dólares de los Estados Unidos de América o más. Mediante nota de fecha veinticuatro de septiembre del mismo año, la referida Superintendencia dio respuesta a la parte demandada, procediendo a realizar la separación aludida de la siguiente forma: "-Cubro por recargo de inactividad a cuentas de ahorro con saldos menores a US\$25.00, durante el período de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis: Trescientos noventa y seis mil setecientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos de dólar (US \$396, 793.77) Cobro por comisión por manejo de cuenta de ahorro con saldo menor a US \$25.00 durante el período de diciembre dos mil cinco a octubre dos mil seis: Treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con treinta y cuatro centavos de dólar (US \$32, 445.34). Haciendo un total de cuatrocientos veintinueve mil doscientos treinta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con once centavos de dólar (US \$429,239.11), monto que no coincide con lo reportado en la denuncia."

Añadió, que por resolución pronunciada el veintiséis de septiembre de dos mil siete,

notificada el veintisiete del mismo mes y año, se dio por recibida la nota mencionada en el párrafo que precede y se corrió traslado al Banco demandante para que se pronunciara al respecto. Por lo anterior, mediante escrito presentado el dos de octubre de dos mil siete, el Banco demandante alegó que el Tribunal demandado estaba desnaturalizando la facultad de ordenar prueba de oficio en base al artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor, ya que para que la referida prueba fuera legítima debió dársele intervención previa a la producción de dicha prueba y no una vez producida como sucedió en este caso. Que además, se debió dar intervención a todos los interesados, es decir incluir a todos los supuestos afectados, lo cual no sucedió. (

Finalmente aseveró, que el treinta de octubre de dos mil siete le fue notificado el primer acto impugnado, emitido el diez del mismo mes y año. Y no estando de acuerdo con dicho acto, interpuso en tiempo y forma el recurso de revocatoria respectivo, el cual fue declarado sin lugar confirmando el acto originario, por resolución pronunciada el seis de noviembre de dos mil siete, notificada el día siete del mismo mes y año.

c) Disposiciones o Derechos que se alegan violados.

El apoderado del Banco demandante alegó que los actos controvertidos son ilegales por los motivos siguientes:

1. Falta de legitimación del Presidente de la Defensoría del Consumidor y del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, artículos 11 de la Constitución, 4, 97 y 143 letra b) todos de la Ley de Protección al Consumidor y 2084 del Código Civil. Esto porque la entonces Presidenta de la Defensoría del Consumidor, no estaba legitimada para interponer denuncia en nombre de un número perfectamente determinado de consumidores, ya que al tratarse de intereses colectivos y no difusos, dichos consumidores debían autorizar a la Presidenta de la referida Institución para tales efectos. Aseguró, que la Ley de Protección al Consumidor ha distinguido entre los intereses colectivos y no difusos, y que en este caso al tratarse de intereses colectivos, la Presidenta de la mencionada Institución necesitaba la ratificación de la actuación procesal del grupo de afectados, quienes debían dar su consentimiento para incoarse tal procedimiento, lo cual no ocurrió.

2. Violación al debido proceso legal en la fase de preparación del procedimiento administrativo sancionador, artículos 58 letra f) y 143 de la Ley de Protección al Consumidor y 11 y 12 de la Constitución de la República. Lo anterior debido a que la Ley de Protección al Consumidor reconoce tres etapas diferenciadas en el procedimiento sancionador, la primera y

segunda se desarrollan en las oficinas del Presidente del Consumidor y la tercera en la sede del Tribunal cuando se haya admitido la denuncia. La primera etapa tiene un carácter indagador y de recolección de fuentes de prueba para fundar una posible denuncia ante el Tribunal Sancionador. Para presentar una denuncia, el Presidente de la Defensoría del Consumidor debe recoger fuentes de prueba que le permitan evaluar de forma precisa, las conductas antijurídicas observadas que considera que infringen la Ley de Protección al Consumidor, siendo ésta la segunda etapa. Finalmente, la tercera fase es en el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, en donde ya recibida la denuncia del Presidente de tal Institución por vulneración de intereses difusos o colectivos, y como parte del juicio liminar de admisibilidad de la denuncia la evalúa en cumplimiento de los elementos formales y materiales de la denuncia. Sin embargo, el apoderado del demandante alegó que la prueba se debía practicar por la partes intervinientes en el procedimiento, en ánimo de respetar la garantía de imparcialidad objetiva del Tribunal; no obstante, en este caso fue reconocido que la mayoría de la prueba fue recolectada en la fase que correspondió a la Presidenta del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, sin la intervención del Banco demandante, violentándose el derecho de contradicción y audiencia que regula la Ley de Protección al Consumidor. Ante la ausencia de audiencia en la fase de investigación realizada por la Presidenta del Tribunal Sancionador, se les negó la posibilidad de conciliar, lo cual hubiese acarreado una atenuante de la responsabilidad administrativa; podrían haber realizado las alegaciones jurídico — técnicas ante la Presidenta en mención, a fin de evitar la denuncia y la siguiente fase; y, finalmente la prueba fue recabada a espaldas del Banco demandante.

3. Violación al artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor, 11 y 12 de la Constitución de la República: Ya que la denuncia inicial tenía varias deficiencias técnicas que viciaron aspectos relevantes como el monto que supuestamente fue cobrado por el Banco demandante de forma indebida; sin embargo, por una desnaturalización de lo regulado en el artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor, el Tribunal demandado ordenó prueba para mejor proveer a la Superintendencia del Sistema Financiero, exigiendo que tal entidad rindiera un informe detallando algunos aspectos que dejaban en evidencia las deficiencias de la denuncia, modificando el objeto del procedimiento administrativo sancionador, transformándolo en uno distinto respecto del cual no se había ejercido el derecho de defensa del Banco demandante. Que en este caso, la parte demandada abusó de su potestad de recabar prueba para mejor proveer, ya

que lo utilizó para modificar o corregir deficiencias de la denuncia, que habrían acarreado la inadmisibilidad de la misma, en lugar de la sanción impuesta. Finalmente, señaló que para que la prueba para mejor proveer fuera legítima, debió darse intervención a todos los interesados en el procedimiento, dándosele oportunidad de intervenir en la recolección de dicha prueba de forma previa a su producción y no ya producida ésta, como ocurrió en este caso.

4. Violación al Principio de Culpabilidad y el error inducido por la Administración, artículos 11 y 12 de la Constitución de la República, 19,11, 40 inciso 2° y 168 de la Ley de Protección al Consumidor, 64 de la Ley de Bancos y Norma NBPA-21 emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero. Lo anterior, porque en atención al Principio de Culpabilidad, que es un principio reconocido también constitucionalmente y aplicable al Derecho Administrativo Sancionador, para que un hecho sea sancionable, debe existir dolo o culpa y además existir un nexo de culpabilidad que implique un grado de responsabilidad del hecho que se imputa, es decir un ligamen entre el autor y el hecho, lo cual también tiene asidero legal en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor. Por lo que, en este caso al estar el Banco demandante sujeto al control de la Superintendencia del Sistema Financiero, se aplicó la Norma Prudencial NPB4-21 autorizada por el Banco Central de Reserva y Superintendencia del Sistema Financiero. Por ello, aseveraron que lo que existió fue error de prohibición, ya que el artículo 5 de la Norma Prudencial mencionada era contrario a la Ley de Protección al Consumidor, pero el Banco demandante obró en aplicación de la primera, por lo que no puede existir culpabilidad del Banco demandante lo cual incluso fue aceptado por la autoridad demandada.

5. Violación al Principio de Proporcionalidad, artículos 49 de la Ley de Protección al Consumidor, 15 y 21 de la Constitución de la República, 15.1 del Pacto ,Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos ó Pacto de San José: Debido a que no se consideró el elemento del grado de intencionalidad del infractor para considerar la multa a imponer, no obstante el Tribunal demandado estaba consciente de la ausencia de dolo y culpa en la conducta del Banco demandante, por lo que la multa controvertida es desproporcional e ilegal. Señalaron además, que el salario mínimo base con el que se cuantificó la multa impuesta no era el vigente al momento de la comisión de los hechos, y por tanto no era el aplicable, habiéndose •en consecuencia realizado una aplicación retroactiva, que es ilegal (folio 103 vuelto).

6. Violación al Principio de Legalidad de la Prueba, artículos 155 de la Ley de

Protección al Consumidor, 36 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, 11 y 12 de la Constitución de la República: Debido a que según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, la información que recaba la Superintendencia del Sistema Financiero es confidencial y no puede ser dada a conocer a las oficinas tributarias ni a ninguna otra que no sea el Banco Central de Reserva, la Corte de Cuentas de la República, la Fiscalía General de la República y los Tribunales judiciales, salvo autorización expresa que dicha Ley u otras concedan. Que sin embargo, la parte demandada requirió tal información de la Superintendencia del Sistema Financiero, fundamentándose en el artículo 155 de la Ley de Protección al Consumidor, el cual solo hace alusiones genéricas y no expresas como lo exige el artículo 36 ya mencionado.

7. Errónea interpretación del artículo 73 de la Ley de Bancos y violación al derecho de libertad de contratación, artículo 23 de la Constitución: debido a que con la interpretación realizada al artículo 73 de la Ley de Bancos, confunde dos figuras distintas, que son la inactividad y la prescripción. Agregó que el origen de la inactividad es eminentemente contractual, fundamentado en la norma prudencial NPB4-21 autorizada por el Banco Central de Reserva, cuyo fundamento es la pasividad del movimiento de la cuenta.

d) Petición.

El apoderado de Banco demandante solicitó la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados y que en sentencia definitiva se declarara la ilegalidad de los mismos.

2. ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue admitida. Se tuvo por parte al Banco HSBC Salvadoreño, Sociedad Anónima, mediante su apoderado general judicial licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra. Se requirió informe a la autoridad demandada sobre la existencia de los actos administrativos que se le imputaban y que remitieran el expediente administrativo relacionado con el caso; se dictó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos controvertidos.

3. INFORMES DE LA PARTE DEMANDADA.

El primer informe fue rendido por la autoridad demandada, quien manifestó que si pronunció los actos administrativos objeto de impugnación.

Se solicitó el informe a que hace referencia el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se ordenó notificar al Fiscal General de la República la existencia de

este proceso. Se dio intervención al licenciado Henry Salvador Orellana Sánchez en carácter de apoderado general judicial del Banco demandante, en sustitución del licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra, quien además amplió los términos de la demanda interpuesta.

En el segundo informe requerido el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor esencialmente manifestó:

Respecto de la legitimación de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, manifestó que ésta tenía su asidero legal en lo establecido en el artículo 143 de la Ley de Protección al Consumidor, no siendo necesaria para ello una autorización previa de los consumidores. Señalaron que no hubo violación al debido proceso en la fase de preparación de la denuncia, ya que es hasta la realización del procedimiento sancionador, donde se debe de facilitar la oportunidad de contestar y rebatir esa prueba inicial. Aseveraron que se siguió el trámite normal del procedimiento, abriendo oportunamente a prueba, donde con fundamento en el artículo 146 inciso 2° de la Ley de Protección al Consumidor, se requirió de la Superintendencia del Sistema Financiero, que estableciera de forma separada lo montos cobrados en concepto de recargos y comisiones a las cuentas de ahorro con saldos de veinticinco dólares o más, efectuados por el Banco demandante durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis, lo cual fue enviado y detallado por el Superintendente del Sistema Financiero, habiéndosele notificado al Banco demandante oportunamente, a quien también se le corrió traslado a fin de que se manifestara respecto del referido informe, tendiendo plena oportunidad de rebatir dicha información, garantizándose su derecho de defensa.

Con relación al supuesto error de prohibición alegado, manifestaron que si bien no había dolo en la actuación del referido Banco, si existió negligencia en su actuación, ya que el Banco demandante es manejado por profesionales a los que difícilmente se les puede atribuir un error invencible respecto del contenido de las leyes reguladoras del desarrollo de sus funciones, y que además la norma prudencial acatada tenía rango inferior a la norma establecida en la Ley de Protección al Consumidor violentada.

Respecto a la cuantificación de la multa impuesta, sostuvieron que según lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la ley de Protección al Consumidor, en el caso de infracciones a intereses colectivos o difusos, el monto de la multa a imponer tendrá como límite inferior para su determinación, el daño causado a los consumidores o el monto de las cantidades cobradas indebidamente, lo cual coincide con el monto de la multa impuesta. Por otra parte, respecto de la

violación al artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, expresaron que de conformidad con el artículo de la Ley de Protección al Consumidor, se creó el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, dentro del cual se encuentra comprendida la Superintendencia del Sistema Financiero. Que además, el artículo 155 de la Ley de Protección al Consumidor, permite que la Defensoría del Consumidor requiera de cualquier entidad pública la información que considere necesaria, a efecto de investigar si se ha producido una infracción a la legislación que protege los intereses de los consumidores, por lo que la referida Institución estaba habilitada para requerir dicha información a la Superintendencia del Sistema Financiero.

Agregaron, que el llamado recargo por inactividad era contrario a lo regulado en el artículo 19 letra a) de la Ley de Protección al Consumidor. Señalaron que el artículo 73 de la Ley de Bancos, fue un elemento que abonó a fundamentar que el legislador no había dispuesto ante la inactividad los pretendidos efectos que le otorgó el Banco demandante, siendo en consecuencia inválido efectuar el recargo por inactividad por falta de asidero legal.

Se dio intervención a la licenciada Ana Cecilia Galindo Santamaría en calidad de Agente Auxiliar delegada del Fiscal General de la República.

4. TÉRMINO DE PRUEBA.

El juicio se abrió a prueba por el término de Ley, dentro del cual solo la parte demandada presento escrito y adjuntó prueba (folio 145 vuelto).

5. TRASLADOS.

Posteriormente se corrieron los traslados que ordena el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con los siguientes resultados:

- a) La parte actora ratificó lo expresado en la demanda y su ampliación.
- b) La autoridad demandada reiteró lo expuesto en su informe justificativo de legalidad.
- c) La representación fiscal es de la opinión que los actos impugnados son legales.

De conformidad con el artículo 48 inciso 2° de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se requirió de la autoridad demandada que remitiera el expediente administrativo relacionado con el presente caso, el cual se ha tenido a la vista.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

El apoderado de la sociedad demandante pide que se declare la ilegalidad de los actos administrativos dictados por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, que se

detallan a continuación:

1. Resolución dictada a las trece horas del diez de octubre del dos mil siete, mediante la cual se resolvió: (1) sancionar al Banco Salvadoreño S.A. con la cantidad de quinientos once mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América (\$511,200.00), equivalentes a cuatro millones cuatrocientos setenta y tres mil colones (¢4,473,000.00) en concepto de multa por infracción al artículo 44 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor; (2) ordenar la devolución de de trescientos noventa y seis mil setecientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos de dólar (\$ 396,793.77), equivalentes a tres millones cuatrocientos setenta y un mil novecientos cuarenta y cinco colones con cuarenta y nueve centavos de colón (¢3,471,945.49) por cobros realizados en concepto de recargo por inactividad a las cuentas de ahorro con saldos iguales o mayores a veinticinco dólares, durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis, y (3) ordenar la devolución por la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con treinta y cuatro centavos de dólar (\$32,445.34) equivalentes a doscientos ochenta y tres mil ochocientos noventa y seis colones con setenta y tres centavos de colón (¢283,896.73) en concepto de cobros por comisión por manejo de cuentas de ahorro, durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis.

2. Resolución emitida a las trece horas cincuenta minutos del seis de noviembre del dos mil siete, por medio de la cual se declaró sin lugar la revocatoria interpuesta, y confirmó el acto anteriormente descrito.

Alega que con los actos impugnados se transgredió lo siguiente:

a) Artículos 11 de la Constitución, 4,97 y 143 letra b) todos de la Ley de Protección al Consumidor y 2084 del Código Civil, por la falta de legitimación de la Presidente de la Defensoría del Consumidor y del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.

b) Debido proceso legal en la fase de preparación del procedimiento administrativo sancionador, artículos 58 letra f) y 143 de la Ley de Protección al Consumidor y 11 y 12 de la Constitución de la República.

c) Artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor, 11 y 12 de la Constitución de la República.

d) Principio de Culpabilidad y el error inducido por la Administración, artículos 11 y 12 de la Constitución de la República, 19,11, 40 inciso 2º y 168 de la Ley de Protección al

Consumidor, 64 de la Ley de Bancos y Norma NBPA-21 emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero.

e) Principio de Proporcionalidad, artículos 49 de la Ley de Protección al Consumidor, 15 y 21 de la Constitución de la República, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos ó Pacto de San José

d) Principio de Legalidad de la Prueba, artículos 155 de la Ley de Protección al Consumidor, 36 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, 11 y 12 de la Constitución de la República

e) Errónea interpretación del artículo 73 de la Ley de Bancos y violación al derecho de libertad de contratación, artículo 23 de la Constitución.

2. NORMATIVA APLICABLE.

a) **Constitución de la República**, Asamblea Constituyente, Número 38, del quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial Número 234, Tomo 281, del dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

b) **Ley de Protección al Consumidor**, contenida en el Decreto Legislativo número setecientos setenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho del ocho de septiembre del mismo año.

c) **Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero**, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos veintiocho, del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa, publicado en el Diario Oficial número doscientos setenta y ocho, tomo trescientos nueve del diez de diciembre de ese mismo año.

d) **Norma Para la Transparencia de Información en las Operaciones y Servicios Bancarios NPB4-21**, aprobada por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero en las Sesiones CD 83/99 del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve y CD 001/2000 del cinco de enero de dos mil, con vigencia a partir del treinta y uno de mayo de dos mil.

e) **Ley de Bancos**, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos noventa y siete, del dos de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, publicado en el Diario Oficial número ciento ochenta y uno, del treinta de septiembre del mismo año.

3. Sobre el Principio de Legalidad

El artículo 86 de la Constitución señala en su inciso tercero que los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley. Dicho artículo establece el principio de legalidad de la Administración Pública, y éste se constituye como la directriz habilitante para el desarrollo de toda actuación de ésta, de tal forma que toda acción administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley, la cual lo crea y delimita.

Sobre el particular, el escritor Marienhoff plantea en su Tratado de Derecho Administrativo: "La actividad de la Administración Pública se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos, cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de las atribuciones legales. Este círculo de atribuciones legales determina la capacidad legal de la autoridad administrativa". (Sentencia del día treinta de marzo de mil novecientos noventa ocho. Ref. 20-T-96)

La relación jurídica entre la Administración Pública y los administrados está regulada por el Derecho Administrativo, por lo que en un Estado de Derecho la Administración actúa conforme a las exigencias que el ordenamiento jurídico aplicable le ordena y que en otros términos significa "sometimiento estricto a la Ley". El principio de legalidad consagrado en nuestra norma suprema se erige para la Administración Pública, no como un mero límite de la actuación administrativa, sino como el legitimador de todo su accionar.

En virtud de lo anterior se afirma que las facultades con que se encuentran revestidos los entes y órganos de la Administración Pública para la consecución de sus fines, están expresamente consignadas en la normativa jurídica reguladora de la actividad pública que están llamados a desarrollar. En consecuencia, los titulares tienen la obligación de supeditar las facultades encomendadas conforme a los lineamientos establecidos en la Ley. Contrario sensu, conllevaría transgresiones a la Ley y por supuesto violación al principio de legalidad.

Esta Sala ha declarado en anteriores resoluciones que la conexión entre el Derecho y el desarrollo de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a realizar sus actos. En virtud de lo anterior, el reconocimiento del principio de legalidad contemplado en nuestra Constitución implica que la Administración Pública en el país puede ejecutar sólo aquellos actos que el bloque jurídico le permite y en la forma en que en el mismo se regule, es decir, sólo puede actuar cuando la Ley la faculta y en los términos que la delimite. La Administración Pública puede única y

exclusivamente dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la Ley y de esta manera instaurar el nexo ineludible acto-facultad-Ley. En consecuencia, aquellos actos que en su procedimiento de creación omitan el anterior trinomio, resultarán ilegales. (Sentencias referencias 34-L-97 del día once de diciembre de mil novecientos noventa ocho, 120-C-96 del día once de diciembre de mil novecientos noventa ocho y 50-V-97 del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa ocho).

4. Sobre la Potestad Sancionadora de la Administración.

Según importantes corrientes doctrinarias, el ius puniendi del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento jurídico. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del ius puniendi, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de inconstitucionalidad de las doce horas del día veintitrés de marzo de dos mil uno, asume esta postura al decir que: "En la actualidad, se acepta la existencia de dicha potestad (refiriéndose a la potestad sancionadora de la Administración) dentro de un ámbito más genérico, y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de éste" (Considerando jurídico V.4 de la Sentencia Ref. 8-97Ac).

De similar manera, esta Sala ha establecido en diversas sentencias que la potestad sancionadora de la Administración Pública puede definirse como aquélla que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de éstos contrarios al ordenamiento jurídico. En similares términos, y parafraseando a Luciano Parejo Alfonso, también ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración materializa actuaciones que traducen un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, agregando que: "La finalidad que guía tal potestad es la protección o tutela de los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general." (entre otras, Sentencia del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y ocho, Ref. 29-G-91).

Como se constata, es criterio asumido tanto por esta Sala como por la Sala de lo Constitucional que la potestad sancionadora de la Administración encuentra común origen con el Derecho Penal al derivarse del mismo tronco del *ius puniendi* del Estado.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución. En tal sentido, la misma disposición citada en el párrafo anterior sujeta inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del art. 86 de la Constitución. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionadora, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

4.1 Sobre los Principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Como se ha explicado, la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, produce la coincidencia de los principios que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

La tesis de esta coincidencia de principios no es unívocamente aceptada en el Derecho comparado, aunque se encuentra más asentada en ordenamientos tradicionalmente emparentados con el nuestro. Al respecto, Alejandro Nieto señala para el caso español: "La unanimidad que sobre el 'sí' reina en nuestro Derecho no debe dar la impresión de que se trata de un fenómeno universal y nada polémico en otros países, antes al contrario. En Francia (...) la Jurisprudencia y la doctrina han afirmado unánimemente lo contrario hasta hace muy poco. Y en Italia, (...) la

Corte Constitucional se niega terminantemente a aplicar a los ilícitos administrativos los principios constitucionales del Derecho Penal, cuidándose, además, de advertir expresamente que esta diferencia de regímenes no rompe el principio de igualdad".

Es menester en ese sentido referirse a la realidad jurídica salvadoreña, particularmente a las sentencias de la Sala de lo Constitucional vinculadas con el tema. A este efecto resulta ilustrativo examinar ciertas consideraciones vertidas en la sentencia de inconstitucionalidad de las doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos (Ref. 3-92, acumulado al 6-92), que contiene expresas menciones a esta materia. La construcción dogmática que se hace en las consideraciones jurídicas XI al XIV de la sentencia discurre sobre la aplicabilidad o no de los principios que rigen en el proceso penal a la actividad de la Administración, específicamente en el Derecho Tributario Sancionador, pero sus valoraciones son claramente extensibles a toda la materia sancionadora.

La exposición inicia con una breve consideración sobre la naturaleza jurídica del "ilícito tributario", "infracción tributaria" y "sanción administrativa". Una primera conclusión a la que se llega es que no hay diferencia ontológica o cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario (que es un tipo de ilícito administrativo), y sus diferencias de grado o cuantitativas son meramente formales y no de fondo. Como consecuencia de esta conexión ontológica -que se desprende nuevamente del tronco común del ius puniendi- resulta la migración de los principios penales al ámbito administrativo sancionador. En palabras citadas de Pérez Royo lo que sucede es que: "se va produciendo la progresiva introducción de garantías y principios tradicionales del Derecho Penal en el ámbito de las infracciones administrativas y las correspondientes sanciones...". Para ilustrar la referida postura jurídica, se cita la sentencia del Tribunal Constitucional español 18/81, del ocho de junio de ese año: "Ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, (...), hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales". Se afirma además que dicha idea no es novedosa en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, pues dos sentencias así lo demuestran, y se concluye que tanto en la creación como en la aplicación de las normas relativas a las infracciones y sanciones tributarias habrán de estar presentes los principios decantados en la creación de la teoría general del delito.

En conclusión, la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios

que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Es claro que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues éstos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

5. APLICACIÓN AL CASO EN DEBATE.

5.1 Sobre la falta de competencia del Presidente de la Defensoría del Consumidor.

La parte actora sostiene que la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, carecía de competencia para interponer denuncia en nombre de un número perfectamente determinado de consumidores, ya que al tratarse de intereses colectivos y no difusos, dichos consumidores debían autorizar a la Presidenta de la referida Institución para tales efectos. La autoridad demandada sostiene que la competencia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, tenía su asidero legal en lo establecido en el artículo 143 de la Ley de Protección al Consumidor, que prescribe: El procedimiento se inicia: (...) b) Si se tratare de intereses colectivos o difusos (...) "no siendo necesario para iniciar el procedimiento, una autorización previa de los consumidores.

5.1.2 Sobre la competencia.

La doctrina administrativista coincide en señalar que la competencia es un elemento intrínseco a la naturaleza de los órganos, entes, e instituciones del poder público. Ramón Parada (Derecho Administrativo, tomo II, decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2000) señala al respecto: "En términos muy elementales, la competencia puede definirse como la medida de la capacidad de cada órgano y también como el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano y que unos y otros están autorizados y obligados a ejercitar". Por su parte, Roberto Dromi (Derecho Administrativo, séptima edición actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998) en similares términos explica que la competencia "es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente".

Al respecto puede agregarse lo que la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha señalado al respecto: "desde el punto de vista técnico- jurídico y con carácter orgánico, el concepto de atribución o competencia puede entenderse como la capacidad concreta que tiene un determinado ente estatal, de suerte que al margen de la materia específica asignada no puede desenvolver su actividad; mientras que desde un carácter sistemático, la atribución o competencia consiste en la enumeración de una serie de posibilidades de actuación dadas a un órgano por razón de los asuntos que están atribuidos de un modo específico. En ese orden de ideas, una atribución puede identificarse como la acción o actividad inherente que por mandato constitucional o legal desarrolla un órgano estatal o ente público; es decir, los poderes, atribuciones y facultades conferidas para el normal funcionamiento y cumplimiento de una labor" (Sentencia de inconstitucionalidad referencia 33-37-2000Ac de las ocho horas y veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil uno).

En ese mismo sentido, esta Sala ha indicado en reiteradas sentencias que la competencia constituye un elemento esencial de todo acto administrativo, y debe ser entendida como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano. Como elemento esencial del acto administrativo la competencia condiciona necesariamente su validez. Así mismo, se ha repetido que la competencia es en todo caso una determinación normativa, es decir, **debe siempre encontrar su fundamento en una norma jurídica.**

De lo expuesto se colige que es el ordenamiento jurídico el que sustenta las actuaciones de la Administración mediante la atribución de potestades, habilitándola a desplegar sus actos. "En síntesis, el acto administrativo requiere una cobertura legal, es decir, la existencia de una potestad habilitante que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor" (Sentencia definitiva dictada en el proceso contencioso administrativo referencia 69S-96, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del día quince de diciembre de mil novecientos noventa y siete).

En consonancia con lo expuesto, la autoridad demandada sostiene que el artículo 143 de la Ley de Protección al Consumidor en su inciso tercero, señala claramente que el procedimiento sancionatorio iniciará, si se trata de **intereses colectivos** o bien intereses difusos, mediante **denuncia escrita de la Presidenta o del Presidente de la Defensoría del Consumidor** o por las asociaciones de consumidores acreditadas, disposición que no solo faculta a la referida autoridad para denunciar en representación de los intereses colectivos –el literal b) de la citada disposición no hace diferencia entre éstos y los intereses difusos- sino que le otorga competencia y

legitimación procesal al Presidente de la referida Institución dentro del procedimiento sancionatorio que se inicie, lo cual a su juicio, desvirtúa el planteamiento de ilegalidad hecho por la actora.

5.1.3 Sobre la Legitimación activa en el caso de intereses colectivos

No obstante lo expuesto en el numeral que antecede, más allá de la falta de competencia alegada, la parte actora señala concretamente la falta de legitimación de la Presidencia de la Defensoría del Consumidor para representar intereses colectivos de los consumidores en el procedimiento sancionatorio iniciado. En ese sentido debe anotarse que la posibilidad de aceptar una legitimación activa amplia sobre intereses difusos y colectivos que sea capaz de trascender a los efectos inter partes, depende de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar, ya que **permitir solamente una pretensión procesal basada en un interés directo y una afectación personal a los derechos subjetivos, podría constituir una limitación demasiado estricta a la protección jurisdiccional —y no jurisdiccional—; en tanto existen vínculos entre los sujetos y el objeto de decisión que son igualmente merecedores de protección, aunque no formen parte de la esfera particular de los individuos a título de derecho —por ejemplo intereses colectivos o difusos—.**

Así, en el caso de los intereses colectivos, éstos se identifican con los miembros de un grupo determinado, unidos por un vínculo jurídico, es decir, atañen al individuo en tanto que forma parte del grupo. En cambio, respecto de los intereses difusos no es posible predicar una titularidad exclusiva y excluyente, como adjudicación de derechos ajenos. Obviamente, los intereses difusos no tienen titular, sino que se participa en ellos. Lo importante es la relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto de interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad en general.

La distinción entre intereses difusos y colectivos se ubica normalmente en el grado de individualización o concreción de los sujetos a los que el interés resulta referible. Cuando el interés apunta a un conjunto de sujetos identificable, abarcable y de contornos relativamente nítidos, es decir, más o menos organizado, estaremos en presencia de un interés colectivo. Los intereses difusos, por el contrario, no se refieren a colectividades delimitables, sino a grupos o colectividades que se encuentran en un estado fluido de contornos poco nítidos.

Trasladando dichas nociones al presente proceso, cabe aclarar que, tanto la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, como el Tribunal Sancionador de la citada institución han actuado

con base en la competencia que le corresponde a "... la potestad sancionatoria de la Defensoría del Consumidor, cuya finalidad en los casos colectivos [es evitar] (...) a través de la sanción, posibles conductas que puedan seguir violando la normativa jurídica de protección a los derechos del consumidor...".

A lo expuesto, conviene agregar lo que sobre la legitimación de la representación de intereses colectivos, señala David Blanquer en su obra "Derecho Administrativo" 1°. El Fin, los medios y el control, editorial Tirant Lo Blanch, pag. 989) "El sujeto titular del interés legítimo puede ser no sólo un particular, sino también una Administración Pública (como ocurre cuando un Colegio Profesional impugna un reglamento que afecta a los intereses de los profesionales a los que representa). En ese caso el Colegio tiene legitimación procesal por representar un "interés colectivo o difuso". La Legitimación en representación de intereses colectivos también puede corresponder a los sindicatos (...) a las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios, o las asociaciones ecologistas y de defensa de la naturaleza (...) nuestro Derecho positivo confiere expresamente legitimación a ese tipo de entidades representativas siempre y cuando el objeto del litigio afecte a su ámbito de actuación en defensa de los trabajadores o de los consumidores."

La doctrina citada aclara la posibilidad de que la Administración Pública, en concreto aquella que defiende los intereses de los consumidores, ostente la titularidad de los intereses colectivos de estos últimos, razón por la cual este Tribunal considera que la legitimación procesal para iniciar y promover el procedimiento sancionatorio en contra de Banco demandante, encuentra su asidero no solo en el ordenamiento jurídico, sino además en la protección de los intereses colectivos de los consumidores, los cuales como ha quedado establecido, pueden ser representados por el Presidente de la Defensoría del Consumidor.

En razón de lo anotado, sobre este punto este Tribunal considera que no existe la ilegalidad invocada por la parte actora.

5. 2. Sobre el Debido Proceso y los derechos de audiencia y defensa.

En relación al Debido Proceso, el artículo 11 de la Constitución de la República establece que "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...)".

Por su parte el derecho de audiencia se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como un pilar fundamental para la protección efectiva de los demás

derechos de los gobernados, estén o no reconocidos en la Constitución.

El contenido de los derechos de audiencia y defensa ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional, así, se ha señalado que el derecho de audiencia posibilita que toda persona, de forma previa a la privación de cualquier derecho material, tenga oportunidad real y eficaz de ser oída, lo anterior implica que en todo proceso o procedimiento se tiene que posibilitar al menos, una oportunidad razonable para oír la posición del sujeto pasivo. Este derecho constitucional procesal posibilita, entre otras cosas, que el demandado pueda desvirtuar, con los medios probatorios conducentes o argumentos pertinentes, la pretensión incoada en su contra por el demandante; de tal suerte que si no se potencia adecuadamente, aunque pueda ser oído, existiría violación constitucional.

En ese orden de ideas, es dable afirmar que -a efectos de cumplir con la verdadera naturaleza y esencia de los derechos constitucionales de audiencia y defensa- en un proceso o procedimiento determinado no basta con hacer del conocimiento del afectado los cargos o faltas que se le imputan y darle una oportunidad meramente "formalista" para que se manifieste, sino que esta oportunidad debe ser real, razonable y eficaz de manera que potencie la posibilidad de que aquél controvierta la pretensión incoada en su contra y que pueda desvirtuar la misma con los medios probatorios y las alegaciones pertinentes.

A partir de lo anterior se colige que para que exista una oportunidad razonable y eficaz para las partes de ejercer sus derechos de audiencia y defensa en cualquier proceso o procedimiento, éstas deben actuar en igualdad de condiciones, teniendo acceso igualitario a las pruebas presentadas y disponiendo de plazos equitativos para preparar sus alegaciones, puesto que si a una de las partes se le dan posibilidades menores de defensa en virtud de los plazos otorgados o de las herramientas puestas a su disposición para preparar sus argumentos, entonces se colocaría a la misma en una situación de indefensión que violentaría, por tanto, el derecho de audiencia y defensa de ésta, pese a que a ambas partes se les dé la posibilidad de ser escuchados.

5.2.1 Sobre las violaciones alegadas.

La actora asegura que con los actos impugnados se violó el debido proceso legal en la fase de preparación del procedimiento administrativo sancionador, ya que la Ley de Protección al Consumidor reconoce tres etapas diferenciadas en el procedimiento sancionador, la primera y segunda se desarrollan en las oficinas del Presidente del Consumidor y la tercera en la sede del Tribunal cuando se haya admitido la denuncia; no obstante, en este caso la mayoría de la prueba

fue recolectada en la fase que correspondió a la Presidenta del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, sin la intervención del Banco demandante, violentándose el derecho de defensa. Por su parte, la autoridad demandada señaló que no hubo violación al debido proceso en la fase de preparación de la denuncia, ya que es hasta la realización del procedimiento sancionador, donde se debe de facilitar la oportunidad de contestar y rebatir esa prueba inicial.

Como se explica en el considerando que antecede, el Derecho de Defensa se concentra en el derecho a ser oído en el **procedimiento administrativo**; se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver, esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que convenzan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta. La concesión de garantías jurídicas debidas no debe exclusivamente operar en el ámbito jurisdiccional; este Tribunal concuerda con los criterios sentados por la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el sentido que el vocablo "juicio" consignado en el artículo 11 de la Constitución de la República, no está referido única y exclusivamente al concepto de proceso jurisdiccional sino que se amplía a la idea de trámite, de actividad dinámica destinada al pronunciamiento de una decisión evidentemente conflictiva, con el interés o derecho de unas personas.

La Ley de Protección al Consumidor contempla en el Capítulo III, el inicio formal del denominado "PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO", por medio de denuncia escrita del Presidente de la Defensoría del Consumidor, cuando se tratare de una posible afectación a intereses colectivos o difusos. Es en ese momento -el inicio del procedimiento administrativo sancionador-, que efectivamente surge para la Administración Pública la obligación legal de permitir al presunto infractor una participación activa en el mismo, ello como se ha sostenido en los párrafos anteriores, para permitir que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de **resolver**, esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que convenzan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta. Iniciado el "procedimiento sancionador" que prescribe la Ley, al supuesto infractor debe permitírsele **atacar la prueba que acompaña la denuncia**, la cual como bien señala la actora, es recabada en una fase de investigación, que sólo busca establecer si existen indicios para denunciar, pero que no requiere de la presencia o participación del investigado, no siendo

obligatorio para la Administración citarlo o hacerlo partícipe de las diligencias que ahí se desarrollen, como sostiene actora, ya que de todo lo investigado y producido en esa etapa, tendrá conocimiento pleno durante el trámite del procedimiento sancionatorio respectivo. Distinto es lo que ocurre en el procedimiento sancionador, en el cual negar al administrado una participación activa y conocer de qué se le acusa y las pruebas de tal infracción, si se constituiría en una violación de los derechos constitucionales analizados en este apartado.

En el caso de autos, consta en el procedimiento sancionatorio plasmado en el expediente administrativo, que la autoridad demandada notificó al Banco demandante la admisión de la denuncia en su contra (folio 36 y 37 del expediente administrativo), así como la rectificación de dicha admisión, en la que se consignó que no existió una "ampliación de la denuncia" como aseveró la actora (folio 54 del expediente administrativo), adjuntándole en ambos casos el texto íntegro de la resolución y del escrito de denuncia con los anexos presentados con el mismo, dentro de los cuales se encontraban las cartas e información remitida por el Intendente de Supervisión de la Superintendencia del Sistema Financiero (folios 2 y siguientes del expediente administrativo). Asimismo, la autoridad demandada permitió a la demandante participar activamente en el procedimiento, plantear sus alegaciones y comprobarlas, se le permitió participar en una etapa probatoria (folio 65 y siguientes del expediente administrativo), etapa de la cual hizo uso según consta de folios 68 al 72 del referido expediente administrativo, conocer de que se le imputaba y de acuerdo a la Ley, tuvo al menos, una oportunidad razonable para oír su posición —principio contradictorio- garantizándole su derecho de audiencia y defensa, en el sentido de darle la posibilidad de conocer de sus imputaciones y de desvirtuar las acusaciones en su contra.

De lo anterior, se infiere que no se irrespetó el Debido Proceso como alega el apoderado de la demandante ya que como se ha relacionado se le respetaron todas las garantías procesales en favor de su defensa.

5.3 De la Violación al Artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor y de la Legalidad de la Prueba recabada en aplicación del artículo 155 de la misma Ley.

El artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor prescribe que: "Durante el término de prueba, las partes podrán presentar y solicitar las pruebas que estimen pertinentes.

El tribunal deberá disponer de oficio en cualquier momento del procedimiento, la práctica de la prueba que estime procedente, dando intervención a los interesados.

Serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común, en lo que fuere aplicable y los medios científicos idóneos.

Las pruebas aportadas en el proceso serán apreciadas según las reglas de la sana crítica.

La parte actora asegura que la autoridad demandada ordenó prueba para mejor proveer a la Superintendencia del Sistema Financiero, exigiendo que tal entidad rindiera un informe detallando algunos aspectos que dejaban en evidencia las deficiencias de la denuncia, modificando el objeto del procedimiento administrativo sancionador, transformándolo en uno (distinto respecto del cual no se había ejercido el derecho de defensa del Banco demandante. Agrega que al solicitar tal información confidencial a la Superintendencia del Sistema Financiero, transgredió el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero que establece que "La información recabada por la Superintendencia será confidencial y no podrá ser dada a conocer a las oficinas tributarias ni a ninguna otra que no sea el Banco Central de Reserva, la Corte de Cuentas de la República, la Fiscalía General de la República y los Tribunales Judiciales, salvo a autorizaciones expresas que ésta u otras leyes le concedan".

Al respecto, esta Sala considera que de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, la Superintendencia del Sistema Financiero, es una Institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, que contará con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley. Por su parte, el artículo 2 de dicha Ley establece que la referida Superintendencia tendrá como finalidad principal vigilar el cumplimiento de las disposiciones a las Instituciones sujetas a su control, y le corresponderá la fiscalización del Banco Central, de los Bancos Comerciales, entre otros. De ahí que, según lo dispuesto en el artículo 3 letra ch) de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, entre las atribuciones de la Superintendencia está "Vigilar y fiscalizar las operaciones de las Instituciones mencionadas en el artículo que antecede"

El citado artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero establece que la información recabada por tal Superintendencia es confidencial y no podrá ser dada a conocer a entidades que no estén expresamente indicadas en dicho artículo. Por su parte, la autoridad demandada afirma que el artículo 155 de la Ley de Protección al Consumidor, le permite el requerimiento de la información utilizada.

Las normas que componen el Derecho de los Consumidores por su lado, procuran la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos y, con ello, que se alcance un nivel de

justicia social coherente con los valores de la Constitución. Mediante este tipo de normas el poder público puede y debe intervenir en la solución de las controversias generadas por las desigualdades que produce el inevitable libre juego de fuerzas del mercado —en las cuales generalmente son los consumidores los principales afectados—. Así, se establecen las condiciones necesarias para que los agentes económicos (públicos y privados) involucrados en una relación comercial puedan desarrollarse de forma armónica. Por ello la normativa correspondiente debe estar orientada a corregir las eventuales fallas de la dinámica comercial, ya que las relaciones económicas del mercado involucran fenómenos contrarios al espíritu de la Constitución Económica, como la competencia desleal, la publicidad engañosa y los monopolios. Si bien en un principio se consideró indispensable proteger al consumidor en sentido estricto —el adquirente de bienes de consumo—, la expresión "protección al consumidor" abarca otros supuestos en los que dicha protección es igualmente necesaria, como es el caso de los usuarios de servicios (prestados directamente por la Administración Pública o brindados por particulares concesionarios). Así, la distorsión de las leyes del mercado, por especulación, monopolio o publicidad engañosa, entre otros, afectan el interés económico de los consumidores y dan lugar a la tutela judicial, a través de las instituciones creadas para ello, en caso de arbitrariedad o discriminación.

En el presente caso, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor justifica su actuación en lo regulado por el artículo 155 de la Ley de Protección al Consumidor que expresa: "La Defensoría requerirá **a cualquier entidad pública** la información que considere necesaria para establecer si se ha producido o puede producirse una infracción a la legislación que protege los intereses de los consumidores. El requerido facilitará inmediatamente la información solicitada, para cuyo efecto deberá realizar, en su caso, las investigaciones que fueren necesarias." Tal normativa por sí sola no constituye una "autorización expresa" que obligue directamente a la Superintendencia del Sistema Financiero a remitir información a la referida Defensoría, sin embargo, no puede obviarse lo que prescribe el artículo 151 de la Ley de Protección al Consumidor que señala "Institúyese el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, en adelante "el Sistema", para promover y desarrollar la protección de los consumidores, el que estará compuesto por: La Defensoría del Consumidor, dependencias del Órgano Ejecutivo y demás instituciones del Estado que entre los asuntos de su competencia les corresponden velar sectorialmente por los derechos de los consumidores o vigilar a las empresas

que operan con el público."

Como bien sostiene la autoridad demandada, la Superintendencia del Sistema Financiero, en cuanto es una dependencia del Órgano Ejecutivo, forma parte del llamado **Sistema Nacional del Protección al Consumidor**, y en ese marco, a fin de operativizar la efectiva defensa de los intereses de los consumidores y la coordinación que exige la Ley, remitió la información requerida, lo cual no transgrede lo señalado en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, ya que la Ley de Protección al Consumidor, en virtud del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, legaliza el préstamo de colaboración a esa Dirección y se perfila como excepción a la confidencialidad que contiene el mismo artículo 36. Y es que si bien es cierto, el relacionado artículo 36 contiene un deber de confidencialidad, el artículo 151 de la Ley de Protección al Consumidor establece un deber de cooperación entre instituciones, por lo que será en última instancia, la Superintendencia del Sistema Financiero como "Institución con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley", quien evalúe si puede o no compartir la información que se le solicite.

En aplicación de lo expuesto se concluye, que la Superintendencia del Sistema Financiero no tuvo objeción para proporcionar la información requerida por la Defensoría del Consumidor, precisamente porque lo hizo en cumplimiento al deber de cooperación entre instituciones y por ser información que podía proporcionar. A ello hay que agregar, que el Banco demandante tuvo acceso a la información remitida, ya como él mismo señala, ésta sirvió para motivar la admisión de la demanda, es decir formó parte de la documentación que se puso a su disposición a fin de que se manifestara al respecto, teniendo plena oportunidad de rebatir dicha información, garantizándose así su derecho de defensa.

Por lo expuesto, esta Sala considera que sobre este punto no se ha configurado la violación alegada.

5.4 Sobre la violación al Principio de Culpabilidad y el error inducido por la Administración.

5.4.1 Sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador.

Para la atribución de la denominada "responsabilidad objetiva" se prescinde de la existencia de culpa o dolo, bastando simplemente probar la existencia de un resultado.

Este tipo de responsabilidad, de aplicación en el Derecho Civil, Mercantil, materia de Tránsito y otras ramas del Derecho, ha sido punto de controversia en el Derecho Administrativo.

Tradicionalmente se consideraba como uno de los principales elementos que marcaban la diferencia entre las infracciones penales y las administrativas, el hecho que en estas últimas se admitía su ejercicio sobre la base del objetivo incumplimiento o la simple transgresión del precepto por parte del administrado, sin indagación sobre el comportamiento subjetivo, es decir, la infracción administrativa se identificaba con la simple inobservancia del precepto, con independencia del elemento subjetivo relativo a la intención del agente.

Para la aplicación de este tipo de responsabilidad, basta la materialidad fáctica de las conductas contrarias a la Ley para que la infracción se configure, previniéndose que el actor actuó con la subjetividad mínima requerida, es decir, culpa por negligencia.

Hoy día, el Derecho comparado -predominantemente las corrientes españolas-adoptando la aplicación al Derecho Administrativo del principio de culpabilidad que rige en el ámbito penal, ha erradicado del campo de las infracciones administrativas la aplicación de la responsabilidad objetiva.

El Principio de Culpabilidad en materia administrativa sancionatoria supone dolo o culpa en la acción sancionable. Bajo la perspectiva del Principio de Culpabilidad, sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas que resulten responsables de las mismas, por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye un requisito sine qua non para la configuración de la conducta sancionable. Es decir, que debe existir un ligamen del autor con su hecho y las consecuencias de éste; ligamen que doctrinariamente recibe el nombre de "imputación objetiva", que se refiere a algo más que a la simple relación causal y que tiene su sede en el injusto típico; y, un nexo de culpabilidad al que se llama "imputación subjetiva del injusto típico objetivo a la voluntad del autor", lo que permite sostener que no puede haber sanción sin la existencia de tales imputaciones.

Es pertinente relacionar que la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha adoptado esta corriente; así, en sentencia de inconstitucionalidad pronunciada las doce horas del día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, se estableció entre otros aspectos que: "...Esta Sala tiene la plena convicción que la garantía básica de la presunción de inocencia es plenamente aplicable -entiéndase de obligatoria observancia- al campo de las infracciones administrativas (...).

La idea expuesta en el acápite precedente significa que el vocablo "delito" consignado en el artículo 12 inciso primero de la Constitución de la República debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es, conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reprochable al efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas (...).

Podemos asegurar entonces, que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o la culpa constituyen un elemento básico de la infracción (...).

En este orden de ideas, es claro que los criterios doctrinarios y jurisprudenciales citados, permiten entender que para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya 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, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración, pues ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado.

El principio de culpabilidad ha de matizarse a la luz del interés general en aquellas situaciones en que el Derecho sancionador se encamina a la protección del interés público, como pilar fundamental del Derecho Administrativo.

Específicamente nos referimos a los actos de la Administración cuya finalidad última no es meramente infligir un castigo ante la inobservancia de la Ley, sino, la toma de medidas para la protección del interés general o de un conglomerado (tales como retiro del mercado de productos en mal estado, cierres temporales de locales que pongan en peligro la salud, etc). El despliegue de estas acciones, si bien no se excluye del imperativo de una cobertura legal, responde a razones de interés general, y opera independientemente de la existencia de dolo o culpa en el destinatario que se vea afectado por las mismas.

Por otra parte, es preciso aclarar que este Tribunal no proclama la impunidad ante la existencia de una infracción, sino, la necesidad de determinar claramente en cada caso quienes son los sujetos a los que es válidamente atribuible la conducta sancionable.

5.4.2 Sobre el Error de Prohibición.

Si se acepta que al Derecho Administrativo Sancionador le son aplicables los Principios

del Derecho Penal, habrá que aceptar también lógicamente la aplicación de lo expuesto en el Código Penal a propósito del error y de sus variedades: el error de tipo y el error de prohibición, así como de sus correspondientes sub-variedades: el error vencible e invencible.

El error de tipo supone que el autor tiene un conocimiento equivocado de alguno de los elementos, tanto descriptivos como normativos, que aparecen en el tipo. Mientras que el error de prohibición supone que el autor desconoce que su acción es ilícita, o sea que ignora que está prohibida. Este último comprende dos subvariedades: a) la ignorancia de la existencia o vigencia de la normativa prohibida y b) cuando conociendo la norma no se considera aplicable al caso. La situación se complica más cuando el tipo no aparece en una sola norma sino que es el resultado de la integración de varias, realizada a través de una o varias remisiones, con lo cual surge el problema de las consecuencias de su ignorancia incluso para aquel a quien se supone debe conocer la Ley remitente.

La jurisprudencia nos ofrece abundantes testimonios de exoneración de culpabilidad por causa de error de prohibición, que opera no sólo en supuestos de ignorancia absoluta (desconocimiento de la norma) sino también en el grado más atenuado de error excusable de interpretación. Si el error de interpretación es producido por la desidia del legislador o de la Administración al no haberse preocupado de redactar claramente sus disposiciones, es lógico relacionarle con la figura del error producido directamente por una conducta de la Administración. En esa misma línea se encuentran los supuestos en los que la Administración ha llegado a "aconsejar" a los infractores a que actúen de una determinada manera, caso en el que podría incluso llegarse a revocar una multa impuesta, por considerar que los sancionados obraron en legítima confianza de que actuaban de forma correcta y de que sería absurdo sancionar una conducta que la propia administración aconsejó.

Con base en las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, es posible concluir que al igual que en el Derecho Penal, en el Derecho Administrativo sancionador se exige la culpabilidad a título de dolo o culpa, ya que según el Principio de Culpabilidad, para que una actuación sea sancionable, ésta debe realizarse con dolo o culpa y además debe existir un nexo de culpabilidad que implique un grado de responsabilidad del hecho que se imputa, es decir un ligamen entre el autor y el hecho, lo cual también tiene asidero legal en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor.

5.4.3 Aplicación a la controversia.

La parte actora alegó en la demanda, que para que un hecho sea sancionable debe existir dolo o culpa y además un nexo de culpabilidad que implique un grado de responsabilidad del hecho que se imputa. En ese sentido, al estar el Banco demandante sujeto al control de la Superintendencia del Sistema Financiero, éste aplicó la Norma Prudencial NPB4-21 autorizada por el Banco Central de Reserva y Superintendencia del Sistema Financiero, lo que generó un error de prohibición, ya que el artículo 5 de la Norma Prudencial mencionada era contrario a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor. Alegó que debido al evidente error de prohibición inducido por la Administración, no existe culpabilidad por parte del Banco, lo cual incluso fue aceptado por la autoridad demandada.

Al respecto, la autoridad demandada señaló que si bien no había dolo en la actuación del referido Banco, si existió negligencia en su actuación, ya que el Banco demandante es manejado por profesionales a los que difícilmente se les puede atribuir un error invencible respecto del contenido de las leyes reguladoras del desarrollo de sus funciones.

Al aplicar el Principio de Culpabilidad al caso de autos, debe considerarse que el Banco demandante se encuentra sujeto al control de la Superintendencia del Sistema Financiero, Institución que funciona como ente rector y regulador de la actividad bancaria. De conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, la citada Superintendencia, es una Institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, que contará con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley. Por su parte, el artículo 2 de dicha Ley establece que la referida Superintendencia tendrá como finalidad principal **vigilar el cumplimiento de las disposiciones a las Instituciones sujetas a su control, y le corresponderá la fiscalización del Banco Central, de los Bancos Comerciales, entre otros.** En dicha normativa, es que el Banco demandante justifica que aplicó la Norma Prudencial NPB4-21 -autorizada por el Banco Central de Reserva y la Superintendencia del Sistema Financiero-, lo cual hizo con absoluta confianza y certeza de estar actuando en la forma correcta al utilizar para el caso la Ley especial que consideró aplicable.

Sin embargo, debe anotarse que la NPB4-21 —a la cual la autoridad demandada otorgó carácter de "ley especial" preferente sobre la Ley de Protección al Consumidor, fue aprobada por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, en las sesiones del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve y cinco de enero de dos mil, en uso de la potestad

que le otorga el artículo 66 inciso final de la Ley de Bancos: "la Superintendencia deberá emitir las disposiciones que permitan la aplicación de este Capítulo (Relaciones entre las operaciones activas y pasivas)". Teniendo en cuenta ello, dicha norma prudencial —emitida en ejercicio de la potestad normativa de la Administración— tiene el carácter de fuente secundaria y, por ello, subordinada a la fuente constitucional y a las fuentes primarias. Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor, fue emitida por la Asamblea Legislativa, en ejercicio de lo prescrito en el artículo 131 ordinal 5° de la Constitución de la República, mediante el Decreto Legislativo número setecientos setenta y seis del dieciocho agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho, del ocho de septiembre de dos mil cinco.

La Sala de lo Constitucional en la Sentencia del cuatro de abril de dos mil ocho, Inc. 40-2006, ha sostenido que las leyes, atendiendo a la preferencia de una sobre otra en la aplicación, pueden ser generales o especiales. La ley general regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas, mientras que la ley especial regula un sector más reducido y se sustrae del ámbito general —en atención a valoraciones específicas que, según el legislador, justifican un tratamiento diferente-.

Si bien la parte actora sostiene que el artículo 5 de la NPB4-21 estaba en "aparente" contradicción con los artículos 19 letra a) y 20 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, los cuales, respectivamente, establecen obligaciones y prohibiciones especiales para los proveedores de servicios financieros, esta Sala considera que, no obstante la Ley de Protección al Consumidor en principio es una Ley general —regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas—, ello no impide que en la misma existan disposiciones especiales dirigidas a resolver situaciones particulares. En ese sentido, los artículos 19 letra a) y 20 letra e) de la referida Ley, son también normas especiales, ya que fueron emitidas para establecer obligaciones y prohibiciones específicas de los proveedores de **servicios financieros** —a diferencia de otras disposiciones de dicha Ley que tienen carácter general, en cuanto van dirigidas a cualquiera que establezca relaciones con los consumidores—.

Ahora bien, la parte actora señala una contradicción aparente entre los artículos citados de la Ley de Protección al Consumidor y la NPB4-21, ya que al ser esta última una norma vigente especial de obligatorio cumplimiento para el Banco Salvadoreño S.A. —ahora Banco Davivienda S.A.—, era de aplicación preferente sobre la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, como ha quedado establecido, tal argumento no es tan válido ya que la Ley de Protección al

Consumidor también es una fuente normativa vigente, de obligatorio cumplimiento, y los artículos 19 letra a) y 20 letra e) de la misma, constituían también normas especiales. Ello implica que sí existía una antinomia, pues dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material) imputaban efectos jurídicos incompatibles en las mismas condiciones fácticas. Así, el conflicto generado por la incompatibilidad se entablaba entre una disposición que prohibía hacer algo —la Ley de Protección al Consumidor— y otra que permitía hacerlo —la NPB4-21—. Sin embargo es clave señalar que **el artículo 5 de la NPB4-21 solo establece qué se entiende por "recargo" aplicado por los bancos; no obliga a las entidades bancarias a realizar ese cobro a los ahorrantes.**

Con el fin de dirimir el conflicto planteado debe tenerse en cuenta que en el presente caso, el conflicto normativo se produce entre una ley formal y una norma infralegal, por lo que, al ser normas de **distinto grado jerárquico**, aquella de menor fuerza normativa resulta inválida. Si bien es cierto que la NPB4-21 entró en vigencia antes que la Ley de Protección al Consumidor —por lo que, a partir de su emisión, las actuaciones basadas en ella eran válidas—, con la aprobación de la Ley de Protección al Consumidor se generó una **invalidez sobrevenida**. En otras palabras, la norma prudencial fue válida hasta la creación de la norma superior.

Así, en razón de que tanto las disposiciones de la NPB4-21 como las de la Ley de Protección al Consumidor constituyen normas especiales en el caso concreto, el criterio de especialidad no es idóneo para resolver el conflicto. En ese sentido, dado que, por un lado, la Ley de Protección al Consumidor establece una prohibición dirigida especialmente a los proveedores de servicios financieros y, por otro lado, la NPB4-21 establece un permiso positivo para los mismos proveedores, no existe una disposición general que pueda ser interpretada restrictivamente, por lo que es imposible aplicar una de las normas sin que entre en conflicto con la otra —hacerlo supondría anular la fuerza de las normas—. Consecuentemente, el conflicto debe resolverse por aplicación de la norma superior.

No obstante lo expuesto, el Banco demandante alega que, en su caso se produjo un error de prohibición inducido por la Administración, ya que a su juicio el artículo 5 de la Norma Prudencial NPB4-21, a pesar de estar en aparente contradicción con la Ley de Protección al Consumidor, era norma vigente dictada por la Superintendencia del Sistema Financiero y en ese sentido, de obligatorio cumplimiento para los operadores bancarios de conformidad con el artículo 2 de la citada norma prudencial que señala que "Los sujetos **obligados** al cumplimiento

de estas Normas son los bancos constituidos en El Salvador, las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el país, las oficinas de bancos extranjeros establecidos en el país, y el Banco Central de Reserva", por lo cual decidió aplicar la norma prudencial en referencia, en el entendido que su actuación se encontraba apegada a derecho.

Con base en lo expuesto, esta Sala considera que el Banco demandante efectivamente actuó carente de dolo y culpa al aplicar la norma específica NPB4-21 dictada por el ente que no solo le regula, sino que además vigila sus actuaciones, y aunque erró al analizar la jerarquía normativa que se ha expuesto en este considerando, actuó en ausencia de culpabilidad creyendo que era lícito aplicar el artículo 5 de la Norma Prudencial NPB4-21, obrando pues de buena fe y con fundamento jurídico.

Así pues, la ausencia de dolo y culpa en la conducta del Banco demandante, únicamente permite que se le exonere de la multa impuesta, más no es argumento suficiente para dotar de legalidad su actuación con relación a los cobros por inactividad y manejo de cuentas que realizó a un buen número de ahorrantes, ya que como se dijo, el artículo 5 de la NPB4-21 no habilita a las entidades bancarias a **realizar** esos cobros a los ahorrantes.

La parte actora alegó en su demanda, la falta de proporcionalidad de la multa impuesta, sin embargo, debido a la exoneración de la multa por fatal de dolo y culpa que se ha advertido en el caso de autos, lo cual afecta la legalidad de la multa impuesta, no es necesario entrar al análisis de dicho argumento de ilegalidad.

5.5 Errónea interpretación del artículo 73 de la Ley de Bancos.

Finalmente la parte actora alega que la autoridad demandada realizó una errónea interpretación del artículo 73 de la Ley de Bancos, ya que confunde dos figuras distintas, que son la inactividad y la prescripción y agregó que el origen de la inactividad es eminentemente contractual, **fundamentado en la norma prudencial NPB4-21** autorizada por el Banco Central de Reserva, cuyo fundamento es la pasividad del movimiento de la cuenta.

La autoridad demandada señaló que el llamado recargo por inactividad es contrario a lo regulado en el artículo 19 letra a) de la Ley de Protección al Consumidor y que el artículo 73 de la Ley de Bancos, fue un elemento que abonó a fundamentar que el legislador no había dispuesto ante la inactividad de las cuentas los pretendidos efectos que le otorgó el Banco demandante, siendo en consecuencia inválido efectuar el recargo por inactividad por falta de asidero legal.

Como ha quedado establecido en el considerando que antecede, si bien la NPB4-21 entró

en vigencia antes que la Ley de Protección al Consumidor —por lo que, a partir de su emisión, las actuaciones basadas en ella eran válidas—, con la aprobación de la Ley se generó una **invalidez sobrevenida** de la referida norma prudencial, es decir que la norma prudencial fue válida hasta la creación de la norma superior.

Por ello, y sobre este punto, es básico revisar lo que al respecto regula la Ley de Protección al Consumidor, que en su artículo 18 literal c) señala: "Queda prohibido a todo proveedor: (...)c) Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor. En ningún caso el silencio podrá ser interpretado por el proveedor como señal de aceptación del cargo de parte del consumidor." Asimismo, el artículo 19 del mismo cuerpo legal prescribe que "Los proveedores de servicios de crédito, bursátiles o servicios financieros en general, en sus relaciones contractuales con los consumidores de los referidos servicios, están obligados según el caso, a cumplir con lo siguiente: a) Cobrar sólo los intereses, comisiones y recargos que hubiesen sido convenidos con el consumidor, en los términos y formas establecidos en el contrato, y conforme a la ley."

Por su parte, el artículo 73 de la Ley de Bancos señala que "Se tendrán por prescritos y pasarán a favor del **Estado**, los saldos a cargo de bancos y a favor del público ahorrante provenientes de depósitos, títulos de capitalización, giros recibidos o cualesquiera otras cuentas que hubieren cumplido diez o más años de permanecer inactivas.

Se entenderá que una cuenta ha permanecido inactiva cuando su titular no haya efectuado con el banco, acto alguno que muestre su conocimiento de la existencia del saldo a su favor o su propósito de continuar manteniéndolo como tal en el banco. En ambos casos, el plazo de la prescripción se empezará a contar a partir de la fecha en que se ejecutó el último acto.

Con el fin de evitar la prescripción, en los primeros sesenta días de cada año calendario, cada banco deberá publicar una vez en dos de los diarios de circulación nacional la lista total de cuentas que en el año inmediato anterior hayan cumplido ocho o más años de permanencia inactivas, indicando el número y clase de la cuenta y el nombre de los titulares por orden alfabético. Los bancos podrán, adicionalmente y a su juicio, utilizar otros medios para evitar la prescripción."

Lo anterior implica que el legislador **ya estableció claramente la consecuencia jurídica de la inactividad de las cuentas** al disponer que, después de transcurridos diez años los saldos

de esas cuentas pasarán al Estado y no a favor del Banco. Además, el recargo por inactividad, en la medida que extingue el saldo de las cuentas, contraría la consecuencia legal consignada en la norma, ya que no sólo se afecta al ahorrante, sino al Estado mismo al impedir que éste pueda disponer de los fondos en los términos que la Ley señala.

Del análisis de lo planteado por las partes y la normativa relacionada, es posible concluir que, la autoridad demandada **no interpretó erróneamente el contenido del artículo 73 de la Ley de Bancos**, ya que la Ley aplicable es clara y precisa en sus postulados, mismos que fueron correctamente aplicados por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor al emitir los actos administrativos impugnados.

Finalmente, queda claro que el cobro de recargos por inactividad no encuentra asidero legal en la NPB4-21 como asegura la parte actora, y por el contrario, constituye un incumplimiento del Banco a su obligación de cobrar comisiones y recargos **de conformidad con los parámetros establecidos en los artículos 18 literal e) y 19 literal a) de la Ley de Protección al Consumidor**, por lo cual dichos cobros por inactividad y manejo de cuentas, se encuentran al margen de la Ley y es así como deben declararse.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que en este aspecto, no se han configurado las violaciones alegadas.

6. CONSIDERACIONES SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO.

Dado que esta Sala decretó oportunamente la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados mediante auto de las quince horas y cuarenta y dos minutos del diecinueve de octubre de dos mil nueve, el Banco demandante no vio modificada de forma perjudicial su esfera jurídica patrimonial, ya que no se hicieron efectivas las ordenes de reintegro y el pago de la multa impuesta. En virtud de lo anterior y habiéndose determinado la ilegalidad de la multa impuesta, procede advertir que las autoridades demandadas únicamente podrán exigir del Banco demandante que realice los reintegros ordenados, sin poder realizar el cobro de la multa impuesta, por la supuesta infracción a la Ley de Protección al Consumidor.

II. FALLO:

POR TANTO, con base en las razones expuestas, y artículos 11 y 12 de la Constitución de la República; 18 c), 19 a) , 11, 40 inciso 2º., 143 b), 155 y 168 de la Ley de Protección al Consumidor; 73 de la Ley de Bancos; 1, 2 y 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del

Sistema Financiero; 2 y 5 de la Norma NPB4-21; 421 y 427 del Código de Procedimientos Civiles — derogado-, 706 del Código Procesal Civil y Mercantil; y 31, 32, 33 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

a.1) Que es ilegal la Resolución dictada a las trece horas del diez de octubre del dos mil siete, únicamente en la parte que resolvió: sancionar al Banco Salvadoreño S.A., ahora Davivienda S.A., con la cantidad de quinientos once mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América (\$511,200.00), equivalentes a cuatro millones cuatrocientos setenta y tres mil colones (¢4,473,000.00) en concepto de multa por infracción al artículo 44 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor;

a.2) Que es legal la Resolución dictada a las trece horas del diez de octubre del dos mil siete, que resolvió: (1) ordenar a Banco Salvadoreño S.A., ahora Davivienda S.A., la devolución de trescientos noventa y seis mil setecientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos de dólar (\$ 396,793.77), equivalentes a tres millones cuatrocientos setenta y un mil novecientos cuarenta y cinco colones con cuarenta y nueve centavos de colón (¢3,471,945.49) por cobros realizados en concepto de recargo por inactividad a las cuentas de ahorro con saldos iguales o mayores a veinticinco dólares, durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis, y (2) ordenar la devolución por la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con treinta y cuatro centavos de dólar (\$32,445.34) equivalentes a doscientos ochenta y tres mil ochocientos noventa y seis colones con setenta y tres centavos de colón (¢283,896.73) en concepto de cobros por comisión por manejo de cuentas de ahorro, durante los meses de diciembre de dos mil cinco a octubre de dos mil seis.

b.1) Que es ilegal la Resolución emitida a las trece horas cincuenta minutos del seis de noviembre del dos mil siete, únicamente en la parte que confirmó sancionar al Banco Salvadoreño S.A., ahora Davivienda S.A., con la multa relacionada en el literal a.1) que antecede.

b.2) Que es legal la Resolución emitida a las trece horas cincuenta minutos del seis de noviembre del dos mil siete, que confirmó la orden de devolución relacionada en el literal a.2 que antecede.

c) Como medida para el restablecimiento del derecho violado, la autoridad demandada no podrá exigir el pago de la multa impuesta al Banco Salvadoreño S.A., ahora Davivienda S.A., por la cantidad que se detalla en el literal a.1) que antecede, y en ese sentido únicamente podrá

exigir del Banco demandante que realice los reintegros ordenados por las cantidades descritas en el literal a.2) que antecede.

d) Déjase sin efecto la medida cautelar decretada en auto de las quince horas y cuarenta y dos minutos del diecinueve de octubre de dos mil nueve.

e) En el acto de notificación extiéndasele certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal.

NOTIFÍQUESE.

**DUEÑAS-----L. C. DE AYALA G.----- J. R. ARGUETA-----JUAN M.
BOLAÑOS S.----- PRONUNCIDADA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y LOS
SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.-----ILEGIBLE-----SRIO.-----
-RUBRICADAS.**