

| | | | |
|---|------------------------------------|---|---------------------------------|
|  | TRIBUNAL SANCIONADOR | Fecha: 01/12/2023 Hora: 10:25 Lugar: San Salvador. | Referencia: 662-2021 |
| RESOLUCIÓN FINAL | | | |
| I. INTERVINIENTES | | | |
| Consumidor denunciante: | | | |
| Proveedora denunciada: | TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A de C.V. | | |
| II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES. | | | |
| <p>En fecha 11/02/2021 el consumidor interpuso su denuncia (fs. 1) en la cual manifiesta que: <i>“Contrato un servicio de telefonía para 18 meses con un plan de pago por \$52.00 dólares mensuales, su descontento obedece a que le han llegado facturas de cobro por \$150.00 dólares y otra por \$350.00 con lo que no está de acuerdo, lo cual considera un cobro indebido. Requiere que le informen a que obedece dicho cobro”</i>.</p> <p>En fecha 05/05/2021 —fs. 14—, el consumidor ratificó su denuncia y solicitó la programación de audiencias conciliatorias, notificando a la proveedora en fecha 07/05/2021 (fs. 17) de la audiencia de conciliación programada para el día 17/05/2021. Conforme al acta de resultado de conciliación (fs. 24), se hizo constar que la misma fue suspendida por falta de acuerdo entre las partes.</p> <p>En ese sentido, el Centro de Solución de Controversias —en adelante CSC—, conforme al artículo 143 literal c) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, remitió el expediente, recibándose en este Tribunal en fecha 07/06/2021.</p> | | | |
| III. PRETENSIÓN PARTICULAR. | | | |
| <p>Consumidor solicita que: <i>el proveedor investigue lo que está sucediendo y que realice el cobro del mes de acuerdo a lo contratado, únicamente por la cantidad de \$52.00 dólares, que procedan en eliminar el excedente de cada una de las facturas, por considerarlo un cobro indebido. Sobre la base de los artículos 4 literal c), 18 literal c), 43 literales e), 44 literal e) de la Ley de Protección al Consumidor”</i>.</p> | | | |
| IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN. | | | |
| <p>A. Tal como consta en resolución de inicio —fs. 27-28— se le atribuye la posible comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, que estipula: <i>“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: e) (...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)”</i>, en relación con la configuración de los referidos ilícitos administrativos de los artículos 18 letra c) de la LPC, por: <i>“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”</i>; lo que, en caso de comprobarse, implicaría la imposición de la sanción prevista en el artículo 47 de dicho cuerpo normativo, como consecuencia ante la comisión de las infracciones de tal gravedad.</p> | | | |



En principio, es importante destacar que, para la configuración del cobro indebido como conducta constitutiva de infracción, no se exige, entre sus elementos del tipo, que el cobro en mención se haya concretado en todo caso, en el sentido de que el consumidor hubiese pagado la suma cobrada indebidamente.

La figura del cobro indebido se perfila cuando se realiza un cobro sin respaldo legal, esto es, cuando no se acredita la existencia de una obligación entre las partes. Y es que, debe aclararse que el cobro indebido se define como la acción de exigir alguna cosa de la cual no había derecho a cobrar. Ahora bien, para que exista el derecho de cobrar, se requiere de la preexistencia de una relación contractual, de la cual se deriven obligaciones para ambas partes, que podrán consistir en prestaciones de dar, hacer o no hacer.

El carácter indebido del cobro que cita el artículo 18 letra c) de la LPC, se fundamenta en el hecho que el mismo no cuenta con un respaldo legal ni contractual, o que se hagan cargos a la cuenta del consumidor por la adquisición de bienes o servicios que éste no haya solicitado o no haya efectuado, y menos autorizado cargarlos a su cuenta, e inclusive, que se le exijan sumas en concepto de pago de obligaciones sin demostrar las causas que la generan.

En ese orden, la Sala de lo Contencioso Administrativo —en adelante SCA—, mediante sentencia pronunciada el 06/11/2013 en el proceso referencia 305-2010, sostiene que *“En ocasiones, los cobros indebidos tienen origen en una actuación “fraudulenta” o con malicia por parte del proveedor, sin embargo, la mayor parte de los casos corresponden a deficiencias en la administración interna del proveedor. El artículo 18 literal c) de la LPC, es el que nos enmarca como práctica abusiva efectuar cobros indebidos, este artículo tiene una naturaleza enunciativa y no taxativa, ya que se entiende en la ley, en derecho comparado y en doctrina, que un agente económico realiza cobros indebidos cuando el proveedor cae en uno o más de los siguientes supuestos: a) cuando se cobra por medio de facturas o por cualquier otro medio con el mismo fin, servicios que no han sido efectivamente prestados; b) cuando se altera la estructura tarifaria sin que medie autorización del cobro por parte del consumidor; y c) cuando se efectúa un cobro sin el respaldo que lo legitime para realizarlo”*.

Cabe señalar que, tratándose de una práctica abusiva por supuesto cobro indebido se requiere, para efectos sancionatorios, que este Tribunal cuente con prueba que demuestre que se efectuaron cobros al consumidor que no se encuentren justificados contractual o legalmente.

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

I. Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora, quien compareció conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

En resolución de (fs. 27-28) se le confirió el plazo de diez días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, para que la proveedora manifestara su defensa por escrito, pudiendo formular alegaciones, presentar o proponer la práctica de pruebas que estimara conveniente. Dicha resolución, fue notificada a la denunciada en fecha 08/08/2023.

2. En fecha 22/08/2023 se recibió escrito y anexos (fs.31-35) firmado por el licenciado

actuando en su calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, contestando la denuncia en sentido negativo, mencionando, en síntesis, lo siguiente:

i) Que el 16 de abril de 2020, el consumidor firmó contrato de servicio de telefonía móvil y adquisición de equipo, Samsung A70, con 20 GB para uso de datos de internet, pagando mensualmente \$41.99. El plan contratado incluye el servicio de Nación Tigo, que permite utilizar la red móvil para realizar llamadas desde y hacia Canadá, Estados Unidos, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Bolivia y Brasil, así como navegar utilizando los datos de su plan a tarifa local; de tal forma que si, por ejemplo, una persona se encuentra en cualquiera de estos países, y hace una llamada telefónica, está se cobrara como si fuese realizada en El Salvador. Aclarando que, cuando los consumidores ingresan a un país extranjero, independientemente forme parte de la Nación Tigo o no, recibe un mensaje en el que se indica que está entrando a cobertura de voz y datos con roaming, y se indica que puede consultar tarifas en el sitio web.

ii) Que en el numeral cuatro de las condiciones especiales de contratación, consta que: i) el consumidor contrato el servicio de roaming; ii) se advierte que el cliente tendrá acceso a los servicios de voz, SMS, datos, en los lugares en que Telemovil tenga cobertura. Para los lugares sin cobertura debe activar el servicio en los puntos de contacto; iii) puede consultar las tarifas vigentes de cobertura, disponibilidad y compatibilidad del servicio en el extranjero por medio del Contac Center o pagina web; iv) los valores resultantes serán cobrados a través de las facturas de servicio dentro de un plazo de hasta ciento veinte días posteriores al uso del servicio; v) que tanto las llamadas realizadas como las recibidas, así como la recepción y envío de mensajes de texto, navegación y uso de datos utilizados bajo el servicio de roaming serán cobrados, salvo que el plan contratado indique lo contrario para algunos países de cobertura. Consta en el documento que, junto con el plan, se adquirió el servicio de Nación Tigo, recibiendo 100 minutos gratis de roaming, una vez consumidos, se cobraría como tarifa local. Los precios de las llamadas realizadas en países pertenecientes a la Nación Tigo, se encuentran detalladas en el contrato.

iii) Que el consumidor puede desactivar el servicio de redes fácilmente y de forma inmediata, accediendo al panel de notificaciones y presionando el ícono de avión con nombre "perfil fuera de línea". Asimismo, puede desactivar el roaming, desplegando el menú de aplicaciones y escribiendo en la barra de buscar la palabra "roaming", ingresando en la opción "conexiones", específicamente en "roaming de datos". No obstante, aún cuando los clientes no desactiven el roaming, no se facturará el servicio si no realizan llamadas. En este caso consta en el expediente, factura de vencimiento del 01/11/2020 en la que se le brindo al consumidor, un descuento por uso de roaming por la cantidad de \$350.82 dólares. Si bien el cliente no justificó el no uso del servicio, se aplicó el beneficio como prerrogativa y para dar por cerrado el reclamo del usuario.

iv) Finalmente, señala que se encuentra agregada la factura con fecha de vencimiento del 01/12/2020, en la que se detallan los servicios utilizados por el cliente, entre ellos, el de detalle de trafico de roaming, incluyendo los países, minutos utilizados y monto por servicios de llamadas en el exterior. De igual forma se

encuentran agregadas al expediente llamadas internacionales, de modo que el cobro se realizó legalmente por existir disposición y voluntad del cliente. Se puede concluir que, no se cumplen los presupuestos relacionados en virtud que en el contrato se advierte que el cliente estuvo de acuerdo en contratar servicios móviles con roaming, incluyendo el beneficio nación Tigo. De igual forma, se brindaron todos los medios necesarios para consultar todo lo relacionado al servicio de roaming.

3. Seguidamente, en resolución de las diez horas con cuarenta minutos del día 04/10/2023, se abrió a pruebas el presente procedimiento administrativo sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes pudieron hacer uso de los medios probatorios que estimaran pertinentes.

En respuesta a resolución de apertura a pruebas, se recibieron escritos firmados por la licenciada [REDACTED] (fs.72 y 73), quien actúa en calidad de apoderada general judicial de la proveedora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. de C.V., en fecha 25/10/2023, incorpora documentación que ofrece como medio de prueba.

Es preciso señalar, que todos los argumentos de defensa esgrimidos por la apoderada de la proveedora, se encuentran estrechamente relacionados a la prueba documental que ha sido incorporada al expediente, de tal suerte que dichos argumentos serán analizados ampliamente en los apartados posteriores de esta misma resolución, específicamente en la valoración de la prueba y la configuración de la infracción.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

En ese sentido, la Sala de lo Constitucionalidad en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: ***“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”*** (resaltados son propios).

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

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

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento, se ha configurado la infracción consignada en el artículo 44 letra e) de la LPC, por: *“(…) Realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores”*.

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

- a) Fotocopia de Contrato General de Telecomunicaciones de servicios pos pago suscrito el 16/04/2020, por medio del cual se establece la relación contractual existente entre el denunciante y la proveedora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. de C.V., y donde se establecen las condiciones generales de contratación y sus respectivos anexos (fs. 41-49 y 79-87).
- b) Fotocopia de Contrato de adquisición de equipos, donde se establecen el numero de cuotas y el valor de cada una mensualmente. (fs. 37-38 y 75-76).
- c) Fotocopia de Certificado de garantía y Pagare sin protesto. (fs. 39-40 y 77-78)
- d) Fotocopias de tráfico de roaming de los meses de septiembre y octubre de 2020, en el que consta que el cliente ha utilizado el servicio de roaming en varios países. Con estos documentos se comprueba que el cliente si realizo llamadas fuera del país, el monto y la duración de cada una de ellas. (fs. 89-92).
- e) Impresión de captura de pantalla de mensaje de texto SMS (fs. 93), en la que consta el comunicado que reciben los clientes cada vez que ingresan a un país extranjero y se interconectan a otro operador. Con este documento se pretende probar que TELEMOVIL utiliza los medios necesarios para informar a sus clientes del roaming y de las tarifas aplicables, siendo útil e idóneo, pues establece que se podrá cobrar tarifas adicionales del servicio contratado.
- f) Fotocopia de declaración jurada notarial emitida por el licenciado [REDACTED], en la que consta que todos los dispositivos cuentan con la opción de desactivar el servicio de forma inmediata del servicio de red entre ellos el roaming, destacando que el servicio no es obligatorio para el cliente y este decide si utilizarlo o no (fs. 94-98).

- g) Fotocopias de estado de cuenta a nombre del señor [REDACTED] de los periodos del 01/10/2020 al 05/11/2020, en donde se establece la cantidad total del consumo del mes y los detalles de consumo (fs. 5 – 6).

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. En el presente caso la infracción denunciada por el consumidor, es la establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, que estipula: *“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: “(...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)”* en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, que establece que son prácticas abusivas y por tanto está prohibido: *“Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor (...)”*, por lo que, al realizar el ejercicio de adecuación de los hechos denunciados a los alcances del referido ilícito administrativo, se advierte que:

1) Mediante contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito por el consumidor y la proveedora (ya citado), el cual estipula que el consumidor acepta la obligación de pago frente a la proveedora en virtud del servicio de telefonía móvil objeto de la contratación, además de aceptar la cláusula 4 de las condiciones especiales de contratación, donde se establece lo relativo al roaming y del beneficio de Nación Tigo, es decir que se ha acreditado que existe una justificación en los montos facturados, y que el exceso de minutos de llamadas en el extranjero le generaron los cobros adicionales reflejados en facturas que se encuentran en folios 5 y 6.

De igual forma, mediante las fotocopias de tráfico de roaming de los meses de septiembre y octubre del 2020, se logra esclarecer que el consumidor utilizó el servicio de roaming en diferentes países, realizando múltiples llamadas de larga duración con el número de teléfono [REDACTED] mismo número que se encuentra plasmado en las diferentes facturas emitidas por la proveedora.

2) En congruencia con lo anterior, se ha comprobado en el presente procedimiento, que la denunciada contaba con respaldo contractual para realizar los cobros en concepto de servicio facturado en minutos en roaming mundial y como se estipuló en el romano IV de la presente resolución, para que un cobro adquiera la calidad de indebido tiene, necesariamente que carecer de fundamento contractual y legal (pues únicamente el hecho de estar contenido en un contrato no le dota automáticamente de legalidad y por ello deben concurrir ambos o al menos el último de estos elementos). Por tal motivo este Tribunal considera que no existe cobro injustificado, y tampoco consta que el consumidor haya probado que no fue el quien utilizó el servicio de roaming.

Por lo tanto, tomando en cuenta la prueba aportada y en razón de proporcionar certeza jurídica, se valoró la prueba ofrecida por la parte denunciante y la parte proveedora, observando que no es posible atribuirle la comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, por: *“(...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)”*, en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, que establece que son prácticas abusivas y por tanto está prohibido: *“Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a*

cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor (...)”, siendo procedente *absolver* a TELEMÓVIL EL SALVADOR, S.A. de C.V., por la supuesta comisión de la infracción precitada, respecto de los hechos denunciados por el señor [REDACTED]

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

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

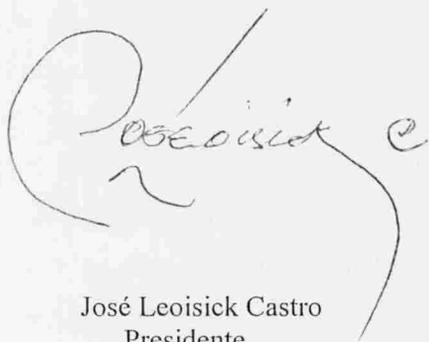
En ese orden de ideas, es preciso tener en cuenta que —de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 40 de la LPC— para que se considere la responsabilidad de la proveedora por la comisión de una infracción es necesario que su conducta u omisión que constituye los ilícitos administrativos haya sido realizada con dolo o culpa. Y siendo que, de la documentación agregada al expediente, no es posible determinar con certeza ningún grado de responsabilidad de la proveedora denunciada respecto de las dos infracciones que se le atribuían, y conforme al análisis expuesto en la presente resolución se *absuelve* a la proveedora TELEMÓVIL EL SALVADOR. S.A de C.V., de los referidos ilícitos administrativos, y por tal motivo no es posible pronunciarse de la reposición alterada con fundamento en el artículo 83 letra c) de la LPC.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 44 e), 18 c), 47, 49, 83 letra b), 143 c), 144 y siguientes de la LPC; y 78 inciso tercero, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Téngase* por recibido el escrito y anexos presentados por la licenciada [REDACTED] (fs. 72-73).
- b) *Desestímese* la presunta configuración de las infracciones prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC, por: *realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores*, relacionada con el artículo 18 letra

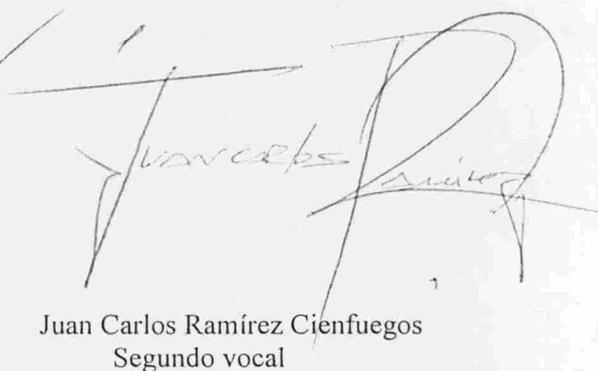
- c) de la misma normativa, respecto de la denuncia presentada por el señor [REDACTED], según el análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución.
- c) *Absuélvase* a la proveedora Telemovil El Salvador, S.A. de C.V., por la comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC, por: *realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores*, relacionada con el artículo 18 letra c) de la misma normativa, respecto de la denuncia presentada por el señor [REDACTED] según el análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución.
- d) *Hágase del conocimiento de los intervinientes* que, en cumplimiento al artículo 104 de la LPA y de conformidad a los artículos 132 y 133 de la misma ley, la presente resolución admite recurso de reconsideración, el cual puede ser interpuesto ante este mismo Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución, en la dirección siguiente: 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador.
- e) *Notifíquese.*



José Leoisick Castro
Presidente



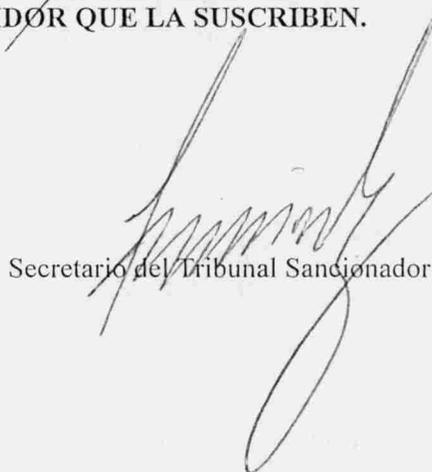
Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

FJ/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador