

 <p>Defensoría del Consumidor</p>	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 21/01/21 Hora: 13:10 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 2077-18</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Consumidora denunciante:			
Proveedora denunciada:			
II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES			
<p>En fecha 14/05/2018 la consumidora interpuso su denuncia (fs. 1), en la cual, en síntesis, expuso no estar de acuerdo con el cobro por el servicio de agua potable correspondiente a los meses de abril y mayo 2019, el cual considera excesivo puesto que el servicio que le brindan es deficiente, solo le suministran agua dos veces por semana</p>			
III. PRETENSIÓN PARTICULAR			
<p>La consumidora solicitó -en esencia- "...que se le haga una reducción de las facturas de abril y mayo/2018 basándose en las lecturas que refleja su medidor de agua..."</p>			
IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN			
<p>A la proveedora denunciada se le atribuye la posible comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor -en adelante LPC-, que estipula: "<i>San infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)</i>" en relación al artículo 18 letra c) de la misma ley, que establece: "<i>Queda prohibido a todo proveedor: 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>". En caso de comprobarse la comisión de dicha infracción, atarrearla la sanción establecida en el artículo 47 de la misma normativa, siendo la multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.</p>			
<p>En principio, es importante destacar que, para la configuración del cobro indebido como conducta constitutiva de infracción, no se exige, entre sus elementos tipo, que el cobro en mención se haya concretado en todo caso, en el sentido de que la consumidora 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.</p>			
<p>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...</p>			
<p>El carácter indebido del cobro que cita el artículo 18 letra c) de la LPC, se fundamenta en el hecho que el mismo no cuente con un respaldo legal ni contractual, o que se hagan cargos a la cuenta de la consumidora por la adquisición de bienes o servicios que esta no haya solicitado o no haya efectuado, y menos autorizado</p>			

Handwritten marks and symbols on the left margin, including a large '7' and a triangle.

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—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 indebida en el servicio de agua potable, se requiere, para efectos sancionatorios, que este Tribunal cuente con prueba que demuestre que se efectuaron cobros a la consumidora en la prestación del servicio de agua potable y que esos cobros no se encuentren justificados contractual o legalmente.

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 141 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:

Mediante el escrito de fs. 62, la proveedora a través de su apoderada general judicial, la licenciada [redacted], contestó en sentido negativo la audiencia conferida en el auto de inicio (fs. 59 al 60).

El día 18/11/2020, con motivo de la resolución que abrió a prueba el procedimiento, se recibió escrito firmado por el licenciado [redacted] (fs. 71 al 73), apoderado general judicial de [redacted] en sustitución de la licenciada [redacted], a través del cual ratificó lo actuado por dicha profesional; por lo que, en virtud de haberse hereditado su personería, se da intervención al licenciado [redacted] en la calidad en que comparece. Además, en el referido escrito, expuso argumentos de defensa sobre los hechos atribuidos a su representada, adjuntó documentación de fs. 74 al 88 y señaló medio para recibir notificaciones.

Finalmente, en fecha 04/12/2020, se recibió escrito (fs. 90), firmado por el licenciado [redacted] por medio del cual amplió y complementó la prueba aportada e incorporó prueba documental de fs. 91 al 127.

Respecto de la justificación de los cobros, el apoderado de la proveedora expresó —en esencia— que los mismos han sido realizados conforme a la normativa que legitima a la proveedora para realizarlo.

Concluyó señalando —en síntesis— que la documentación probatoria que agregó: ficha catastral (fs. 78), consulta de histórico de consumos (fs. 82), detalle inspección (fs. 79 al 81), consulta de resultado de análisis

de medidor (fs. 83 al 85); estado de cuenta (fs. 86 al 88); formulario para la lectura de medidores (fs. 91 al 127); fueron la base de la facturación del período reclamado, afirmando que el consumo es real y el cobro correcto.

Es conveniente señalar que lo argumentado por el licenciado respecto a que los cobros denunciados han sido realizados conforme a la normativa que legitima a la proveedora para realizarlo, se encuentra estrechamente relacionado con la valoración de la prueba ofrecida, por lo cual el referido argumento será analizado en los siguientes apartados.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

A. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, 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 valorará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: "Cuando la utilización de la máxima de experiencia viene predefinida 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 uno le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate". (Los resultados son nuestros).

Dicho esto, el artículo 106 inc. 6° de la EPA 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 expida. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica". (Los resultados son nuestros).

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: "Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría tengan constar las uentaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad.

El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 44 letra e) de la LPC, por realizar cobros indebidos.

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

- 1) Fotocopia de factura (fs. 3) correspondiente al mes de mayo de 2018 y estado de cuenta (fs. 4 y 86 al 88) de la cuenta número 02762387, con los que se acredita la relación de consumo entre la denunciante y la proveedora; así como los cobros realizados por el servicio de agua potable y otros durante los meses de abril y mayo de 2018.
- 2) Certificación de ficha catastral (fs. 78), en la cual se consigna que en fecha 18/05/1988 se realizó la instalación del servicio, en fecha 10/06/2017 se realizó la instalación del medidor número 17093404, marca AHS y que el estado del medidor es "Funcionando". Además, que los últimos movimientos de desconexión y reconexión del servicio de agua fueron los días 01/11/2018 y 11/07/2015, respectivamente.
- 3) Certificación de detalle de inspección practicada en la cuenta 02762387 (fs. 80 al 81). Según la documentación, se realizaron dos inspecciones durante el período denunciado, ejecutadas los días 30/04/2018 y 13/06/2018, mediante las cuales se determinó que: (i) el medidor instalado en la cuenta es el número 17093404; lectura 718 m³, al momento de la inspección no estaba cayendo agua en el lugar, no se pudo determinar posibles fugas en el inmueble, el medidor se ve bien, se hizo prueba en seco en sitio y se denota que está bien, el agua cae solo 2 veces a la semana, lectura y número de medidor verificados; y, (ii) no se tomó lectura ni observación por zona alto riesgo.
- 4) Certificación de histórico de consumo (fs. 82) y formularios para la lectura de medidores (fs. 102 y 103); en los que se advirtió que: (i) hay lectura real registrada para el mes de abril de 2018 (fs. 102), realizada el día 26/03/2018; consignándose lectura de 0646m³; y, (ii) no existe lectura real registrada para el mes de mayo de 2018 (fs. 103).
- 5) Certificación de consulta resultados de análisis de medidor de la cuenta en comento (fs. 83), diligencia realizada el día 24/09/2018, mediante la cual se determinó que el medidor número 17093404, marca AHS presenta un error porcentual de -2.75%.

Finalmente, cabe aclarar que si bien la proveedora proporcionó como prueba documental el detalle de inspecciones realizadas los días 05/04/2017, 29/05/2017, 01/12/2017 y 04/02/2020 (fs. 79, 80 y 81), las mismas no serán admitidas ni valoradas por este tribunal, debido a que las inspecciones fueron efectuadas doce, once y cuatro meses antes de ocurridos los hechos denunciados; así como tres años después de acontecidos los hechos denunciados.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Al respecto, este Tribunal Sancionador deberá analizar -en el caso en particular- que, en la prestación del servicio de agua potable, los cobros denunciados no se encuentran justificados contractual o legalmente.

A. Es importante reiterar que las contrataciones para el suministro de agua potable como servicio público no se encuentran reguladas con requisitos o solemnidades específicas como otro tipo de contratos dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño; por tanto, en la mayoría de los casos, se trata de contratos consensuales.

No obstante, lo anterior, la jurisprudencia de la SCA señala que: "...siempre que sus estipulaciones contractuales no contemplan una disposición diferente, su aplicación debe ajustarse a las normativas públicas aplicables a la materia que, en El Salvador, son las disposiciones emitidas por el Ministerio de Economía respecto a los servicios que presta la" (Sentencia dictada el 21/06/2017, en el proceso contencioso administrativo con referencia 313-2014).

B. Que en ese contexto, para garantizar la correcta facturación del servicio de agua potable, la proveedora denunciada deberá de cumplir con lo dispuesto en el: (i) inciso primero del artículo 5 del Acuerdo Ejecutivo número 1279 en el Ramo de Economía, del 10/09/2015, publicado en el Diario Oficial número 165, Tomo 408, en la misma fecha; el cual establece que: *Toda conexión de acueducto deberá contar con un medidor para el control del consumo, sobre cuya lectura se hará la respectiva facturación del servicio; y,* (ii) inciso tercero del artículo 5-B del Acuerdo Ejecutivo número 532 en el Ramo de Economía, del 01/06/2011, publicado en el Diario Oficial número 106, Tomo 391, de fecha 08/06/2011; el cual dispone que: *"Durante el período comprendido desde el reporte de medidor dañado o sin medidor, hasta la instalación del nuevo, se facturará el consumo promedio de los últimos seis meses con medidor funcionando."*

Asimismo, en aquellos casos no previstos en las disposiciones emitidas por el Ministerio de Economía, para la subsanación de errores en la facturación del servicio de agua potable, se deberá de atender a lo dispuesto en el número 2 del Instructivo Administrativo para el Análisis y Resolución de Reclamos por Facturación aprobado por Junta de Gobierno, mediante Sesión Ordinaria celebrada el día 27/07/2010, en el que se regula, entre otras cosas, la forma de proceder en los casos de consumo acumulado.

Además, para la correcta facturación, el medidor instalado en el inmueble para el control del consumo deberá presentar una tolerancia en el volumen real descargado entre $\pm 5\%$, rango de tolerancia permitido por la NSO 23.46.03:09 "Medición de Flujo de Agua en Conductos Cerrados Totalmente Llenos. Medidores para Agua Potable Fría y Caliente, Parte 3. Equipos y Métodos de Ensayo (8.2.4.4)".

C. Así, con base en los elementos probatorios señalados en el romano VI de la presente resolución, la quedó comprobado:

1. La relación de consumo existente entre la consumidora y la proveedora denunciada, así como los cobros realizados por el servicio de agua potable durante los meses denunciados.
2. Que a pesar de contar con registro de lectura de medidores, el consumo del mes de abril de 2018, fue facturado acorde a estimación de consumo por consumo acumulado, según el número 2 letra O) del Instructivo Administrativo para el Análisis y Resolución de Reclamos por Facturación aprobado por Junta de Gobierno, mediante Sesión Ordinaria celebrada el día 27/07/2010, que establece que *cuando debida a estimaciones de consumos en meses anteriores* (marzo de 2018),

se origine un consumo acumulado que resulte en un exceso afectado por la tarifa que se aplica, se rebajará al promedio mensual obtenido de las dos últimas lecturas reales.

Para el presente caso, las últimas lecturas reales a considerar para realizar la facturación del consumo del mes de abril de 2018 son las correspondientes a los meses de abril 2018 (646m³) y febrero 2018 (517m³), aplicando la siguiente fórmula: $646m^3 - 517m^3 = 129m^3 / 2 \text{ meses} = 65m^3$, tal como se facturó, según consta a fs. 82.

3. Que durante el mes de mayo de 2018 la proveedora no facturó consumo conforme a lectura real del medidor; no obstante lo anterior, la facturación del referido mes fue realizada conforme al consumo promedio de los últimos seis meses facturados, acorde a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 5-B del Acuerdo Ejecutivo número 532 en el Ramo de Economía, del 01/06/2011, publicado en el Diario Oficial número 106, Tomo 391, del 08/06/2011; el cual establece que en caso de imposibilidad en la toma de lectura *se cobrará de acuerdo al promedio de los últimos 6 meses.*
4. Se verificó que el medidor número 17093404, marca AHS, efectivamente instalado en fecha 10/06/2017, contaba con un grado de afectación de -2.75%, error de medición que se encuentra dentro del rango de tolerancia permitido por la NSO 23.46.03:09 "Medición de Flujo de Agua en Conductos Cerrados Totalmente Llenos, Medidores para Agua Potable Fría y Caliente, Parte 3. Equipos y Métodos de Ensayo (8.2.4.4)", la cual establece que la tolerancia real descargado es $\pm 5\%$, por lo que se infiere que dicho medidor funcionaba correctamente.
5. Finalmente, con la inspección realizada el día 30/04/2018 (fs. 80) realizada en el inmueble de la cuenta número 02762387, se descartó la presencia de desperfectos dentro del inmueble que justificaran el alto consumo:

En síntesis, se evidenció que el cobro realizado por la proveedora durante los meses de abril y mayo de 2018, fueron efectuados con el respaldo normativo que legitima a la proveedora para realizarlo. Por consiguiente, considerando que la prueba analizada no permite sustentar los términos de la denuncia, ni los indicios han quedado comprobados, este Tribunal estima procedente absolver a la proveedora de la infracción atribuida.

VIII. DECISIÓN

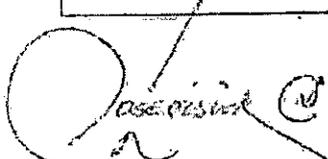
Por todo lo expuesto, y sobre la base del artículo 101 inciso segundo de la Constitución de la República; artículos 18 letra c), 44 letra e), 83 letra h), 146 y 147 de la Ley de Protección al Consumidor **RESUELVE:**

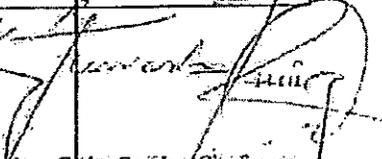
- a) *Téngase por agregados* los escritos presentados por el licenciado _____ en calidad de apoderado general judicial de _____ —a quien se tuvo por parte en el presente procedimiento— en sustitución de la licenciada _____ y la documentación que consta agregada de fs. 74 al 88 y 91 al 127. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal del medio señalado por el apoderado de la proveedora denunciada para recibir actos de comunicación.

- b) *Desistábase* la presunta configuración de la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC, (...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...) en relación al artículo 18 letra e) de la misma ley, que establece: "Queda prohibido a todo proveedor: 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 (...)"
- c) *Absuélvase* a de la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, en relación a la denuncia presentada por la señora , por las razones establecidas en el romano VII de esta resolución.
- d) *Notifíquese*.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración.	Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.
Lugar de presentación: Oficinas Tribunal Sancionador, 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador.	
Autoridad competente: Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.	





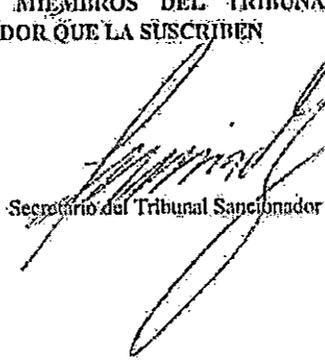
José Lenisick Castro
 Presidente

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

RC/m


 Secretario del Tribunal Sancionador