

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 17/11/2022 Hora: 12:05 p. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 230-2021
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:			
Proveedora denunciada:	BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS.			
<p>La denunciante interpuso su denuncia en fecha 18/10/2019 (f. 1), en la que expuso: <i>“que tiene contratada con el proveedor una cuenta de ahorros electrónica con referencia que al ingresar a su cuenta Online el día 16-01-2019, se encontró que le hacía falta la cantidad de \$1300 y \$7.91, correspondiente a la comisión por la transferencia, del primer monto relacionado, que la misma era una transacción al BAC CREDOMATIC DE NICARAGUA, la transacción que reclama se verificó el día 07-01-2019, por la cantidad antes dicha. Consumidora hizo varios reclamos, uno el 15-02-2019 con referencia 1-9951025626, la que le denegaron (...). Nuevamente reclamó con referencia 1-9832142876 que también le fue denegada en correo de fecha 18-02-2019. Resolución de la que apeló con referencia 1-9716677206 que también le fue denegada. Consumidora angustiada interpuso reclamo ante la Superintendencia del Sistema Financiero quien por resolución DAU#12567 de fecha 04-07-2019 le resuelve que por haberse realizado las transacciones con los números de confirmación requeridos al usuario, la transacción se considera valida. Consumidora solicito en su oportunidad que verificaran el IP de donde se generó la transacción pues dice ella solo abre la cuenta en su empleo y en su casa, información que no le fue proporcionada, tampoco le proporcionaron información del destino final de los fondos, pues le dicen que es confidencial, a pesar de ser su dinero (sic)”</i>.</p> <p>Según la consumidora los hechos descritos podrían configurar la infracción establecida en el artículo 42 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor -LPC-, que prescribe: <i>“Son infracciones leves, las acciones u omisiones siguientes: (...) No proporcionar en castellano, de forma clara, completa, veraz y oportuna, toda la información sobre las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, las garantías con las cuales se amparan las obligaciones y la documentación exigida por la ley, reglamentos y normas técnicas aplicables al tipo de bien o servicio, o las explicaciones que el consumidor le requiera en relación con el bien o servicio que se le ofrece; (...)”</i>, relacionado al artículo 19 letras e) y g) de la citada ley: <i>“Los proveedores de servicios de crédito, bursátiles o servicios financieros en general, en sus</i></p>			

relaciones contractuales con los consumidores de los referidos servicios, están obligados según el caso, a cumplir con lo siguiente (...) e) Asumir su responsabilidad, cuando por hechos dolosos o culposos de su personal se lesionen los derechos de algún consumidor (...) g) Proporcionar en forma clara, veraz y oportuna toda la información y las explicaciones que el consumidor le requiera en relación con el producto o servicio que se le ofrece”.

Sin embargo, este Tribunal, luego de una lectura liminar del expediente y analizando los hechos manifestados por la denunciante, consideró en la resolución de inicio del presente procedimiento, que existían indicios suficientes que sustentan la posible práctica abusiva de la proveedora, al haberle debitado fondos de su cuenta de ahorro y transferido al extranjero, conducta que puede ser constitutiva de la infracción regulada el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, que prescribe: *“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)”*, relacionado al artículo 18 letra c) de la citada ley: *“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. Si el consumidor desistiere del contrato celebrado, el proveedor deberá reintegrarle lo pagado”*, hecho que en caso de comprobarse acarrearía la sanción muy grave establecida en el artículo 47 de la misma ley, siendo ésta la multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

III. PRETENSIÓN PARTICULAR.

“La pretensión de la consumidora es que el proveedor le habilite de inmediato el dinero debitado indebidamente de su cuenta que en total suman \$1307.91, le proporcione además en forma física el resultado de la investigación que se verificó en su caso y el destino final de los fondos que le fueron debitados indebidamente. Artículos 19 literales e) y g), 42 literal g) Artículo 143 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor y artículos 71 y 150 Ley de Procedimientos Administrativos”.

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A la proveedora denunciada se le atribuye la posible comisión de la infracción muy grave 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: *“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 (...)"'. En caso de comprobarse la comisión de dicha infracción, acarrearía la sanción establecida en el artículo 47 de la misma normativa, siendo la multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

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 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 cuente 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, mediante sentencia pronunciada el seis de noviembre de dos mil trece 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 aparente cobro indebido, se requiere, para efectos sancionatorios, que este Tribunal cuente con los elementos suficientes para determinar que se efectuaron cobros al consumidor, y que esos cobros no se encuentren justificados contractual o legalmente.

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

A. 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:

1. En fecha 26/04/2022 —folios 37-38— se recibió escrito firmado por el licenciado [redacted], en su calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la proveedora BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A., mediante el cual pretende evacuar la audiencia conferida en resolución de inicio de fecha 04/02/2022 (fs. 30-31) resolución que fue notificada a la proveedora en fecha 18/02/2022, considerando que los plazos son perentorios y que en dicha resolución de inicio se le otorgaron diez días hábiles contados a partir del siguiente día de la fecha de notificación. Al respecto es importante mencionar que el artículo 80 de la Ley de Procedimientos Administrativos – en adelante LPA–, expone respecto a la obligatoriedad de los términos y plazos: “*Los términos y plazos del procedimiento administrativo son **obligatorios y perentorios** para la Administración y para los particulares*” (el resaltado es propio), es decir que los mismos, precluyen y no son prorrogables –salvo excepciones expresamente determinadas–. Sobre este punto, hay jurisprudencia que ha desarrollado el principio de preclusión, así la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que «[d]icho aspecto es el que justifica la idea de preclusión, con arreglo a la cual los actos procesales necesariamente deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad que la ley o la resolución judicial determinen si los intervinientes quieren que produzcan los efectos que están llamados a cumplir. En términos generales, uno de los supuestos en que opera la preclusión alude al vencimiento del plazo previsto en la ley o establecido por una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el intervalo de tiempo que corresponde. Cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, es decir, fuera del tiempo conferido, en cuyo caso el planteamiento que se haga no podrá ser considerado por el Tribunal...» [sentencia de las catorce horas con doce minutos del día diez de abril de dos mil quince, dictada en el proceso de Inconstitucionalidad referencia 61-2011].

En virtud del análisis antes expuesto, de lo establecido en el artículo 80 de la LPA, y la jurisprudencia citada, los argumentos planteados por el abogado apoderado de la proveedora, no serán objeto de análisis por este Tribunal Sancionador, en vista de que los mismos se presentaron de manera extemporánea, posterior a la preclusión del periodo legal que se le otorgó para ejercer su defensa (el escrito fue presentado 27 días hábiles posteriores a la fecha límite para hacerlo, contados a partir de la fecha en que la referida profesional tuvo conocimiento del procedimiento administrativo incoado en contra de su poderdante).

2. Finalmente mediante resolución de fecha 25/04/2022 —folio 36—, se ordenó la apertura a prueba del procedimiento, resolución que fue notificada a la proveedora en fecha 04/05/2022, etapa en la que, la proveedora presentó el escrito de fecha 17/05/2022 —folio 48-50—, a través del licenciado _____, quien solicitó la caducidad y prescripción del procedimiento y que se le admita como prueba, el contrato de cuenta de ahorros, la habilitación de la banca en línea, la certificación de entrega del código BAC, la certificación de la copia de respuesta a la Superintendencia del Sistema Financiero y Resolución de la SSF y la certificación de la cuenta de ahorros de la consumidora, con dicha documentación pretende sustentar sus argumentos de defensa adjuntando la documentación de folios 51-75.

En el referido escrito, el licenciado _____ —en esencia— señaló la *caducidad y prescripción del procedimiento sancionatorio*, por haber superado —según él— el plazo máximo de nueve meses para resolver, desde la última actuación relevante.

De lo anterior, en aras de garantizar el derecho de audiencia y respuesta —artículo 18 de la Constitución de la República—, esta sede procederá a brindar una respuesta a la solicitud formulada por el apoderado de la sociedad peticionaria.

Del contenido del escrito, el apoderado de la denunciada manifiesta - en síntesis- que con la entrada en vigencia de la LPA en su art. 89 inciso 2º, se estableció un plazo máximo de nueve meses para resolver desde que la denuncia ingresa a la Defensoría del Consumidor. El referido profesional realiza una confusión en relación al plazo de prescripción de la infracción (3 años) en relación al plazo de caducidad del procedimiento (9 meses).

B. Ante los argumentos expuestos por la denunciada en el presente proceso, respecto de la prescripción alegada este Tribunal debe advertir:

I. La potestad sancionadora de la administración pública surge de la atribución conferida por el artículo 14 de la Constitución de la República, así se ha afirmado por la Sala de lo Constitucional en su sentencia de Inconstitucionalidad 8-97 de las doce horas del 23/03/2001, en la cual

literalmente dice: *“que si bien es cierto que existe una potestad jurisdiccional, que exclusivamente es ejercida por el Órgano Judicial, dentro de la cual se encuentra la facultad de imponer penas según el Artículo 14 de la Constitución, también existe una potestad sancionadora de la Administración Pública, conferida en el mismo Artículo; en la actualidad se acepta dicha potestad dentro de un ámbito más genérico y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, del ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de este (...)”*.

Es así que se ha establecido que tanto el procedimiento sancionatorio como el proceso penal, devienen del mismo *ius puniendi* del Estado que, al ser uno, deben aplicarse los principios del derecho penal al proceso administrativo sancionador; muestra de esta afirmación es la aplicación del principio de legalidad, entendiéndose por éste como el principio fundamental del derecho público conforme al cual todo el ejercicio del poder público debería de estar sometido a la voluntad de la ley y no a la voluntad y el arbitrio de sus integrantes, es decir, asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no puedan ser sancionadas sino en virtud de la misma.

Acotando lo anterior, es preciso relacionar la aplicación del principio de seguridad jurídica tal como lo establece la Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad con referencia 15-99 de fecha 13/08/2002, mantiene que: *“-por seguridad jurídica se entiende la certeza que el individuo posee, en primer lugar, de que su situación jurídica no será modificada o extinguida más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Y, en segundo lugar, la certeza de que dichos actos respetarán lo establecido legalmente sin alterar el contenido esencial de la Constitución (...)”*.

Así mismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo en resolución con referencia 27-2010 de fecha 23/06/2019 determinó que *“el principio de seguridad jurídica regula la no perpetuidad de la persecución administrativa, siendo una limitante al ejercicio del ius puniendi del Estado, debiendo así, cumplir con los plazos previamente establecidos en la ley.”*

Por lo cual, la figura de la prescripción está basada en la seguridad jurídica, de manera que es indispensable que exista un plazo máximo para que la Administración Pública pueda ejercer la potestad sancionadora frente a la comisión de una infracción administrativa, y se dé certidumbre a los ciudadanos que las posibles consecuencias derivadas de comportamientos contrarios a la ley no se perseguirán y castigarán de manera indeterminada en el tiempo.

Como se observa, en la estructura de este principio se encuentra un componente temporal definitorio que determina un plazo para que la Administración pueda iniciar y concluir un

procedimiento sancionatorio, bajo la consecuencia que de no iniciarse y concluirse el mismo dentro del plazo legal, dicha administración se encontraría inhibida de dictar resolución final dado que cualquier posible responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa se entiende extinguida.

Por un lado, la prescripción es consecuente con la seguridad jurídica del presunto infractor, el cual debe tener la certeza del tiempo en que puede reprochársele un comportamiento ilícito, pero por otra parte, este principio advierte a la Administración Pública que como encargada de los intereses generales, según cada caso y las competencias de las mismas, es la principal interesada y obligada a que se inicien y concluyan los procedimientos sancionatorios pues con ello se está dando respuesta, en nombre de los intereses que defiende, frente a un comportamiento ilícito que los ha transgredido.

Por lo tanto, si la Administración Pública deja transcurrir este plazo, la consecuencia lógica es que la responsabilidad debe extinguirse, al no haber usado la potestad temporal para sancionar. Consecuentemente, la Administración Pública debe ser siempre diligente y ejercer dicha potestad sancionatoria sin dilatar su actuación en el tiempo de manera indefinida, pues al no ejercerla está dejando de tutelar los intereses que por ley representa y debe proteger. En este sentido, desde la perspectiva del ciudadano, la prescripción garantiza al presunto infractor que conozca hasta cuándo puede perseguirse la conducta ilícita cometida; y, por otra parte, desde el punto de vista de la Administración Pública, constituye la exigencia de aplicar el principio de eficacia administrativa, que requiere que los intereses generales cuya tutela tiene a su cargo se satisfagan mediante el actuar rápido para reprimir conductas infractoras de las normas administrativas.

Sobre este punto, cobra importancia lo dispuesto en el artículo 163 inciso 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA– en cuanto establece que: “(...) *quedan derogadas expresamente todas las Disposiciones contenidas en Leyes Generales o Especiales que la contraríen (...)*”.

Asimismo, resulta aplicable lo previsto en el artículo 148 inciso 1° de la LPA, en tanto establece: “**Los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones serán los que determinen las normas que las establezcan**” (el resaltado es propio). Esta disposición es de importancia, pues expresamente habilita la aplicación de los plazos de prescripción establecidos en la LPC, específicamente en el artículo 107 el cual establece que “*Las acciones para interponer denuncias por las infracciones a la presente ley, prescribirán en el plazo de tres años contados desde que se haya incurrido en la supuesta infracción*”.

Es decir, plazo general establecido en la LPC para el acaecimiento de la prescripción extintiva es de 3 años (artículo 107 de la LPC); así, para los efectos del conteo del plazo para la referida figura procesal debe tomarse como parámetro la fecha en que acontecieron los hechos que han dado lugar a la aludida infracción. En ese sentido, la conducta que ha sido señalada como constitutiva de la infracción imputada se realizó el día 18/02/2019, fecha en la que se materializó el incumplimiento legal que constituye el objeto central de la denuncia, folios 1 y 7.

Del mismo modo, este Tribunal consideró que el auto que dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador fue emitido el 04/02/2022 y se tuvo por notificado a la proveedora denunciada el día 18/02/2022, así como el hecho que el plazo máximo para emitir resolución de inicio -tres años contados desde que se haya incurrido en la supuesta infracción (artículo 107 de la LPC)- es el 19/02/2022, fecha en que hubiese operado la prescripción por ministerio de ley.

Por tanto, el Tribunal Sancionador comprueba que a la fecha de notificación de la resolución de inicio a la proveedora BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A., no se había superado el plazo máximo de tres años para resolver el procedimiento administrativo sancionador, por lo que, al no encontrarse prescrita la infracción denunciada, no ha existido violación al principio de seguridad jurídica de la denunciada.

2. Este Tribunal Sancionador, procurando que en todo procedimiento administrativo se respeten las reglas del Debido Proceso y de acuerdo a los plazos procesales previamente establecidos en la LPA considera que al presente procedimiento sancionador debe aplicarse la obligación establecida en el artículo 89 inciso 2° que establece: *“El procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o por resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación (...)”*, teniendo en cuenta que el artículo 26 señala: *“Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables, o no procede su notificación (...)”*, relacionado con el artículo 97 inciso 1° el cual determina: *“Todo acto administrativo que afecte a derechos o intereses de las personas, tendrá que ser debidamente notificada en el procedimiento administrativo”*.

De acuerdo con dichos parámetros, este Tribunal Sancionador es del entendimiento, que **existe un máximo de 9 meses contados a partir del día siguiente de la notificación del auto de inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir resolución final**. Por otro lado, la misma LPA en su artículo 82 inciso 4° establece que: *“Si el plazo se fija por meses o años, estos se computaran de fecha a fecha (...)”*, es decir, el plazo de los 9 meses, debe computarse en días calendario. Una vez concluidos estos 9 meses la LPA regula los efectos legales del acaecimiento

de la finalización de este plazo en su artículo 114 numeral 2, establece que: “*En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en esta Ley*”.

Dado que el presente procedimiento administrativo sancionador fue instado mediante certificación de la denuncia presentada por el consumidor en la Gerencia de Atención Descentralizada de la Defensoría del Consumidor, y que este Tribunal ha dado inicio a un procedimiento en ejercicio de sus potestades sancionadoras, a continuación pasará a comprobar si efectivamente ***se cumplen los supuestos fácticos y jurídicos - del mencionado artículo 114 de la LPA- que producen la caducidad*** del proceso.

En el caso particular, se constata que el procedimiento sancionador con referencia 230-20 inició en fecha posterior a la entrada en vigencia de la LPA y que dicha regulación es aplicable de manera directa al referido procedimiento. Además, que el Tribunal Sancionador pronunció resolución mediante la cual dio inicio al procedimiento administrativo sancionador el día 04/02/2022. Del mismo modo, se ha verificado que la comunicación del auto de inicio a la proveedora denunciada BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A., fue realizada en fecha 18/02/2022.

En ese orden de ideas, de conformidad con los lineamientos establecidos por la SCA, el conteo del plazo de la prescripción del procedimiento (caducidad) debe realizarse a partir del día en que se haya realizado la notificación del auto de inicio al presunto infractor.

Así, dado que el referido acto de comunicación procesal se verificó respecto de la proveedora BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A., el día 18/02/2022, según la aplicación del artículo 89 de la LPA el procedimiento sancionador deberá finalizar nueve meses después, es decir, a más tardar el 19/11/2022. Al respecto, a la fecha de este pronunciamiento aún no ha operado la caducidad alegada.

Por tanto, el Tribunal Sancionador comprueba que a la fecha de pronunciar la resolución final a la proveedora, no se ha superado el plazo máximo de nueve meses para resolver el procedimiento administrativo sancionador, por lo que, no existe violación al principio de seguridad jurídica de la denunciada y debe declararse *sin lugar* las excepciones de prescripción y caducidad alegadas.

C. Ahora bien, respecto a los demás alegatos vertidos por la denunciada, éstos se encuentran vinculados a la prueba documental que se encuentra incorporada en el presente expediente

administrativo, para previa valoración de la misma, se determine la configuración de la infracción consignada en el artículo 44 letra e) de la LPC; por ello, éstos serán desarrollados ampliamente en el romano VII ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN, de la presente resolución.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. 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 realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

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

Dicho esto, el artículo 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”* (los resaltados son nuestros).

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

2. Consta en el expediente administrativo los siguientes medios de prueba:

- a) *Certificación de contrato de cuenta de ahorros (fs. 51-57)*, mediante el cual se prueba la relación contractual entre la consumidora y la proveedora, así como las obligaciones deducidas a partir de dicha relación jurídica.
- b) *Certificación de documentos de creación de la banca electrónica (fs. 58-61)*, mediante la cual se comprueba la creación de usuario contraseña de la banca electrónica, y la entrega del código BAC, de las coordenadas del código BAC, así como de los respectivos pines, todo a solicitud de la consumidora denunciante.
- c) *Certificación de estados de cuenta de la cuenta de ahorro (fs. 3-5 y 63-67)*, firmado y sellado por la proveedora, con la cual se comprueba los movimientos de la cuenta de ahorro de la consumidora, así como la transacción no reconocida al BAC de Nicaragua (fs. 66)
- d) *Certificación de documentos de creación de investigación realizada por la proveedora en lo referente al caso, así como respuesta proporcionada a la consumidora (fs. 6-8 y 68-75)*, emitida por la proveedora, mediante la cual se comprueba la investigación de la denuncia realizada.
- e) *Copia resolución emitida por el Director de Atención al Usuario de Superintendencia del Sistema Financiero, de fecha 04/07/2019 (fs. 9)*, mediante el cual se acredita que para realizar la transferencia regional se necesitó de información confidencial, consistente en usuario, contraseña, código OTP, código BAC cuya información es confidencial y que solamente conocía la consumidora.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A la proveedora se le imputa el posible cometimiento de la infracción muy grave 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 con el artículo 18 letra c) de la misma ley: *“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”*.

En consecuencia, de los elementos probatorios que obran en el expediente administrativo, se ha acreditado, mediante prueba indiciaria o directa:

- a) **La existencia de una relación de consumo entre la señora**
y la sociedad BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A. consistente en una cuenta de ahorros y servicio de banca en línea: de la relación contractual entre la consumidora y la

proveedora, así como las obligaciones deducidas a partir de dicha relación jurídica, además se comprueba la creación de usuario contraseña de la banca electrónica, y la entrega del código BAC, de las coordenadas del código BAC, así como de los respectivos pines, todo a solicitud de la consumidora denunciante (fs. 51-61).

b) Las condiciones de los antes referidos servicios financieros que se le otorgó a la consumidora en los contratos de adhesión: mismas que se encuentran enlistadas en los documentos contractuales de apertura de cuenta de ahorro, de las cuales primordialmente es relevante la sección tercera, cláusula X, la cual establece el servicio AMERITRANSFER en el cual se regula el servicio de transferencia de fondos entre otros bancos de la Red Financiera BAC, entre los cuales se encuentra el BAC de Nicaragua, así como los mecanismos de seguridad de dichas transferencias (fs. 52 vuelto). Asimismo la sección sexta de la cláusula XI, establece las responsabilidades en el uso de los números de identificación personal, contraseñas o pines generados automáticamente por los sistemas informáticos del Banco

c) La realización de una transferencia regional: específicamente, al contrastar, la revisión de los movimientos de la cuenta de ahorro de la denunciante y la bitácora de operaciones realizadas de la banca electrónica, es oportuno señalar que para efectuar dichas operaciones se requirió todos los datos secretos de la denunciante, como lo son, usuario, contraseña, código OTP y código BAC, cuya información es de carácter confidencial y de resguardo exclusivo de la consumidora, en el presente procedimiento no se identificó, ni a nivel de prueba indiciaria, irregularidades en las medidas de seguridad realizado por personal de la denunciada.

Ahora bien, este Tribunal luego de analizar la documentación probatoria incorporada en el presente expediente, las alegaciones de los intervinientes, los hechos denunciados y los elementos indispensables para la configuración de la infracción administrativa atribuida, concluye que en este procedimiento no pudo comprobarse fehacientemente a la sociedad BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A., la efectiva comisión de la infracción administrativa descrita en el artículo 44 letra e) de la LPC: *“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: e) (...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores”*, especialmente, en cuanto al artículo 18 letra c) de la misma ley: *“Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor(...)”*, esto, debido a que en el caso en específico no se probó, vulneración de los mecanismos de seguridad de la sociedad denunciada, o la implicación de personal de la proveedora en la transacción no reconocida, y probablemente se trate de un caso de *phishing*, delito

informático relacionado al conjunto de técnicas que persiguen el engaño a una víctima ganándose su confianza haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio de confianza, para manipularla y hacer que realice acciones que no debería (por ejemplo, revelar información confidencial o hacer click en un enlace fraudulento).

En virtud de lo anterior, las afirmaciones de la denunciante relativa a que la denunciada les ha realizado cobros indebidos, no fueron comprobadas en el procedimiento, y consiguientemente, fueron desestimadas por este Tribunal.

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.

En consecuencia, en los términos planteados por la denunciante, este Tribunal no identificó la existencia de cobros indebidos, siendo procedente *absolver* a la proveedora BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A. por la supuesta comisión de la infracción muy grave regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC, respecto de los hechos denunciados por la señora

VIII. 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 letra e), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; y 78 inciso tercero, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

a) Téngase por agregado el escrito presentado por el apoderado de la proveedora denunciada, así como la documentación que anexa al mismo (fs. 48-75).

b) Desestímese la presunta configuración de la infracción prevista en el artículo artículo 44 letra e) de la LPC: “*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: e) (...) realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores*”, específicamente a la práctica abusiva estipulada en el art. 18 letra c) de la misma ley, previamente citado, que prohíbe el efectuar cobros indebidos, respecto de los hechos denunciados por la señora

..., conforme al análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución.

c) Absuélvase a BANCO DE AMERICA CENTRAL, S.A., respecto de la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra e) de la LPC respecto de los hechos denunciados por la señora _____, por las razones expuestas en el romano VII de la presente resolución.

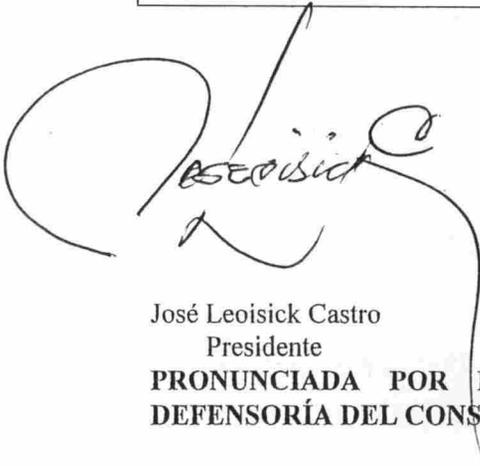
d) Notifíquese.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

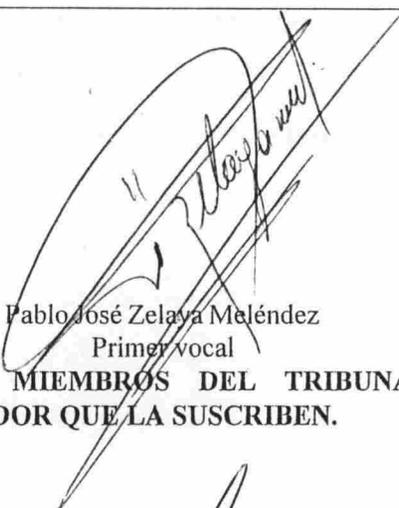
Recurso precedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración	Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Lugar de presentación: Oficinas Tribunal Sancionador, 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador.

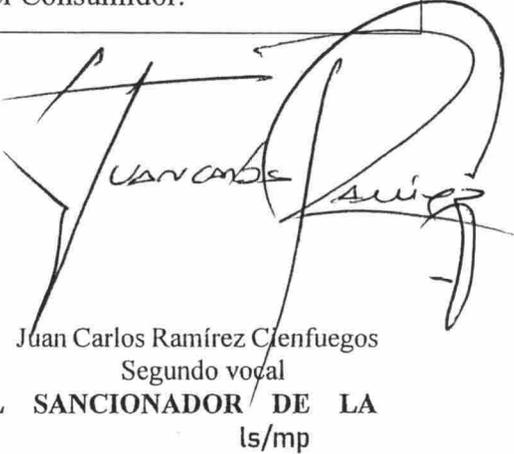
Autoridad competente: Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.



José Leoisick Castro
Presidente



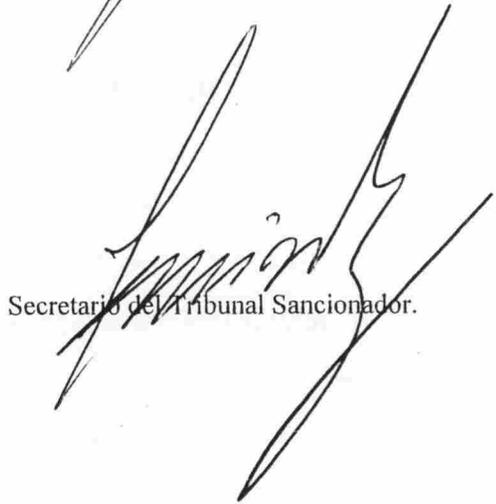
Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

ls/mp



Secretario del Tribunal Sancionador.