

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“EL USO DEL CONTRATO DE ADHESIÓN DE TELEFONÍA COMO MEDIO
DE ESTAFA POR LA APLICACIÓN DEL COBRO DE EMPRESAS Y
OMISIÓN DE LA ANULACIÓN CONTRACTUAL”.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**ALVARENGA ROMERO, FRANCISCA DEL CARMEN
SAÉNZ OSORIO JACQUELINE CAROLINA**

DOCENTE ASESOR

LIC. JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO

CIUDAD UNIVERSITARIA MARZO 2019

TIBUNAL CALIFICADOR

LIC. MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ
(PRESIDENTE)

LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERÓN
(SECRETARIO)

LIC. JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego
VICERECTOR ACADEMICO

Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Galdámez
VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. Digan Reina Contreras de Cornejo
DIRECTORA DE PROCESO DE GRADUACION

Licda. María Magdalena Morales
**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACION DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURIDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a Dios todopoderoso, porque creo fielmente que es él quien decide mis victorias y lecciones en la vida; es por ello que diré: ¡Alabado sea Jesucristo!, ahora y siempre, que me permitió cumplir esta meta.

Son muchas las personas que han formado parte de mi formación profesional y a las que les encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía a lo largo de este camino dentro de la mejor universidad que pude haber elegido. Mi querida alma mater Universidad de El Salvador (UES) en la cual logré al igual que mi carrera, cultivar el arte en mis venas y vivir la experiencia de transformarme en un profesional integral, junto a personas, que llevo en mi corazón, a mi amado ballet folklórico (UES) darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas las bendiciones que les acompañé.

A mi madre mujer independiente, fuerte, Roxana Huete de Alvarenga y abuela, Antonia Ferman y mi querido tío, Dr. Carlos William Fermán por su infinito amor, bondad, sacrificio, apoyo incondicional. A mis hermanas, Sara Alvarenga y Jennifer Alvarenga. A mi media mitad Benjamín Ramírez por su amor y a mis amigos, principalmente a mi querido amigo y hermano Edgar Abrahán Carpio Vásquez con quien he compartido la carrera, a mi padre que partió al cielo Alfredo Alvarenga quien soñó con verme graduada, a mi amiga Gabriela Navarrete por su amistad. A mi compañera de tesis Jacqueline Osorio. A nuestro asesor Lic. Jonathan Neftalí Funes Alvarado por su comprensión.

Francisca del Carmen Alvarenga Romero

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso, por ser mi guía espiritual, permitiéndome culminar con éxito mi carrera y darme toda la sabiduría y el entendimiento, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el período de estudio.

A mis amados padres, Víctor Manuel Sáenz y Narcisa Osorio de Sáenz, por todo el apoyo que me brindaron en los momentos más difíciles, por haberme educado e inculcado buenos valores, por ir de la mano siempre conmigo en las buenas y malas, por estar ahí para mí, por existir, por ser mis padres, los más bellos del mundo. Mi mami que nunca dejó de creer en mí y la motivación constante que me ha permitido terminar la carrera, pero más que nada por su amor.

A mis hermanos, Evelin, Nathaly, Víctor y Jefferson por el apoyo incondicional que me otorgaron en cada momento, por ser parte importante en mi vida. Por ser un ejemplo de desarrollo profesional a seguir, por llenarme de alegría y amor cuando más los he necesitado.

A mi niño lindo Manuel Uzziel, por ser un regalo de Dios.

A nuestro asesor, Lic. Jonathan Funes por el apoyo recibido, Gracias por creer en mí. A Carmen Alvarenga, gracias por tu mente prodigiosa, y tu buen criterio. Finalmente, a mis maestros que marcan cada etapa de mi camino.

Jacqueline Carolina Sáenz Osorio

CONTENIDO

RESUMEN	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ESTAFA	1
1.1. Origen y Evolución Histórica del Delito de Estafa	
1.1.1. Época Antigua	
1.1.1.1. Cultura Hebrea.....	2
1.1.1.2. Cultura Griega	
1.1.1.3. Cultura Romana.....	3
1.1.2. Época Medieval	5
1.1.2.2. El Fuero Real.....	6
1.1.2.3. Las Partidas	
1.1.2.4. Ley de Indias.....	7
1.1.3. Época Moderna	
1.2. Desarrollo Antecedentes Históricos Nacionales	9
1.2.1. Época Precolombina	
1.2.1.1. Época Colonial.....	10
1.2.1.2. Época Post-Independentista	
CAPÍTULO II ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ESTAFA	12
2.1. Base Teórica	
2.1.1. Características.....	14
2.1.2. Definición de Estafa	15
2.1.3. Naturaleza del Delito de Estafa.....	18
2.1.4. Base Legal	
2.2. Regulación del Delito de Estafa en El Salvador.....	20
2.2.2. Código Penal 1859	22
2.2.3. Código Penal 1881	24
2.2.5. Código Penal 1974	25

2.2.6. Código Penal 1998	26
2.2.6.1. Base Legal	
2.2.7. Estructura Típica del Delito de Estafa	27
2.2.7.1.1. Coautor	28
2.2.7.1.2. Encubridor	
2.2.7.1.3. El Engaño	28
2.2.7.1.4. Error	31
2.2.7.2. Acto de Disposición	33
2.2.7.3. Perjuicio Patrimonial	35
2.2.7.4. Clasificación del Tipo	36
2.2.7.5. Según el Contenido	38
2.2.7.6. Según el Sujeto Activo	39
2.2.7.7 Según el Bien Jurídico Tutelado	40
2.3. Estructura del Tipo de Estafa.....	42
2.3.1. Tipo Objetivo.....	42
2.3.1.2. Nexo Causal	43
2.3.1.3. Resultado.....	45
2.3.1.4. Sujeto Activo	46
2.3.1.5. Sujeto Pasivo	47
2.3.1.6. Objeto	49
2.3.1.7. Lugar	
2.3.1.8. Tiempo.....	50
2.3.1.9. Medios	
2.3.2.1. Elementos Normativos	51
2.3.2.2. Jurídicos	
2.3.2.3. Socio Culturales.....	52
2.3.2.4. Tipo Subjetivo	
2.3.2.5. Elementos Subjetivos Distintos del Dolo.....	54
2.3.2.5.2. El Error de Tipo.....	55

2.3.2.2.3. Antijuridicidad.....	58
2.3.2.5.4. Culpabilidad	60
2.3.2.4.5. La Tentativa en el Delito de Estafa	61
2.3.2.3. Autoría y Participación en el Delito de Estafa	62
2.3.5.4. Modalidades del Delito de Estafa.....	63
2.3.5.5. Agravantes del Delito de Estafa.....	65
2.3.6. Diferencias del Delito de Estafa con el Fraude Civil y Otros Ilícitos. ...	67
2.3.6.1. Diferencias con el Fraude Civil	69
CAPÍTULO III TEORÍA DEL CONTRATO CRIMINALIZADO	72
3.1. Generalidades de la Normativa.....	72
3.1.1. La Regulación del Código Penal del Delito de Estafa en El Salvador. 73	
3.1.2. Cuerpos Normativos que Regulan, la Cláusula Penal y Cláusula Compromisorias Dentro de los Actos Contractuales.....	76
3.1.3. Marco Legal de los Contratos Telefónicos en El Salvador.....	77
3.1.4. Marco Legal del Contrato Criminalizado	81
3.1.4.1. Sentencia de la Sala de lo Penal Sobre el Contrato Criminalizado y Sanción.	84
3.1.4.2. Las Violaciones de los Derechos de los Usuarios en los Contratos de Prestación de Servicios como Elemento del Contrato Criminalizado.....	86
3.1.4.2. El Proceso que Realiza el Estado Frente a las Empresas	101
Telefónicas Nacionales, como Mecanismo de Prevención del Contrato Criminalizado	
3.1.3. Irregularidades y Falsedad de los Contratos como Medio de Estafa	104
3.1.3.2. Elementos Esenciales y Comunes, Propios Indicadores de la Estafa.....	107
3.2. Protección de la Persona Natural o Jurídica, en la Ley de Telecomunicaciones, Frente a la Empresa que Realiza el Ilícito	109
3.2.1. Servicios que Ofrecen dentro del Acto Contractual	114
3.2.2. Aspectos Económicos y Socio-Culturales de la Telefonía Móvil en	

El Salvador, que Facilitan la Estafa	115
3.2.1. Teoría del Contrato de Adhesión Criminalizado.....	116
CAPÍTULO IV LA NO ANULACIÓN CONTRACTUAL	121
4.1. La Nulidad de Pleno Derecho en El Salvador y la Anulación de Oficio	122
4.1.2. Marco Legal de la Actividad Económica y Estafa	126
4.2. El Contrato de Prestación de Servicios, y su Finalidad.....	128
4.2.1. Teorías sobre la Formación de Este Tipo de Contratos para la Realización del Delito	129
4.2.1.2. Forma.....	131
4.2.1.2. Contenido Estructural.....	135
4.3. La No Anulación Contractual de los Contratos Activos en las Empresas de Telecomunicaciones	
4.3.2. Efecto Retroactivo de la Resolución	136
4.3.3. Los Tipos de Contratos que Utilizan las Empresas y que Facilitan o Generan la Estafa	140
4.4. Qué Actividades y Técnicas de Evasión Practican las Empresas de Telecomunicación Frente a sus Clientes	142
4.4.1. Actividad Contractual	147
4.4.2. Resolución con Responsabilidad y Penalidades por la No Terminación Contractual	147
4.4.3.1. Responsabilidad Indemnizatoria	154
4.4.4. Responsabilidad Indemnizatoria.	155
CAPÍTULO V LA MATERIALIZACIÓN Y OCULTAMIENTO DE LA ESTAFA EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES EN EL SALVADOR	158
5.1. Los Tipos de Actos Contractuales, Resolución y Cuantía	
5.1.1. Responsabilidad Contractual al Haber Incumplimiento.....	159
5.2. Características Contractuales del Contrato de Prestación de Servicios, como Medio para la Realización del Delito.....	161

5.2.1. Determinación de la Mora Según las Empresas Telefónicas en El Salvador	
5.7. Anormalidades y Discrepancias de la Realización de los Contratos....	170
5.8 Dolo y Mala Fe en la Elaboración de Contratos de Prestación de Servicios	173
5.9 Las Características y Actividades Relevantes de la Estafa	176
5.10 Medios de Realización Contractual Verbal y Escrita.....	178
5.11 Elementos del dolo en los contratos de telecomunicaciones constituidos como estafa	179
5.13 La estafa, acto como medio de engaño en relación a los contratos de prestaciones de actividades irregulares relevantes	185
5.14 Actividad contractual de forma, identidad de la estafa	188
5.15 Medios, formas y situaciones que se den anteun tercero	190
5.16 Resoluciones sin responsabilidad para las compañías que cometen el delito	192
5.17. Limitaciones y plazos de interposiciones de reclamos que tienen	194
CAPÍTULO VI ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	195
6.1 Jurisprudencia y análisis	195
6.2 Comprobación de hipótesis.....	199
Hipótesis Específicas: velar o proteger el interés de los consumidores en cuanto a la prestación de los servicios de telefonía ayudándonos de marcos normativos específicos que regulan los derechos de los usuarios.	200
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	204
CONCLUSIONES	204
RECOMENDACIONES	206
BIBLIOGRAFÍA	207

RESUMEN

El contrato de adhesión de telefonía es el contrato por medio del cual un usuario se adhiere a las cláusulas predispuestas por un proveedor del servicio de telefonía móvil, a efectos de que el usuario por medio de un terminal pueda acceder y hacer uso de una red pública de telecomunicaciones mediante la cual el proveedor presta sus servicios, con el fin de comunicarse con los demás usuarios de las redes públicas de telecomunicaciones existentes; a cambio de una contraprestación, que usualmente, consiste en una remuneración económica.

El servicio de telefonía es un servicio de interés general, y como tal, el Estado en su papel de regulador debe intervenir para establecer ciertos parámetros y condiciones mínimas en la prestación del mismo, así como reconocer ciertos derechos de los usuarios finales. Los proveedores de los servicios, y los contratos de adhesión utilizados por dichos proveedores, deben respetar todas estas condiciones y derechos que al final de cuentas representan la principal garantía de que el servicio que recibirá el usuario será un servicio de calidad que satisfaga sus necesidades.

El trabajo de grado titulado *“El uso del contrato de adhesión de telefonía como medio de estafa por la aplicación del cobro de empresas y omisión de la anulación contractual”*. Tiene como objetivo presentar al lector todos aquellos indicadores que generalmente se convierten en modelo de estafa por el tipo de cobros que las empresas realizan. Para ello se ha utilizado la herramienta principal que consiste en la búsqueda de información bibliográfica, la cual hace referencia a una serie de investigaciones realizadas por las diferentes instituciones que se encargan de la defensa del consumidor.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

SIGLAS

OEA	Organización de los Estados Americanos
LPC	Ley de Protección al Consumidor
SIGET	Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicación

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Inc.	Inciso
Cn.	Constitución
Cp.	Código Penal
C.C.	Código Civil

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis titulada *“El uso del contrato de adhesión de telefonía como medio de estafa por la aplicación del cobro de empresas y omisión de la anulación contractual”*.

Es el resultado de una investigación jurídica y bibliográfica que ha sido elaborada como requisito para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

El código penal protege un bien jurídico cuando enmarca que; el que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe; comete el delito de estafa, a lo cual se logra demostrar, en la presente investigación que mediante el tiempo ha transcurrido y las necesidades tecnológicas en el Salvador y que han avanzado para la permisibilidad, de la creación de empresas de índole mercantil en el rubro de la telefonía que cometen ilícitos de estafa mediante contratos criminalizados.

El trabajo de grado que a continuación se presenta, contiene el resultado de la investigación realizada, y se ha dividido en capítulos que se describen de la siguiente manera: Capítulo Uno, Evolución histórica del delito de estafa. Capítulo Dos, Análisis dogmático del delito de estafa; Capítulo Tres, Teoría del contrato criminalizado; Capítulo Cuatro, La no anulación contractual; Capítulo Cinco, La materialización y ocultamiento de la estafa en los contratos de prestación de servicios en las empresas de telecomunicaciones en El Salvador; Capítulo seis, Análisis Jurisprudencial.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ESTAFA

El presente capítulo tiene como propósito especificar el delito de estafa, desde sus orígenes mediante las diferentes épocas y sus conceptos y ejemplificaciones de la época, de forma especial, con la intención de tipificar el delito de manera precisa y evitar así los inconvenientes de la antigüedad y sus diferentes etapas, que resultaban de la legislación anterior a la actualidad en su regulación.

Para la mayoría de historiadores y científicos “*el hombre es el misterio más grande que existe*”, su forma de comportarse y de pensar han hecho que dentro de una sociedad civilizada y en búsqueda de un verdadero orden armonioso; algunas formas de su actuar que sean perjudiciales para construir éste orden, que es el ideal de todos los tiempos sean desvaloradas y así excluidas de las conductas positivas e incorporadas al denominado derecho penal, la estafa es una de éstas formas cuya especialidad radica en una agresión patrimonial maliciosa perjudicando a otras que actúan de buena fe; para comprender su contenido requiere un estudio evolutivo desde la edad antigua hasta la actual o contemporánea.

1.1. Origen y Evolución Histórica del Delito de Estafa

1.1.1. Época Antigua

Los datos arqueológicos disponibles sitúan el inicio de la antigüedad en oriente próximo y en Egipto hacia finales del IV milenio a.C., mientras que en Grecia y Roma se situaría a mediados del II milenio a.C. y a mediados del milenio a.C. respectivamente por ello, es que las culturas anteriormente mencionadas; son

consideradas las más relevantes dentro de esta época y consecuentemente serán estudiadas¹.

1.1.1.1. Cultura Hebrea

El primer dato temporal, en dónde se regula la falsedad en las relaciones patrimoniales de las personas radica en los años 1792 hasta el 1750 a.C., dentro del derecho común babilónico que comienza con una guía de procedimientos legales, imposición de penas por acusaciones injustificadas, falso testimonio y errores judiciales. Encontrando así disposiciones sobre el derecho de propiedad, préstamos, depósitos, deudas, propiedad doméstica y derechos familiares es importante destacar que las bases del derecho penal en ésta época derivan del principio, común entre los pueblos semitas, del “*ojo por ojo*” así se contemplaban dentro del Código de Hammurabi.

1.1.1.2. Cultura Griega

Los eupátridas retuvieron autoridad plena gracias a su poder supremo para disponer de la justicia, a menudo de forma arbitraria, en el 621 a.C. el político Dracon (finales del siglo VII a.C.) codificó la ley ateniense, por la que el poder judicial de los nobles quedaba limitado. Un segundo revés para el poder hereditario de los eupátridas fue el código del político y legislador ateniense Solón de 594 a.C., que no era sino una reforma del código draconiano, de ambos códigos, se resalta la severidad con la que las personas que incurrían en un acto contrario a las leyes eran tratadas; ya que para la mayoría de estas conductas era impuesta la pena de muerte.

¹Enciclopedia Microsoft, *Edad Antigua*, Corporación Reservados todos los derechos, (Encarta, año 2000,1993-1999).

En relación al delito de estafa; no existe dentro de estos cuerpos legales, ninguna especie de regulación; sin embargo, eso no quiere decir que estas conductas quedaban impunes, porque cuando no estaban reguladas en las leyes; eran juzgada como si lo estuvieran, por ser más importante en este sistema legal, la preservación de la justicia que aspectos formales, aseguraban los encargados de juzgar las acciones contrarias a la moral y buena costumbre².

1.1.1.3. Cultura Romana

La civilización romana, basada también en el desarrollo del mundo urbano, evolucionó desde una ciudad estado hacia la conformación de un extenso estado territorial cuyo eje será el mediterráneo específicamente la cultura helenística, contribuyendo a su unitarismo histórico y a su uniformidad cultural en sus orígenes, desde siglo vi a mediados del siglo VIII a.C.

El derecho romano se destacó por ser el fundamento de la iglesia católica y un sistema legal básico en la mayoría de países europeos, aunque en un inicio era basado en sus costumbres; el primer cuerpo de leyes fue el código denominado "*ley de las doce tablas*" (451 a.C.) con esta normativa se regulaban las relaciones familiares, laborales, y mercantiles, logrando distinguir las relaciones entre particulares, el Estado, entre otros.

Derecho Público: Regulaba las relaciones que se producían entre los particulares y el Estado.

Derecho Privado: Comprendía las relaciones suscitadas entre los ciudadanos.

²Enciclopedia Microsoft, (2000,1993-1999).

Derecho Internacional: Esta clase de derecho regulaba las relaciones que se daban entre los pueblos de esa época.

En los inicios del periodo republicano con la promulgación de la ley de las doce tablas se establecían como delitos conductas que producen grave daño a los particulares, nos referimos, a los delitos privados.

La diferencia de esta división radica en que los delitos contra la comunidad eran perseguibles por los magistrados de forma inquisitiva y las infracciones que dañan a los particulares, era preciso para llevar a cabo la petición de los ofendidos para proceder contra los autores de aquellos³.

Sin embargo, a pesar de dar apertura a los delitos privados en la legislación penal aún no se regulaban las conductas falsarias y defraudadoras como ilícitos penales, de manera sucesiva a través de las reformas en la legislación penal efectuadas por Lucio Cornelio Sila (del año 572 al 674 de Roma) la Ley Cornelio junto con las leyes judiciales de Cesar y Augusto y con la obra de Sila crean el "*crimen falso*" que como su nombre mismo indica en un principio el ámbito de aplicación fue la falsificación testamentaria y de la moneda.

Tiempo después de su creación surgen conductas fraudulentas siempre y cuando estas atenten contra intereses de la comunidad, es por ello que este crimen falso es considerado un precedente del crimen *Stellionato*; así también el Actio Doli es calificado como "*Crimen Stellionato*" cuya figura es creación del derecho pretorio refiriéndose al dolo como conciencia de la actuación injusta que se lleva a cabo, caracterizado por la astucia y el engaño fraudulento.

³Ibíd.

Es decir, que ciertas elaboraciones romanistas llevaron a identificar el dolo con el engaño, más adelante el dolo ya no es considerado como sino como una conducta que debe ser regulada dentro del crimen Stellionato.

Luego en el desarrollo del imperio romano, se castigaba al fraude como crimen extraordinario con el nombre de Stellionatus denominación que según el autor carrara encuentra su origen en “*Stellion o Salamancaquesa*”, reptil que posee un color indefinible por su variabilidad con los rayos del sol; denominación dada por los jurisconsultos romanos porque tendía a confundirse entre el hurto y la falsedad, que se conoce incluso con otras conductas que nada tienen que ver con la estafa; con lo que se asemejaba a éste reptil de manera indefinible.

Esta figura constituye entonces, la primera regulación de las conductas defraudadoras, debido a que estas solo eran reguladas en el ámbito de derecho privado, la pena del estelionato por ser crimen extraordinario no ésta fijada en la ley, sino que quedaba al arbitrio del juzgador establecerla.

1.1.2. Época Medieval

Transcurrió desde la desintegración del imperio Romano de Occidente, en el siglo V, hasta el siglo XV, en el medioevo español, surge una diversidad de opiniones y sucesos históricos políticos en búsqueda de una unificación en una España disgregada, es así que los históricos del derecho en su curiosidad han encontrado documentos que de indudable manera contribuyeron a construir la moderna ciencia jurídica⁴.

⁴Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats, José Manuel Valle Muñiz, José Miguel Prats Canut, Joseph María Tamarit Sumilla, y Alvero Ramón García. *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 2ª Ed. (Ed. Aranzadi, Madrid: 2005)172.

1.1.2.1. El Fuero Juzgo

Conocido también como *Líber Iudiciorum* en este documento no confunde la falsedad con la defraudación, sino que se generalizaban todas las conductas en las falsarias, como se expresa en la ley III, Título XII, Libro VII *“quien toma oro por labrar, e lo falsa o lo ennade otro metal cualquiera, sea justiciado como ladrón”*; así como se asimilaban a los hurtos y robos.

1.1.2.2. El Fuero Real

Otro intento de unificación fue la creación del fuero real; en el cual continua la preeminencia de lo falsario y la asimilación al hurto, aspecto importante que hay que destacar es que las conductas que se regulaban no solo incurren en el ámbito penal, sino que trascienden al derecho privado como lo establecía en la ley IX, Título XIX, Libro III *“defendemos que ningún hombre no tema empeños cosa ajena, ni la suya no la empeñe a otro por mas, ni en otra guisa sino como la el tuviere”*.

1.1.2.3. Las Partidas

Partidas como conductas inmutables: Enriquecido con un texto y técnica jurídica proveniente del derecho romano surgido en la España medieval se encuentra un antecedente de la estafa en las leyes VII a XI, de la partida VII, bajo la denominación de engaños⁵, en el Título XVI donde se ubicaban unas serie de conductas imitables al *Stellionato* romano lo que más tarde será el delito de estafa haciendo la aclaración que *dolos* en latín como en romance

⁵ Gonzalo Quintero Olivares, *“El interés general y la excelencia en los servicios públicos”*, 2ª Ed.(Edit. Almuzara, Madrid: 2005) 285.”

significa engaño; *“e engaño es encartamiento que hacen algunos hombres a los otros, por palabras mentirosas o encubiertas e coloradas”*, como se observa la forma de cometer el engaño es abierta a varias modalidades aunque resaltaron en esta concepción dos: la primera cuando se hacen por palabras mentirosas.

1.1.2.4. Ley de Indias

Esta ley promulgada cerca del año 1550, cuyo objetivo primordial era regular las relaciones entre la corona española y los recién *“colonizados”* (1492 descubrimiento de América), expone en su contexto que las personas del nuevo mundo deben regirse, por las leyes aprobadas en España, anteriormente desglosadas.

1.1.3. Época Moderna

La duración de los tiempos modernos se ha situado a partir del renacimiento, hacia el año 1600 prolongándose hasta el siglo XX, y puede variar según el ritmo histórico de cada pueblo, por lo anterior y teniendo en cuenta que la legislación penal de El Salvador ha tenido gran influencia de los códigos europeos y estos a su vez del derecho romano.

Es así que los legisladores de la época al incluir el delito de estafa se enfrentaron con el mismo problema, la distinción entre el dolo civil y penal; era necesario que algunas legislaciones como el código penal francés en su Art. 405 que regula: quien sea, que usando falsos nombres o falsas calidades, sea empleando maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de un accidente o de otro acontecimiento

quimérico, y se haga remitir o entregar fondos, muebles, obligaciones, disposiciones, billetes, promesas o descargos y que por esos medios estafe o intente estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro, será sancionado con un año de prisión o menos y de cinco años o más, y de una multa de 50 francos o menos y de 300 francos o más⁶.

Define la estafa de ésta forma con la intención de tipificar el delito de manera precisa y evitar así los inconvenientes que resultaban de la legislación anterior y separar de una vez y para todo el proceso civil del penal pero, antes de esta redacción, en 1809 el Art. 405 mantenía la palabra dolo y aún no sancionaba la tentativa del delito; al igual que en la legislación italiana se utilizaban los términos Artifici y Raggiro que en el derecho penal italiano no significa simplemente engaño, sino un engaño que implica un montaje, el cual debe fundarse en medios exteriores que refuercen la credibilidad.

Sobre España en la influencia que ejerció en las codificaciones centroamericanas se puede establecer lo siguiente: Que el Código Penal español de 1822, no contenía en ninguno de los seis capítulos que conforman su Título III, de los delitos contra la propiedad de los particulares, el uso del concepto engaño⁷.

El Código Penal español de 1870, poseía un capítulo que se titulaba *Estafas y otros engaños*, en ese capítulo la palabra defraudación se usaba con abundancia y el término engaño sólo se presentó en tres oportunidades: en los Arts. 493, 495 inciso cuarto, y en el 498, en ningún artículo se define el concepto de engaño que utiliza en ellos.

⁶Dr. Artagnan Pérez Méndez, *Código Penal Anotado*, Libro III, (República Dominicana, 2000).

⁷Manuel A. Bonilla, *Ministerio de Gobernación, Código General del Estado*, (San José, Costa Rica: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 30 de Julio de 1841), Art. 604.

El código tipificaba una serie de engaños como medios o modos de la defraudación y utilizaba el término estafa para referirse íntegramente a cualquier otro engaño que no se halle expresamente comprendido en el articulado del capítulo.

El derecho penal europeo, desde la época del derecho penal romano, partió del principio, según el cual el engaño es, en cierta forma, un modo de la intelección y, por ende, un arma natural del hombre para defenderse, de ahí que los juristas romanos distinguían entre el DolusBonus y el DolusMalus; de los que sigue que, en el pensamiento romano, no existe per se, una condena del engaño, con el correr del tiempo.

Esta concepción produjo que la contraparte debía defenderse de los engaños de su interlocutor; lo cual derivó, en lo jurídico, dos grandes consecuencias: la primera de ellas que todo el sistema del derecho privado reposa, no sobre la buena fe de las partes, sino sobre su capacidad de evitar las trampas de los demás, la segunda, en el derecho penal, que la conducta del sujeto pasivo se convierte en parte del tipo penal de la estafa porque solamente se sanciona al estafador si el engaño por él utilizado aparece revestido de ciertas cualidades (Magna Calliditas), capaces de engañar a un hombre medio⁸.

1.2. Desarrollo Antecedentes Históricos Nacionales

1.2.1. Época Precolombina

Los pueblos indígenas que habitaron el área centroamericana antes de la llegada de los españoles pertenecían a la familia lingüística maya, también

⁸Lic. Víctor Alfonso Dobles Ovarés, Agente Segundo Fiscal de San José, *El Concepto de Engaño, en el Delito de Estafa, en los Códigos Penales y en la Jurisprudencia Costarricenses*, (San José, Costa Rica: 22 de febrero de 2007), 6.

llamada máyense, se extendieron por los actuales estados mexicanos de Yucatán, Campeche, Tabasco y Chiapas, por un área extensa de Guatemala y por determinadas regiones de Belice y Honduras y el Salvador, entre ellos, podemos destacar a los quichés, los cachiqueles, los choles y los mayas, que es el colectivo mejor conocido y que, a su vez, da nombre a todo el grupo.

La civilización maya se extendió por un área aproximada de 324,000 km², la historia de esta civilización, que llegó a convertirse en uno de los imperios más poderosos de Mesoamérica, se desarrolló a lo largo de 3,000 años, generalmente es dividida en tres períodos: Preclásico (desde el año 2000 A.C. hasta el año 250 d.C.), Clásico (la etapa de mayor esplendor, que transcurre entre el 250 y el 900 de la era cristiana), Postclásico (desde el 900 hasta el 1500 D.C.); el último periodo maya coincidió con la llegada de los españoles al nuevo mundo, momento en el cual el imperio estaba ya desintegrándose.

Los periodos mejor conocidos desde el punto de vista de la organización política y social son el clásico y el postclásico y en los que puede estudiarse el tema de investigación, los mayas estuvieron divididos en diferentes núcleos urbanos, cada uno bajo el mando de una elite nobiliaria, y que frecuentemente se enfrentaron por el poder⁹. En el periodo preclásico empezaron a formarse los núcleos dominantes que durante el clásico evolucionaron hasta convertirse en importantes estados, por otra parte, durante el clásico los sacerdotes fueron la clase social con más poder e influencia¹⁰.

1.2.1.1. Época Colonial

⁹Dobles Ovarés, "El Concepto de Engaño", noviembre 2007,26.

¹⁰ Ibíd, 29.

Tiempo después del descubrimiento de América (1492), en el periodo de colonización de los pueblos centroamericanos; se regulaban las conductas delictivas, pero por el sometimiento de estos pueblos a sus respectivos colonizadores (leyes de Indias de 1550), se siguieron usando las leyes promulgadas en el antiguo continente y que en apartados anteriores ya se explicaron; es decir que al generarse una estafa, dentro del istmo centroamericano, se utilizaban los preceptos legales creados por los españoles.¹¹

1.2.1.2. Época Post-Independentista

Posteriormente a la independencia patria, se codificaron una diversidad de normativas penales; las que atienden, al sistema de estado que en se desarrollen; así en el salvador, las diferentes leyes penales que se han promulgado a lo largo de la historia han sido respuesta a la realidad concreta de la época; y todas ellas, en su peculiar manera, han disciplinado las conductas relativas al delito de estafa, regulaciones que servirán a efecto de visualizar la evolución de esta conducta.

¹¹ *Ibíd.*32

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ESTAFA

“En el presente capítulo tiene como propósito lograr definir mediante diferentes autores y doctrina, el delito de estafa que logra sostener, que la definición más acertada y completa es la que da el código penal, es en el que se logra percibir diferentes criterios o requisitos que son esenciales para que se logre conformar como lo es el empleo de artificios o engaños para inducir a alguien en error, a fin de conseguir un lucro valiéndose de, la ignorancia o el abuso de confianza”¹².

2.1. Base Teórica

Como se estableció en la historia incorporada, el delito de estafa surgió como tal¹³, a mediados del siglo XIX; desde entonces, se ha tratado de construir una concepción genérica que abarque todas las consideraciones que influyen en esta conducta y la distinguan del fraude civil como de otros comportamientos típicos similares, es así que se establecerá con base doctrinaria cual es la definición que se adecua a la normativa penal salvadoreña.

Cabe recordar que, dentro de su precedente histórico de la estafa, encontró su lugar en EE.UU. en el siglo XIX, cuando Mark Twain y Theodore Dreiser la incluyeron en las tramas de sus libros. Boston vio nacer a Charles Ponzi, cuyo nombre se convirtió para siempre en sinónimo de un tipo de fraude, las

¹²Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (Edit. Datascan, S.A., Guatemala: 2001), 105.

¹³Código Penal, D.L. No. 1030, del 26 de abril de 1997, D.O. No. 193, Tomo 353, del 12 de octubre de 2001, Tribunal 6to. de Sentencia. (El Salvador, 2001), Art. 215.

llamadas “pirámides de Ponzi”. Los escritores tuvieron muchos modelos de inspiración, como Eugene Bontoux, fundador de unión générale, un bancofrancés que se derrumbó en 1882, y Daniel Drew, James Fisk Jr., y Jay Gould todos ellos en EE.UU. quienes manipularon las acciones del Erie Railroad.

También durante el siglo XX hubo incontables escándalos financieros a ambos lados del atlántico, empezando por el Teapot Dome en EE.UU., durante el gobierno del presidente Warren Harding, Teapot Dome fue el nombre popular que recibió una investigación del Senado, que en 1924, descubrió que el gobierno había arrendado secretamente a petroleras privadas una reserva de crudo, el secretario de Interior Albert Fall, fue a prisión en el caso, que implicó a varios ministros del ejecutivo y contribuyó a destruir la confianza en los políticos republicanos de la época.

Así en el paso del tiempo han surgido diferentes métodos de estafa una de ellas es la famosa pirámide o esquema Ponzi es una operación fraudulenta de inversión que implica el pago de intereses a los inversores de su propio dinero invertido o del dinero de nuevos inversores¹⁴, este sistema consiste en un proceso en el que las ganancias que obtienen los primeros inversionistas son generadas gracias al dinero aportado por ellos mismos o por otros nuevos inversores que caen engañados por las promesas de obtener, en algunos casos, grandes beneficios, el sistema funciona solamente si crece la cantidad de nuevas víctimas.

Por lo tanto, también es conocido como sistema piramidal en el cual la única manera de cubrir los altos retornos es por medio del dinero de otro participante

¹⁴Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 16.

de la pirámide, este sistema no invierte en instrumentos financieros, sino que redistribuye el dinero de unos inversionistas hacia otros, esto lo logra en la medida que la pirámide vaya creciendo, una vez que deja de entrar gente al “negocio”, el estafador se ve impedido a cumplir su promesa y la pirámide se cae.

2.1.1. Características

Los esquemas Ponzi reciben muchos nombres: “esquema célula”, “fractal”, “esquema burbuja”, “Flor de la abundancia”, “telar de la prosperidad” o “esquema de pirámide”, los mismos ofrecen a sus inversionistas grandes cantidades de beneficios en un corto período, el sistema puede funcionar entre un corto o largo plazo, todo depende de la cantidad de nuevos inversionistas que se integren al negocio.

El sistema Ponzi comúnmente está condenado al fracaso¹⁵, ya que el inversor recibe poco o nulo beneficio del dinero dado en inversión, las características típicas son: Promesa de altos beneficios a corto plazo, Obtención de beneficios que no están bien documentados, Dirigido a un público con poco conocimiento, se relaciona con un único promotor o una única empresa, la empresa no se encuentra registrada y controlada ante un ente regulador, es evidente que el riesgo de inversión en las operaciones que hacen uso de esta práctica es muy alto, el riesgo es cada vez más alto al crecer el número de suscriptores en el sistema, ya que cada vez existen más dificultades para encontrar nuevos

¹⁵Keyfetz, La propiedad de la vivienda y la protección de la equidad que extiende la responsabilidad de los préstamos de alto riesgo predatorios a los participantes del mercado hipotecario secundario, *Loyola ConsumerLawReview*, Vol 18, n. 2, (2005), Art. 3, <http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol18/iss2/3>

seguidores¹⁶, en muchos países, esta práctica es un delito, ya que a todos los efectos resulta en un fraude¹⁷.

2.1.2. Definición de Estafa

Etimológicamente el vocablo estafa pertenece al lenguaje germano y está tomada del longobardo “*staffa*”, que se refería a una falsa posición del jinete en el estribo, bien llevando el pie fuera, bien quedando enganchado al descabalar. El diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio manifiesta, “*que la estafa, es un delito genérico de defraudación, configurado por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño, tales como el uso de nombres supuestos, de calidad simulada, falsos títulos, influencias mentida, abuso de confianza, o ficción de bienes, crédito, comisión impresa o negociación*”. También, en el diccionario de Ernesto Cabanellas la define como el: delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza, toda defraudación hecha a otro en lo legítimamente suyo. Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia, pedir con ánimo de no pagar; cobrar dos veces; negar el pago recibido etc., entre otras formas concretas, falsa promesa; ofrecimiento incumplido.

La enciclopedia jurídica Omeba¹⁸ establece que es difícil definir el delito de estafa y sostiene que la definición más acertada y completa es la que da el código penal italiano, en el que se prescribe que “es el empleo de artificios o

¹⁶Mitchell Zuckoff y Ponzi, *The True Story of a Financial Legend*, (La Verdadera Historia de una Leyenda Financiera), Edit. Baldomera Larra, (Michigan, Estados Unidos: 2005).

¹⁷Kevin Greenberg y Mark I. Michigan, *The Scam Before the Client*, (USA, 1989- 2007), 6.

¹⁸Código Penal, *Concepto dentro del Código Penal*, (Decreto Real No. 1398 de 19 de octubre de 1930).

engaños para inducir a alguien en error, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho injusto en perjuicio ajeno”¹⁹, siendo este concepto el más admitido por la doctrina y la jurisprudencia en general²⁰, doctrinariamente se ha tratado de elaborar una definición que recoja todos los elementos que coinciden en la conducta que realiza el estafador y han surgido los siguientes autores y sus definiciones²¹:

Merkel, la define como *“la apropiación legítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de engaño”*

Cuello Calón la considera como la conducta que consiste en un perjuicio patrimonial con ánimo de lucro mediante engaños; así también se encuentran definiciones más precisas como la de Rodríguez Devesa la define como: el desplazamiento patrimonial mediante engaño.

Ricardo C. Núñez agrega que la estafa ha sido y es concebida como un fraude que ofende la propiedad o patrimonio ajeno; que defrauda a otro valiéndose de cualquier ardid o engaño, el desarrollo explicativo de este concepto puede darse diciendo que es la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un tercero.

Los elementos medulares que son tomados en consideración por los citados autores son el engaño y el perjuicio patrimonial que no deja de confundirse con figuras como el hurto, y se utilizan en muchas legislaciones e incluso ha sido retomada por doctrinarios como Muñoz Conde.

¹⁹Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, 105.

²⁰Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Universitario*, 2da Ed. (Edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina: 2007), 135.

²¹Greenberg y Mich, *The Scam Before the Client*, 9.

La definición de Antón Oneca en cuanto considera a la estafa²² como *“la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”* definición que abarca todos los elementos hoy conocidos que construyen ésta figura es así que se incorporan el error y el acto de disposición llegando a la conclusión que los componentes de la estafa son: El engaño. El error. La disposición patrimonial. El perjuicio patrimonial²³.

Definiciones más actualizadas, expresando que esa simulación o disimulación, debe de versar sobre algún objeto; consistiendo *“tanto en la afirmación de hechos falsos como la simulación de los verdaderos”*, entendiendo como hechos todo aquello que puede ser percibido por los sentidos, nos referimos a sucesos, estados, relaciones, objeto, calidades, propiedades, acontecimientos etc.; siempre que tengan determinación de tiempo y espacio, hablamos de hechos que se den en el pasado y en el presente, pero no en el futuro.

Según Binding, los hechos son: procesos y estados del mundo exterior (físico) o interior (psíquico) de concreta determinación en el tiempo y en el espacio, efectivamente no son hechos aquellos acontecimientos que se dirigen hacia el futuro, no por ser estos ciertos como establece Antón Oneca²⁴, sino porque pueden darse falsas afirmaciones, porque en base a las leyes naturales existen afirmaciones futuras ciertas en el caso de una prestación a futuro la insolvencia de esta no constituirá estafa²⁵, si la intención de no pagar, surge posterior a la adquisición del compromiso de pago por no ser un hecho, de lo

²²Quintero Olivares, Morales Prats, Valle Muñiz, Prats Canut, Tamarit Sumilla, y García. *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 87

²³Código Penal, D.L. No. 270, D.O. No. 63, Tomo No. 238, del 30 de marzo de 1974.

²⁴Greenberg y Mich, *The Scam Before the Client*, 15

²⁵Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Universitario*, 135.

anterior se infiere que en relación a las definiciones planteadas el engaño es el elemento primordial que constituye el delito de estafa y así lo establece, la sentencia pronunciada por el tribunal cuarto de sentencia de san salvador, de fecha quince de julio del año dos mil dos:

“Es importante tener en consideración, que en el ilícito penal de estafa debe considerarse en un primer momento, no el daño patrimonial causado, sino la conducta engañosa efectuada por el sujeto que realiza la acción”, es la acción ejercida por el sujeto activo consistente en la simulación de hechos verdaderos o la afirmación de hechos falsos capaces de inducir a error a otras personas.

2.1.3. Naturaleza del Delito de Estafa

Muchos autores han considerado que la existencia del delito de estafa, se debe a la tutela de la buena fe en los negocios jurídicos, como una de las figuras primordiales y diferenciadoras de esta conducta es el ardid o engaño, pretendiendo lograr un derecho a la verdad.

Al lograr un derecho a la verdad; se ha determinado que la naturaleza es la protección que el legislador dirige a las personas defraudadas patrimonialmente, tomando al patrimonio como una universalidad, cuya afectación es comprobable a través de la disminución del mismo en su sentido económico.

2.1.4. Base Legal

Como anteriormente se logró establecer, y que es de suma importancia recalcar que, el Art. 2 inciso primero de la constitución de la república de el salvador, sostiene como derecho fundamental de todas las personas, el

derecho de propiedad y posesión toda persona tiene derecho a la vida²⁶, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos, se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral, por su parte la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948) reconoce el derecho a la propiedad en su Art. 23 toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar, también lo contempla la declaración universal de derechos humanos (1948) en su Art. 17, que establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Cuando se trata del derecho a la propiedad individual y colectiva, y del derecho que tiene toda persona a no ser privada arbitrariamente de su propiedad, la convención americana sobre derechos humanos o pacto de San José de costa rica (1969) lo regula en su Art. 21 derecho a la propiedad privada toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social, ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley, por tanto, la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley. A nivel de legislación secundaria, el Art. 215 del código penal protege este bien jurídico cuando enmarca que, el que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en

²⁶Constitución de la Republica de El Salvador, D.L. No. 38, de 15 diciembre 1983, D.O. No. 234, Tomo No. 281, del 16 diciembre 1983, (San Salvador, El Salvador: 1983).

perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si la defraudación fuere mayor de doscientos colones, para la fijación de la sanción el juez²⁷ tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura ò preparación.

2.2. Regulación del Delito de Estafa en El Salvador

Código Penal 1826: Es la primera legislación penal en El Salvador, denominado como código de instrucción criminal, decretado el 13 de abril de 1826, el cual fue elaborado sobre la base del código penal español de 1822, en donde aparece incorporado en la recopilación de leyes patrias del presbítero y doctor isidro Menéndez, ya en este código aparece regulada la conducta de estafa, pero determinando las acciones de manera específica, las cuales eran: *“Cualquier persona que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiera sonsacado a otros dineros, efectos o escrituras, o les hubiera perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial²⁸”*. En este numeral se denota la confusión del delito de estafa con otros tipos penales como el robo, hurto, propiedad indebida que existía en el derecho romano, por ende, vinculándolo a figuras como el crimen Stellationato, porque no tenía una estructura definida.

²⁷CSJ, *Código Penal*, D.L. No. 1030, D.O. No. 105, Art. 215.

²⁸Claudia Rubenia Arias Vanegas, Elsy Patricia Moreno Portillo, Lidia Johanna Ortiz Segovia, *“El Delito de Estafa en la Legislación Penal Salvadoreña”*, (tesis de grado, para optar por el título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad Multidisciplinaria de Oriente, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador: noviembre 2005), 8.

Sancionaba las trampas realizadas por los jugadores independientes cuando los juegos eran prohibidos o las cantidades no eran permitidas: Los jugadores que hacían una rifa sin permiso del gobierno, aunque la realizaran con título de culto de algún santo. El que efectuara la rifa con permiso del gobierno, pero no cumplía con las condiciones establecidas por el mismo era sancionado. Aquel que teniendo o no el permiso por el gobierno, se alzare con las cosas rifadas y el dinero recogido, asimilando esta conducta a lo que en el código penal vigente se conoce como alzamiento de bienes, en el Art. 241²⁹.

El que hubiera engañado a otro a sabiendas, vendiéndole, cambiándole o empeñándole una cosa por otra de diferente naturaleza, como cosas doradas por oro, brillantes falsos por piedras preciosas, o que hubiera contratado sobre alguna cosa, la sustrajere y cambiará por otra de menos valor antes de entregarla, o que hubiera vendido o empeñado una cosa como libre. Sabiendo que estaba empeñada, o que hubiera vendido un animal dándole por sano, sabiéndolo que no lo está, u ocultando maliciosamente el defecto o resabio que tenga, siendo de aquellos que el vendedor está obligado a manifestar³⁰.

Se regulaba la conducta de “aquella persona que abusando de la debilidad o de las pensiones de un menor de veinticinco años, ya sea hijo de familia, ya esté sujeto a tutor o curador, o de cualquiera que estuviera en interdicción judicial, por incapacidad física o moral, hubiera conseguido hacerle firmar alguna escritura de obligación o de liberación, o finiquito por razón de préstamo de caudales o géneros o efectos, cualquiera que sea la forma bajo la cual se hubiera contratado, o hubiera percibido de dichas personas, abusando

²⁹CSJ, *Código Penal*, D.L. No. 1030, D.O. No. 105, (El Salvado, 1997), Art. 241.

³⁰Arias Vanegas, Moreno Portillo, Ortiz Segovia, “El Delito de Estafa en la Legislación Penal Salvadoreña”, (tesis de grado, Universidad de El Salvador, noviembre, 2005), 8-42.

igualmente, de sus circunstancias, alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, alquilada o depositada sin autoridad legítima”.

La regulación del delito de estafa en el código de 1826 era para casos específicos, pero en razón de la interpretación analógica, existía un artículo donde establecía que, si se daba la existencia de otro comportamiento que no era tipificado como estafa, pero se asimilaba a esta, se iba a imponer la pena descrita para este delito que eran pena de prisión reclusión y multas de carácter económico.

2.2.2. Código Penal 1859

Fue elaborado en razón de los parámetros del código penal español de 1848; promulgado en el mes de septiembre de 1859 a diferencia del anterior suprime las penas infamantes o corporales que iban en contra de principios como la dignidad humana. En este código penal el delito de estafa consistía en: *“el que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio; así como también incurría en las penas mencionadas, el que defraudaba a otros usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.*

“Los plateros y joyeros que cometían defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio; a los traficantes que defraudaban con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos”. “El que, en perjuicio de otro, se apropiaba o distraía dinero, efectos o cualquier cosa mueble que hubiera recibido en depósito, comisión o Administración o por otro título, que producía obligación de entregarla o

devolverla”; confundiéndose el delito de estafa con el ilícito penal de apropiación indebida estipulada en el Art. 217 Código Penal Vigente.

“El que cometiera alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco, y extender en ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero”, lo que hoy se equipara a delitos relativos a la fe pública como las falsificaciones. El que cometía defraudación, sustrayendo, ocultando o inutilizando en todo o en parte, algún proceso, expediente, instrumento público o privado u otro papel de cualquier clase.

“El que disponía de una cosa libremente a sabiendas que estaba gravada, o aquella persona que se fingía dueño de una cosa y la enajenaba, grababa, hipotecaba etc. se adecuaba a esta figura penal”.

“El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tuviera legítimamente su poder, en perjuicio del mismo o de un tercero, en relación al código anterior al final de estas conductas típicas establecía el artículo, donde podían ser sancionadas aquellas conductas que llevaran con sigilo un engaño, logrando un perjuicio económico al sujeto pasivo³¹ y no se encontraba regulado podrían ser sancionados como delito de estafa, la pena a imponer era la pena de arresto mayor, prisión correccional, y prisión menor al igual que el Código de 1826 las conductas eran casuísticas, es decir que cualquier conducta que trajera aparejada un engaño se enmarcaría en el delito de estafa; sin embargo, el legislador de esta época trató de abarcar dentro de esta figura una diversidad de conductas que no le dan solución a la problemática de origen, que tendía a confundirla con otros comportamientos.

³¹Arias Vanegas, Et al., “El Delito de Estafa en la Legislación Penal Salvadoreña”, 9.

2.2.3. Código Penal 1881

Fue promulgado por decreto del 19 de diciembre de 1881, según publicación del D.O. No. 295 del Tomo II, del 20 diciembre 1981, este código se desvía un poco en cuanto a la estructura o parámetros del Código Penal de España de 1870.

Esta legislación penal sigue los mismos lineamientos que los códigos que le anteceden en el sentido de regular más conductas dentro del delito de estafa; algunos ejemplos de ellas son: Los joyeros y plateros que cometan defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio. Las personas que se apropiaban o distraían dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produjera obligación de entregarla o devolverla, o negare haberla recibido.

El individuo que fingiéndose dueño de una cosa la enajenara, arrendara, gravara, empeñara o hipotecara y el que disponía de una cosa libre, sabiendo que estaba gravada, para proteger el derecho de propiedad, legislador pretende evitar aquellas conductas que sorprendan la buena fe de todas las personas que son acreedoras a un servicio, tipificándola dentro del delito de estafa. El que vendía separadamente una misma cosa a dos personas; asimismo se regulaba las defraudaciones de la propiedad literaria o industrial; casos que aparecen en el código de 1859. Por la facultad que se daba a través de la interpretación analógica persistente, se podía imponer una pena a la persona que ejecutara comportamientos equivalentes al delito de estafa; regulando las sanciones de arresto, prisión correccional, y la prisión menor, entonces el marco punitivo iba a ser entre mínimos y máximos dependiendo de la cantidad estafada.

2.2.4. Código Penal 1904

Fue promulgado como ley de la república por decreto legislativo del ocho de abril del referido año, este código deriva de la reforma que se realizó en el año de 1881, consecuencia de los cambios estructurales, en la normativa se agregan nuevas conductas que deben de constituir el delito de estafa, propugnado por el auge del comercio y la agricultura.

Se adecuaba al delito de estafa la venta simulada en cualquier clase de bienes, al igual que era castigado el deudor que enajenara, inutilizara, destruyera o permitiera la destrucción de la prenda sin permiso del acreedor, o el deudor que enajenara los frutos pendientes dados en garantía sin permiso del acreedor, todas estas conductas iban más encaminadas a las relaciones que regula el derecho mercantil, sin embargo, se tipificaba como estafa, cuya sanción a imponer en la mayoría de los casos era pena de prisión.

2.2.5. Código Penal 1974

Según D.L. No. 270 de fecha 13 febrero 1973, publicado en el D.O. No. 63, Tomo 238 de fecha 13 marzo 1973, que en 1974 entró en vigencia el nuevo Código Penal resultado de las reformas elaboradas en el año de 1973, el delito de estafa en este Código Penal se plasma en el Art. 242 en donde ésta conducta deja de ser casuística como los códigos anteriormente descritos, de esta manera se normativizan por primera vez los elementos esenciales de la estafa que el juez tomara en cuenta para el análisis de éste delito tales como: Provecho injusto; Perjuicio ajeno; Ardid o cualquier otro medio de engañar³².

³²CSJ, *Código Penal*, D.L. No. 270, del 13 de febrero de 1973, D.O. No. 63, Tomo No. 238, del 30 de marzo de 1973, (San Salvador, El Salvador: junio 1974), Art. 243, Ordinales 4°, 5° y 6°, Casos Especiales de Estafa.

En el consecutivo Art.243 del mencionado cuerpo legal, se establecen las modalidades especiales del ilícito penal sub yúdice³³ para la determinación de la pena en el caso del delito de estafa se toma en consideración la cuantía de veinte colones donde la sanción a imponer era de uno a cinco años.

2.2.6. Código Penal 1998

Este código es acorde a los principios que promulga la Constitución de la Republica del año de 1983, fue aprobado por D.L. No. 1030 de fecha 26 abril 1997, cuya promulgación fue en el mes de junio del mismo año, entrando en vigencia en 1998; el cual mantiene la estructura del tipo básico, contenido en el Código Penal de 1974, modificando únicamente su cuantía, ahora en doscientos colones; sin embargo, fueron derogadas sus modalidades especiales;

2.2.6.1. Base Legal

La Declaración Universal de Derechos Humanos en (1948) en su Art. 17, logro establecer que: Toda persona tiene derecho a la propiedad³⁴, individual y colectivamente, nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. *“Siendo más explícita, ya que habla del derecho a la propiedad individual y colectiva, así como, del derecho que tiene toda persona a no ser privada arbitrariamente de su propiedad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) lo regula en su Art. 21 derecho a la propiedad privada: recordando que toda persona tiene derecho al uso y goce*

³³CSJ, *Código Penal*, D.L. No. 270, Art. 243, Ordinales 4°, 5° y 6°, Casos Especiales de Estafa.

³⁴OEA, “Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, (Costa Rica: Departamento de Derecho Internacional, 1969), Art. 21.

de sus bienes, la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social, y que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley, tanto que la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley³⁵”.

A nivel de legislación secundaria, el Art. 215 del Código Penal salvaguarda este bien jurídico de la siguiente manera: el que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar ò sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si la defraudación fuere mayor de doscientos colones, para la fijación de la sanción el juez tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuera fácilmente engañarle.

2.2.7. Estructura Típica del Delito de Estafa

Concurso de Personas: Autor material, de la misma forma que en delito, en el que existe concurso, también es posible que se actualice la figura jurídica penal denominada “*concurso de personas*”, en la reunión de dos o más personas como sujetos activos del delito, la regla general es que los delitos³⁶ son cometidos por una sola persona, pero en ocasiones, dos o más individuos son sujetos activos del delito.

³⁵ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, D.L. No. 270, Art. 243, Ordinales 4°, 5° y 6°, Casos Especiales de Estafa, 1983).

³⁶Código Penal del Distrito Federal, *Legislación Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, el 26 de abril de 2007*, G.O. (D.F. México, 2007), Art 19.

Hay tipos penales que la misma ley expone, al respecto los siguientes preceptos legales: Art. 19 son autores del delito quienes tienen el dominio del hecho; son partícipes del delito quienes, sin tener el dominio del hecho, intervienen en el mismo deliberadamente instigando o auxiliando al autor, son autores o partícipes del delito: como autor intelectual, los que planeen o preparen su realización; como autor material, los que lo realicen por sí mismos; III como coautores materiales, los que lo realicen conjuntamente con otros; IV como autor mediato, el que lo lleve a cabo sirviéndose de otro como instrumento.

2.2.7.1.1. Coautor

Existe coautoría cuando intervienen dos o más sujetos en la comisión de un delito, la coautoría también pueda actualizarse a través de una conducta consistente en una omisión, la suprema corte de justicia de la nación trata el tema en la siguiente interpretación jurisprudencial.

2.2.7.1.2. Encubridor

El encubrimiento es el auxilio posterior que una persona le brinda al delincuente cuando ha cometido un delito, propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él, para evitar la acción de la justicia o proteger al sujeto activo, el encubrimiento puede presentar diversas variantes: encubrimiento de otro delito.

2.2.7.1.3. El Engaño

Es el elemento más importante y esencial de la estafa; es decir, en la conducta engañosa que realiza el sujeto activo, es el componente característico que

permite diferenciarlo con otros tipos penales como el hurto, apropiación indebida, etc.

En términos comunes se entiende al ardid como los artificios o mañas, siendo el objetivo primordial de la estafa, hacer creer algo que es falso; entendiéndose por engaño, la falta de verdad en lo que se dice o hace, la simulación u ocultamiento de lo que realmente existe, por ello sería una falsa apreciación de la realidad.

A falta de una definición en la legislación penal salvadoreña vigente, en la doctrina se ha pretendido establecer una concepción unánime sobre el engaño; y así la define Antón:

“La acción de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo algo que no es verdad”, atribuye que el engaño consiste en una declaración intencionalmente falsa, pero una simple mentira no incurriría en un engaño que produjera un perjuicio patrimonial en otra persona³⁷, no adecuándose así al delito de estafa.

Por ello se agrega a este concepto, lo expuesto por Antón Oneca, el engaño: *“es una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas³⁸”*, incorpora que la declaración falsa realizada por el sujeto activo provoca una errónea apreciación de la verdad en el sujeto pasivo; Muñoz conde sigue los lineamientos de Antón Oneca, siendo una de las definiciones más actualizadas, expresando que esa simulación o disimulación, debe de

³⁷CSJ, *Labor editorial de la Corte Suprema de Justicia*, Edit. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, (San Salvador, El Salvador: 1999), 88.

³⁸Gladys N. Romero, *Delito de Estafa*, 2da. Ed., (Buenos Aires, Argentina: Edit. Hammurabi, 2007), 127.

versar sobre algún objeto; consistiendo *“tanto en la afirmación de hechos falsos como la simulación de los verdaderos³⁹”*.

Entendiéndose como hechos todo aquello que puede ser percibido por los sentidos, nos referimos a sucesos, estados, relaciones, objeto, calidades, propiedades, acontecimientos etc.; siempre que tengan determinación de tiempo y espacio, hablamos de hechos que se den en el pasado y en el presente, pero no en el futuro. Según Binding, los hechos son: *“procesos y estados del mundo exterior (físico) o interior (psíquico) de concreta determinación en el tiempo y en el espacio”*, efectivamente, no son hechos aquellos acontecimientos que se dirigen hacia el futuro, no por ser estos ciertos como establece Antón Oneca, sino porque pueden darse falsas afirmaciones, porque en base a las leyes naturales existen afirmaciones futuras ciertas.

En el caso de una prestación a futuro la insolvencia de esta no constituirá estafa, si la intención de no pagar, surge posterior a la adquisición del compromiso de pago por no ser un hecho (pasado o presente); sin embargo, constituye el delito si al momento de contraer la obligación pensaba en no pagar, puesto que existe un hecho anterior a la causa del error, como es el pensamiento y la voluntad del sujeto activo de no pagar.

No se puede afirmar que todos los juicios de valor es un elemento sobre el cual recae el engaño, sino solo aquellos que tengan una eficacia de llegar a producir el error; porque ello significa la apreciación psicológica que efectúa una persona sobre algo, es decir, una opinión personal que puede influir en la persona ajena sin fuerza decisoria, de lo anterior se infiere que en relación a

³⁹Romero, *Delito de Estafa*, 34.

las definiciones planteadas el engaño es el elemento primordial que constituye el delito de estafa y así lo establece, la sentencia pronunciada por el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, de fecha 15 Julio 2002: *“es importante tener en consideración, que en el ilícito penal de estafa debe considerarse en un primer momento, no el daño patrimonial causado, sino la conducta engañosa efectuada por el sujeto que realiza la acción”*, es la acción ejercida por el sujeto activo consistente en la simulación de hechos verdaderos o la afirmación de hechos falsos capaces de inducir a error a otras personas.

2.2.7.1.4. Error

El error en materia civil es definido como el dolo contractual, como voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención de fuerza o de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos incumplimiento, malintencionado de las obligaciones contraídas⁴⁰, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales, en materia penales considerado como elemento que vicia el consentimiento cuando este se forma en la voluntad del sujeto pasivo. Valle Muñiz, manifiesta que se trata de un estado psicológico, provocado por el autor del delito y que inducirá a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial; de la presente definición deducimos en primer lugar que el estado psicológico provocado por el engaño, para que pueda originar un error debe ser bastante como para crear o incrementar el riesgo de producción del resultado que en este caso es el perjuicio patrimonial.

⁴⁰Quintero Olivares, Et al., *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 304.

Para determinar el engaño bastante, no existen valores estándares, sino que resulte suficiente con enunciar que la maniobra sea la idónea como para provocar un error, que éste sea jurídicamente relevante y socialmente excluido y la idoneidad será verificada de acuerdo al resultado obtenido por el sujeto activo o el grado de afectación del bien jurídico que en adecuación es el acto de disposición que realiza la víctima.

En segundo lugar, se analiza la capacidad en el sujeto pasivo⁴¹; aspecto importante conjugado por la minoría de edad o los casos de enajenación mental, tomando como parámetro la capacidad sostenida por la legislación civil; diferenciando entre éstas los casos de capacidad relativa y absoluta.

En el caso de la minoría de edad, existe la falta de discernimiento, lo que importa una duda sobre si el engaño realizado por el sujeto activo pudo pero el error es entendido comúnmente como la apreciación equivocada de la realidad y en el delito de estafa es considerado doctrinariamente como un elemento esencial, se presenta dentro del mismo una doble función, en primer lugar nos indica la efectividad del engaño y hace que sea posible la disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo y así la consumación del ilícito penal, en algunas legislaciones, se confunde el error con la ignorancia de factico, puesto que, ambos son capaces de provocar un vicio en la voluntad del sujeto pasivo.

La diferencia es que el error típico tiene su causa en el engaño, capaz de provocar un conocimiento u apreciación falsa de la realidad y la ignorancia entendida como tal, es la ausencia total de conocimiento sobre un acto, con la

⁴¹Tribunal Tercero de Sentencia, Ref. 106, *Injusta y perjudicial, en síntesis, el error debe tener las condiciones de esencial y determinante*, (San Salvador, El Salvador: 2000-2003)

definición de error, se da cabida a incluir los casos en los que el sujeto pasivo no se encuentra ante una ignorancia total como manifiesta Antón Oneca *“la representación parcial de la realidad, pero con importantes lagunas, de modo que la idea formada de la totalidad resulte equivocada, es también un caso de error”*.

Se concluye entonces, de forma clara que, error implica siempre conocimiento, pero equivocado y la ignorancia es no saber sobre los hechos sucedidos.

2.2.7.2. Acto de Disposición

Jurídicamente los actos son considerados manifestaciones de la voluntad humana y el acto de disposición definido como *“los que realizan las personas jurídicamente un derecho real”*, se observa que la definición expuesta es una versión civilista, limitando el acto de disposición al negocio jurídico, es por consiguiente que por ser restrictivo no se aplica en el ámbito penal, sino que dentro de este los actos de disposición se considera todo sacrificio patrimonial que recae sobre la víctima o que el acto de la víctima produce a un tercero (perjuicio), con un correlativo beneficio(lucro) para el autor del delito o también para un tercero al que se pretende beneficiar.

Se considera incluido en el concepto de acto de disposición, las prestaciones de hacer que pueden consistir en una prestación de servicios de índole personal en cuanto se obtengan mediante engaño por lo que el delito de estafa al originarse el error en el sujeto pasivo motiva a que la voluntad ya viciada provoque el acto de disposición, y esta es la cooperación que presta la víctima para la consumación del hecho, que en palabras de los tribunales nacionales puede ser de la siguiente forma: *“en el delito de estafa, son medios de disposición para el engaño las acciones y omisiones que impliquen un*

desplazamiento patrimonial, ya sea entregando, cediendo o prestando la cosa, sean estas fungibles, tal es el caso del dinero en efectivo; o no fungibles, así como, derechos o servicios; además, que la defraudación sea mayor de doscientos colones⁴² que hace la diferencia de este delito con otros naturales del patrimonio como el hurto o el robo en que no se emplea violencia.

La amplia definición del acto de disposición, hace posible incluir dentro del estudio jurídico, los casos en los cuales el acto es realizado por un servidor que no es el sujeto tenedor del bien jurídico, en otras palabras, que el error puede provocarse sobre el sujeto que realiza la disposición patrimonial⁴³ o el desplazamiento patrimonial pero no es ella quien recibe un perjuicio sobre su patrimonio sino un tercero que es el caso conocido doctrinariamente como la estafa en triangulo, los elementos integrantes del acto de disposición son:

Elemento interno: Es la voluntad del sujeto pasivo que aparece viciada por el error causante de esa voluntad.

Elemento externo: Es la transferencia de un valor patrimonial del área de dominio del sujeto pasivo a la del sujeto activo sobre el primer elemento es importante resaltar que el acto de disposición debe ser voluntario y consciente por parte del sujeto pasivo, que, aunque no es consciente del daño próximo del cual será víctima, si lo es de la distorsionada realidad cayendo en el error y actuando contra su patrimonio o bien en el de un tercero según sea el caso concreto.

⁴²CSJ, Código Penal, D.L. No. 270, Art. 215, 216.

⁴³CSJ, Tribunal Primero de Sentencia, Ref. 35, *La amplia definición del acto de disposición*, (Santa Ana, El Salvador, 2002).

2.2.7.3. Perjuicio Patrimonial

Uno de los eslabones más importantes en el delito de estafa, y el resultado material del mismo; el perjuicio patrimonial, existe cuando la utilidad que el patrimonio reporta a su titular se ha visto menoscabada después de efectuar la disposición patrimonial concreta como consecuencia de la acción de estafa, es decir que el perjuicio patrimonial debe visualizarse como el resultado de aquella acción.

Muñoz conde: Expresa que perjuicio patrimonial consiste: *“en la lesión⁴⁴ de elementos indeterminados del patrimonio”*; afirmación que deriva en virtud que en la mayoría de las legislaciones, no siendo la excepción la salvadoreña, en el tipo no se dice cuál es el elemento protegido, y corresponde al interprete determinarlo en cada caso, valorando cual es el elemento afectado en el caso salvadoreño, el Art. 215 inciso primero del código penal lo señala como un aspecto propio de la estafa; y se debe entender, que deviene de la disposición patrimonial, consecuencia este último del error (la llamada relación de causalidad).

Por su parte tomas vives Antón; explica que, *“el perjuicio típico de la estafa consiste, en la diferenciación de valor entre lo que se le atribuye a otro en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de éste; si la contraprestación que se recibe es de igual valor que la que se realiza no hay, delito, aunque pueda haber un perjuicio indemnizable civilmente; y, si es de menor valor, puede haber delito, pese a que civilmente no haya perjuicio alguno”*.

⁴⁴CSJ, Tribunal Primero de Sentencia, Ref. 35.

A efecto de deslindar lo penalmente⁴⁵ relevante de lo que no lo es, es necesario hacer la distinción entre el perjuicio típico y el perjuicio civilmente indemnizable; el cual no puede llevarse a cabo correctamente si se parte de la idea de que el perjuicio regulado en el delito consiste en una disminución del patrimonio⁴⁶, entendido como totalidades, para la determinación del perjuicio típico (o cuantía de la defraudación) habrá de tenerse en cuenta la gravedad del delito; mientras que la total disminución del patrimonio será relevante solo a efectos de responsabilidad civil.

Rodríguez Devesa, también concuerda con lo anterior, al señalar que el perjuicio ha de ir referido, como es obvio, a la situación existente en el momento de cometerse el delito; porque el perjuicio patrimonial está integrado por el daño emergente.

El lucro cesante únicamente viene en consideración para determinar el alcance de la responsabilidad civil, asimismo, es necesario resaltar el carácter de inmediatez que en el daño patrimonial debe producir; para que este tipo penal se configure y se logre determinar si existe o no un perjuicio⁴⁷.

2.2.7.4. Clasificación del Tipo

Los tipos penales se clasifican de acuerdo a sus características más sobresalientes en familias o grupos, de la siguiente manera. Según su estructura, Atendiendo a su descripción formal se clasifican en:

⁴⁵Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia Definitiva, Ref. 19-3C2-2011, (San Salvador, El Salvador: 30 mayo 2011).

⁴⁶Tomas Salvador Vives Antón, Manuel Cobo del Rosal, *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. Ed., (Edit. Tirant lo Blanch Valencia, España: 1999), 410.

⁴⁷Cámara Segunda de lo Civil, Sentencia Definitiva, Ref. 19-3C2-2011.

Tipos básicos o fundamentales: son los que describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano sin sujeción a ningún otro, por tal razón el delito de estafa se encuentra dentro de esta clasificación, debido a que es una forma básica de defraudación y la conducta que actualmente contempla el Art. 215 de la legislación penal salvadoreña no depende que el autor realice otro comportamiento típico que no sea el disciplinado en la norma.

Tipos especiales o autónomos: además de contener los elementos del tipo básico, contienen otros que pueden ser nuevos, o modificados de la forma básica ejemplo es el homicidio piadoso, hurto o la falsa denuncia, el delito de estafa no se ajusta a la correspondiente clasificación.

Tipos subordinados o complementarios: se trata de clasificar la conducta, los sujetos o el objeto que describe al tipo penal básico (no excluyen al tipo básico, Jiménez Huerta dice que *“se le agrega un aditamento a la norma que contiene la circunstancia o peculiaridad”*). Dependiendo de ello puede tratarse de una agravación o atenuación y en ambos concurrir las circunstancias genéricas. En el ilícito de estafa, la norma describe un modelo de comportamiento *“que el agente obtenga un provecho injusto”* mediante ardid o cualquier otro medio de engañar sin embargo como se ha estudiado en acápite anteriores al realizar el comportamiento el sujeto activo puede concurrir una circunstancia de las que establece el Art. 216 en donde se enuncia taxativamente los casos de estafa agravada Ej.: cuando se realiza mediante cheque en blanco. Mixtos las razones de ésta clasificación, es porque existen tipos penales que enumeran taxativamente varias conductas y son denominadas también de conducta alternativa, para la configuración de éstos ilícitos basta con la realización de una de las conductas expresadas a diferencia de la estafa que determina la conducta que el sujeto activo debe ejecutar.

Tipos en blanco: definido como aquellos en los que, para complementar el supuesto de hecho, se debe acudir a otra legislación de naturaleza extra penal. Un claro ejemplo de esta clase de tipo es: infracción de medidas de seguridad e higiene, contenido en el Art. 278, al estudiar el ilícito estafatorio en su estructura, con los elementos objetivos descriptivos que lo rigen se comprueba que no existen supuestos que indiquen el uso o aplicación de una norma extrapenal ya sean estas leyes o reglamentos para su operatividad por lo que es un tipo penal completo.

2.2.7.5. Según el Contenido

La técnica legislativa utilizada para redactar los tipos penales se divide en: De mera conducta: es cuando la descripción se agota en la acción del autor, no requieren de la producción de un resultado en el mundo exterior separable espacio temporalmente se les denomina de mera actividad, y por la estructura y orden cronológico que llevan los elementos esenciales del delito de estafa no podría ajustarse en esta clasificación. Resultado material.

Se describe una determinada acción, a la que sigue un resultado verificable espacio temporalmente, por lo que el delito de estafa pertenece a este tipo según la relación de causalidad existen: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio.

Conducta instantánea:

los supuestos en los que la realización del comportamiento o el resultado en su caso se agotan en un solo momento, ejemplo la injuria, la estafa también pertenece a ésta clasificación ya que en la actividad engañosa prolongada por el sujeto activo coincide con el perjuicio patrimonial que se causa.

Tipos omisivos: se trata de las figuras de no hacer u omisivas, que pueden ser propias: por estar vertidas expresamente en la ley; impropias se deducen de tipos comisivos por lo que suelen dárseles el nombre de comisión por omisión, por la estructura del delito de estafa es poco probable que pudiese darse la estafa omisiva. Tipos abiertos: han sido redactados atendiendo a pautas generales no indican circunstancias de la conducta ni sus modalidades por lo cual se les denomina indeterminados ya que no aplican el principio de taxatividad; en el delito de estafa, a pesar de determinar el medio utilizado deja un margen de actuación que pueden incluir otras conductas. Tipos cerrados: precisan las circunstancias típicas, es así que la conducta se encuentra de forma clara se les llama determinados. La estafa no pertenece a estos, ya que en la norma determina el medio, que es el engaño o ardid dejando la posibilidad de otras conductas cuando se observa el agregado “*cualquier*” comportamiento que sorprenda la buena fe; lo que trae consigo una determinación diferente.

2.2.7.6. Según el Sujeto Activo

Se refiere al autor de la conducta típica, Monosujetivos: se les denomina así, a aquellos tipos penales que requieren de la concurrencia de un sujeto, el delito de estafa evoca la conducta con un solo sujeto activo. Plurisujetivos: exigen la presencia de dos personas para la realización del tipo, entre ellos están los de convergencia: cuando concurren varias personas de manera uniforme para la consecución de un mismo fin ejemplos la rebelión (Art. 340 pn.) y sedición (Art. 341 pn.) y los de encuentro: en donde concurren varias personas de manera autónoma o independiente, así tenemos los ejemplos de: aborto consentido y propio (Art.133 pn.) cohecho propio (Art.330 pn.) etc. la estafa como se dijo anteriormente puede ser. Tipos de participación impropia: o de participación necesaria, intervienen varios sujetos, pero uno de ellos permanece impune por

ser precisamente el titular del bien jurídico protegido, en estafa sucede lo mismo porque quien ejecuta la conducta es el sujeto activo y lo hace con una colaboración prestada por el agente pasivo que a la vez es el perjudicado.

Tipos comunes: no exigen ninguna condición especial, en el sujeto para ejecutar la conducta, pudiendo realizarla cualquier persona, se caracteriza porque se desprende del anónimo *“el que”* o *“quien”*, la estafa pertenece a este tipo de clasificación.

Tipos de sujeto activo calificado: llamados además tipos especiales ya que el sujeto que realiza la acción necesita cumplir una cualidad o categoría especial como el empleado o funcionario público, a diferencia de lo establecido la estafa no exige cualidad especial de ninguno de los sujetos.

2.2.7.7 Según el Bien Jurídico Tutelado

Según el caso en concreto pueden ser: Monofensivos: cuando el tipo regula un solo bien jurídico ejemplo el homicidio, hurto, etc. en la estafa el bien jurídico que se ampara es el patrimonio. Es determinante que como bien jurídico tutelado se ampare el patrimonio en este caso.

Pluriofensivos: son aquellos que tutela varios bienes jurídicos ejemplos incendio contaminación ambiental, extorsión, en el delito de estafa algunos doctrinarios dicen que se protege además la buena fe, pero según la ubicación que ostenta el ilícito en la normativa penal vigente este solo lesiona el patrimonio. Tipos de lesión: resulta dañado el objeto de la acción y consecuentemente el bien jurídico tutelado ej.: el homicidio, hurto y estafa pertenece a ellos ya que exige un resultado comprobable y es el perjuicio patrimonial causado.

Tipos de amenaza: estos se dividen en tipos de peligro concreto que tratan de un peligro real, por ejemplo, el incendio (Art. 265 pn.) entre otros; además; los tipos de peligro abstracto que refleja un peligro potencial ejemplo la tenencia ilegal de arma de fuego, conducta que se encuentra prevista en el Art. 346-b⁴⁸, del código penal, el delito de estafa no puede ubicarse dentro de esta categoría por ser de lesión o de resultado.

Delito de un acto: son aquellos que requiere una sola acción por parte del sujeto activo, el delito de estafa se adhiere a esta clasificación debido a que, al sujeto activo solo realiza una sola acción: el engañar al sujeto pasivo.

Delito de varios actos: son aquellos cuya ejecución requiere de varios actos por ejemplo en la estafa se requiere que existan una serie de elementos con un orden cronológico, como en el caso del delito de secuestro (Art. 149 pn). Delito cortado de dos actos: son aquellos en los cuales el resultado es originado por una acción ulterior, en la estafa se da el mismo fenómeno, porque la acción de engañar provoca el error responsable, del acto de disposición que origina el resultado.

Delito de tendencia: son delitos que en la acción coincide con una la voluntad por parte del sujeto⁴⁹ en la estafa la acción que realiza el sujeto activo de “engañar”, coincide con la voluntad que aquél tiene.

Lo anterior describe los tipos de delitos cometidos que para el bien jurídico debe establecerse un vínculo en la ejecución.

⁴⁸CSJ, Código Penal, D.L. No. 270, Art. 265.

⁴⁹Ibíd.

2.3. Estructura del Tipo de Estafa

2.3.1. Tipo Objetivo

Acción: El comportamiento típico del sujeto activo, será estudiado desde la perspectiva de la teoría finalista del delito; sosteniendo que la acción humana es “*el ejercicio de la actividad final*” por lo tanto el derecho penal trata de excluir de esa cotidianidad conductas que puedan perjudicar los bienes jurídicos de las personas, y dentro de este hacer humano se valoran las acciones u omisiones porque son parte del comportamiento, la primera escala en la teoría del delito es la acción, que en el ilícito de estafa consiste en que el agente produzca un perjuicio a otra u otras personas mediante engaño, ardid o cualquier otra forma de sorprender la buena fe.

Esta, es la conducta que regula la legislación penal salvadoreña, al descifrar su contenido, es evidente que la función principal lo desempeñan los elementos que la doctrina ha considerado esenciales “*engaño, error, disposición y perjuicio patrimonial*”, cuyo eje es el engaño, porque desde que el autor lo exterioriza inicia la ejecución de la conducta y de su eficacia depende, que el agente obtenga el fin que se plantea, el provecho que persigue y el perjuicio que ocasiona; agregando además, que el delito de estafa por ser una forma básica de defraudación, conlleva como elemento subjetivo el ánimo de lucro.

De forma concreta, la estafa es una defraudación, que ataca a la universalidad del patrimonio; disminución que se produce por el error originado por el engaño suficiente sobre una persona, que dispone del bien trayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. la secuencia causal es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa parte esencial en este

ilícito, que lo diferencia de muchas otras conductas similares⁵⁰ ya que es la causa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio que puede ser propio o de un tercero.

2.3.1.2. Nexo Causal

Un elemento muy importante dentro del tipo objetivo, lo constituye el nexo causal; el cual implica la unión entre la acción y el resultado, puesto que el resultado debe haber sido producido causalmente por la acción del autor, significa entonces, que a cualquier sujeto podrá imputarse un hecho ilícito, siempre y cuando medie una relación causal, verificable, la doctrina y jurisprudencia, en el caso de la estafa admiten, que entre sus diversos elementos deben existir una relación de imputación o causalidad entre sus elementos más importantes; implica que un elemento puede ser imputado a otro anterior y, éste a su vez a otro, etc. así, el engaño debe producir el error, este debe motivar el acto de disposición; y el perjuicio patrimonial ha de ser consecuencia de este último de la indicada conexión causal, implica que los distintos elementos deben aparecer cronológicamente en el orden expresado; de lo contrario no existe tal relación; aún y a pesar que todos los elementos se encuentren presentes.

En el denominado nexo causal, es necesario aclarar que siempre debe generarse bajo las circunstancias anteriormente descritas⁵¹, para efecto de determinar si verdaderamente el resultado se adecua al comportamiento descrito en el Art. 215 del código penal; dicho proceso, para la determinación

⁵⁰CSJ, Tribunal 1ro. de Sentencia, Ref. 35.

⁵¹Tribunal Cuarto de Sentencia, Ref. 156, *El cuarto elemento es el nexo causal entre el error y engaño*, (San Salvador, El Salvador: 2001)

o individualización de las responsabilidades, usualmente se realizara bajo la perspectiva de la causalidad natural o causalidad adecuada⁵²; pero, cuando esta mera verificación no sea suficiente se utilizara la teoría de la imputación objetiva para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; y que este sea la realización del mismo peligro creado por la acción, y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante, el comportamiento ha de ser entonces, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad, requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción, más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos excepcionales o al azar, en todo los casos además, el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido; en tal sentido apunta González Rus, que los incrementos de peligro para el bien jurídico⁵³ que se deriven de acciones socialmente permitidas en el ámbito en que se produce la estafa, no deben considerarse anti normativas, eso es, contrarias al fin de la norma y comprendidas, por consiguiente, en el del tipo, como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa, el alcance de la protección de la norma, el cual resulta fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de proyección subsidiaria que corresponde al derecho penal.

⁵²Ibíd.

⁵³José Antonio Choclan Montalvo, *El Delito de Estafa*, 2da. Ed., (Edit. Bosch, Barcelona, España: 2000), 83.

El alcance del tipo de estafa dirá cuando las acciones de lesión de patrimonios ajenos deben solucionarse en el orden extrapenal, es decir, cual es la función de protección que está llamada a cumplir el tipo penal que, dentro de la relación funcional de los distintos elementos típicos, el nexo de riesgo debe establecerse entre la conducta engañosa y la lesión patrimonial, es decir el perjuicio patrimonial debe ser la materialización del peligro inherente a la conducta engañosa.

2.3.1.3. Resultado

En el mundo exterior todo comportamiento humano genera efectos de tipo físico e incluso psíquico, es decir un resultado; y cuando la consecuencia coincide con ciertos elementos valorados negativamente por el codificador, dicho resultado se vuelve jurídicamente relevante y por ello la determinación del resultado, es importante a efectos de poder realizar el análisis del tipo (juicio de desvalor de la acción) y comprobar de esa manera la compatibilidad de aquel con lo descrito en la norma, el resultado requerido en la estafa, es el perjuicio patrimonial⁵⁴.

Significando ello que sin perjuicio no existe estafa perfecta o consumada, el perjuicio debe ser la consecuencia del acto de disposición; por la relación de causalidad que entre estos elementos existe, pero resulta indiferente si este perjuicio o resultado lo sufra, esto es, el sujeto pasivo de la conducta, o que recaiga sobre un tercero, en cuanto no es necesario que sujeto pasivo y perjudicado sean una misma persona, sino que pueden ser personas distintas,

⁵⁴CSJ, Tribunal Quinto de Sentencia, Ref. 134-2000, *La estafa es un delito de resultado que se consuma cuando se produce el perjuicio*, (San Salvador, El Salvador: 26 abril 2000)

lo importante es que se configure este daño patrimonial para lograr la visualización del resultado del ilícito en estudio, y con ello su consumación⁵⁵.

Por consiguiente, el delito de estafa requiere que se produzca una lesión en el patrimonio ajeno, cuya perfección exige además la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, y no solamente su puesta en peligro. La consumación del resultado es cuando se ocasiona el perjuicio, estando la cosa en la libre disposición del sujeto activo; ahora que no resulta necesario para palpar el resultado, que este último obtenga el lucro que se había propuesto, porque ello ya sería parte de la fase de agotamiento del delito, tan importante resulta que se concretice el perjuicio; que el inciso segundo del Art. 215 del código penal le sostiene como referencia para la fijación por parte del juez de la sanción respectiva.

2.3.1.4. Sujeto Activo

Para que se ejecute una acción es necesario que una persona la realice y quien lleva a cabo la conducta tipificada en la ley es llamado: agente, autor o sujeto activo bajo esta perspectiva las prohibiciones jurídico-penales tiene funciones tanto de carácter general como especiales, van dirigidas a toda la población; en relación al ilícito de estafa regulada en el Art. 215 c.pn.

“El que” la conducta engañosa, puede ser ejecutada por cualquier persona natural; por ser este un delito común, significa que el agente no requiere de cualidades especiales⁵⁶.

⁵⁵CSJ, Tribunal 1ro. de Sentencia, Ref. 201-51, *En cuanto a la existencia y extensión del daño causado*, (El Salvador, 2002).

⁵⁶Tribunal 4to. Sentencia, Ref.156-1, *“El sujeto activo puede ser cualquier persona, por ser un delito común; y el cual se encuentra representado por la acusada”* (San Salvador, 2001), 109.

Siempre que vaya dirigida a realizar la conducta engañosa, con la finalidad de obtener un provecho injusto para sí o para un tercero, no obstante, se puede configurar el tipo penal de estafa no solo por una persona, sino que puede ser realizado tal comportamiento por varios individuos, lo cual da lugar a un concurso de personas.

2.3.1.5. Sujeto Pasivo

Como consecuencias de las acciones del sujeto activo recaen sobre otros, a quienes se denominan sujetos pasivos; siendo éste el *“titular del bien jurídico protegido en el caso concreto y que puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto activo⁵⁷”*.

Esta definición se analizarán diversos criterios, para que el error y la disposición patrimonial en que incurre el sujeto pasivo a causa de la conducta engañosa, sean típicas del delito de estafa, la víctima⁵⁸ objeto del engaño puede ser cualquier persona, ya sea naturales o jurídicas, por ello se llega a la conclusión que el sujeto engañado son indeterminados; es decir, pueden ser una o varias personas, por ejemplo; en el caso de una gasolinera que el combustible no sea de la calidad promulgada o la cantidad solicitada.

Existe un engaño, pero no hay una identidad (individualidad) del sujeto pasivo que efectúa el acto de disposición a causa del error en que incurrió los aplicadores de justicia elaboran juicios de tipicidad, para establecer si esa conducta que realizó el agente transgredió el bien jurídico, que ostenta el

⁵⁷Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5ta. Ed. (Edit. Jurídicas Andrés Morales, Santa Fe de Bogotá, Colombia: 2003), 324.

⁵⁸Código Civil, redactado por la comisión nombrada de conformidad con la ley del 04 febrero 1958, L.G.O. publicado 19 mayo 1960, (San Salvador, El Salvador: 23 agosto 1959), Art. 52.

sujeto pasivo y por ello adoptan el criterio del hombre medio (persona de mediana perspicacia y diligencia) para determinar el error; entonces se niega la existencia de la estafa cuando la víctima no ha obrado con la diligencia debida; *“para proteger al sujeto pasivo es necesario que el error no provenga de su propia torpeza, sino que sea consecuencia de un engaño⁵⁹”* realizado por el autor.

Otro aspecto a considerar es en relación a la capacidad de la víctima, por eso es necesario remitirse al código civil que en el Art. 1316 inc. 2, establece que son capaces: aquellos que pueden obligarse por sí mismos y sin la autorización de otra persona⁶⁰, al igual que los menores de edad y los inimputables; muchos autores entre ellos, Muñoz conde, Rodríguez Devesa y Quintano Armendáriz, afirman que por sus cualidades no pueden ser objeto de error, adecuándolos a otros tipos penales como el hurto. Sin embargo, se ha concluido que bastara que el sujeto pueda comprender los actos engañosos; por ende, pueden ser víctimas de una falacia.

En los delitos donde se protege el patrimonio no siempre el sujeto pasivo será la persona que ha sufrido el perjuicio económico y sobre la cual recae la acción, tal como lo menciona Velásquez, Velásquez:

“El sujeto pasivo no debe confundirse con el perjudicado, es decir la persona que recibe el perjuicio o menoscabo directo como consecuencia de la conducta desplegada por el agente⁶¹”, en este caso hay una persona sobre la cual recae el engaño, que será el sujeto pasivo de la acción y la que recibe el perjuicio es

⁵⁹CSJ, *Labor editorial de la Corte Suprema de Justicia*, 99.

⁶⁰Código Civil, Art. 1318.

⁶¹Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 330.

el sujeto pasivo del delito, lo que en doctrina se conoce como la estafa en triangulo, por la complejidad del sujeto pasivo.

2.3.1.6. Objeto

La acción del autor, recae en un objeto definido como: *“todo aquello sobre el cual se concreta la trasgresión del bien jurídico tutelado y hacia el cual se dirige el comportamiento del agente⁶²”*, en el ámbito de imputación se clasifica en: Jurídico: porque el objeto del hecho típico muchas veces tiende a coincidir con el bien jurídico protegido en este caso es el patrimonio, en sentido económico, tomado como una universalidad, estos pueden ser personales, inmateriales, y reales o materiales que incurre en una cosa que puede ser mueble e inmueble.

Material: la acción puede consistir en la entrega de una suma de dinero, de una cosa mueble o inmueble, de un derecho, en una obligación de hacer (la prestación de un servicio) etc.; en una palabra, en un valor económicamente apreciable; no subjetiva ni sentimentalmente, sino objetiva y desinteresadamente⁶³.

2.3.1.7. Lugar

Definido como la circunscripción territorial donde se realiza el hecho punible, o espacio físico donde se realizó, ya sea la acción o el resultado de la misma, dicho elemento en el ilícito en estudio, no es primordial, así a tenor de lo establecido en el Art. 215 del Código Penal, y pronunciamientos doctrinales,

⁶²Ibíd., 341.

⁶³Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, La Compra Venta y la Transmisión de Propiedad, *Derecho PUCP*, n. 51, (Lima, Perú: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1997, 353.

jurisprudenciales se puede afirmar que el lugar es indiferente en el análisis de este tipo en particular.

2.3.1.8. Tiempo

En ciertos tipos penales, se prevén determinadas circunstancias de carácter temporal, consistentes en momentos o límites pasajeros durante los cuales debe realizarse la acción prohibida, para ser concebida como tal, sin embargo, este elemento también resulta indiferente en el análisis del delito de estafa, por no jugar un papel preponderante en el mismo, es decir que en el tipo penal comprendido en el Art. 215 del Código Penal, es indiferente el momento en que se realiza.

2.3.1.9. Medios

En algunos tipos penales el legislador exige que determinadas conductas, se efectúen con ciertos elementos o instrumentos que sirven para facilitar la comisión del hecho punible, a los cuales denomina: “*medios*”, el delito de estafa se caracteriza porque es de medios determinados e indeterminados y estos consisten en el engaño⁶⁴, ardid o cualquier otro medio para sorprender la buena fe, al utilizar la legislación salvadoreña los términos “*engaño o ardid*”⁶⁵, los equipara.

El objetivo principal de establecer las modalidades típicas y el dejar un margen de liberalidad de las mismas, es porque son o pueden ser considerados adecuadas para provocar un error sobre el sujeto pasivo; es así, que deben

⁶⁴Tribunal Tercero de Sentencia, Ref. 106.

⁶⁵CSJ, Tribunal 1ro. de Sentencia, Ref. 35.

ser idóneas y esto nos hace recordar las características del engaño (bastante, idóneo y jurídicamente relevante), algunas legislaciones no han dejado un margen de amplitud sino que de manera casuística han tipificado específicamente cual será el medio que se debe emplear, enumerando así una diversidad de conductas como: la utilización de calidad supuesta o de nombre supuesto, el aparentar bienes, etc.

Lo importante son algunas limitantes al momento de adecuar una conducta, que no está normada, porque la imaginación del ser humano puede dar origen a diversas formas de poder estafar y hay que reconocer que el delito que se estudia es particular, debido al papel que juega la astucia o sagacidad con que actué el agente, sobre el sujeto pasivo.

2.3.2.1. Elementos Normativos

También pueden existen componentes cuya concurrencia presupone una necesaria valoración, puesto que ha utilizado, y no habiéndolos descifrado, requieren que el intérprete realice una apreciación, en el artículo relativo al delito de estafa junto a los elementos descriptivos, también existen elementos normativos, entre ellos cabe mencionar:

2.3.2.2. Jurídicos

Definidos como conceptos cuya valoración deben hacerse desde la perspectiva jurídica, en el Art. 215 penal, se disciplinan: el perjuicio y el ardid; concepciones que pueden ser definibles de la siguiente manera, ardid: es un artificio o maña que utiliza una persona para lograr engañar a otra, engaño sofisticado, perjuicio: daño material que se le ocasiona a una persona de forma injusta.

2.3.2.3. Socio Culturales

Nociones en los cuales, se deja la posibilidad al intérprete del derecho, hacer valoraciones amplias sobre un determinado aspecto, aplicando los conocimientos sociales y culturales que ostenten; lo que dependerá de la idiosincrasia del sujeto que interprete la norma, de ellos, en el delito de estafa encontramos los siguientes: provecho: es el beneficio o la utilidad que se obtiene ya sea originándose de alguna cosa o por algún medio, aquellos emolumentos que se adquieren del sueldo⁶⁶.

Injusto: algo que no está conforme a la justicia y a la razón, ajeno: significa algo que pertenece a otro, es impropio o que no nos corresponde, engaño: falta de verdad en lo que se dice, hace, piensa o discierne, buena fe: buen concepto que se tiene sobre una persona o cosa, ciencia que se da a las cosas o personas por autoridad del que las dice o por la fama.

2.3.2.4. Tipo Subjetivo

Dolo: En la actualidad el dolo se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva, en el caso de la estafa quiere decir, por ejemplo, que el sujeto sabe que basándose en el engaño podrá conseguir que la víctima se despoje de su patrimonio de otro, es este un concepto natural de dolo que se proyecta exclusivamente sobre los hechos típicos y que no toma en cuenta si el sujeto conoce la significación jurídica de su actuar.

⁶⁶Diccionario Enciclopédico Ilustrado, 2ª Ed. (Edit. Océano, Barcelona, España: 1992), 715.

El concepto tradicional de dolo que lo calificaba de Dolus Malus, exigía además la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, el dolo⁶⁷ se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en el supuesto de hecho, es decir el conocer y querer realizar los elementos objetivos del tipo, del dolo se desprenden el elemento cognoscitivo y el volitivo.

El conocimiento que requiere el sujeto en la conducta engañosa no es científico o exacto sino propio de una persona común que sabe, que al manifestar o hacer creer algo que no es cierto produce una concepción falsa en otra persona, igualmente si la finalidad es obtener algún provecho económico; y la voluntad es considerada como proyección en la realidad, se refiere a la voluntad expresada proyectada al exterior, es decir querer realizar esa conducta prohibida dándola a conocer por medio de su acción⁶⁸.

El dolo se puede clasificar en: dolo directo: es aquel, en que la realización típica llevada cabo, es la perseguida por el autor; donde lo que importa al sujeto es el resultado que persigue, existe una intención, aun cuando la producción del resultado no sé, presente como segura. siendo que el sujeto conoce a plenitud, que se encuentra realizando los elementos objetivos del tipo, y además, quiere realizarlos , como lo son el dolo directo en segundo grado o de consecuencias necesaria: está referido a la conciencia y la voluntad que el autor tiene, no respecto al resultado principal de su plan sino de aquellos resultados que deben producirse como medios necesarios; significa que al autor lo que le interesa no es el resultado principal sino las consecuencias

⁶⁷Pablo Rodríguez Grez, *De la responsabilidad delictual de los contratantes*, 2ª Ed. (Edit. Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile: 2007), 58.

⁶⁸José Ramón Serrano, *Manual de teoría jurídica del delito*, (San Salvador, El Salvador: CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, 2003).

provenientes de este , el dolo eventual: quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico y no deja de actuar frente a ello.

En esta clasificación y en la doctrina se ha llegado a la conclusión que el delito de estafa se efectúa solo por el dolo directo, por que el sujeto activo realiza la conducta engañosa con la intención de llegar a obtener un provecho de ella, provocando que la víctima se despoje de su patrimonio y así se denota el perjuicio patrimonial, cuya acción está prohibida en la normativa penal, y no existiría la posibilidad de un dolo eventual porque hay una previsibilidad del resultado en el que no existe a cabalidad el elemento volitivo.

2.3.2.5. Elementos Subjetivos Distintos del Dolo

El Ánimo de Lucro: En el tipo subjetivo el dolo aparece integrado por el elemento intelectual y el volitivo, este último referido al querer obtener una ventaja o provecho; dicho elemento se encuentra reforzado con el *“ánimo de lucro”*, definible como el elemento subjetivo de la acción típica, distinto del dolo, se manifiesta como el propósito o finalidad de obtener un provecho económico, bajo Fernández, lo define como *“aquél que persigue la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico de tráfico”*. Es necesario también aclarar que el ánimo de lucro ha de concurrir exclusivamente como una tendencia subjetiva del agente y que⁶⁹, por lo tanto, no es necesario que el provecho o beneficio se logre; basta entonces con que se haya suscitado un comportamiento engañoso cuya finalidad mediata es el error, e inmediata un perjuicio patrimonial; no está expresamente regulado en el Art. 215 c.pn.

⁶⁹Arias Vanegas, *“El Delito de Estafa”*, 90-91.

2.3.2.5.2. El Error de Tipo

Además del error de tipo se tiene el error de prohibición, en el que incurre el sujeto que perfectamente sabe lo que hace, sin embargo, desconoce que su acción es ilícita, el primer inciso del Art. 28 c.pn., establece que el error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal; y si el error fuera vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. A lo largo del tiempo el error se ha considerado un componente especial para el tipo del delito de estafa, cuando recae en el sujeto pasivo, este se manifiesta y se vuelve relevante para el derecho penal, concluyendo que visto el error como un elemento para que se configure el delito es que el autor a base de engaños idóneos, provoque un error invencible sobre la víctima, quien ejecuta la disposición y sufre el perjuicio, la figura queda completamente subsumida al tipo penal; pero si el error fuere vencible, esto es que haya habido negligencia, impericia y no tener el mínimo cuidado debido, el error no es inducido directamente por el autor y por lo tanto los hechos acontecidos se vuelven atípicos⁷⁰.

El error de tipo, que opera en el sistema penal salvadoreño actúa sobre el agente activo, recayendo en los elementos objetivos descriptivos, normativos del ilícito, puede ser vencible o invencible; esto ocurre en la fase cognoscitiva del dolo, el autor debe tener conciencia de que al momento de realizar la acción está en posibilidad de realizar los elementos objetivos del tipo, así quien pretende estafar al momento de realizar el engaño, se plantea la posibilidad de, lograr llevar al sujeto pasivo a un error y consecuentemente ejecutar objetivamente la conducta, obteniendo el beneficio deseado.

⁷⁰Arias Vanegas, (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2005),86.

Debe tomarse en consideración que entre el perjuicio y engaño debe mediar una relación de causalidad, de tal modo que sea el engaño el motivo o causa que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio ocasionado en el sujeto pasivo, siendo esta relación la que define la existencia del delito de estafa, en ese sentido, la ley define el “*engaño*” como el “*ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe*”, engaño en lenguaje común, se entiende como la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad; de tal manera que la conducta engañosa.

“Puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos”, debiendo ser bastante para producir un error en otra persona, se produce error cuando a consecuencia de la acción engañosa se ha causado una suposición falsa, es decir, la acción engañosa debe ser causa de este error; debe existir pues una relación de causalidad entre ambos deben entender que el engaño consiste en aquellos signos inequívocos de que, desde un principio⁷¹, existe la intención de defraudar, obtener un provecho injusto. de esta manera, al referirse a la conducta engañosa como “*bastante para producir un error en otra persona*”, quiere decir que el mismo sea idóneo, no se refiere a cualquier engaño, sino a que utilizado sea capaz de producir un error, sorprender la buena fe, hacer actuar al sujeto pasivo bajo una falsa presuposición, pudiendo tomar como verdaderas las falaces manifestaciones del sujeto activo, por otra parte, aunque no lo establezca expresamente el Art. 215 c.pn., para producir una estafa debe existir el llamado acto de disposición, el cual es aquella acción y omisión que implique un desplazamiento patrimonial o disposición patrimonial, que consiste

⁷¹Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª Ed., (Valencia, España: Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España: 2015), 297-298.

en la entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate.

El acto de disposición será relevante dentro de la conducta típica del delito en comento, siempre y cuando dicho acto sea inducido por el error causado mediante el engaño, ardid, idóneo o bastante; el cual debe ser realizado por el engañado, esta disposición patrimonial debe haber producido un perjuicio de carácter patrimonial en el engañado o un tercero; es decir, el perjuicio se vuelve típico de la estafa cuando existe una diferencia de valor entre lo que se atribuye al sujeto activo en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente se recibe de éste como contraprestación, que no debe ser de igual valor pues ya no en ese caso no existiría delito, sino de un valor menor que visibilice esa disminución del patrimonio.

El provecho injusto se encuentra en el ánimo de lucro del sujeto activo, en la intención de este de obtener para sí o para otro, un enriquecimiento patrimonial obtenido por el perjuicio ocasionado que determinando su valor económico debe superar los doscientos colones.

Error sobre el objeto: llamado doctrinariamente *“error in objeto vel in persona”* en el delito de estafa resulta irrelevante que el estafador hubiese querido obtener el provecho injusto sobre el patrimonio de una persona y lo haya obtenido en el de otro, o que creyendo que engañaba al dueño engaña, al gerente de una sucursal porque éste realiza el acto de disposición sobre el patrimonio del dueño obteniendo siempre el beneficio deseado.

Error sobre el golpe: En el delito de estafa este supuesto se configura en muchos casos y por lo tanto resulta también irrelevante, imprudencia. El delito de estafa no puede ser realizado mediante la modalidad imprudente; sino que

ésta solo puede ser realizada mediante un dolo en el sujeto activo⁷²; es decir que debe conocerse y quererse realizar los elementos objetivos del tipo, en un típico caso de estafa los elementos propios de la conducta imprudente no son observables, por cuanto una acción engañosa jamás podría encuadrarse en una infracción del deber objetivo de cuidado (injusto de la acción); puesto que, el medio en este delito es el engaño por excelencia, así mismo se materializa el resultado en la medida en que se genere el perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo, es por ello que no se puede aseverar que no existe la estafa imprudente (consciente o inconsciente), porque en todo comportamiento engañoso típico debe existir un ánimo de lucro, diferencia contundente con los delitos imprudentes en los cuales no existe ese ánimo⁷³.

2.3.2.2.3. Antijuridicidad

En lo que al derecho penal se refiere, una conducta podrá tacharse de antijurídica cuando sea contraria a las normas que rigen en ese sector del ordenamiento y que, en general, tienen naturaleza prohibitiva, de ahí que podamos identificar sin dificultad la expresión “*comportamiento penalmente antijurídico*” con esta otra: “*conducta prohibida*” por el derecho penal, esta acepción se corresponde con lo que la doctrina entiende por antijuridicidad formal, es decir, la relación de contradicción de un hecho con el derecho y, en particular con el derecho penal.

No obstante, aún no se sabe qué cualidades debe manifestar ese comportamiento comisivo u omisivo para que sea antijurídico o, lo que es lo mismo, ¿por qué un hecho es contrario a derecho? la respuesta a esta

⁷²Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 297-298.

⁷³Arias Vanegas, “*El Delito de Estafa*”, 94.

cuestión corresponde a lo que se conoce con el nombre de antijuridicidad material.

Tal concepto no es sólo una explicación del fundamento de la Prohibición, sino sobre todo la exigencia de que haya un contenido material de antijuridicidad en todo comportamiento delictivo y por tanto un límite al iuspuniendi ejercido por el estado⁷⁴. Después de adecuar la conducta al tipo de estafa, es necesario determinar la antijuridicidad del hecho; ya sea en su sentido formal o material; es decir, en su acepción formal, refiriéndose a la etapa a través de la cual, el derecho penal selecciona mediante la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos importantes, amenazándolos con una pena; al poner en realce la contradicción que con la norma penal existe.

Por su parte, se entiende la antijuridicidad material, como la concreta ofensa al bien jurídico; en este caso *“patrimonio”*, determinación o juicio que se efectuará, tomando en consideración la lesión o puesta en peligro del bien jurídico realizado a través del juicio de probabilidad o de peligro; juicio ex ante mediante el cual, se coloca el juzgador en el momento preciso en que se realizó la acción, para que logre determinar si el comportamiento constituye un peligro, lo cual se concretará, por el conocimiento del hecho acaecido que se transmite al juzgador, así como también, por el entender de las reglas de la naturaleza que este último ostente y las reglas de experiencia; por las que es deducible, si la forma o circunstancias de la realización de la acción; es una posible lesión.

⁷⁴Serrano, *Manual de teoría jurídica del delito*, CNJ, 55.

2.3.2.5.4. Culpabilidad

La culpabilidad tiene como función de recoger los elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijurídica, son necesarios para la imposición de una pena⁷⁵. En el concepto de culpabilidad ha estado siempre subyacente la idea de poder haber actuado de un modo distinto, si por razones permanentes o transitorias, endógenas o exógenas, se entiende que al sujeto no le era exigible que su comportamiento se adecuará al ordenamiento jurídico, aquél no podrá responder penalmente, por lo mismo, en ausencia de esas razones, se le imputa una opción más o menos libre que es valorada negativamente por contraria a derecho, de las diversas formas en que se ha entendido ese poder actuar da fe la evolución dogmática del concepto de culpabilidad.

Esta se presenta como el conjunto de todos los elementos subjetivos del hecho y al igual que el injusto se define a partir de la causalidad material, la culpabilidad se concibe como una relación causal de naturaleza psíquica, por otra parte, la culpa consciente se define en función de la previsibilidad del resultado típico, cuando lo único que importa comprobar es la infracción del deber objetivo de cuidado.

La culpabilidad es el último apartado dentro del estudio de la teoría del delito que consisten en un juicio de reproche que se realiza sobre el agente que cometió la infracción penal además deben de valorarse aspectos causales de esa irreprochabilidad porque las otras teorías se encargan de estudiar la conducta o el hecho delictivo⁷⁶, pero no aquellas que van referidas al autor, los

⁷⁶Muñoz Conde, Culpabilidad y prevención, en DP, pág. 12.

cuales son relevantes a efecto de imponer una pena, tal como lo estipula el Art. 63 cp.

2.3.2.4.5. La Tentativa en el Delito de Estafa

Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente⁷⁷. Se habla de la existencia del delito de estafa ya sea imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de consumar el delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y esta no se produce por causas extrañas al agente, existe una tentativa cuando el autor del hecho da principio a la ejecución que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento⁷⁸.

Al tratar de este tipo penal se entiende la conducta que desarrolla todos los supuestos objetivos incluidos en él, cuya consumación es el perjuicio patrimonial contra el sujeto pasivo, en la teoría del delito se conoce la institución que dirigirá paso a paso la actitud del agente como el Inter Criminis, la que consta de una fase interna y otra externa.

La externa es la que sirve para estudiar la tentativa, que se ubica dentro del camino del delito en la fase de ejecución como una forma imperfecta de consumación del hecho, para que la tentativa en el delito de estafa pueda ser

⁷⁷Código Penal, D.L.No. 270, Art. 24.

⁷⁸Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado Tomo I*, (San Salvador, El Salvador: CNJ, 1999), 130.

Sancionada, no es necesario que el engaño sea idóneo o adecuado para que una conducta quede impune.

La tentativa se divide en acabada e inacabada, en la primera figura no hay mayor problema porque el estafador ha realizado el comportamiento engañoso, pero no se produce el perjuicio por causas extrañas a su voluntad, aunque cabe la posibilidad que pueda suceder antes de realizar el engaño, cuando se ha iniciado un comportamiento inmediatamente anterior dirigido conforme al plan del autor.

2.3.2.3. Autoría y Participación en el Delito de Estafa

Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito⁷⁹, autoría y participación son, así, generadoras de responsabilidad criminal, conforme a los principios de accesoriedad y de unidad del título de imputación, de acuerdo con el primero, el partícipe lo es del hecho típico y antijurídico realizado por el autor. en efecto, ningún sentido tendría exigir responsabilidad al partícipe en el hecho solamente típico pero justificado, ya que si el hecho principal es conforme a derecho ninguna responsabilidad criminal puede derivarse de él y de sus Autoría y coautoría son así equiparadas ex lege, debiendo considerarse coautores tanto a los que participan directamente en la realización de todos los actos ejecutivos como a los que se reparten las tareas ejecutivas, pero siempre que su intervención sea objetiva, sin que sea suficiente el mero concurso de voluntades, también son autores, según declaración legal expresa, los autores mediatos, es decir, *“los que cometen el delito por medio De otro del que se sirven como instrumento”*, el instrumento, por definición, es sujeto no responsable por ser víctima de fuerza

⁷⁹Código Penal, D.L. No. 270, Art. 33

irresistible, por inimputable, por actuar con error invencible, o incluso por actuar amparado por una causa de justificación, ya que de otro modo dejaría de ser instrumento para convertirse a su vez en autor que actúa a instigación de otro.

En cambio, cuando el ejecutor directo o inmediato actúa movido por miedo insuperable o no puede ser autor por no reunir los requisitos exigidos en un delito especial, parece más propio hablar de instigación que de autoría mediata, ya que el “*instrumento*” actúa dolosamente (en el sentido de dolo neutro), idéntica respuesta debe darse, a pesar de autorizadas opiniones en contra, a los supuestos de intimidación⁸⁰. La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico⁸¹.

Participación e imprudencia, al analizar la imprudencia, la participación imprudente en el delito ajeno no debe reputarse, en el sentido técnico, participación, ya que el tipo de partícipe se forma al combinar la regla general con un tipo doloso, y no con la parte objetiva del mismo.

2.3.5.4. Modalidades del Delito de Estafa

Considera en una modalidad, sino que esta se vuelve cambiante es por ello que conlleva a la creación de formas o modalidades para estafar por lo tanto desde un punto de vista socioeconómico actualmente las formas más ejecutadas son las siguientes: Estafa Informática: Esta estafa tiene su base en

⁸⁰Serrano, *Manual de teoría jurídica del delito*

⁸¹Código Penal, D.L. No. 270, Art. 37.

que, al ser a través de un medio electrónico, el actor tiene más facilidad para manipular la información que le hará llegar a la víctima, pudiendo ser la información transmitida alterada, sin que el sujeto pasivo pueda darse cuenta, sino hasta después de realizado el acto.

Fraude Telefónico: que se ha producido a través de mensaje, llamadas o Mediante falsas promociones, elementos como premios falsos o amigos inventados son utilizados de manera habitual como señuelo para que el usuario conteste al mensaje y se le puedan cargar, sin que él sea consciente, una serie de gastos.

Estafa Crediticia: surge cuando buscando la satisfacción de Necesidades materiales se acude a las agencias bancarias para obtener créditos, para ser parte contrayente en las obligaciones de crédito la agencia bancaria o el acreedor en su caso solicita a las personas que comprueben su solvencia económica, y a través de bienes, garantizar el pago de la deuda contraída.

Estafa a Través de Cheque: el Código Penal salvadoreño regula este Tipo de estafa mediante cheque en blanco o cheque sin provisión de fondos, siendo este una causa de agravante para el estafador⁸².

Estafa de Seguro: esta modalidad, atenta contra el orden socioeconómico, porque se está en presencia de un caso cuya víctima es una persona jurídica, la agencia o institución aseguradora y el conglomerado que la conforma es grande adquiriendo desde una perspectiva socioeconómica una tutela supraindividual, pero desde el punto de vista meramente penal sigue siendo el único bien jurídico a tutelar el patrimonio.

⁸²Código Penal, D.L. No. 270, Art. 70.

Falso Nombre y Falsa Calidad: Cuando el agente activo utiliza un nombre que no le pertenece para estafar a otro, este nombre puede ser falso o ser el seudónimo de otra persona el cual tiene que ser determinante para inducir a error al sujeto pasivo, el falso nombre no sólo puede ser utilizado de manera directa entre el estafador y el perjudicado como se verán en muchos casos.

Simulación de Empresas: Es cuando el estafador logra crear en la mente del sujeto pasivo, la existencia de una empresa, existencia que no pertenece a la realidad, sino que es parte de los artificios fraudulentos realizados por el autor.

Estafa en las Agencias Publicitarias: Se puede decir que hay estafa cuando un individuo se hace pasar por un editor o publicista y logra que un futuro anunciante le entregue dinero con la finalidad de que se le realicen publicaciones o propagandas sobre su negocio o sus productos.

Estafa en las Ventas: Parte desde el mercado común en el cual todo vendedor tiene el derecho y la obligación, de vender lo que tiene si lo desea, y es de todos entendidos que, en la práctica, se tiende a exagerar las cualidades y cubrir los defectos de los productos que se vende.

2.3.5.5. Agravantes del Delito de Estafa.

El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes⁸³: Si recayere sobre artículos de primera necesidad, viviendas o terrenos destinados a la construcción de viviendas; como aquellos precisos para el alojamiento, alimentación, vestidos, sanidad o necesarias para la subsistencia, no abarcando los objetos de lujo, coches, segundas viviendas o propiedades para invertir, entre otros de igual naturaleza.

⁸³Código Penal, D.L. No. 270, Art. 216.

Cuando se colocare a la víctima o su familia en grave situación económica, o se realizare con abuso de las condiciones personales de la víctima o aprovechándose el autor de su credibilidad empresarial o profesional; abarca aquellos casos que, aunque de muy poca entidad en razón de la cuantía (aunque siempre debe ser mayor de 200 colones o 22.86 dólares) causen gran perjuicio, mientras que, dependiendo de la situación económica de la víctima o de su familia, son posibles hechos en los que una estafa de importante cuantía no produzcan tal perjuicio y no procederá la agravación⁸⁴.

Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco; se refiere al realizado mediante cheque o medios cambiarios, castigándose de esta manera los comportamientos en los que, una persona apoyándose en la apariencia de garantía que inicialmente ofrecen los documentos a los que hace referencia la ley, crea una ficción de solvencia que engaña a otro, llevándolo a la realización del acto de disposición causante del perjuicio, además en este supuesto caben, todos los casos de creación de un título falso, alteración de uno existente, falsificación de firma, cambio de cantidades, expedición de fondos o sin ánimo de pagar, incluyendo los supuestos de letras de cambio de colusión o vacías.

Cuando se obrare con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro; esta agravante es una de las de máxima amplitud, porque no se tipifican los medios que puedan llevarse a cabo el pago indebido por parte de la entidad aseguradora de la cantidad pactada por la producción del incidente, haciendo posible que se realice por cualquier maniobra, siempre y cuando reúna los requisitos mencionados para el engaño en el tipo básico, así también, debe existir la producción dolosa del incidente o agravación del

⁸⁴Código Penal, D.L. No. 270, Art. 37.

ya existente; ocultación de datos o cualquiera otra forma; siendo indiferente que el sujeto activo busque su propio lucro o el del otro⁸⁵.

Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos en este caso no abarcan las maniobras físicas sobre aparatos automáticos (cabinas telefónicas, máquinas expendedoras), bien porque se manipule para obtener un objeto material, o una persona realice manipulaciones para que la máquina reciba el dinero y no expendan el producto, en ambos casos no se comprende la agravación en comento, porque la primera supondría un apoderamiento y el segundo sí sería estafa, pero del tipo básico.

2.3.6. Diferencias del Delito de Estafa con el Fraude Civil y Otros Ilícitos.

Uno de los abusos más frecuentes por parte de las compañías telefónicas es el incumplimiento de las tarifas prometidas o pactadas, es habitual que se publiciten ofertas que a la hora de la verdad no se cumplen, o tal vez se cumplen inicialmente, pero más tarde se modifican las condiciones pactadas de forma unilateral, para protegerse de este tipo de abusos, lo que debe hacer el usuario es prevenir las posibles irregularidades⁸⁶ leyendo la letra pequeña, también es bueno conservar los documentos que son prueba de las ofertas realizadas, para posibles reclamaciones posteriores otra práctica consiste en continuar con el cobro de facturas cuando ya se ha prescindido de sus servicios o cuando se ha realizado una portabilidad, la compañía no tiene derecho a cargar ningún importe una vez que se ha hecho la petición de baja,

⁸⁵Moreno Carrasco, Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado Tomo I*, 130.

⁸⁶Elsy Patricia Moreno Portillo, "El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña", (Tesis de grado para optar el título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2005).

es recomendable que el usuario guarde las pruebas de haber hecho el trámite, para tener constancia de ello ante algún problema.

Es habitual también cobrar una penalización abusiva por incumplir el compromiso de permanencia pactado, la operadora está obligada a comunicar claramente las condiciones de la permanencia y el importe de la penalización, además, no podrá exigir ninguna compensación en el caso de que incumpla o cambie unilateralmente el contrato⁸⁷.

Ocasionalmente las operadoras añaden a la factura servicios no contratados, si el consumidor no ha dado su consentimiento por escrito o verbalmente, puede solicitar la devolución de los importes cobrados erróneamente, será la empresa quien deba acreditar, mediante pruebas, que ha obtenido autorización expresa y que ha informado de forma clara de todas las condiciones, soluciones ante el fraude en la telefonía móvil, si finalmente el consumidor no puede evitar los fraudes de telefonía móvil, a la hora de reclamar devolver el recibo es una mala idea, puesto que seguramente los datos del usuario se incorporarán a un fichero de morosos, el primer paso es comunicar el problema a la empresa para llegar a un acuerdo amistoso, si continúa el problema, se puede recurrir a la junta arbitral de consumo o apelar a la oficina de atención al usuario de la secretaría de estado de telecomunicaciones, las compañías deben estar adheridas al sistema de la junta arbitral para que el consumidor pueda acogerse de forma voluntaria a esta vía.

Aunque el consumidor reciba una respuesta positiva a través de alguna de las dos últimas vías, las operadoras pueden continuar cometiendo fraude

⁸⁷Ibíd.

impunemente, por ello, finalmente, el único camino para acabar con las constantes prácticas abusivas es recurrir a la vía judicial.

2.3.6.1. Diferencias con el Fraude Civil

Existen diversas posturas que han pretendido dar solución a la problemática de diferenciar el delito de estafa con el fraude civil, queriendo establecer una línea fronteriza entre ambas disciplinas del derecho civil y penal⁸⁸, entre ellas se analizarán las siguientes: Esta corriente⁸⁹ es la menos aceptada, estipula que no existe diferencia entre el fraude civil y el penal, debido a que consideran que ellos hacen caer en el error de creer que, aun concurriendo todos los requisitos esenciales de la estafa, ese hecho puede ser considerado como fraude civil; llegando a confundir estas disciplinas del derecho, no obstante, se ha logrado establecer las diferencias entre el delito civil y el penal, que viene a refutar esta corriente de pensamiento los cuales son⁹⁰:

El delito civil es más amplio, comprende todo hecho ilícito con la intención de dañar y que cause un perjuicio⁹¹, en cambio, el delito penal, solo abarca las infracciones penadas por la ley, en virtud del principio de legalidad establecido en el Art. 1 del código penal.

El delito civil regula la obligación de indemnizar daños y perjuicios, si estos no existen no se perfila tal figura, porque solo toma en cuenta el interés privado de las personas, totalmente contrario al derecho penal cuyo interés es el de la sociedad, sin tomar en consideración si existe o no perjuicio.

⁸⁸Luís Vásquez López, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, 2da. Ed., (Edit. Lis, San Salvador, El Salvador: 1999), 26.

⁸⁹Código Civil, Art.2035, inciso 4.

⁹⁰Serrano, *Manual de teoría jurídica del delito*.

⁹¹Código Penal, D.L. No. 270, Art. 37.

En el delito civil la responsabilidad puede recaer en personas distintas del hechor (Art. 2070 al 2073 del código civil) y el derecho penal es de actos y no de autor, lo cual es responsable solamente quien ha cometido la infracción penal.

En el delito civil la indemnización a que da lugar pasa a los herederos activamente, en razón de lo estipulado en los Arts. 2066, 2067 del código civil y en el delito.

Como ultima diferencia entre ambas disciplinas del derecho la acción del delito civil prescribe conforme a lo manifestado en el Art. 2083 del código civil y la acción que nace del ilícito penal prescribe en razón del Art. 34 del código procesal penal, sostiene que el fraude es susceptible de gradación⁹²; es decir que se adecuara una conducta al fraude penal, cuando este alcance ciertos grados de inmoralidad o gravedad, a contrario sensu cuando esa gravedad es fácilmente vencible por una persona de mediana diligencia y perspicacia se estará en presencia de un fraude civil, esta concepción es criticada por que en el derecho penal como el civil no deben existir conductas indefinidas logrando delimitar su competencia por medio de lineamientos numéricos no existentes.

Existe diferencia entre el fraude civil y el fraude penal (la estafa) principalmente en el dolo inmerso en una relación jurídica, previo a ello se hará un estudio del dolo en el derecho civil que *“consiste en la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otra”* según el Art. 42 inc., ultimo del código civil, al igual claro solar lo define de la siguiente manera: *“es toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer*

⁹²Código Civil, Art.1429, inciso 1.

que otra incurra en error que la determine a contratar⁹³”, de esta conceptualización se derivan las clases de dolo:

Dolo principal o por vicio en el consentimiento, es el que ha determinado a la parte engañada a contratar, es decir que sin este la parte no hubiera realizado el contrato y el efecto es la nulidad del mismo. Art. 1329 inciso primero del código civil⁹⁴.

Dolo como causa de incumplimiento de las obligaciones, llamado también dolo accidental o incidente, es aquel que coincide en el contrato, pero no lo determina; no apareciendo claramente que sin él no hubiera contratado; provocando la indemnización por daños y perjuicios⁹⁵, en esta clase de dolo es donde se establece una diferencia con la estafa ya que es un dolo post contractual y en el delito de estafa requiere que el dolo sea previo por ser la parte subjetiva que motiva al autor a realizar determinadas.

⁹³Código Penal, D.L. No. 270, Art. 70.

⁹⁴Código Civil, Art.1329, 1429, inciso 1.

⁹⁵Vásquez López, *Teoría General de las Obligaciones*, 26.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL CONTRATO CRIMINALIZADO

El propósito en el presente capítulo es orientar, en lo sucesivo la investigación sobre el contrato criminalizado su contenido y forma, medios y requisitos indispensables como, las cláusulas abusivas, el concepto de “cláusula” pero ¿qué es? una cláusula, así como cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o particular que pueda dar origen al tipo penal de estafa.

3.1. Generalidades de la Normativa

La investigación se ha establecido en torno de los parámetros tomados por los codificadores, situando en primer orden los principios establecidos en la constitución de la república, Art. 2, en lo relativo a los “*derechos individuales*”, se encuentra el derecho de propiedad y posesión, que constituye el bien jurídico lesionado por el delito de estafa, garantizando el patrimonio económico de cada una de las personas y de su núcleo familiar, como consecuencias de las modalidades reguladas en el delito de estafa y perteneciendo al derecho público, interactúa con otras disciplinas del derecho, tales como: con el derecho de familia, derecho⁹⁶ mercantil y derecho bancario, entre otros, al regular las relaciones que surgen en el tráfico jurídico y que provocan un perjuicio patrimonial a causa del engaño sobre la buena fe del sujeto pasivo; los legisladores normativizan éste comportamiento en el Art. 215 y 216 del código penal, que constituyen el fundamento legal de la investigación.

⁹⁶Código Penal, D.L. No. 270, Art. 215, 216.

3.1.1. La Regulación del Código Penal del Delito de Estafa en El Salvador

El Art. 2, incisos primeros de la Constitución de la República de El Salvador, sostiene como derecho fundamental de todas las personas, el derecho de propiedad y posesión *“toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos, se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”*, por su parte la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948) reconoce el derecho⁹⁷ a la propiedad en su Art. 23: *“toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”*.

También lo contempla la declaración universal de derechos humanos (1948) en su Art. 17, que establece: *“(1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, (2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”*

A nivel de legislación secundaria, el Art. 215 del Código Penal salvaguarda este bien jurídico de la siguiente manera: *“el que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si la defraudación fuere mayor de doscientos colones, para la fijación de la sanción el juez tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la*

⁹⁷OEA, Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32), (Costa Rica: noviembre 1969), Art. 23.

habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fácilmente engañable”.

El Art. 216 del Código Penal⁹⁸, le brinda protección a este Derecho; a través de la regulación de conductas que puedan poner en peligro o concreta lesión el bien jurídico en comento, en sus agravantes: el delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes: El delito de estafa, se encuentra regulado en los Art. 215 que literalmente establece: *“el que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si la defraudación fuere mayor de doscientos colones, para la fijación de la sanción el juez tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuera fácilmente engañable”.*

Por su parte, en el Art. 216 se regulan las agravantes del tipo; para su configuración, debe de cumplir con todos los elementos objetivos ahí señalados; además, por ser un tipo penal complejo, resulta difícil determinar la existencia de los elementos subjetivos; creando una confusión, que pueden llegar a enfascar a cualquier técnico del derecho u operador de justicia en su adecuación, y al encontrarse dichos sujetos en éstas circunstancias, se generan los problemas que se presentan en la actualidad dentro del sistema de administración de justicia como el desgastamiento e impunidad en los procesos judiciales.

⁹⁸Código Penal, D.L. No. 270, Art. 216.

Por el delito de estafa se entiende *“la conducta engañosa, con ánimo de lucro propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cuál es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero⁹⁹”*; por ser el delito de estafa perteneciente a un tipo complejo, la manera en que se lleva a cabo su ejecución es diversa, desvalorando el legislador la conducta engañosa, que puede ser agravada según el grado de afectación provocado sobre el bien jurídico tutelado que en éste caso es el patrimonio económico, esta conducta en la actualidad, ha alcanzado un auge elevado debido al tráfico jurídico y comercial que *“caminan de la mano”* con las facilidades que ofrece el mercado, especialmente el crediticio, informático y el de bienes raíces, en los cuáles los medios para lograr crear dentro de las personas, la credibilidad en un hecho falso son muy diversos, provocando un engaño jurídicamente relevante generándose así el delito de estafa, otro punto importante, al que se debe hacer referencia, es que el delito de estafa no es novedoso, sino que se ha desarrollado desde años anteriores, confundándose por mucho tiempo con el fraude civil u otros comportamientos similares, como el hurto, usurpación, alzamiento de bienes, etc.; e incluso hoy, representa muchas dificultades su diferenciación; además, por ser un delito común no requiere de ninguna cualidad o calidad.

Para ser el sujeto activo; aunque, cualquier persona lo puede ejecutar no todas las conductas que son engañosas¹⁰⁰ deben ser adecuadas en el delito de estafa; por ejemplo las practicas realizadas por los magos o adivinos que usualmente son engañosas no implican una relevancia jurídica, y no se trata de roles que requieran un conocimiento potencial de veracidad en sus actuaciones, como el caso de una empresa crediticia o una aseguradora,

⁹⁹Muñoz Conde, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, n.12.

¹⁰⁰Ibíd.

adicionando también aquellos actos o contratos que hoy en día se realizan a través de la red mundial de comunicaciones o internet, que exigen una serie de formalidades para su validez, actos, dónde el consentimiento del sujeto pasivo se ve viciado, producto del error causado por el engaño, el bien jurídico protegido es el patrimonio en sentido económico, integrado por todos aquellos derechos reales o personales, bienes muebles e inmuebles que resulten perjudicados por él o los sujetos que ejecuten el comportamiento delictivo, en los delitos comisivos dolosamente o en los de comisión por omisión; en dónde es posible analizar las formas de autoría y participación o el concurso de delitos.

En atención a todas las consideraciones anteriores que rodean el problema objeto de estudio, se orientará en lo sucesivo la investigación a realizar.

3.1.2. Cuerpos Normativos que Regulan, la Cláusula Penal y Cláusula Compromisorias Dentro de los Actos Contractuales

Las cláusulas abusivas: ya se ha mencionado en varias ocasiones el concepto de “cláusula” pero ¿qué es? una cláusula es *“cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o particular”*, Las cláusulas se clasifican en esenciales, de la naturaleza y accidentales, según el Art. 1315 del Código Civil Salvadoreño¹⁰¹.

El Art. 101, a) de la ley para la defensa de los consumidores y usuarios en el caso presente la cláusula penalizadora goza de escaso relieve en el texto contractual lo que justifica en principio la alegación de inadvertencia.

¹⁰¹Código Civil, Art. 1318.

El desconocimiento invocado por la demandada se ve realizado no ya por su simple manifestación sino por otras circunstancias, como las que concurrieron con motivo de la renovación o sustitución de la línea telefónica.

La ley de Protección al consumidor¹⁰²: en la cual no solo favorece directamente a la protección de los usuarios del servicio de telefonía en el salvador, si no que abre las puertas a un proceso de transparencia, de mejora de la calidad y de la competitividad sobre la base de intercambios justos, en el Art. 18 en él, literal f, g, de la misma ley establece las cláusulas abusivas que no deben de contener los contratos.

En el Código Penal salvadoreño en el Art. 215 y 216 establece los tipos de estafa en la cual se puede determinar como un medio por el cual las telefonías en El Salvador.

3.1.3. Marco Legal de los Contratos Telefónicos en El Salvador

El contrato legal que las empresas de telefonías utilizan en El Salvador para lo cual el sector telecomunicaciones ha sido un sector muy dinámico en los últimos años debido a sus cambios tecnológicos constantes por lo que se espera que esa tendencia continúe, es por ello que en el salvador se han logrado radicar empresas de telefonía brindando a los salvadoreños productos y servicios, que son muy significativos y de avances tecnológicos, siendo el más notorio la penetración de telefonía móvil, fija y residencial, que son de interés público mediante los diferentes medios de comunicación, y que se utilizan como medio principal para atraer clientes utilizando en muchos de los

¹⁰²Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, D.O. No. 88, Tomo No. 371, 12 de mayo de 2006, (San Salvador, El Salvador: 2006), Art. 18.

casos como tratamos de explicar en nuestro trabajo uno de los principales momentos que el usuario vive al gratar de adquirir cualquiera de estos servicios es, el engaño es el elemento más importante y esencial de la estafa; es decir, en la conducta engañosa que realiza el sujeto activo, es el componente característico que permite diferenciarlo con otros tipos penales como el hurto, apropiación indebida, etc.

Es por esa razón que los servicios de telecomunicaciones unidos a las tecnologías de la información y comunicaciones permiten fácilmente la realización del delito de estafa bajo el velo del contrato de prestación de servicios los cuales testan previamente establecidos por las empresas a su interés propio y personal basándose en estos casos en la publicidad engañosa y el poco conocimiento de la de la población salvadoreña¹⁰³, el tipo penal de la estafa también se realiza cuando, en un determinado contrato, una de las partes ,el sujeto delincuencia *“empresas de telefonía”* disimula su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones que en este caso compete y el cual queremos hacer velar la anulación contractual en el momento que el usuario desee realizar a que por el mismo se debe obligar a este tipo de empresas al cumplimiento y respeto de lo pactado, sin lucrarse del usuario utilizando la estafa.

El presente contrato tiene por objeto normar, regular y supervisar¹⁰⁴ las actividades relacionadas con el sector de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información y la comunicación, que incluye en los usuarios que forman parte del proceso de modernización en el salvador y es por tal motivo que los contratos deben estar regulados no solo en la norma especial

¹⁰³Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 18.

¹⁰⁴Moreno Carrasco, Rueda García, *Cogido Penal Comentado Tomo I*, 130.

si no que también en las normas suprema que es la constitución de el salvador y así mismo en la norma que sirve para castigar los delitos contractuales de estafa que es este sentido estamos ablando del código penal que es el encargado de velar por la seguridad jurídica de las personas y ser usado al memento que se vulneren sus derechos.

En la ley de telecomunicaciones en El Salvador regula en su Art. 21: la negociación entre particulares los precios y condiciones técnicas para el acceso a cualquier recurso esencial, serán negociados entre las partes, cualquier operador que requiera el acceso a recursos esenciales de otro operador de redes comerciales de telecomunicaciones, deberá presentar a este una oferta de contratación especificando precios y condiciones técnicas, esta oferta deberá ser remitida con acuse de recibo, de toda solicitud deberá remitirse a la (SIGET)¹⁰⁵ copia con constancia de recepción de la operadora a la que se le envió, transcurridos cuarenta días del día siguiente a la presentación de la solicitud de acceso, y no existiendo acuerdo en todo o en alguno de los puntos, los interesados podrán acudir a la (SIGET) para la solución del conflicto, este plazo podrá ser ampliado o reducir por común acuerdo.

Según la ley de telefonías de El Salvador regula en su Art. 29 Protecciones del Usuario, los Derechos y Obligaciones del Usuario, son derechos de los usuarios: El contrato de suministro del servicio público telefónico o de telecomunicaciones, es independiente del contrato relativo a la provisión del equipo terminal; por lo que no se podrá condicionar el término del servicio de suministro correspondiente, al del contrato de provisión del dispositivo, ni

¹⁰⁵Ley Súper Intendencia de Electricidad y Telecomunicación, Acuerdo No. 587-E-2012, D.O. No. 164, Tomo No. 396, 05 de septiembre 2012, (San Salvador, El Salvador: 2012), Art. 4.

viceversa, sin perjuicio de lo anterior, el cliente o usuario podrá optar a adquirir su aparato de telefonía mediante contratación a plazos, es decir bajo la modalidad post pago con el operador que eligiere; sin embargo, una vez vencido el plazo de contratación, si el aparato está bloqueado, el operador está obligado a desbloquearle de manera gratuita el referido equipo al propietario del mismo:

Acceder al servicio público de telefonía y mantener comunicaciones sin interferencias ni intervenciones. Al secreto de sus comunicaciones y a la confidencialidad de sus datos personales no públicos. A conectar en los puntos de terminación de la red, cualquier equipo o aparato de su propiedad, arrendado o adquirido a cualquier título, sin previa autorización del operador de servicios de acceso. A que no se le desconecte arbitrariamente el servicio, a ser compensado por los daños que le causen los operadores, según lo establezcan las leyes correspondientes. A que en el contrato de servicio respectivo se especifiquen claramente los términos y condiciones bajo los cuales recibirá el servicio, especialmente en lo referente a calidad, cobertura, tarifas y continuidad del mismo.

En el Art. 1314, el contrato es real cuando¹⁰⁶, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, así mismo el contrato de prestación de servicio se determina por los parámetros dentro del usuario y la empresa que presta el servicio, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento, se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales, Art. 1312,

¹⁰⁶Código Civil, Art. 1312, 1314

el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

3.1.4. Marco Legal del Contrato Criminalizado

Es de aclarar previo que el Derecho del consumidor ha surgido como una suerte de “*estatuto*” personal del consumidor¹⁰⁷, se ha planteado que el objeto y razón de ser de esta nueva disciplina jurídica es la protección aquel sujeto que denominamos consumidor, quien ha caído en desventaja jurídica por tres motivos distintos.

En primer lugar, se rompió el equilibrio en el acceso a la justicia y en la contratación de servicios jurídicos. En segundo lugar, el derecho común carecía de instituciones aptas para remediar eficazmente las injusticias nuevas y hasta aquel entonces inconcebibles. En tercer lugar, hubo un auge de los contratos de adhesión, contratos cuyo contenido era fijado por el proveedor y cuyas cláusulas no podían ser discutidas por el consumidor; de este modo y aparte de perder la libertad de configuración del contrato, los consumidores se vieron, en general, forzados a renunciar a los derechos que las leyes establecían en su favor. Esta ley es aplicable a los sectores nacionales e importados. derecho a la reclamación: reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, en los

¹⁰⁷Tribunal 6to. de Sentencia, Ref. 39-02, *Contrato Criminalizado*, 13 agosto 2003, (San Salvador, El Salvador: 2003).

términos de la presente ley, las reclamaciones podrán efectuarse personalmente o mediante representante o apoderado.

La protección contra prácticas y cláusulas abusivas es un componente de la protección de los intereses económicos y sociales, la regulación sobre cláusulas abusivas busca proteger al consumidor en sus relaciones contractuales¹⁰⁸, principalmente cuando son contratos de adhesión, en los cuales el consumidor no negocia, sino, solo puede estar de acuerdo o renunciar a la contratación.

En relación a las prácticas abusivas, el consumidor tiene derecho a ser protegido contra actuaciones que afecten sus derechos, tales como el envío o cobro de productos o servicios no requeridos, como una tarjeta de crédito un seguro no solicitado, lo reconoce como un derecho básico al establecer que los consumidores deben: *“ser protegidos de prácticas abusivas y de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”*. Dicha normativa protege las celebraciones contractuales y al cliente frente a las empresas proveedores de los servicios, brindado esta normativa de protección al ciudadano frente a las cláusulas abusivas en los contratos de prestación de servicio en los términos de la presente ley.

Tipos comunes de fraude hacia el consumidor, publicidad falsa engañando a un consumidor sobre un cierto aspecto de un producto, el cual fue un factor importante en la decisión del consumidor comprar el producto, cambiar atrayendo al consumidor con una oferta sin igual la cual ya no es disponible, y luego ofreciendo solamente diversos productos. Dentro del trabajo trataremos de especificar los derechos adicionales del consumidor, denominado el

¹⁰⁸Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52.

período de “*cooling off*” para enfriar la ira o el enojo la mayoría de los países dan a los consumidores plazo para que este pruebe el servicio y decida mantenerlo, comprarlo o cancelar el contrato por cualquier razón.

Como base legal el Art.13, 13a, 13b. de la Ley de Protección al Consumidor de la Republica de El Salvador¹⁰⁹, los Contratos Criminalizados o Estafa Contractual existe una relación contractual ficticia valedera jurídicamente, Pero que en el fondo el Instrumento jurídico utilizado es un medio Defraudatorio revestido de cuanto requisito formal la ley exige para su validez y funcionamiento, recordemos al contratar este tipo de servicios telefónicos debe tenerse mucho cuidado con este tipo de empresas que lo brindan y verificar si ellas ofrecen viciosamente el contrato frente al cliente mediante engaño arrastrándolo así a una ejecución perjudicial que se puede volver e interpretar como el delito de estafa, fundamentado éste sobre la base de una estafa contractual telefónico. Lo determinante no es notorio al contratar sino al generarse descontentos del servicio que permitan solicitar su anulación contractual y mediante eso descubrir abusos y atropellos dentro de las famosas cláusulas contractuales, afectando el bien jurídico patrimonial, un contrato no deseado no implica, al encontrarse viciado por dolo al sujeto o cliente engañado, existiendo únicamente un ataque a la libertad de contratación o más bien a la libre formación de la voluntad contractual.

Entonces, se logra identificar una firme doctrina llamada de los Contratos Criminalizados o la llamada Estafa Contractual (como lo denomina Valle Muñiz) es importante distinguir cual es el, Objetivo que persigue el contratante de mala fe, para poder comprobar los elementos concurrentes del delito de estafa, ya que la relación más inmediata en los contratos puede verse dirimido

¹⁰⁹Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 13A.

por normas de carácter privado, por ello deberá verificarse la existencia de todos los elementos del tipo penal en comento y tener presente además lo ya afirmado en tanto el momento de consumación del ilícito.

En cuanto a la forma de proceder por parte del sujeto activo, el engaño donde se logra encontrar en la ocultación de la verdadera intención del sujeto activo, en este caso las empresas telefónicas, aparentado ser un contrato más en relación, mercantiles que , en circunstancias tales que hacen pensar que actual de buena fe, cuando la realidad es que esa buena fe opera únicamente, ha utilizado el contrato a beneficio propio y la buena fe contractual de sujeto pasivo como cliente, actuando de mala fe y con ánimos de ventajas ilícitas y acciones típicamente relevantes, es decir, ha hecho uso de una ficticia promoción se servicios que ayudaran al bolsillo salvadoreño, en relación contractual¹¹⁰.Queda claro que deberá entenderse como Contrato Criminalizado el que se erige en Instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento o fraude, siendo estos contratos procedentes del orden jurídico privado, ya sea civil mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta.

3.1.4.1. Sentencia de la Sala de lo Penal Sobre el Contrato Criminalizado y Sanción.

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Sexta Referencia de Recurso: 0000552/2014, Demandante: comisión nacional de los mercados y de la competencia, demandado :telefónica, movistar móviles, España, hechos jurídicos El 12 de marzo de 2012 tuvieron entrada en la Comisión Nacional de la Competencia, dos escritos presentados por dos pequeños clientes

¹¹⁰Código Penal, D.L. No. 270, Art. 215.

empresariales de *Telefónica Móviles de España, Y De Vodafone España*, A través de dichos escritos, la Dirección de Investigación, tuvo conocimiento de la existencia de condiciones de permanencia en determinados contratos de prestación de servicios de telefonía móvil en el ámbito minorista que podrían ser en la medida en que tales condiciones podrían dificultar, sin justificación objetiva, el cambio de operador de servicios de telefonía móvil, se solicitó unas diligencias previas, las que requirió información a los operadores con mayor cuota de mercado en el sector de la telefonía móvil, sobre las condiciones de permanencia aplicadas en los contratos de servicios móviles de la modalidad de postpago a los cuales se negó la empresa telefónica al creerse que obtenían cláusulas abusivas, habría establecido determinadas cláusulas en los contratos de prestación de servicios minoristas de comunicaciones móviles a clientes empresariales con efectos restrictivos a la competencia, puesto que por un lado estaría limitando desproporcionadamente la capacidad de una parte sustancial.

Si el cliente incumplía el compromiso de permanencia, negándosele el derecho de retracto, se restablecía la relación con el cliente como si la permanencia no hubiese existido, lo cual suponía que el cliente debía abonar el precio de los servicios de telefonía móvil que corresponde a los contratos que no incluyen un compromiso de permanencia, viniendo obligado a devolver los descuentos disfrutados hasta el momento de la ruptura del compromiso de permanencia, declarar responsable de la citada infracción a telefónica móviles de España, tercero, como responsable de la conducta infractora, una multa de 25.784.341 €. Cuarto, intimar a telefónica móviles de España, para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente. Primero se logra determinara que el negocio jurídico criminalizado exige, para su determinación, la constancia de la voluntad inicial de incumplir, como forma de engaño concluyente de la disposición patrimonial que sufre el

perjudicado. En segundo lugar, el engaño, que surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar¹¹¹, pretendiendo solamente beneficiarse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus obligaciones contractuales y aprovechándose de la confianza y buena fe del perjudicado, con ánimo inicial de no realizar lo convenido, degenera los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de una ilícita voluntad de lucrarse¹¹², realizando conductas que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el negocio jurídico bilateral.

3.1.4.2. Las Violaciones de los Derechos de los Usuarios en los Contratos de Prestación de Servicios como Elemento del Contrato Criminalizado

El contrato de prestación de servicios se debe celebrar con personas naturales, siempre y cuando la tarea no pueda realizarse o se requiera a un especialista, la vigencia debe ser breve y excepcional, por lo cual los derechos que se violan dentro de estos contratos muchas veces afecta la economía del usuario, ya que la empresa de telefonía de forma cohesiva obliga al cliente a estar sujeto a su prestación de servicio sin mayores facilidades de poder utilizar su derecho de nulidad contractual de forma libre.

(1) El Derecho de Libre Contratación, (2) Derecho a la Libre Anulación Contractual, (3) Derecho a la Seguridad del Producto y Servicios Adquiridos, (4) Derecho a la Economía, (5) La Seguridad Jurídica, (6) Derecho de la

¹¹¹Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ta. Ref. 0552, *Contrato Criminalizado*, (Madrid, España: 2014).

¹¹²Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ta. Ref. 0552.

Bilateralidad de las Partes, (7) Derecho a la Responsabilidad Contractual, (8) El Derecho de Libre Contratación.

Derecho de la Libre Contratación: La base de la teoría general de los contratos en nuestro Derecho es el principio de la Autonomía de la voluntad. El principio de libertad contractual, o autonomía de la voluntad, implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las partes desean. Los contratos tendrán pues, su fundamento en este principio de autonomía de la voluntad, lo que significa que, en primer lugar, el individuo tiene plena libertad de decidir si contratar o no contratar; en segundo lugar, las partes tienen total libertad de elección del tipo contractual; en tercer lugar, las partes podrán celebrar libremente contratos atípicos (dentro de los límites del Art. 1255, Código Civil), y en cuarto lugar, las partes tienen la capacidad para modificar el contenido de los contratos típicos (si es que la norma tiene carácter dispositivo)¹¹³.

El primero de estos elementos esenciales es el consentimiento de las partes, el consentimiento de las partes hace referencia a la necesidad de que los contratantes tengan la misma voluntad de contratar y que ésta sea exteriorizada de modo que ambas partes se obliguen a dar, hacer o no hacer algo. El consentimiento necesario para ser parte en un contrato solo podrá ser prestado por las personas que ostente la capacidad necesaria para contratar y que no estén, asimismo, sometidas a ningún tipo de prohibición, esto es, no podrán contratar los menores no emancipados ni los incapacitados ni tampoco las personas que tengan alguna prohibición, ya sea legal o impuesta por resolución judicial. El segundo de los elementos esenciales de los que se está hablando, es el objeto.

¹¹³Código Civil, Art. 1255.

Podrán ser objeto del contrato todas las cosas susceptibles de valoración económica y que no estén fuera del comercio de los hombres, así como todos los servicios que no sean contrarios a la ley ni a la moral. El objeto habrá de reunir los requisitos de posibilidad, licitud y ser determinable o determinado.

En cuanto al primero de los requisitos, la posibilidad, significa que las partes no podrán obligarse a dar, hacer o no hacer, algo imposible que no estarían cualificadas para hacer, el segundo de los requisitos, la licitud, se refiere a que las obligaciones contraídas por las partes no podrán estar prohibidas por las leyes y en último de los requisitos¹¹⁴, ser determinable o determinado se refiere a que el objeto de no estar determinado claramente en el contrato sí habrán de constar los elementos necesario para que pueda ser determinado¹¹⁵. En cuanto al último de los elementos que se han llamado esenciales, la causa, ésta sería el motivo que ha llevado a las partes a celebrar el contrato. El requisito principal de la causa es que no sea ni ilícita ni falsa, ya que estaríamos ante un contrato inválido.

En cuanto a la forma¹¹⁶, aunque rige en nuestro Derecho el principio de libertad de forma, hay determinados tipos negociables que exigen que se observen una serie de requisitos formales para que el contrato pueda ser válido y entrar en el juego del tráfico jurídico, como sería el caso de los contratos contenidos en el Art. 1280, Código Civil que exigen para su perfección la constancia en documento público¹¹⁷.

¹¹⁴Liana Gabriela Ramos Roque, Harry Sing Lam, “Los nuevos contratos electrónicos y sus efectos en la teoría general de los contratos”, (tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, Liberia, Costa Rica: 2013).

¹¹⁵Rafael Ilescas, *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2ª Ed., (Edit. Civetas, España: 1998),98.

¹¹⁶Yolanda Gómez Sánchez, *Derechos y libertades*, (Madrid, 2003), 14.

¹¹⁷Código Civil, Art. 1280.

Derecho ala Libre Anulación Contractual: en las características propias de las fuerzas que intervienen en las relaciones de oferta y demanda, las cuales en el caso de los contratos de consumo, parten de la disparidad real que existe entre el empresario que desarrolla una actividad profesional enfocada a la colocación de sus productos, sin más interés que el de lucrar y que además, de ese objeto que procura vender, lo conoce todo, sus fortalezas y debilidades, frente a un consumidor que accede a él, en función de satisfacer una necesidad personal, con un coste económico para él y con una expectativa del objeto, lograda a través de información que el propio vendedor le proporcione. En efecto, la necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa la inmensa mayoría de personas que, al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no estén en condiciones de conseguir por si solas unas calidades y unos precios adecuados.

El prototipo de consumidor necesitado de protección es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y carece de los medios necesarios para enfrentarse a con las grandes empresas con las que contrata, aunque, como indica, León Díaz, la tarea no es sencilla, ya que en un espacio de respeto a las libertades¹¹⁸, no resulta sencillo imponer límites y regulaciones. El lograr ese equilibrio entre control, intervencionismo y libertad de mercado y por qué no¹¹⁹, autodeterminación individual, es todo un reto. Es

¹¹⁸Rodrigo Rodríguez Cano, *La protección de los consumidores, la Constitución, y el Derecho mercantil, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, (Madrid, España: Edit. Civitas, 1987), 22.

¹¹⁹León Díaz y José Rodolfo, *Algunas reflexiones en torno a los principios que informan la protección del consumidor*, Comisión Nacional para el mejoramiento de la Administración de Justicia, Defensa Efectiva de los Derecho del Consumidor, (San José, Costa Rica: 1999), 19.

una labor que implica equilibrar, de ahí la necesidad de crear si no una rama específica, porque este derecho no puede constituir por sí mismo un derecho autónomo al estar vertebrado sobre instituciones y principios de Derecho Privado, si erigirse en una nueva vertiente del Derecho que obliga al replanteamiento de algunos aspectos fundamentales del Derecho.

Concepto de Derecho de Desistimiento o Anulación Contractual: Según el diccionario de la Real Academia Española, desistir en su acepción legal es *“Abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal”* y aunque la icónica dicha definición, no está en nada alejada de la realidad ya que ciertamente esta figura es un mecanismo jurídico para darle la posibilidad a un sujeto de renunciar a un derecho del que es titular¹²⁰, o bien, para sustraerse de una relación de la que es parte, Cabanellas¹²¹, en su diccionario jurídico reafirma la línea al definirlo como *“Acción o efecto de desistir”*, es decir, como el *“Abandono o abdicación de un derecho. Renuncia de un pacto o contrato cuya ejecución ha comenzado”*, y tiene razón, ciertamente el Derecho de desistimiento también es la posibilidad de renunciar a un derecho subjetivo previamente adquirido. Dicho derecho de desistimiento y retracto lo encontramos regulado en la ley de protección al consumidor de la república de el salvador. El Art. 13-a, el derecho de retracto de un contrato es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato unilateralmente, sin necesidad de justificar su decisión sin penalización alguna, siempre y cuando no se hubiera perfeccionado por no haber transcurrido el plazo de ocho días, o no se hubiera empezado a hacer uso del bien, o el servicio no se hubiese empezado a prestar, el derecho de retracto podrá ejercerse en los siguientes casos: en la compra de bienes y contratación de servicios ofrecidos por el

¹²⁰Pilar López Marco, “Desistimiento Unilateral en el Contrato”, *Derecho de Familia*, (octubre, diciembre, 2007), 53.

¹²¹Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Universitario*, 46.

proveedor o un tercero que actúe por su cuenta fuera del establecimiento mercantil, en reuniones convocadas con dicho objetivo por el proveedor, y donde el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión, todos los contratos celebrados fuera del establecimiento del proveedor, en los que no exista solicitud se presumen sometidos a lo dispuesto en este artículo, de modo que corresponderá al proveedor la prueba en contrario ;en los contratos a distancia, es decir, los contratos celebrados con los consumidores en el marco de una actividad empresarial¹²², sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario, entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas en formularios; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audio texto; el correo electrónico; el fax y la televisión.

Cuando así se reconozca en la oferta, promoción, publicidad en el propio contrato¹²³. Además de lo señalado en el literal a) de este artículo, el ejercicio del derecho de retracto estará sujeto a las siguientes reglas: En los casos en los que de conformidad con esta disposición proceda el retracto, el contrato no se perfeccionará sino hasta que transcurra el plazo establecido para su ejercicio, el plazo para ejercer el derecho de retracto, se contará desde que se entregó el bien contratado o desde la fecha de celebración del contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. El ejercicio del derecho de

¹²²Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 13a.

¹²³Ibíd.

retracto no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite por escrito y que se pueda establecer fehacientemente la fecha en la que se comunicó al proveedor, la comunicación deberá hacerse en el domicilio del proveedor o en cualquiera de sus establecimientos y si éste rehusare aceptar la comunicación, el consumidor podrá acudir a la defensoría del consumidor a comunicar su deseo de hacer valer el derecho de retracto, y el director del centro de solución de controversias certificará la solicitud del consumidor, en el caso del romano ii) del literal a) de esta disposición, la comunicación también podrá hacerse en los mismos medios empleados para celebrar el contrato, el riesgo de la pérdida del bien será asumido por el consumidor.

Serán nulas las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización para el ejercicio de este derecho, pero éstos responderán de los gastos administrativos que pudo haberle generado el contrato al proveedor, los cuales no podrán exceder del monto que resulte de calcular el interés legal mercantil sobre la cantidad entregada, bien en concepto de prima, anticipo o precio total, el interés se cobrará teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha que se realizó el pago y la fecha en la que se desistió del contrato.

Una vez que el consumidor haya ejercido el derecho de retracto¹²⁴, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y dentro del plazo máximo de quince días desde la comunicación del retracto; el desembalaje necesario para apreciar y para la comprobación del bien no implica haberlo usado. no obstante, el consumidor y usuario deberán restituir en buen estado el bien y los elementos originales del embalaje, como las

¹²⁴Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52.

etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado.

En aquellos casos en que el precio del bien o servicio haya sido cubierto total o parcialmente con un crédito, otorgado al consumidor por el proveedor o por un tercero, previo acuerdo entre éste y el proveedor, lo que deberá indicarse en el contrato de crédito, el retracto resolverá dicho crédito, el proveedor estará obligado a notificar al tercero sobre el ejercicio del derecho de retracto del consumidor, en caso de haber costos involucrados, por ejemplo, la cancelación de garantías, éstos serán de cargo del consumidor, cuando el crédito haya sido otorgado por un tercero, Derecho a la seguridad del producto y servicios adquiridos¹²⁵.

Se encuentra regulado dentro de la ley de protección al consumidor, de la república de el salvador con el único, objeto de esta ley es proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores. Tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Protección al Consumidor y la Defensoría del Consumidor como institución encargada de promover y desarrollar la protección de los consumidores, disponiendo su organización, competencia y sus relaciones con los órganos e instituciones del Estado y los particulares, cuando requiera coordinar su actuación .Art. 4 de Ley de Protección al Consumidor, sin perjuicio de los demás derechos que se deriven de la aplicación de otras leyes, los derechos básicos de los consumidores son los siguientes: Ser protegido de las alzas de precios de los bienes y servicios esenciales de acuerdo a lo establecido en el literal c) del Art. 58 de esta ley¹²⁶;

¹²⁵Ley de Protección al Consumidor, D.L. No. 666, 14 de marzo de 1996, D.O. No. 58, Tomo No. 330, (San Salvador, El Salvador: 1996).

¹²⁶Ley de Protección al Consumidor, D.L. No. 666, Art. 58.

ser protegido de cobros por bienes no entregados o servicios no prestados; recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios al adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación; ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el inc. 4º del Art. 31 de esta ley; adquirir los bienes o servicios en las condiciones o términos que el proveedor ofertó públicamente; ser educado e informado en materia de consumo en la forma en que se establece en el capítulo vi del presente título; así como agruparse en asociaciones de consumidores para la protección de sus intereses; elegir libremente y a recibir un trato igualitario en similares circunstancias, sin discriminación o abuso de ninguna clase; ser protegido contra los riesgos de recibir productos o servicios, que en condiciones normales o previsibles de utilización, pongan en peligro su vida, salud o integridad.

Reclamar y recibir compensación en el caso que los productos o servicios sean entregados en calidad, cantidad o forma diferente de la ofrecida, pudiendo elegir cualquiera de las siguientes opciones: la reparación del bien, exigir el cumplimiento de la oferta de acuerdo a los términos originales, si esto fuere posible; a la reducción del precio, tasa o tarifa del bien o servicio; aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido o la devolución de lo que hubiese pagado conforme a lo previsto en el Art. 34 de esta ley. Acceder a los órganos administrativos establecidos para ventilar los reclamos por violaciones a sus derechos¹²⁷, mediante un proceso simple, breve y gratuito; Defender sus derechos en procedimientos administrativos de solución de conflictos, con la inversión de la carga de la prueba a su favor, cuando se trate de la prestación de servicios públicos; ser protegidos de prácticas abusivas y de la inclusión de

¹²⁷Ibíd.

cláusulas abusivas en los contratos; reclamar por vía judicial o a través de los distintos medios alternativos de solución de conflictos, la reparación de daños y perjuicios sufridos por deficiencia, mala calidad o retraso en la entrega de los bienes o servicios adquiridos; recibir de parte del proveedor una explicación detallada de todas las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato y sus anexos, a las cuales se comprometen cumplir las partes y leer por sí mismo el contenido de los contratos; o) a que no se le prorrogue o renueve un contrato de plazo determinado sin su consentimiento expresado por escrito¹²⁸; y desistir o retractarse de un contrato en los términos establecidos en la presente ley.

Derecho a la Economía: La efectividad de un derecho económico¹²⁹, de cualquier sistema económico o de una constitución aplicada en un Estado, dependerá exclusivamente de la actitud de los individuos, de su población, de su organización política que en definitiva son los titulares de su propio destino para sucumbir o desarrollarse en un entorno cada vez más exigente, dentro una malla competitiva en todos los niveles y órdenes. A su vez ese entorno clamará por un componente esencial para el desarrollo de las actividades económicas, esto es, la existencia de esa característica fundamental que haga presencia en todo Estado de Derecho, cual es, la Seguridad Jurídica, entendida esta como la de *“realizar todas sus actividades de acuerdo a las normas previamente establecidas, respetando la jerarquía de las mismas, convirtiéndose en condición indispensable para la vida y desenvolvimiento de los individuos que la integran, pues le permite conocer claramente cuáles son sus derechos y obligaciones, y cuáles son las facultades y deberes de los*

¹²⁸Ley de Protección al Consumidor, D.L. No. 666.

¹²⁹Germán Coloma, *Análisis Económico del Derecho*, 2ª Ed. (Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina: 2008), 12.

poderes públicos”; todo lo cual conforma lo que se conoce como la expresión de Seguridad Jurídica.

En la convivencia Hombre, Sociedad y Estado, el protagonista de una misión, sin duda es el hombre, y con él como expresé, sus actitudes, comportamiento que revela la situación de un colectivo social. Putnam refuerza esta idea al tratar de construir en las naciones lo que denomina “*Capital Social*”, basado en la mutua confianza, donde no es suficiente confiar en los otros sino también creer que ellos confían en uno; y en esta relación dual, la participación de un tercero.

El Derecho y su referencia induce tratar: la normatividad, las reglas de conductas, las personas en su comportamiento individual o colectivo. Esto deriva en la constitución de elementos para arribar a su concepto, por decir, al remitirse a la sociedad, al orden social, y al conjunto de normas que regulan la convivencia humana.

Lo que indica que estas y la organización son manifestaciones elementales en la conceptualizada del Derecho. La Economía ha tenido manifestaciones notorias desde el inicio de la humanidad¹³⁰, ejemplos huelgan para su ratificación, tanto así, que su objeto de estudio es la actividad humana que ratifica ser una ciencia social. Las motivaciones del hombre siempre han revelado un contenido económico, y conocedor de los escasos recursos para satisfacer inmensas necesidades, lo ha conducido hacia la obtención de ellos con eficiencia¹³¹.

¹³⁰Coloma, *Análisis Económico del Derecho*, 13.

¹³¹Ministros del Presidente, América Latina Hoy, *Ciencias Sociales*, Vol. 64, (Edit. Universidad de Salamanca, Castilla y León, España: agosto 1999), 41

Necesidad, bienes, producción, distribución, optimización constituyen áreas propias de la Economía. A modo de resumen, la Economía tiende a la maximización de las actividades productivas del hombre para alcanzar los mayores beneficios posibles de la sociedad¹³², producción, circulación, distribución y consumo, ahorro e inversión. Propende a la satisfacción de las necesidades de la comunidad al menor costo posible.

La Seguridad Jurídica: La seguridad jurídica se muestra como una realidad objetiva, esto es, se manifiesta *“como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones”*, mas, su faceta subjetiva se presenta como certeza del Derecho, es decir, *“como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Por ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por su destinatario, La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho. Esta premisa conduce a cifrar la exploración del sentido de la seguridad en el conjunto de caracteres que connotan e informan su dimensión objetivo”*.

La seguridad jurídica tiene, pues, su aspecto estructural objetivo, el que es inherente al sistema jurídico, a las normas jurídicas y a sus instituciones y, de ahí, dimana al sujeto que está obligado por el sistema jurídico que adquiere la certeza o la certidumbre de las consecuencias de sus actos y las de los demás, ésta es la faceta subjetiva¹³³, la positividad del derecho como exigencia de la seguridad jurídica Para la realización de la seguridad jurídica en su aspecto objetivo, esto es, estructural afirma, G. Radbruch, catedrático de la universidad

¹³²E. F. Borisov, V. A. Zhamin, M. F. Makarova y Otros, *Diccionario de Economía Política, Tratados y Manuales Grijalbo*, Ed. Grijalva, (Ciudad de Guatemala: 2009)

¹³³Jorge Zavala Egas, “Teoría de la seguridad jurídica”, *Iuris Dictio Antología de Artículos*, Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito, año 12, n. 14, (Quito, Ecuador: 2000), 74.

de Heidelberg, que se requiere básicamente que exista la positividad del Derecho y que ésta reúna al menos las siguientes condiciones¹³⁴: Que la positividad se establezca mediante leyes. Que el Derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez. Que esos hechos sean practicables, es decir, susceptibles de verificación; y, que el Derecho positivo sea estable.

Derecho de la Bilateralidad de las Partes: La bilateralidad resume uno de los efectos fundamentales de la norma jurídica y, en general, del propio ordenamiento jurídico. La ordenación de la vida de los hombres en su fase exterior, en sus interferencias intersubjetivas, se realiza a través de la legitimación en algunos sujetos a exigir de otros determinados comportamientos, y en otras personas la creación del deber de cumplir con comportamientos que pueden ser exigidos por otros. Es decir, la norma jurídica crea deberes y derechos. La norma jurídica no es sólo un imperativo de la conducta, no sólo impone en una persona el deber de actuar en una cierta forma, sino que, al propio tiempo, autoriza a otra persona para que pueda exigir del obligado el incumplimiento del deber. No se observa en ninguna otra clase de normas esta particularidad, porque tanto la norma moral como la de los convencionalismos imponen, efectivamente, deberes, y si no los impusieran no serían normas; pero no facultan a ninguna otra persona a exigir del obligado el cumplimiento de la conducta impuesta.

Bilateralidad: El Derecho Objetivo origina la creación de una relación jurídica, que se establece entre dos o más sujetos, un sujeto activo y un sujeto pasivo. El sujeto activo es quien usa el derecho objetivo para hacer valer sus derechos subjetivos en su favor oponiéndolos a otros sujetos llamados pasivos que

¹³⁴Gustavo Rad Bruch, Filosofía del Derecho, *Derecho Privado*, 4ta. Ed., (Edit. Comares, S.L., Granada, España: 1999), 78.

reciben la acción del activo. La norma jurídica, al mismo tiempo, impone derechos y también concede derechos a uno o varios sujetos, Un ejemplo de esta bilateralidad lo encontramos en el siguiente articulado: Código Civil¹³⁵, Art. 1309.

El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico, Aun cuando en el derecho objetivo exista una sola persona que se obliga, siempre estará presente esta bilateralidad, pues será necesaria por lo menos la intervención de otra persona para hacer valer los derechos subjetivos que le otorga el derecho objetivo al sujeto activo. Aunque sea la intervención del Estado como sujeto pasivo y una persona como sujeto activo o viceversa.

Derecho a la Responsabilidad Contractual: Definición de responsabilidad civil contractual y extracontractual¹³⁶, es necesario como de punto de partida definir que es la responsabilidad, Bustamante Alsina la concreta en *“Darle a cada uno cuenta de sus actos”*, pero esta definición es demasiado generalizada, ya que la responsabilidad connota.

La obligación de responder ya sea civilmente, pero este responder se atenderá en un sentido patrimonial, no solo equivale al resarcimiento de un daño causado ya que la palabra responsabilidad equivale a indemnización en ese sentido, la responsabilidad significa responder por los daños que se ha causado a otra persona y esta se divide en responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. La distinción entre ambas se traza primordialmente, que en la contractual existe una obligación previa entre los

¹³⁵Código Civil, Art. 1309.

¹³⁶Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial Responsabilidad Civil*, (Edit. Mateo Cromo, Madrid, España: 1993), 63.

sujetos que intervienen y generalmente es creada por un contrato; y en la responsabilidad extracontractual, nace con independencia de dicha relación previa, entre el causante del daño y la víctima, originada por la violación al deber de no dañar a los demás.

Responsabilidad Contractual, Compagnicci de Caso define a la responsabilidad contractual como *“La que se deriva de la infracción a un contrato que presupone la existencia de una obligación particular¹³⁷, concreta y en sentido estricto, contractual¹³⁸, es decir, convenida libremente por las partes contratantes, se requiere que esta obligación haya sido incumplida por la culpa del deudor, pero de forma voluntaria y consiente, es decir, que haya dolo, o al menos por falta de prevención o de diligencia en otras palabras que exista culpa”*. Bustamante Alsina por su parte la define como *“El deber jurídico de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado, esto como resultado de la falta de cumplimiento de alguna de las partes, a lo estipulado en una convención que previamente habían celebrado las partes”*, lo que se expone, es que la responsabilidad contractual no debe aplicarse exclusivamente cuando existe un incumplimiento definitivo o total de una obligación contractual, también debe de emplearse en las demás formas de incumplimiento, como lo son: el incumplimiento parcial o relativo y el retardado.

Todas estas formas de incumplimiento, ocasionan un daño en la relación jurídica contractual, al sujeto que si cumplió con su obligación.

¹³⁷Rubén H. Compagnucci de Caso, *Manual de Obligaciones*, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo de palma, (Buenos Aires, Argentina: 1967), 115.

¹³⁸Yoalma Teresa Iraheta Portillo, Javier Rolando Martínez Arana, “Análisis jurídico doctrinario de la responsabilidad civil contractual que genera el incumplimiento de obligaciones por mora del deudor” (tesis de grado, facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, escuela de ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011).

El objeto de la responsabilidad contractual, es la indemnización de perjuicios por parte del sujeto que no cumplió con lo pactado en el contrato. Por lo tanto, se ocasiona también daño cuando no se cumple con la obligación en el plazo convenido y cuando hay un cumplimiento defectuoso de las obligaciones, porque no se cumplió a totalidad los términos establecidos en el contrato.

Todas estas formas de incumplimiento producen responsabilidad civil contractual¹³⁹, cuando se ocasionan por culpa de alguna de las partes y debe, por lo tanto, repararse ese daño por medio de una indemnización por los perjuicios ocasionados; el monto de dicha indemnización dependerá de todas las circunstancias que rodea el caso de incumplimiento contractual.

3.1.4.2. El Proceso que Realiza el Estado Frente a las Empresas Telefónicas Nacionales, como Mecanismo de Prevención del Contrato Criminalizado

La institución encargada de velar y regular el proceso de las telefonías en el salvador deberá ser mediante la Súper Intendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET)¹⁴⁰, que es el ente supremo encargado de regular la telefonía como un servicio público, y los operadores interesados en proveer servicios de telefonía deberán solicitar a la (SIGET), una concesión para la explotación del servicio, la cual les será otorgada automáticamente por un plazo de treinta años con el solo cumplimiento de los requisitos de inscripción que se establecerán en el reglamento de esta ley, además, tales concesiones se otorgarán sin limitación alguna en cuanto a cantidad y ubicación, pudiendo existir más de una concesión en la misma área geográfica, las concesiones para la explotación del servicio público de telefonía solo podrán ser revocadas

¹³⁹Compagnucci de Caso, *Manual de Obligaciones*, 105, 106, 115.

¹⁴⁰Ley SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012.

por una de las siguientes causas: por no prestar el servicio público de telefonía, luego de dos años de haber sido otorgada la concesión, previa audiencia al interesado.

Por haber sido sancionado por cometer tres infracciones calificadas como muy graves en la ley, dentro de un lapso de tres años. Las concesiones se extinguirán por alguna de las siguientes causas: por la renuncia del operador o dicha concesión, por vencimiento del plazo para el que fueron otorgadas.

Las concesiones revocadas o extinguidas podrán ser renovadas mediante nueva solicitud a la (SIGET), sin embargo, cuando el operador haya renunciado o cometido infracciones que sean calificadas como muy graves, deberá transcurrir un período de dos años antes que la (SIGET), le pueda otorgar una nueva concesión¹⁴¹.

Según la ley de telecomunicaciones en su Art. 32, son infracciones menos graves: Causar a los usuarios interferencias o intervenciones en sus comunicaciones por razones técnicas.

Desconectar arbitrariamente el servicio público de telefonía prestado al usuario, y no especificar claramente en el contrato de servicio de telefonía respectivo, los términos y condiciones bajo los cuales se prestará el servicio, especialmente en lo referente a calidad, cobertura, tarifas y continuidad del mismo; en cualquier caso, es aconsejable revisar primero el contrato firmado al suscribir los servicios, prestando especial atención a los términos y condiciones aplicables, y a la existencia de otros contratos conexos, pero

¹⁴¹Ibíd.

independientes como los contratos de permanencia ligados a ofertas o ventajas ofrecidas por el operador.

El contrato puede extinguirse, además de por las causas generales de extinción de los contratos, por voluntad propia del abonado, para ello, deberá comunicárselo al operador con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que desee que la baja comience a surtir efectos.

No informar de las tarifas cobradas por los servicios públicos de telefonía; así como no informar con anticipación de los cortes de estos servicios para efectuar tareas de mantenimiento o del tiempo de duración estimado de los mismos; Incumplir los términos y condiciones establecidos en los contratos para la prestación de los servicios de los servicios de telefonía, incluyendo cobros excesivos o indebidos de éstos, a más de mil de los usuarios en el plazo de un mes, negar el acceso a funcionarios de (SIGET), o personal acreditado por ésta a las instalaciones de operadores y usuarios, y negarles todas las facilidades para que se realicen trabajos de verificación del cumplimiento de esta ley, el reglamento y demás disposiciones legales, siempre y cuando la inspección a la verificación sea parte del procedimiento de queja iniciado o entablado ante la (SIGET), entre operadores y en el caso de las instalaciones de los usuarios, toda vez que sea por orden judicial.

Como se ha mencionado el ente encargado de sancionar a las empresas de telefonías al momento de realizar el delito el estado de el salvador a facultado a la (SIGET)¹⁴², para que sea la encarga de sancionar dichos ilícitos mediante régimen de sanciones las que se desglosan en tres etapas las cuales son: Sanciones para las infracciones menos graves Art. 36, las infracciones menos

¹⁴²Ley SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012, Art. 38, 42.

graves serán sancionadas con una multa de once mil cien a ciento once mil dólares de los estados unidos de américa o su equivalente en colones por cada infracción, además de una multa de unos mil doscientos cincuenta dólares de los estados unidos de américa o su equivalente en colones por cada día en que la infracción continúe.

Sanciones para las infracciones graves Art. 37, las infracciones graves serán sancionadas con una multa de \$111,000.00 a \$222,000.00 o su equivalente en colones por cada infracción, además de una multa de \$2,500.00 o su equivalente en colones por cada día en que la infracción continúe. Son sanciones para las infracciones muy graves Art. 38, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 42, de esta Ley¹⁴³, las infracciones muy graves serán sancionadas con una multa \$444,000.00 a \$555,000.00 o su equivalente en colones por cada infracción, además de una multa de cinco mil dólares de los estados unidos de américa o su equivalente en colones por cada día en que la infracción continúe.

3.1.3. Irregularidades y Falsedad de los Contratos como Medio de Estafa

Uno de los principales momentos que el usuario vive al gratar de adquirir cualquiera de estos servicios es, el engaño es el elemento más importante y esencial de la estafa; es decir, en la conducta engañosa que realiza el sujeto activo, es el componente característico que permite diferenciarlo con otros tipos penales como el hurto, apropiación indebida, etc. Es por esa razón que los servicios de telecomunicaciones unidos a las tecnologías de la información y comunicaciones permiten fácilmente la realización del delito de estafa bajo el velo del contrato de prestación de servicios los cuales testan previamente

¹⁴³CSJ, Labor editorial de la Corte Suprema de Justicia, 88.

establecidos por las empresas a su interés propio y personal basándose en estos casos en la publicidad engañosa y el poco conocimiento de la de la población salvadoreña¹⁴⁴, el tipo penal de la estafa también se realiza cuando, en un determinado contrato, una de las partes ,el sujeto delincencial “empresas de telefonía” disimula su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones que en este caso compete y el cual queremos hacer velar la anulación contractual en el momento que el usuario desee realizar a que por el mismo se debe obligar a este tipo de empresas al cumplimiento y respeto de lo pactado¹⁴⁵,sin lucrarse del usuario utilizando la estafa, irregularidades y falsedad en los contratos del servicio como.

La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo, subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro, de ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalísimo) y

¹⁴⁴Código Penal, D.L. No. 270, Art. 215.

¹⁴⁵Ibíd.

materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo.

Violaciones a los Derechos de la no Anulación Contractual: El consumidor cliente en un sentido más restrictivo, se ha pretendido asimilar la condición de consumidor a la de *“cliente”*, bajo esta óptica, serían consumidores todos aquellos que contrataran con un empresario la adquisición de bienes o servicios, sin embargo, tampoco puede satisfacerse una interpretación tan abierta, pues incluye en su concepción al empresario que adquiere unos productos para revenderlos a terceros, actuando como una agente activa del tráfico mercantil.

Las personas poseen Libertad de contratación básicamente, la libertad de contratación *“consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento jurídico a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás”*, de esta manera, el derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y de las personas con quienes se vinculará la no anulación contractual.

La Libertad de contratación, entonces, no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro de la intervención del estado.

En este sentido, lo que las partes quieran debe ser respetado por todos, incluido el estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley de esta manera, en principio, un juez no puede declarar nulo o ineficaz un contrato por considerarlo injusto el contrato, lo mismo que cualquier otro acto jurídico, no necesita cumplir más requisitos que los exigidos por el ordenamiento jurídico

la libertad de contratación está compuesta por otras dos libertadas: la de contratar y la contractual.

La Libertad contractual, conocida también como “*libertad de configuración*”, está referida a la libertad de determinar el contenido del contrato. Esta se compone, a su vez, de las siguientes facultades: (1) Libertad para decidir el tipo de contrato, (2) Libertad para decidir la forma del contrato, (3) Libertad para decidir la jurisdicción en la que eventualmente resolverán los conflictos generados por la ejecución e interpretación del contrato, (4) Libertad para determinar el objeto del contrato, es decir, el conjunto de obligaciones que asumirán las partes.

3.1.3.2. Elementos Esenciales y Comunes, Propios Indicadores de la Estafa

La prestación de servicios comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa sino el uso o goce de la misma en virtud del quehacer humano o del funcionamiento de una maquina o elementos electrónicos como, por ejemplo: transporte de seguro o un hospedaje. Al hablar de prestador de servicios, se refiere a los organizados en forma de empresa, sea que el servicio lo preste su propio integrante personal o tercero, abarca todo supuesto en que el objeto del contrato no consiste en vender o en dar una cosa, aunque en este caso el servicio puede ser objeto principal o accesorio del contrato. Para disimular el delito de estafa, regulado en el Art. 215, 216 del Código Penal Salvadoreño¹⁴⁶. Aprovechándose en muchas ocasiones de la ignorancia del usuario, al público para lograr así mantenerlos dentro de la compañía, aunque muchos de esos beneficios que ofrecen se logren no en su totalidad, ya sea con la telefonía móvil, fija o directamente

¹⁴⁶Código Penal, D.L. No. 270, Art. 215, 216.

contratar un servicio de internet en cualquiera de sus modalidades (modem USB, plan de internet residencial), y en muchos caso creando una cultura de consumismo y necesidad al cliente que sin tener la más mínima idea de ser la victima acepta , bajo la regulación de un contrato que en muchas ocasiones , puede conllevar desde simples omisiones , hasta cláusulas abusivas , que en momento preciso que el cliente no se sienta satisfecho o conforme no permitan que el usuario deje la compañía y para ello utilizan métodos y técnicas manipuladoras para la no anulación contractual.

Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son: La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito¹⁴⁷, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalísimo) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo.

¹⁴⁷Código Penal, D.L. No. 270, Art. 114.

3.2. Protección de la Persona Natural o Jurídica, en la Ley de Telecomunicaciones, Frente a la Empresa que Realiza el Ilícito

El mercado de los servicios de telecomunicaciones en el salvador dejó de ser un monopolio estatal y pasó a ser un mercado en competencia, con los cambios económicos mundiales y el desarrollo de nuevas tecnologías¹⁴⁸, el Salvador decidió privatizar el sector de las telecomunicaciones y de esta manera convertirlo en un mercado altamente competitivo.

Con el propósito de contribuir al desarrollo de un mercado altamente competitivo, superintendencia general de electricidad y telecomunicaciones, (SIGET) como ente regulador vela por la protección de los derechos de los usuarios telefónicos de los operadores proveedores de los servicios de telecomunicaciones y electricidad, así como de las personas en general, de esta manera garantiza la máxima satisfacción tanto de consumidores como de proveedores, ente que deberá velar los estándares de empresas de nivel nacional que velan por el buen servicio al usuario y por competir en el campo de las telecomunicaciones como mercado libre, lo cual contribuye al desarrollo económico y social del país.

Son muchos los elementos que pueden servir para dar explicación al significativo peso que el sector de las telecomunicaciones tiene en el conjunto de quejas que los consumidores de nuestro país vienen presentando año tras año ante las organizaciones de consumidores y oficinas públicas de atención al consumidor tras el problema planteado anteriormente que estas empresas telefónicas dan a sus clientes con características delictivas, el importante

¹⁴⁸Ley SIGET, D.L. No. 142, 6 noviembre 1997, D.O. No.218, Tomo No.337, 21 noviembre 1997, (San Salvador, El Salvador: 1997).

número de ofertas comerciales, una publicidad no siempre clara, informaciones sesgadas o erróneas, servicios de tarificación adicional, altas, bajas, migraciones, portabilidades o permanencias son algunos de ellos, la actual regulación¹⁴⁹.

La contratación de servicios de telecomunicaciones pretende aportar seguridad al usuario, por este motivo es indispensable contar con el consentimiento expreso e inequívoco del consumidor para que un operador pueda acceder a su línea telefónica¹⁵⁰, se pretende poner fin a la relación contractual, en estos casos, si se presenta una reclamación corresponde al operador demostrar que el usuario se ha dado de alta.

Objeto: El objeto principal de este trabajo estudiar y analizar las posibles causas que determina la importancia de la actividad ilícitas de este tipo de delitos efectuados por la empresa privada y lograr determinar la eficacia de la aplicación del código penal, ley de protección al consumidor y ley general de telecomunicaciones frente al contrato de prestación de servicios, que es medio de estafa en cuanto a los problemas que el usuario tendrá al momento de la prestación de los servicios y el procedimiento que debe de seguir penalmente y demostrar el medio de ocultamiento o ardid que este tipo de empresa realizar y poder identificar la actividad ilícita en la implementación de contrato criminalizado susceptible al valor de la estafa.

Visión: Este trabajo se centrará en relación al patrimonio individual de las víctimas y medio que aporten a la anulación contractual con especial atención al delito de estafa y su tipificación en El Salvador basándonos en el repertorio

¹⁴⁹Ley SIGET, D.L. No. 142.

¹⁵⁰Unión de Consumidores de España-UCE, Guía de Derechos de los Usuarios de Telecomunicaciones, ¿Cómo Reclamar?", (España: 2000).

jurídico, la información técnica sobre estos nuevos medios de estafa y modos operandi de las empresas de telefonía radicadas en el país, por lo que es posible analizar su cabida en el marco jurídico vigente. a su vez, de las condiciones del contrato, que deberá entregarse justificante o copia al consumidor, en el caso de que la contratación se haya celebrado por vía telefónica, tendrá derecho el usuario a que se le remita justificación de las condiciones del contrato por el medio más adecuado según el tipo de contratación , si la contratación se ha celebrado por vía telemática la documentación práctica y la exposición teórica de conductas injustas utilizando estas modalidades en otros ordenamientos hacen posible el ejercicio de encajar este delito al código penal salvadoreño.

Finalidad: Poder dejar un precedente del proceso que debe realizar el usuario ya que durante mucho tiempo ha existido un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares en aspectos contractuales y las empresa radicadas en el salvador no es la excepción al brindar diferentes servicios como lo son en el rubro de la telefonía, muchas de ellas establecidas en el país, de carácter extranjero ,percibiendo ganancias innumerables por los salvadoreños ofreciéndoles productos y servicios donde se logran establecer, los actos y contratos que involucran directamente al usuario al momento de elegirlos como medio de servicios es por ello que se necesitan que sean garantizados y regulados los contratos que se celebran de forma oral y escrita, en mucho de los casos se logra la problemática que se pretende describir a continuación¹⁵¹, empresas radicadas en El Salvador mediante la telefonía ofreciendo sus servicios describiéndole al usuario una plataforma muy diferente a la real, mediante diferentes medios ya sea telefónico o publicitarios en los cuales se le ofrece al cliente servicios que por lo general incluyen un

¹⁵¹UCE, Guía de Derechos de los Usuarios de Telecomunicaciones, ¿Cómo Reclamar?.”.

contrato de servicio, si no está conforme podrá solicitar la anulación del contrato al no sentirse satisfecho con el servicio que ofrecen pero en muchos casos lo único que se logra reunir son los requisitos de los elementos objetivos directos del tipo penal de la estafa como, el engaño sin duda.

El elemento del tipo penal de la estafa, se ha logrado definir: como, cualquier acción u, una simulación o disimulación capaz de inducir a error; una mutación o alteración de la verdad; un ardid, una determinada maquinación o simulación y todos los aspectos que abarcan la conducta típica omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad, el error es la falsa representación de la realidad generada por el actor que culmina en el perjuicio generado a la víctima¹⁵², el perjuicio esta disposición patrimonial debe generar un perjuicio, entendiendo perjuicio como un detrimento efectivo del patrimonio o una disminución real o potencial del patrimonio del sujeto pasivo, nexo causal el engaño debe producir un error el cual realiza la posición patrimonial que genera el perjuicio y basta con que solo se mantenga a raíz del engaño, pero siempre habrá una relación causal entre los elementos de la estafa, y es de vital importancia en la realidad actual que exista una entidad gubernamental o institución que garantice con integridad e independencia los derechos del usuario que deciden adquirir los servicios telefónica, que estas empresas ofrecen así como una adecuada luz que les sirva de guía para la recepción de denuncias , que tiendan y le permitan fácilmente al cliente denunciar los atropellos o faltas y abusos efectuados por estas compañías y en su caso más grave los delitos.

¹⁵²José Manuel Gómez Benítez, "Función y contenido del error en el tipo de estafa", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. 2, (1985), 33.

En Materia Penal: Regulado en el Art 215 y 216 de Código Penal salvadoreños, nos encontramos, pues, ante un supuesto en el que la viabilidad del negocio jurídico es, desde el principio, deliberadamente ficticia, por no haberse basado en una estrategia sólida para cometer el ilícito o que en caso contrario¹⁵³, podría tratarse de un simple incumplimiento contractual, que deberá resolverse por la vía civil, pero que mientras no se logre determinar lo contrario le Denominamos “*negocios jurídicos criminalizados*” cuando el engaño utilizado es el propio contrato, aparentemente legal, y a través del cual el autor (estafador) pretende beneficiarse de su incumplimiento, causando perjuicio o daño a la otra parte. Es decir, cuando el estafador sabe desde el principio que quiere engañar al otro.

La denominada estafa, contrato cuyo incumplimiento puede dar lugar al delito contractual, En los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato cuyo cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos. La delimitación existe, sin embargo, y una conducta con naturaleza aparentemente civil puede tener, por el contrario, carácter penal. Para considerar que el contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que dicha persona, desde que celebró el contrato, había decidido dolosamente no cumplirlo o en su defecto el contratista mediante cláusulas abusivas sabía que el cliente tiempo después no lo podría seguir cumpliendo ya sea porque las condiciones ofrecidas, serian diferentes a las pactadas contractualmente; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes.

¹⁵³Código Penal, D.L. No. 270, Art. 216.

La prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que¹⁵⁴, debidamente analizados en relación con el contrato de referencia primordial, engendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante y contratista, pactó a sabiendas o no. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del Juez no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito.

Es decir, en la época en que se celebró el contrato, el Juez no puede atribuir al simple incumplimiento, carácter penal¹⁵⁵. Pero, si, por el contrario, aquellos elementos permiten establecer que nos encontramos frente a una característica Estafa contractual de telefonía móvil, mediante el engaño o aprovechamiento del error se logra producir la falsedad de lo convenido, y que debe considerarse su conducta penal.

3.2.1. Servicios que Ofrecen dentro del Acto Contractual

Los servicios de telecomunicaciones unidos a las tecnologías de la información y comunicaciones, están inmersos dentro de la población de un país, a través de las diferentes actividades diarias que realizan sus ciudadanos, así como también, para las empresas existen mayores oportunidades de negocio con menores costos de transacción, por lo que conduce a una mayor demanda de estos, permitiendo a las empresas de telecomunicaciones realizar nuevas inversiones para su prestación, es importante tomar en cuenta que la introducción de nuevas tecnologías permitirá el acceso no solo al servicio de

¹⁵⁴Tribunales Colegiados de Circuito, *Contrato y su incumplimiento puede dar lugar al delito de fraude*, 7ma. Época, Tomo II, Apéndice 2000, (Ciudad de México: 1971), 2249.

¹⁵⁵Tribunales Colegiados de Circuito, *Contrato y su incumplimiento puede dar lugar al delito de fraude*, 120.

voz sino también a servicios de banda ancha como datos (INTERNET, SMS), con supuesta calidad, y gran o mayor cobertura, mayor oferta con nuevas o mayores facilidades, asimismo, el desarrollo: de la banda ancha en la economía tiene un impacto positivo, ya que es considerada como un dinamizador económico, debido al involucramiento de muchos sectores y su interrelación, por ejemplo, la generación de empleos dentro de las empresas que ofrecen la instalación y el despliegue de la banda ancha, las empresas fabricantes de equipos, donde pueden estar involucradas las empresas de las materias primas que se necesitan para fabricarlos, el acceso que ha sido creciente, por ello un concepto que ha tomado relevancia es el de “*sociedades de la información*”, es decir las sociedades que se comunican e interactúan a partir de las nuevas tecnologías.

3.2.2. Aspectos Económicos y Socio-Culturales de la Telefonía Móvil en El Salvador, que Facilitan la Estafa

Económicos: La telefonía tanto a nivel mundial como en el salvador, es uno de los sectores que se encuentra expuesto a constantes cambios que conllevan a mercados altamente competitivos en donde el cliente tiene a su alcance diferentes alternativas que satisfagan sus necesidades latentes, es por ello que la satisfacción de sus clientes es un factor de gran importancia para lograr mantenerse dentro del mercado; desarrollando un gran número de estrategias con las que logran dar aporte a la economía nacional y a las personas. El producto interno bruto (PIB) es uno de los indicadores que mide la economía de un país, es decir; que a través del PIB se logra determinar la importante participación que posee el sector empresa. Para este caso el sector que conviene analizar es el de “*servicios de comunicación*” en la economía salvadoreña, lo cual se puede verificar en los datos estadísticos (representados en millones de colones) según actividad económica

presentados por el Banco Central de Reserva (BCR), que a continuación se detalla, así también los datos detallados en forma porcentual¹⁵⁶.

Socio-Cultural: La naturaleza cualitativa y cuantitativa del tipo de comunicación generada por la telefonía móvil ha ocasionado cambios en la conducta social de los individuos y de la sociedad en su conjunto, ya que las personas que poseen un teléfono móvil pueden estar permanentemente comunicadas con el entorno, sea este familiar, profesional o empresarial, cambia sustancialmente el concepto de privacidad y el de jornada de trabajo, así el médico esta siempre accesible a sus pacientes para concertar citas o hacer consultas, el gerente de una empresa informa inmediatamente a sus empleados de problemas operacionales cotidianos o problemas sustanciales ocurridos casi al momento, la comunicación oportuna y casi inmediata permite a las persona e instituciones, (Empresas Públicas y Privadas) dar solución de forma inmediata a los problemas, además que la telefonía móvil (Celular o Satelital) se puede enviar todo tipo de información de importancia (voz, mensajes de texto, e imágenes) suficiente para que las personas tomen cualquier tipo de decisiones.

Uno de los grandes impactos que ha tenido la telefonía celular es que también esta segmentada para personas con capacidades especiales.

3.2.1. Teoría del Contrato de Adhesión Criminalizado

El “*contrato de adhesión jurídico criminalizado*” es una categoría del delito de estafa consistente, grosso modo, en la realización de un negocio jurídico, lícito, mediante el cual una de las partes no tiene intención de cumplir sus

¹⁵⁶Ley SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012.

obligaciones contractuales, el Art 215 del código penal¹⁵⁷: *“cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”* el contrato jurídico lo podemos definir como un acto jurídico, lícito, integrado por una o más voluntades, en el supuesto analizado un mínimo de dos, que, con base al ordenamiento jurídico produce efectos inter partes siempre que concurren los elementos necesarios, para que un negocio jurídico puede considerarse ilícito o *“criminalizado”* deben concurrir una serie de elementos característicos de la estafa.

En primer lugar, debe existir un dolo antecedente que en esta figura delictiva el ilícito penal aparece caracterizado, frente al mero ilícito civil por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de cumplirla, de que el contrato aparente es el instrumento del fraude, que se vértebra, en consecuencia, alrededor del elemento subjetivo, dolo antecedente o in contrayendo y no dolo sub-sequens cristalizado en la voluntad inicial o concurrente de incumplir la prestación que se deriva del contrato, constituyendo un aparente contrato que se finge concluir, el instrumento disimulador o de ocultación del ilícito propósito y en definitiva del fraude (elemento objetivo del engaño).

La jurisprudencia determina que el negocio jurídico criminalizado exige¹⁵⁸, para su determinación, la constancia de la voluntad primigenia de incumplir, como forma de engaño determinante de la disposición patrimonial que sufre el perjudicado. La línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la

¹⁵⁷Ley SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012.

¹⁵⁸SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012.

conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello, criminalizar todo incumplimiento contractual porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles.

En segundo lugar, el engaño. el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad¹⁵⁹, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo.

El control que se haga de las cláusulas abusivas constituye una forma de limitación a la autonomía de la voluntad privada, puesto que, aunque hagan parte integral de un contrato, pueden ser descartadas mediante diferentes sanciones y, en consecuencia, ser desconocidas por el operador jurídico, para efectos de poder establecer el ámbito de los mecanismos de control mismas, se ha presentado doctrinalmente la discusión acerca de si se presentan exclusivamente en los contratos de adhesión (de tal manera que el simple hecho de que hubiesen sido discutidas y aceptadas por las partes les quitaría

¹⁵⁹Ibíd.

el carácter de abusivas), o si, por el contrario, también se pudiesen presentar en los contratos de libre discusión de cláusulas. Presenta esta discusión llamando a la primera posición “*amplia*”, y a la segunda, “*restringida*”, de las cuales hablaremos más adelante, pero, independientemente de que uno considere que las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión, en ellos se da un caldo de cultivo especialmente propicio para el abuso, puesto que se cede más fácil a la tentación de desequilibrar de manera excesiva el contrato estipulando un mayor número de beneficios para el predisponente y trasladando buena parte de los riesgos y de las desventajas para el adherente.

En los contratos de adhesión ya hay una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, y las cláusulas abusivas la acentúan, el adherente, en consecuencia, merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁶⁰, teniendo en cuenta que es la parte débil del contrato, ello se encontrará especialmente justificado si el adherente, además, es consumidor, se puede decir que el debate alrededor de este tema versa sobre el ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas puesto que:

Estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión, pero en ellos se da una mayor posibilidad de presencia; las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico; en caso de que el adherente, además, tenga la categoría de consumidor, tendrá una protección más clara de sus intereses en la medida en que pertenece a un grupo

¹⁶⁰Ibíd.

especialmente tutelado por las constituciones y normas legales de buena parte de los países occidentales.

Hay un ámbito de aplicación, el más restringido para el control a las cláusulas abusivas, que se presenta cuando hay un contrato de adhesión con consumidores, la polémica se presenta sobre si esta protección se debe ampliar a los contratos entre profesionales o a los contratos de libre discusión de cláusulas.

Por todas las razones expuestas, se justifica el tratamiento del control frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores como un límite al dogma de la autonomía de la voluntad privada, empezando por abordar el debate acerca de las posibles definiciones de las cláusulas abusivas.

CAPÍTULO IV

LA NO ANULACIÓN CONTRACTUAL

El presente capítulo tiene como propósito explicar de forma expresa y clara, Elementos del acto. Las nulidades civiles se conciben como sanción por la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto contractual, nulidades administrativas, Las pautas que hay que tener en cuenta y que indican el diverso régimen jurídico entre las nulidades civiles, administrativas y el Órgano que la declara. En el derecho civil y penal la nulidad, basándose en Carácter expreso o implícito de su regulación.

Entre los diferentes grados de invalidez de los contratos se distinguen dos acciones que son tratadas de forma confusa e imprecisa, en parte por la ambigüedad terminológica con la que nuestro código civil se refiere a las mismas, razón por la hemos querido dedicar este espacio a la denominada nulidad absoluta o inexistencia, y la mera anulabilidad o nulidad relativa.

La nulidad es la mayor sanción que nuestro ordenamiento otorga a un negocio jurídico, al negar al mismo la posibilidad de producir consecuencias jurídicas, y que tiene lugar cuando faltan alguno de los requisitos esenciales para su perfección, como son el consentimiento, el objeto y la causa especificados en el artículo o cuando el contrato se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva¹⁶¹.

El principal efecto de la nulidad de pleno derecho es la falta total de efectos

¹⁶¹María Ana Lourido Rico, *La nulidad de actuaciones, una perspectiva procesal*, 2da. Ed., (Edit. Comares, Granada, España: 1998), 19.

del contrato, de forma que, al tratarse de un contrato nulo de pleno derecho, no es necesaria ni su impugnación ni que la nulidad sea declarada judicialmente.

4.1. La Nulidad de Pleno Derecho en El Salvador y la Anulación de Oficio

Nulidad de Pleno Derecho: El Art. 83 del reseñado texto refundido declara nulas de pleno derecho y habrán de tenerse por no puestas las cláusulas abusivas; declarándose expresamente como tales en el Art. 90, las que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

Diferencias entre Nulidades Civiles y Administrativas: Las nulidades civiles invalidan los actos jurídicos privados, por lo tanto, es importante señalar la conveniencia de su régimen propio y la inaplicabilidad del sistema de nulidades civiles en el derecho administrativo. Las pautas que hay que tener en cuenta y que indican el diverso régimen jurídico entre las nulidades civiles y las administrativas son: en cambio, las nulidades administrativas no dependen exclusivamente del elemento viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico, es decir, de la significación y gravedad del vicio, la mayor o menor gravedad del vicio determina el grado de nulidad que corresponde al acto, en caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, hay que atenerse a la consecuencia más favorable al mismo.

Órgano que la declara, en el derecho civil la nulidad es siempre declarada por un órgano judicial; en tanto que las nulidades administrativas pueden serlo por un órgano judicial por anulación o administrativo por revocación.

Carácter expreso o implícito de la regulación, Los vicios del acto jurídico en su mayor parte están expresamente contemplados en el código civil, en derecho administrativo habitualmente no se enuncian de modo exhaustivo, la enunciación de los vicios del acto administrativo no es taxativa, pudiendo la autoridad competente declarar la existencia de otros vicios de conformidad con el principio sentado, en derecho administrativo de ningún modo rige, a consecuencia de lo anterior, el principio *“pas de nullité sans texte”* cualquiera que sea su grado de vigencia en derecho privado, en suma, en principio las nulidades del derecho civil integran un sistema estático (rígido) y las del derecho administrativo un sistema dinámico (flexible)¹⁶², la regla del derecho civil, por cuyo mérito no se concibe una nulidad sin texto que la prescriba, no rige en el derecho administrativo, donde se admite la existencia de nulidades implícitas o virtuales.

Fuente normativa, las nulidades del derecho privado tienen su fuente en la ley; pero las nulidades administrativas pueden resultar de vicios por transgresión a normas constitucionales, legales, reglamentarias e inclusive individuales.

Posibilidad de alegar su propia torpeza. Mientras que en el derecho privado no se puede alegar la propia torpeza, salvo algunas excepciones como la lesión, imprevisión y abuso del derecho, en el derecho administrativo la administración puede alegar su equívoco en la legitimidad u oportunidad del acto por vía de revocación administrativa y/o de lesividad judicial.

Anulación de oficio. En derecho privado, por principio general, la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, excepto la nulidad relativa, en derecho administrativo no puede ser declarada de oficio, pero por excepción procede

¹⁶²Lourido Rico, *La nulidad de actuaciones, una perspectiva procesal*, 19.

ante la inexistencia del acto un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de Anulación.

Caso de los profesionales, si bien sólo ante un consumidor puede operar plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disposición adicional 1ª de la ley 26/1984 de 19 julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, no obstante, esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual, es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes¹⁶³, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.

Empresa no es consumidora. En el presente caso nos encontramos ante una empresaria, y, como tal, firmó el contrato de telefonía móvil, que, precisamente, no es para particulares sino para “empresas”, de ahí que compra el teléfono móvil para incorporarlos a la explotación de la empresa o el negocio, lo que excluye su condición de consumidora o usuaria cuando concretó el contrato, bien porque no sería la destinataria final.

¹⁶³Ibíd.

Sujeto Titular de la Petición: En el derecho administrativo pueden pedirla los que ostenten un derecho subjetivo o interés legítimo, en el derecho civil impera una categoría jurídica distinta, para los diversos casos de nulidad absoluta o relativa, pudiendo en su consecuencia peticionarla: (1) los que tengan interés en hacerlo; (2) el ministerio público, y (3) aquellos en cuyo beneficio se han establecido.

Tipo de Ilegitimidad, la Nulidad¹⁶⁴: Según la concepción clásica del derecho civil, es una sanción legal que priva de sus efectos a un Acto Jurídico en virtud de una causa existente en el momento de la celebración, la nulidad administrativa, a diferencia de la civil, puede operar tanto por ilegitimidad originaria (vicios existentes desde el nacimiento del acto) o sobreviniente (cuando un acto que nació válido se torna inválido por un cambio en el ordenamiento jurídico), plazos de prescripción de la acción.

En derecho civil la acción para impugnar los actos nulos prescribe a los diez años y los anulables a los dos años, en derecho administrativo esos plazos rigen mientras la legislación específica no señale otros.

Contrato de la Actividad Económica: La actividad contractual en el estado de derecho es una modalidad de gestión pública y privada, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, con parámetros específicos del cumplimiento de su función que este debe tener y que *“en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del estado de derecho”*, para la realización de los actos sociales y mercantiles en el mercado salvadoreño¹⁶⁵, existe de forma muy activa en la

¹⁶⁴Ibíd.

¹⁶⁵Ley de Protección al Consumidor, D.L. No. 52.

telefonía, recordándonos que el estado se manifiesta a través de actos, hechos, operaciones administrativas y mercantiles y por medio de contratos, que puede ser en una determinada institución o empresa privada, como en la investigación se refiere a la telefonía en el salvador, no es la excepción, es la que presenta un alto grado de complejidad y de mayor responsabilidad, es por ello que entraremos a estudiar dicho negocio jurídico; pues en el ejercicio de las potestades contractuales estatales se puede presentar cualquiera de las formas de manifestación de las autoridades públicas.

Sobre Firma de Contrato: La mera firma no basta para presuponer la aceptación de la cláusula, salvo prueba en contrario, ya que la misma no se encuentra enmarcada, ni resaltada en negrita o de otra manera, sino que se mantiene en el mismo tipo de letra y apariencia que tienen las demás cláusulas contractuales y, además, remite al convenio arbitral establecido en la cláusula que figura en el reverso del contrato, la cual no está firmada en absoluto por la cliente, lo que hace dudar en gran medida de que ésta fuera ni siquiera conocedora de su existencia, lo que implica que la voluntad inequívoca en modo alguno pueda darse por concurrente. Cláusula en Documento Separado: Como hemos reiterado la cláusula arbitral en cuestión, aunque aparezca en un impreso separado del contrato, ha de entenderse inserta en un contrato de adhesión celebrado con un consumidor, y es nula de pleno derecho, y por tanto debe tenerse por no puesta según el Art. 10, de la ley protectora de consumidores y usuarios, por abusiva¹⁶⁶.

4.1.2. Marco Legal de la Actividad Económica y Estafa

El Art. 164 de la Constitución de la República señala que los actos nulos “no

¹⁶⁶Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art, 10.

deberán ser obedecidos”, reconociendo con ello que estos actos adolecen de un vicio de tal magnitud, que los invalida totalmente y los dota de ineficacia ab initio, en otras palabras, el que no deban ser obedecidos indica que para nuestra constitución estos actos adolecen de un vicio tal, que no producen ningún efecto, es decir, son radicalmente inválidos para el derecho, la especialidad en este caso, vendría asociada al rango de la norma vulnerada, por supuesto, para determinar si en efecto estos actos adolecen de este vicio de nulidad de pleno derecho, hará falta que un juez así los declare, tanto por el ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales (Art. 172 de la Constitución de la República)¹⁶⁷, como en función de la seguridad jurídica, la igualdad y la propia estabilidad y supervivencia del estado de derecho.

Sostener que no debe mediar un juez que declare la nulidad y, en consecuencia, el acto no debe ser obedecido, implicaría una amenaza imponderable para el estado, en la medida en que cada ciudadano podría entender dicho concepto a su conveniencia y simplemente desobedecer aquello que no le agrade o favorezca porque a su juicio es nulo, de ahí que sea necesario que el juez declare que determinado acto administrativo es nulo por ser contrario al ordenamiento constitucional, es el Órgano Judicial el ente encargado de la aplicación de la norma, y para este tribunal, la competencia establecida en el Art. 2 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa y la inclusión de la categoría de actos nulos de pleno derecho en el Art. 7 de la misma ley, justifican el conocimiento de dichos actos en la jurisdicción contencioso administrativa¹⁶⁸.

Estafa: Su Regulación: Art. 215 y 216 del Código Penal Salvadoreño: El Art.

¹⁶⁷Asamblea Legislativa, Constitución de la Republica, D.L. No. 138, 15 diciembre 1983, D.O. No. 234, Tomo No. 281, 16 de diciembre 1983, (San Salvador, El Salvador, 1983), Art. 172.

¹⁶⁸Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 71.

216 del Código Penal, le brinda protección a este derecho; a través de la regulación de conductas que puedan poner en peligro o concreta lesión el bien jurídico en comento, en sus agravantes: *“el delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años”*. El diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales de Manuel Osorio manifiesta, *“que la estafa, es un delito genérico de defraudación, configurado por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño, tales como el uso de nombres supuestos, de calidad simulada, falsos títulos, influencias mentida, abuso de confianza, o ficción de bienes, crédito, comisión impresa o negociación”* también¹⁶⁹, en el diccionario de Ernesto Cabanellas la define como el: delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza, toda defraudación hecha a otro en lo legítimamente suyo, apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia, pedir con ánimo de no pagar; cobrar dos veces; negar el pago recibido etc., entre otras formas concretas, falsa promesa; ofrecimiento incumplido.

4.2. El Contrato de Prestación de Servicios, y su Finalidad

El ordenamiento jurídico de El Salvador, el contrato de prestación de servicios, y la relación legal y reglamentaria es una, forma legítima para establecer vínculos entre la empresa privada y las personas naturales que se suman para colaborar con su cometido; o finalidad, siempre y cuando sean utilizadas adecuadamente, pues cada una de ellas ostenta una naturaleza diferente y es regulada por varias disposiciones, las cuales abordaremos en el desarrollo de la presente investigación. La administración pública acude a dichas figuras, para satisfacer las necesidades de la entidad, sobre todo a la primera de las

¹⁶⁹Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 71.

mencionadas, convirtiéndola en la regla general y permanente para la vinculación de los servidores, a pesar que, en muchos estas no tengan su uso adecuado.

Contrato de prestación de servicios¹⁷⁰,son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, en ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable, respecto a la norma citada la corte constitucional al efectuar su estudio de asequibilidad, expresó: el contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas.

4.2.1. Teorías sobre la Formación de Este Tipo de Contratos para la Realización del Delito

Teorías que Explican la Entidad del Engaño en la Estafa: Se ha establecido dos teorías fundamentales que sirven para fundamentar el engaño constitutivo del ilícito de estafa, porque una manifestación falsa de la realidad no siempre va a producir un perjuicio económico en las personas, sino aquellas que induzcan a error al sujeto pasivo que realiza el acto de disposición, son:

Teoría Objetiva: tiene su fundamento en la “*mise en scence*” promovida por

¹⁷⁰Código Civil, Art. 52

los franceses que significa maniobras fraudulentas, un acto positivo u operación realizada con las manos, la simple mentira no puede constituir el delito de estafa por que no se debe creer en la palabra de otro, según la concepción objetiva del engaño una simple afirmación donde no se produce ningún efecto; en la voluntad de otra persona, sino que requiere la utilización de maniobras que ayuden a que se produzca ese error, para lograr un poder coactivo dentro de la voluntad de otra persona es necesario que esa mentira o falsa apreciación de la verdad se realice un aparato escénico como afirma Antón Oneca: *“la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas (engaño, astucia o artificio), la organización de ardidés, en una palabra, una mise en scene que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros”*¹⁷¹.

La jurisprudencia salvadoreña en la sentencia de fecha tres de julio del año dos mil dos, pronunciada por el tribunal cuarto de sentencia, de la ciudad de san salvador ha determinado *“que un elemento importante del tipo de estafa lo constituye el ardid en donde para que exista este debe haber un despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto pasivo una situación falsa como verdadera y determinante”* se retoma la teoría de la *“mise en scence”*, exteriorizando medios hábiles y mañosos para lograr una cosa, contraposición a la teoría del mise en scence surge la teoría subjetiva o de la idoneidad, es decir que no basta con que el engaño se realice con alguna maquinación, si este no produce un error en la víctima, entonces se deben analizar aspectos subjetivos, lo que sanciona el delito de estafa no es el engaño, si el sujeto la realizo con medios simples o no, sino que castiga el perjuicio económico que provoca a través del error que se generó en el sujeto pasivo por el engaño. en cambio, la teoría de la

¹⁷¹Gladis Romero, *Delito de Estafa*, (Buenos Aires, Argentina: Edit. Hammurabi, 1998), 167.

idoneidad, que es la más apoyada por la doctrina plantea, que es suficiente cualquier engaño si produjo el error en la víctima; el engaño se mide entonces, en relación a su eficacia operativa individual al caso concreto¹⁷², porque toma en cuenta las cualidades del sujeto pasivo y el resultado, no la forma de exteriorización del engaño, se puede concluir que se debe analizar el caso en concreto para determinar la entidad del engaño, pero ésta no hay que estudiarla en razón de grados cuantitativos, es decir que no existen lineamientos numéricos para concluir que es un engaño; no obstante, es necesario que en cada caso se determine si fue suficiente el engaño por si solo o necesita de un acto escénico para inducir a error a otra persona y obtener lo pretendido (que sería el perjuicio económico).

4.2.1.2. Forma

En la codificación penal salvadoreña a diferencia de otras legislaciones, no se encuentra dentro del tipo penal el concepto de forma exacta más sin embargo se vale de diferentes elementos que permiten que este se dé, existen como un elemento normativo y por lo tanto éste no está delimitado, a lo que la jurisprudencia ha dado solución retomando la teoría objetiva subjetiva de la entidad de esta conducta defraudadora. y esto solo se verificará cuando se produce la defraudación patrimonial; dejando a un lado concepciones erróneas manifestadas por las teorías cuantitativas, porque no existen grados que ayuden a medir la gravedad del engaño, sino que induzca a la víctima a realizar la disposición patrimonial, recordemos que Idóneo: significa que la argucia, artificios o modalidades utilizadas sean las adecuadas o eficaces para promover un error en el perjudicado y siempre dentro de la teoría objetiva-

¹⁷²Romero, *Delito de Estafa*, 168.

subjetiva; donde serán valoradas las conductas engañosas adoptando la idoneidad una doble función: la idoneidad abstracta, la idoneidad en concreto.

La primera se debe entender como una medida objetiva considerando al hombre medio ideal (personas de mediana perspicacia y diligencia); como parámetro de adecuación excluyendo las falacias burdas, como en el caso de los magos, adivinos, brujos, curanderos, etc.

A quienes se les paga una determinada cantidad, para obtener algún beneficio; como resolver los problemas de la vida. en palabras de José Valle Muñiz *“si bien es cierto que las conductas del curandero, exorcista o brujo son atípicas; no lo son por la ausencia de calificación objetiva previas del engaño, tampoco porque el error es producto de la actividad del curandero o brujo, sino por las creencias previas e irracionales del supuesto engañado”*¹⁷³, y el segundo se trata de una medida subjetiva atendiendo a las condiciones del sujeto pasivo, como si se tratase de un adulto u menor de edad, o un débil mental, etc.

Relevante Socialmente: El engaño debe versar sobre conductas que impliquen un impacto dentro de la sociedad, por el grado de afectación del bien tutelado y su importancia dentro del ámbito jurídico, existiendo engaños atípicos, porque la sociedad de alguna forma los tolera y además, siguiendo la modalidad objetiva de la idoneidad del hombre medio, se tiene conocimiento de las falacias implícitas dentro de estas conductas; denominándolos la doctrina: *“engaños socialmente aceptados”*, tales como: la mendicidad, los anuncios publicitarios cuando mientan sobre la autenticidad del producto.

¹⁷³Quintero Olivares, Morales Prats, Valle Muñiz, Prats Canut, Tamarit Sumilla, y Ramón García. *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 155.

Error: Es entendido comúnmente como la apreciación equivocada de la realidad y en el delito de estafa es considerado doctrinariamente como un elemento esencial, se presenta dentro del mismo una doble función, en primer lugar, nos indica la efectividad del engaño y hace que sea posible la disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo y así la consumación del ilícito penal.

En algunas legislaciones, se confunde el error con la ignorancia de factor, puesto que, ambos son capaces de provocar un vicio en la voluntad del sujeto pasivo; pero, la diferencia es que el error típico tiene su causa en el engaño, capaz de provocar un conocimiento u apreciación falsa de la realidad y la ignorancia entendida como tal, es la ausencia total de conocimiento sobre un acto, con la definición de error, se da cabida a incluir los casos en los que el sujeto pasivo no se encuentra ante una ignorancia total

Como manifiesta Antón Oneca *“La representación parcial de la realidad, pero con importantes lagunas, de modo que la idea formada de la totalidad resulte equivocada, es también un caso de error”*¹⁷⁴, se concluye entonces, de forma clara que, error implica siempre conocimiento, pero equivocado y la ignorancia es no saber sobre los hechos sucedidos.

El error en materia civil: es definido como el dolo contractual, como voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza o de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos.

¹⁷⁴Tribunal Tercero de Sentencia, Ref. 106.

Los Medios Delictivos de las Compañías de Telefonía y su Forma de Pago: el servicio de telefonía y de pago su entrada en el mercado salvadoreño a principios de 1995, ha sido más y más grande cada vez, valiéndose de la vulnerabilidad de los salvadoreños presentando los modernos dispositivos móviles que cada vez avanzados tecnológicamente y planes a conveniencia de estos y disponibles para cualquier persona natural, son varias las alternativas, que permiten que estas empresas puedan realizar el ilícito mediante su contrato, con cláusulas abusivas y pagos excesivos o como nuestra problemática principal, la no anulación contractual.

El Pago por la Prestación de Servicios Móviles: Bajo esta definición en sentido amplio se engloban los servicios telefónicos prestados y por el cual se exige el pago bajo regulación financiera de la empresa privada, que se lleven a cabo a través de facturas emitidas por el móvil, de manera periódica mensualmente, pudiendo utilizar efectivo o tarjetas de crédito, el usuario realiza el pago para comprar bienes o contratar servicios, ahora bien, aunque el instrumento concreto con el que se realiza como una simple acción del pago, en donde el usuario se podría decir que se encuentra contento y de forma consiente recibiendo el servicio. ¿Pero qué pasa si este desea renunciar a la prestación del servicio después de un periodo considerablemente peticionando la anulación contractual, después de un tiempo razonable, de haber recibido el servicio y si el usuario no desea más el servicio de quien deberá depender la anulación? ¿Debemos regirnos siempre por tiempo que determine el contrato?, ¿qué pasa con los contratos tomados de forma verbal en vía telefónicas? ¿Todo dependerá realmente del modo y forma de las cláusulas abusivas que tienen este tipo de contratos y realmente la empresa de telefonía se preocupa por el bienestar del usuario cancelando su obligación de forma rápida? Con los pagos de forma obligatoria fraudulentos que estén asociados directamente.

4.2.1.2. Contenido Estructural

Esta investigación se centrará en estos ataques en relación al patrimonio individual de las víctimas, con especial atención al delito de estafa y su tipificación en código penal de el salvador, a diferencia de lo manifestado sobre el repertorio jurídico, la información técnica sobre estos nuevos medios de estafa que por lo general se da bajo el velo de una compra de un servicio telefónico, por lo que es posible analizar su cabida en el marco jurídico vigente, a su vez, la documentación práctica y la exposición teórica de conductas injustas utilizando estas modalidades en otros ordenamientos hacen posible el ejercicio de encajar estos comportamientos al código penal salvadoreño.

En primer lugar, se procurará explicar la adaptación de este tipo penal para abarcar las nuevas conductas ilícitas que permiten los contratos de prestación de servicios en la telefonía, y el tratamiento que se debe dar a estas defraudaciones antes de las reformas en el tipo.

En el segundo apartado, se explicará el funcionamiento de los nuevos medios de pago y modalidades coercitivas frente a los usuarios que adquieren el servicio analizado, con estas premisas, se intentará encajar las posibles conductas injustas sobre estos medios de pago a las distintas modalidades de estafa contempladas en el C.P.

4.3. La No Anulación Contractual de los Contratos Activos en las Empresas de Telecomunicaciones

Causal de Término del Contrato: La resolución es un mecanismo legal por el cual se permite a una de las partes dejar sin efecto, por lo general retroactivamente, un contrato que produce obligaciones recíprocas ante el

incumplimiento de una de ellas, por razones históricas, nuestro código contempla esta figura como el efecto de una condición resolutoria que por ir envuelta en todo contrato bilateral se denomina tácita (Art. 1489 cc)¹⁷⁵, no obstante, no hay propia condición puesto que el incumplimiento no resuelve el contrato, sino que sólo da derecho al otro contratante pedir el cumplimiento forzado o la resolución, ambas con indemnización de perjuicios, por eso, la resolución requiere que se pida judicialmente y que así se declare por sentencia judicial.

4.3.2. Efecto Retroactivo de la Resolución

Declarada la resolución por sentencia judicial el contrato se tiene como no celebrado, por lo que las obligaciones que no hayan sido ejecutadas se entenderán como no nacidas y las obligaciones que hayan sido ejecutadas serán objeto de restitución, la retroactividad de la resolución se ha fundado generalmente en la voluntad presunta de las partes, pero la doctrina más moderna prefiere fundarla en la tutela de los derechos e intereses de la parte diligente.

Usualmente se sostiene que, en los contratos de tracto sucesivo, como en el arrendamiento¹⁷⁶, en el contrato de suministro o en el contrato de trabajo, la resolución no procede ex tunc sino ex nunc, es decir, sin efecto retroactivo (por lo que se llama terminación a la resolución de este tipo de contratos), Peñailillo sostiene que la falta de retroactividad no proviene de que el contrato sea o no de tracto sucesivo, sino más bien de la naturaleza de alguna de las obligaciones envueltas en la relación contractual, así, si el precio de una

¹⁷⁵Código Civil, Art. 1489.

¹⁷⁶ibid

compraventa se paga en cuotas, hay contrato de tracto Sucesivo pero la resolución procederá ex tunc, y deberán restituirse las cuotas pagadas, en cambio, si se trata de una obligación de hacer, como sucede en el contrato de trabajo o en el arrendamiento, la resolución normalmente será imposible de aplicar retroactivamente, ahora bien, como sería imposible devolver el trabajo ya realizado o el uso de la cosa arrendada, tampoco procedería la devolución de las remuneraciones o de las rentas ya pagadas, en doctrina extranjera, se ha hecho ver que esta pretendida imposibilidad de restitución jurídicamente no es tal ya que bien se podría avaluar en dinero el uso por parte del arrendatario o los servicios prestados por el trabajador y proceder a la restitución en valor. por eso, se explica la falta de retroactividad en la autonomía y reciprocidad de los singulares grupos de prestaciones que contempla la estructura de estos contratos, que, una vez consumadas, no resulta razonable ni conveniente hacerlos desaparecer, ni siquiera jurídicamente a través de restituciones en valor¹⁷⁷.

El Incumplimiento Resolutorio: No es claro qué tipo de incumplimiento es el requerido para ejercer la acción resolutoria, una parte importante de los autores no distingue, sostienen que basta cualquier incumplimiento para demandar la resolución¹⁷⁸, otros autores, alineándose con las tendencias modernas de derecho comparado, piensan que el incumplimiento resolutorio es más amplio que el incumplimiento que genera indemnización de perjuicios y que la infracción de deberes u obligaciones secundarios o de menor entidad no da derecho a demandar una sanción tan radical como la resolución, se habla así de que el incumplimiento resolutorio debe ser significativo o esencial

¹⁷⁷Rafael Álvarez Viragay, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ra. Ed., (Edit. Comares, Granada, España: 2003), 341.

¹⁷⁸Rodríguez Grez, *De la responsabilidad delictual de los contratantes*, 228-230.

para que la resolución no sea utilizada para deshacerse de contratos molestos o meramente inconvenientes.

Aunque tradicionalmente se ha sostenido que la resolución sólo procede ante un incumplimiento imputable al deudor, la doctrina actual tiende a diferenciar la facultad de resolver el contrato y la de pedir indemnización de perjuicios, si bien el Art. 1489 cc, menciona ambas posibilidades, ello no significa que ambas acciones exijan los mismos requisitos, la imputabilidad no es exigida para la resolución, sólo sería necesaria para la obligación de indemnizar perjuicios.

En caso de mora en el pago de las facturas o créditos fiscales se cobrará un recargo compañías que ocupan la cláusula: (a) Digicel (El Salvador), (b) Telefónica (El Salvador)¹⁷⁹

Toda controversia derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución- será resuelta definitivamente mediante.

Razón de Abuso de Cláusula: En la medida que a la única que favorece es a la oferente del contrato de adhesión, perjudicando en la misma medida a la otra parte; en efecto, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor causa un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, como se deriva del hecho de que el cliente, se ve abocado a que lo solucione un árbitro de equidad, en vez de un tribunal de consumo o un órgano jurisdiccional (previstos para que el cliente pueda acudir a ellos sólo si es él quien inicia el conflicto), produciéndose unos gastos

¹⁷⁹Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52.

absolutamente desproporcionados, como se ha visto, en comparación con la entidad económica del asunto y sólo a su costa, lo que no ocurriría si interviniera alguno de aquellos tribunales.

Que participan además de la administración pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores. En segundo lugar, por cuanto en muchos casos se obliga al consumidor a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que, unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificulta cuando no imposibilita las posibilidades de defensa, en tercer lugar, porque se le impone al consumidor una carga sobreañadida a la indemnización que se determina a favor de la empresa de telefonía móvil¹⁸⁰, al consignarse en la cláusula analizada que, con independencia de la estimación o desestimación parcial de la reclamación, los costes del proceso arbitral los ha de abonar la parte que hubiese incumplido el contrato, dichos gastos alcanzan además una cuantía elevada, todo lo cual resulta contrario a los principios inspiradores del Art. 394 de la ley o aun del Art. 35 de la que resultan de carácter imperativo según reiterada doctrina legal.

Efectos Perjudiciales de la Cláusula: La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, primero por cuanto se le impide acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo.

Pago por Servicio no Recibido: El tiempo de reparación no excederá los 30 días contados a partir de la fecha de recepción del producto en cualquiera de

¹⁸⁰Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 35.

los lugares donde pueda hacerse efectiva la garantía, el cliente es responsable por el pago de las facturas por cargos básicos que se generen durante el plazo del contrato o sus prórrogas, indistintamente que el cliente haya gozado o no del servicio, especialmente si el goce del servicio se ha visto restringido por causas imputables al cliente, tales como Pero no limitadas a la mora en el pago de los servicios, ausencia, cesión del servicio y/o equipos sin autorización.

4.3.3. Los Tipos de Contratos que Utilizan las Empresas y que Facilitan o Generan la Estafa

Análisis de las Cláusulas Empleadas en la Contratación Telefónica en El Salvador: La clasificación de las cláusulas abusivas y de las posiblemente abusivas empleadas en la contratación telefónica, además, se explicará varias de ellas que eran utilizadas en El Salvador, por ejemplo, la cláusula arbitral; sin embargo, la mayoría de las cláusulas son empleadas por las compañías telefónicas que operan en el salvador y se analizarán en esta sección.

Los Tipos de Contratos Utilizados por las Empresas de Telecomunicaciones: El Código Civil señala en sus Arts. 1310 al 1314 algunas clasificaciones de los contratos¹⁸¹, a saber:(a) Principales y accesorios, (b) Reales, solemnes y consensuales, (c) Contratos de prestación de servicios.

Determinación de la Mora: Pese a la denominación tradicional y también a la práctica que suele insertar en el contrato en que se contrae la obligación principal, lo cierto es que la cláusula penal no es propiamente una mera cláusula contractual, sino, como ha reconocido la doctrina contemporánea, un propio contrato, cuya finalidad es establecer una prestación de cargo de quien

¹⁸¹Código Civil, Art. 147, 1310.

incumpla la obligación principal, normalmente, se reconocen tres Funciones que justifican y dan relevancia a esta institución: la garantizadora (asegura el cumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y punitiva (contempla una pena privada que debe sufrir el deudor incumplidor). La cláusula penal es un contrato, aunque pueda pactarse simultáneamente en el mismo instrumento del contrato que genera la obligación principal.

Lo es por cuanto llena todos los requisitos para satisfacer esta categoría jurídica: es un acuerdo de voluntades que produce obligaciones, Según los contratos y la libertad de contratación le permite a las partes fijar las sanciones por las cuales se regirán en caso de incumplimientos o de ilicitudes y el código civil lo regula a través de la cláusula penal (Arts. 1406 al 1415) y la ley de protección al consumidor establece que el cálculo del *“interés moratorio se calculará y pagará sobre el capital vencido y no sobre el saldo total de la deuda”* (Art. 12 inciso final), además, el mismo artículo establece que no pueden pactarse intereses sobre intereses y, al ser una ley especial, tiene aplicación sobre las leyes generales (el código civil).

Se puede concluir que la fijación de los intereses moratorios no viola la ley de protección al consumidor y por tanto esta cláusula es legal. Contradicción entre Cláusulas del Contrato Principal: Se pudo detectar en un contrato de línea fija pos pago de telefónica una contradicción entre las cláusulas, específicamente la relacionada sobre la firma del contrato, por una parte, establece que se debe firmar el contrato y los anexos y por otro lado establece que con la firma del Contrato acepta el contenido de los anexos. Por tanto¹⁸², existe una contradicción que, para ser resuelta, debe analizarse la cláusula a favor del

¹⁸²Código Civil, Art. 1967.

consumidor, según el Art. 16 de la ley de protección al consumidor¹⁸³. Por consiguiente, al interpretar el contrato, se deduce que el consumidor debe firmar tanto el contrato como los anexos.

4.4. Qué Actividades y Técnicas de Evasión Practican las Empresas de Telecomunicación Frente a sus Clientes

Cláusulas relacionadas a la obligación del pago evadiendo la solicitud de cancelación contractual frente a sus clientes. En cuanto a las cláusulas relacionadas al pago se ha decidido hacer una división de tres supuestos. El primer supuesto, es que la no recepción de la factura no justifica la falta de pago; el segundo supuesto está relacionado con el establecimiento de límites del plazo para interponer reclamo por cobros indebidos; y en tercer supuesto trata sobre la obligación del cliente de pagar por un servicio no recibido.

Respecto de la no recepción de la factura como causal para no pagar, las compañías telefónicas de el salvador han regulado esta situación al establecer cláusulas que expresamente dicen que la falta de recepción de la factura no dispensa al cliente del pago de la cantidad al servicio facturado, esta práctica también se encuentra en otros países, por ejemplo, España es un claro ejemplo ya que se detectaron empresas que establecen que mientras no se produzca la comunicación o la aportación de datos y no se ha abonado alguna cantidad se considerará *“pendiente de abono”*, esta cláusula no viola los derechos del consumidor porque usualmente el contrato fija el monto mínimo mensual y el cliente no puede alegar la falta de factura para no preocuparse por realizar el pago¹⁸⁴, otra situación fuera que al consultar el saldo a pagar

¹⁸³Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 16

¹⁸⁴Ibíd.

sea muy diferente al estimado por el Cliente, que podría, bajo ese entendido, alegar que el tiempo para realizar el reclamo no cuenta, sino desde que obtiene una copia de la factura.

En relación con los plazos para interponer reclamos por cobros indebidos, es necesario iniciar este apartado resaltando que las compañías telefónicas aplican cláusulas que buscan limitar plazos fijados por la ley, específicamente el código civil, según el Código Civil en su Art. 2254¹⁸⁵, las acciones prescriben extintivamente en diez años si es una acción ejecutiva y en veinte años si es una acción ordinaria.

Los contratos de las compañías telefónicas establecen que el cliente puede interponer reclamos hasta tres meses después de la fecha en que canceló los montos cobrados indebidamente, es decir, si ha sido víctima de un cobro indebido tiene que realizar el pago y hasta después solicitar que se le reintegre, también se encontró una cláusula que establece que acciones en contra de las cláusulas tienen un plazo de un año, esta cláusula es abusiva porque viola el Art. 17 literal “d” de la ley de protección al consumidor por restringir los derechos que le confiere la ley al consumidor.

El tercer aspecto está relacionado con obligar al cliente a pagar por un servicio que no ha sido recibido, primero se presenta un ejemplo que grafica la situación que se desea exponer: su teléfono móvil o la línea telefónica está averiada y la reparación se realizará en un plazo máximo de 30 días; sin embargo, usted se encuentra obligado contractual a pagar los cargos básicos de las facturas emitidas a pesar de no haber hecho uso durante todo ese periodo, esta cláusula, bajo el supuesto de que no exista responsabilidad por

¹⁸⁵Código Civil, Art. 2254.

parte del usuario (por ejemplo: el desperfecto del aparato celular sea de fábrica), es abusiva porque no hay un servicio que haya justificado el cobro, se podría ver como un enriquecimiento ilícito.

Limitación de Responsabilidad de la Compañía: Una de las cláusulas que más frecuentes son aquellas que están encaminadas a limitar la responsabilidad de la compañía que brinda Servicios, entre ellas se pueden mencionar las relacionadas a la garantía de los equipos vendidos, la responsabilidad en la ejecución del servicio y la responsabilidad sobre software de fábrica de la terminal.

Las cláusulas más comunes son aquellas que están encaminadas a eximir de responsabilidad a las empresas por las interrupciones o mal funcionamiento de los servicios por condiciones atmosféricas, otras cláusulas están encaminadas a limitar la responsabilidad en cuanto al mantenimiento o reparaciones, estas estipulan que el mantenimiento y cuidado del equipo será responsabilidad exclusiva del cliente, si necesita reparaciones estas serán por cuenta del cliente sin que pueda exigir compensación por las mismas¹⁸⁶.

En tercer lugar, existen cláusulas que exoneran de responsabilidad a la compañía por daños en la configuración o funcionamiento de los equipos¹⁸⁷, así como de software instalados en ellos. Este tipo de cláusulas, independientemente de las variantes que se mencionaron, van en contra de la Ley de Protección al Consumidor por violar el Art. 17 literal “a”.

Modificación Unilateral de Condiciones Contractuales: Los contratos son

¹⁸⁶Código Civil, Art. 151.

¹⁸⁷Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 17, Literal A.

acuerdos de voluntades encaminados a generar obligaciones para las partes, sin embargo, se han encontrado contratos en los que al parecer no son acuerdos de voluntades, sino meras declaraciones de una de las partes, e incluso se ha establecido que basta con que una parte modifique el contenido del contrato para que sea válido.

Una de estas cláusulas establece que las compañías pueden variar razonablemente el valor de la cobertura global mensual, así como los deducibles indicados, previa notificación al cliente, la cláusula deja claro que basta la notificación y no es necesario que el cliente exprese si está de acuerdo o no con el contenido de la variación.

También se han encontrado contratos en los que da lugar a que las compañías telefónicas a su sola discreción, sin responsabilidad y sin necesidad de autorización judicial o administrativa, puedan dar por terminado el plazo de vigencia de los contratos, bastando que den aviso por ciertos días hábiles previos, esto es claramente una cláusula abusiva, puesto que el cliente no puede dar la terminación sin responsabilidad ni modificar unilateralmente las condiciones tal como lo hace la compañía, es decir no hay equidad entre las partes. Para finalizar el análisis de esta cláusula, el modificar unilateralmente el contrato es una clara violación al Art. 17 literal “b” de la ley de protección al consumidor.

Reserva del Derecho de Propiedad en la Venta a Plazos de Terminales: Existen compañías que establecen cláusulas que se reservan la propiedad de los terminales o equipos hasta el pago íntegro del precio. Lo anterior es una clara violación al Código Civil¹⁸⁸, específicamente en los Arts. 1675 y

¹⁸⁸Código Civil, Art. 1676, CC.

1676, dichos artículos lo que establecen es que si el vendedor, en el contrato, establece que *“se reserva el dominio hasta el pago total del aparato”*, entonces dicha cláusula no tiene otro efecto más que exigir el pago del precio o la resolución del contrato, y en cualquiera de las opciones, incluir la indemnización por daños y perjuicios (el Art. 1675 es una aplicación específica del Art. 1360 del Código Civil).

Suspensión de Otros Servicios en Contratos Diferentes si el Cliente Llega a, Incumplir en Uno de Ellos: El Art. 1360 del Código Civil habla de la condición resolutoria tácita, en la cual se establece que por incumplimiento de una de las partes se puede resolver el contrato, sin embargo, cuando un consumidor incumple con el pago, la compañía telefónica se reserva el derecho de suspender totalmente el Servicio, y en caso que el cliente haya contratado más servicios con la misma compañía (por ejemplo: tiene otra línea telefónica), la suspensión se aplica también a estos.

Se considera que esta es una cláusula abusiva porque si el cliente está insolvente en una relación contractual la cual, si puede suspenderse, pero no pueden suspender el resto de relaciones contractuales, es decir no puede suspender todas las líneas que ha contratado porque no hay una causal válida.

Soporte por Parte del Cliente de las Costas, Gastos Procesales y Honorarios Profesionales, Resultantes de Cualquier Conflicto o Controversia con la Compañía Telefónica: También se han detectado cláusulas que tienen por objeto limitar las demandas, estableciendo el pago de costas, gastos procesales e incluso honorarios profesionales a los clientes, dichas cláusulas establecen que tendrán la obligación de cancelarlo solo en caso que el cliente resulte condenado en el conflicto o controversia, esta cláusula es abusiva puesto que es el juez quien determinará dentro de la sentencia quién cancela

lo anterior y además viola el Art. 17 literal “d” de la ley de protección al consumidor¹⁸⁹.

4.4.1. Actividad Contractual

Actividad Contractual Criminalizada más Relevantes en la Sociedad Salvadoreña: Una de las consecuencias más importantes del carácter sinalagmático de las obligaciones es la llamada excepción de incumplimiento contractual (excepto non adimpleticontratus), que se funda en la regla de la ejecución simultánea y en la idea de que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya, ninguna de las partes de una obligación sinalagmática puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la propia obligación. Autonomía Contractual y Accesoriedad: El contrato penal es autónomo del contrato principal, pero con una autonomía relativa, se trata de un contrato conexo, y más precisamente de un contrato accesorio, ya que no puede subsistir después de extinguida la obligación principal (Art. 1442)¹⁹⁰, en este sentido, la cláusula penal es similar a otros contratos de garantía como la fianza, la prenda, la hipoteca o la anticresis.

4.4.2. Resolución con Responsabilidad y Penalidades por la No Terminación Contractual

Tipos de Cláusula Penal: Suele distinguirse entre cláusula penal compensando

¹⁸⁹Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 17, Literal B.

¹⁹⁰Código Civil, Art. 1442, CC.

y cláusula penal moratoria, la primera es aquella que tiene por función avaluar los perjuicios del incumplimiento total o parcial de la obligación, y la segunda tiene por finalidad asegurar los perjuicios del retardo en el cumplimiento.¹⁹¹

Esta clasificación debiera, a nuestro juicio, perfeccionarse, teniendo en cuenta la diferente naturaleza de los perjuicios que pueden ser resarcidos a través de la cláusula penal y los intereses del acreedor que la cláusula pretende tutelar, nos parece que es necesario diferenciar dos tipos de cláusulas penales compensatorias, por una parte, es posible que se pretenda asegurar lo que es el valor de la prestación incumplida (cumplimiento por equivalente) y por otro que se intente resarcir los perjuicios conexos o consecuenciales al incumplimiento que son mayores, al valor de prestación, al primer supuesto, podemos llamarlo pena compensatoria sustitutiva, mientras al segundo lo denominamos pena compensatoria indemnizatoria, Finalmente, hemos de añadir la cláusula penal que es puramente punitiva, la posibilidad de pactar este tipo de pena es admitida expresamente por el código si las partes así lo expresan ya que se permite en caso de pacto expreso que se acumule la reclamación de la obligación principal o la indemnización de perjuicios ordinaria y cobrar adicionalmente la pena.

En suma, podemos distinguir cuatro clases de cláusulas penales: (a) Pena compensatoria sustitutiva, (b) Pena compensatoria indemnizatoria, (c) Pena moratoria, (d) Pena puramente punitiva.

El procedimiento a seguir a raíz del incumplimiento contractual de las telefonías en el salvador está en primera instancia regulado en la Ley de

¹⁹¹Aída Kemelmajer de Carlucci, *“La Cláusula Penal y la Resolución de los Contratos”*, 2ª Ed., (Edit. De Palma, Buenos Aires, Argentina: 1981), 28.

telecomunicaciones y otros procedimientos solución de reclamos de los usuarios Art. 98, que versa de la siguiente manera:¹⁹²“Art. 98. El operador deberá resolver, en un plazo máximo de diez días hábiles y sin costo alguno, los reclamos que presenten los usuarios de los servicios de telefonía fija y móvil”, las causas por las que los usuarios podrán interponer un reclamo, son las siguientes:

Facturación: montos que figuran en el recibo o comprobante de pago que se reclama y respecto a los cuales el usuario desconoce el consumo del servicio o el título del cual se deriva el derecho de la empresa operadora para facturarlos, en el caso de reclamos por facturación de servicios suplementarios o adicionales, el reclamo por facturación incluirá los montos por el concepto reclamado que hubieren sido facturados, incluso en recibos anteriores al recibo respecto al cual se presenta el reclamo. Cobro del servicio sin costo alguno: montos cobrados al usuario por el servicio público de telefonía fija y móvil, que corresponden a conceptos distintos a los oportunamente facturados, y respecto de los cuales el usuario desconoce el consumo del servicio o el título del cual se deriva el derecho de la empresa operadora para cobrarlo.

Instalación o activación del servicio: incumplimiento de la empresa operadora de la instalación o activación del servicio a la que se hubiere comprendido al momento de la contratación o cuando la empresa operadora estableciera un plazo mayor al permitido por la normatividad vigente para proceder a dicha instalación o activación, incluye también el incumplimiento de la empresa

¹⁹²Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 98.

operadora en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados por el usuario; ley de telecomunicaciones¹⁹³.

Traslado del servicio: incumplimiento de la empresa operadora de efectuar el traslado del servicio en la fecha en la que se hubiere comprometido o cuando frente a una solicitud de traslado, no hubiere respuesta o no se encontrase conforme con la misma.

Suspensión o corte del servicio: casos en los que el usuario considere que ha sufrido una suspensión injustificada o que su servicio ha sido cortado sin causa justificada.

Calidad de idoneidad en la prestación del servicio incluyendo veracidad de la información brindada al usuario: problemas derivados de un inadecuado funcionamiento de la red que generan insatisfacción del usuario, tales como la comunicación imperceptible, el ruido y la interferencia en la línea, la imposibilidad de hacerse escuchar y el servicio intermitente, del mismo modo, se considerarán como problemas de calidad de los servicios públicos de telefonía fija y móvil, los que surgen como consecuencia de la prestación misma del servicio o del incumplimiento de la obligación de informar verazmente a los usuarios sobre el servicio o sobre el estado de los reportes que hubieren formulado.

Falta de entrega del recibo o de la copia del mismo solicitada por el usuario, Incumplimiento por parte de la empresa operadora en efectuar las devoluciones ordenadas por la SIGET a favor del usuario¹⁹⁴.

¹⁹³Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 158.

¹⁹⁴Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 158, 157.

Tarjetas de pago físicas o virtuales: problemas derivados de la prestación de servicios mediante sistemas de tarjetas de pago, tales como, la habilitación del servicio, el crédito que otorga la tarjeta de pago, entre otros; Negativa de la empresa operadora a contratar con el solicitante del servicio; y, otras medidas que señale la, SIGET.

Las empresas operadoras deberán contar con su sistema de registro de reclamos, en el cual se consignen los datos generales de reclamos efectuados por los usuarios, el reclamo presentado, así como las notificaciones, medios probatorios y demás documentos referidos al mismo, deberán formar un expediente cuya organización y conservación será responsabilidad de las empresas operadoras, las empresas operadoras asignarán al expediente un código o número de reclamo, mismo que se mantendrá en el transcurso del procedimiento administrativo, las empresas operadoras adoptarán las medidas necesarias a fin de preservar la unidad e intangibilidad del expediente de reclamo, las partes tienen derecho a conocer en cualquier momento, del estado de la tramitación de sus reclamos, así como tener acceso al expediente correspondiente, las partes podrán solicitar se les expida copia simple o certificada de las piezas del expediente correspondiente al trámite de reclamo, la solución del reclamo, favorable o desfavorable, deberá ser fundamentada y suscrita por el o los funcionarios responsables, con indicación expresa de cada uno de los medios probatorios actuados que sustenten su decisión y de las normas legales aplicadas en la resolución de cada caso.

La notificación de la solución del reclamo deberá ser comunicada por escrito al usuario afectado, al día siguiente de vencido el plazo, enviando una copia de la misma a la SIGET; dicha notificación se efectuará en la dirección donde se remiten los recibos por el servicio reclamado o en la que el usuario hubiere señalado por escrito durante el procedimiento de reclamo, de no obtener

ninguna comunicación el usuario en el plazo establecido, se considerará la solución a su favor, quedando el operador obligado a compensarlo por los daños que le hubiere ocasionado, en caso de cobros indebidos, deberá reintegrar la cantidad que el usuario haya cancelado al operador, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes, si el usuario no aceptare la solución a su reclamo propuesta por el operador, podrá interponer queja ante la defensoría del consumidor.

La SIGET, a requerimiento de la defensoría del consumidor, deberá presentar un informe técnico sobre el reclamo, en un plazo máximo de ocho días hábiles, para ello el operador estará obligado a proporcionar a la SIGET, a requerimiento de ésta y en un plazo no mayor de tres días hábiles después de recibida la solicitud¹⁹⁵, el respaldo documental de los cobros o condiciones de prestaciones del servicio, según sea el caso, asimismo, el operador deberá enviar el expediente correspondiente al reclamo.

Si la resolución emitida por las autoridades que velan por la protección al consumidor fuere favorable al usuario, el operador quedará obligado a compensarlo por los daños que le hubiere ocasionado, en casos de cobros indebidos, deberá reintegrar la cantidad que le usuario haya cancelado al operador, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes de igual manera el incumplimiento del contrato da acceso a poder dar por finalizada la prestación de servicios de acuerdo al Título IV: protección al usuario capítulo único, derechos y obligaciones derechos del usuario: Art. 29, son derechos de los usuarios:

¹⁹⁵Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 159.

A que en el contrato de servicio respectivo se especifiquen claramente los términos y condiciones bajo los cuales recibirá el servicio, especialmente en lo referente a calidad, cobertura, tarifas y continuidad del mismo; y además también se regula que: A que los operadores resuelvan sus reclamos por el incumplimiento del contrato de los servicios de telecomunicaciones, por cobros indebidos o por cualquier otra causa de las establecidas en el Art. 98 de esta ley, de acuerdo al procedimiento determinado en este cuerpo legal; debiendo entenderse como servicio de telecomunicaciones el o los conceptos definidos en la presente ley.

En este sentido la superintendencia de electricidad y comunicaciones es la encargada de emitir las respectivas resoluciones en los casos del incumplimiento de las telefonías, dichas resoluciones deberán luego ser presentadas en la defensoría de protección al consumidor¹⁹⁶; los motivos que dan pie a las mencionadas resoluciones los encontramos en el Art. 32 y 34 de la ley de telecomunicaciones.

Infracciones Menos Graves:(a) Art. 32, son infracciones menos graves, (b) d) No especificar claramente en el contrato de servicio de telefonía respectivo, los términos y condiciones bajo los cuales se prestará el servicio, especialmente en lo referente a calidad, cobertura, tarifas y continuidad del mismo; infracciones muy graves.

Art. 34. Son infracciones muy graves: (a) f) Negarse a cumplir con las resoluciones que emita la SIGET, de acuerdo a los procedimientos establecidos en esta ley, incluyendo lo referente a las prácticas anticompetitivas.

¹⁹⁶Ley SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012, Arts. 29, 32, 43, 98, 166.

4.4.3.1. Responsabilidad Indemnizatoria

Para determinar la indemnización que deberá imponérsele a la telefónica que incurra en una infracción o en un incumplimiento contractual deberá llevarse ante los tribunales competentes para que esta sea fijada, de acuerdo al reglamento de telecomunicaciones vigente desde el año 1998 en su Art. 43 se regulan los tipos de sanciones que se podrán imponer a las telefonías.

Art. 43. Sanciones: La operadora que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior, sin perjuicio de la reparación de los daños ocasionados, será juzgada y sancionada por la superintendencia de telecomunicaciones con una de las siguientes sanciones: (a) Amonestación escrita y otorgamiento de un plazo razonable para reparación o corrección de la causa de la infracción; (b) Sanción pecuniaria de uno hasta cincuenta salarios mínimos vitales generales, y otorgamiento de un plazo razonable para corregir la causa de la infracción; (c) Suspensión temporal de los servicios, y la sanción económica, que le imponga la superintendencia de telecomunicaciones; (d) Suspensión definitiva de la concesión para operar el STMC; y (e) Cancelación de la concesión o autorización y negativa al otorgamiento de nuevas¹⁹⁷.

La cancelación definitiva sólo se aplicará si la causa de la suspensión temporal no es corregida dentro de un plazo razonable concedido, la superintendencia de telecomunicaciones no podrá aplicar por sí sola esta sanción, su aplicación corresponde únicamente al CONATEL mediante resolución, y en concordancia con los términos del contrato de concesión, previo informe de la superintendencia de telecomunicaciones. Claramente se puede observar que

¹⁹⁷Ley SIGET, Acuerdo No. 587-E-2012, Arts. 163.

dentro de nuestro derecho interno la regulación es clara en establecer una sanción que podríamos considerar indemnizatoria de hasta cincuenta salarios mínimos vigentes, que se refiere al estipendio mínimo mensual que debe pagar el empleador al trabajador en general en virtud de un contrato de trabajo, a partir de la década de 1970 se crearon varias remuneraciones, bonificaciones y compensaciones que, según la ley, deben pagarse adicionalmente al salario básico mensual, el presente indicador se refiere fijado por la autoridad competente¹⁹⁸.

4.4.4. Responsabilidad Indemnizatoria.

Se discute en la doctrina y jurisprudencia si para pedir indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una obligación proveniente de un Contrato bilateral, debe el actor demandar la resolución del contrato o no. para algunos no procede pedir indemnización compensatoria sin que se demande la resolución del contrato, según otros, el acreedor puede elegir entre pedir la indemnización de perjuicios o la resolución contractual, pero si solicita la primera subsiste el resto de las obligaciones contractuales, incluso las que él pueda adeudar a su contratante.

Desequilibrio Entre las Partes Sobre Responsabilidad Indemnizatoria por Resolución del Contrato: Otra cláusula de interés que es aplicada tanto por las compañías telefónicas que operan en El Salvador, es la relativa a la resolución unilateral del contrato por parte del cliente, el cual tiene por consecuencia la aplicación de la cláusula penal, en general, cuando el cliente decide la terminación anticipada del contrato, es obligado a pagar una cantidad

¹⁹⁸Ministerio de Trabajo y Previsión Social, D.E.No. 1, 2, 3 y 4 en el D.O.No. 236, Tomo 413, 19 de diciembre de 2016.

previamente estimada o estimable, en El Salvador es aplicado cuando se ofrece un servicio telefónico pospago (por ejemplo: contrato de línea móvil por 12 meses); sin embargo, existe una diferencia muy trascendental en las prácticas realizadas por las compañías telefónicas de ambos países: en el salvador, cualquier motivo provoca la aplicación de la cláusula penal, independientemente de que el consumidor tenga la razón, por el contrario, cuando la compañía modifica el contrato, le permite al cliente la resolución sin responsabilidad¹⁹⁹.

Establecimiento Unilateral de la Cuantía de las Garantías por Parte de la Compañía Telefónica: Esta cláusula establece que queda a criterio de la compañía telefónica delimitar cuándo se otorgará la garantía, así como el tipo de garantía y la cuantía, sin embargo, cabe resaltar que son un poco más respetuosos de los derechos del consumidor por no exigir garantía, salvo que se den cualquiera de las siguientes situaciones²⁰⁰:

Cuando el cliente haya sido con anterioridad abonado al servicio telefónico y hubiera dejado impagados uno o varios recibos, en tanto subsista la morosidad. Cuando el cliente tuviera contraídas deudas por otro u otros contratos de abono, vigentes o no en ese momento o bien que de modo reiterado se retrase en el pago de los recibos correspondientes.

Cuando excepcionalmente lo autorice la secretaría de estado de telecomunicaciones y para la sociedad de la información en caso de haberse detectado de modo cierto la existencia de fraude o tipos de fraude.

¹⁹⁹José Raúl Gonzales Velásquez, "Análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica en El Salvador", (tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centro Americana José Simeón Cañas, San Salvador, El Salvador, 2000), 46.

²⁰⁰Gonzales Velásquez, "Análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica", 223.

Se puede apreciar que la diferencia fundamental entre las prácticas de las compañías telefónicas en el salvador y es que en este país se restringen las condiciones por las cuales se exige la garantía, no así en el salvador.

Cuando Toma Identidad de Delito, el Acto Contractual: El engaño: estafa e imputación objetiva Por todo lo anterior, una vez más repetimos que el problema de fijar la cualificación del engaño para determinar su relevancia jurídico penal debe resolverse conforme a los criterios de la teoría de la imputación objetiva, cuyos rasgos esenciales analizaremos a continuación.

En primer lugar, asumir una delimitación necesaria del engaño típico en sede de imputación objetiva significa necesariamente que no es correcto afirmar el rechazo a priori de un engaño típico a efectos del delito de estafa que no implique una puesta en escena.

En segundo lugar, previamente se cree ,que sobre este tema resulta sumamente relevante tener presente que el punto de vista desde el que se observe a la víctima cambia totalmente según se trate del juicio de imputación objetiva de la conducta o del resultado, se cree en efecto, que se debe tener como base un modelo de víctima para poder de esa manera construir la tipicidad desde un ámbito objetivo, y, por esta razón, se tiene que dejar de lado las características de la víctima y del progreso causal.

En tercer lugar, si la estafa en cuanto delito de resultado debe ser analizada conforme lo propugna la teoría de la imputación objetiva, entonces, las mismas deficiencias imputadas a las teorías causales en el ámbito pueden ser objetadas en el ámbito de la estafa. Y para finalizar, se define y se discute que basta, la sola existencia de una cláusula abusiva dentro del contrato telefónico el cual podrá ser, motivo para que el cliente mediante su derecho de retracto.

CAPÍTULO V
LA MATERIALIZACIÓN Y OCULTAMIENTO DE LA ESTAFA EN LOS
CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS DE
TELECOMUNICACIONES EN EL SALVADOR

El presente capítulo tiene como propósito demostrar la ejecución forzada de la obligación como la forma de cumplimiento por equivalencia de la misma, al no producirse el cumplimiento perfecto, íntegro, oportuno y voluntario por parte del deudor, características contractuales del contrato de prestación de servicios, como medio para la realización del delito, determinaciones de la mora según las empresas telefónicas en el salvador, y los plazos para interponer reclamos por cobros indebidos.

5.1. Los Tipos de Actos Contractuales, Resolución y Cuantía

Contratos de Adhesión: Las personas necesitan interrelacionarse con otras a nivel social, psicológico, económico, etc., respecto de este último punto, el económico, cuando los individuos llegan a un acuerdo de voluntades y crean obligaciones, es lo que se conoce comúnmente en derecho civil como contrato. En los contratos, el acuerdo de voluntades se da por medio del consentimiento, el cual es un elemento vital de todo contrato ya que es un requisito de la esencia del mismo. para que se genere el consentimiento, debe atravesar por dos etapas: la oferta y la aceptación, estas dos etapas, la oferta y la aceptación, serán parte de los elementos a estudiar en el presente ensayo, puesto que la revolución industrial, el desarrollo tecnológico y las comunicaciones, entre otros factores han provocado una masividad en las contrataciones de productos y servicios, para lograr la masividad de un producto o servicio, el oferente se ha visto en la necesidad de pasar de una

negociación con cada cliente, que implica una redacción de condiciones según el consenso final, a la elaboración de documentos que contengan las condiciones de contratación y las cuales no pueden ser negociadas por el aceptante, esto último es lo que se conoce como “*contrato de adhesión*”.

5.1.1. Responsabilidad Contractual al Haber Incumplimiento

Incumplimiento unilateral: Se produce cuando la causa del incumplimiento de las obligaciones provocada por una sola de las partes, sea el deudor (lo normal) o el acreedor.

Incumplimiento unilateral pasivo²⁰¹: El comercio ha invertido en tecnologías para pagar y así facilitar la responsabilidad contractual del deudor, es aquel provocado por el deudor ante su negativa a prestar en forma exacta, íntegra y oportuna la obligación, y se traduce en el derecho del acreedor de exigir la ejecución forzada y/o la indemnización de perjuicios.

Ejecución Forzada de la Obligación: La ejecución forzada de la obligación es la forma de cumplimiento por equivalencia de la misma, al no producirse el cumplimiento perfecto, íntegro, oportuno y voluntario por parte del deudor, la ejecución forzada de la obligación constituye además la materialización del derecho de prenda general o garantía común de los acreedores, dado que es por medio de ella que el ordenamiento jurídico permite el cumplimiento de las obligaciones a través de la afectación de todos los bienes embargables del deudor, cuando éste no realiza un cumplimiento voluntario, perfecto, íntegro y oportuno de su obligación.

²⁰¹Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, Art. 169.

Ejecución Forzada de la Obligación de Dar: Por regla general, las legislaciones establecen que el cumplimiento forzado de una obligación de dar sea por medio de la enajenación o venta de bienes (suficientes) del deudor en remate o pública subasta, diligencia que, dependiendo de la clase de bien a ejecutar, se realiza a través del propio tribunal, un martillero o un corredor de bolsa.

Ejecución Forzada de la Obligación de Hacer: Normalmente los ordenamientos jurídicos de las diversas legislaciones permiten al juez fijarle un plazo al deudor para que cumpla su obligación de hacer y en caso de desobediencia, facultan al acreedor o ejecutante pedir al juez que nombre a un tercero para que la ejecute a costa del deudor, si no se ejecuta o si la obligación fuere no fungible (personalísima), se continúa el procedimiento ejecutivo de una obligación de dar (remate o subasta de bienes del deudor). En el salvador el sector de la telefonía móvil ha evolucionado en tal medida que las empresas administradoras ofrecen a los usuarios dos sistemas de uso celular, teléfono móvil post pago y línea fija en el caso de los móviles con plan post pago es, que consiste en el cierre de un contrato por un periodo determinado donde el usuario escoge un plan de consumo y está en la libertad de sobrepasarlo, recibiendo posterior y mensualmente su factura de consumo.

Así mismo en este tipo de contrato se incluye el cobro por cuotas de la terminal a utilizar, entre las ventajas que se posee en este contrato se encuentran las facilidades de pago, acceso a seguros por robo, extravió y desperfecto de fábrica, en este tipo de sistemas el usuario tiene opción de mantener un control sobre su consumo y la frecuencia de uso de este, lo cual le beneficia en gran medida al usuario, en relación a su presupuesto personal, la cantidad de líneas, post pago, ya que se reportan ocho millones doscientos seis mil seiscientos diez (8, 206,610) líneas, o de usuarios que tienen el servicio y que lo aceptaron de manera fácil, rápida.

5.2. Características Contractuales del Contrato de Prestación de Servicios, como Medio para la Realización del Delito

Análisis de las cláusulas empleadas en la contratación telefónica en El Salvador ya se había mencionado en el apartado anterior la clasificación de las cláusulas abusivas y de las posiblemente abusivas empleadas en la contratación telefónica, además, se explicaron varias de ellas que eran utilizadas en el salvador, por ejemplo, la cláusula arbitral; sin embargo, la mayoría de las cláusulas son empleadas por las compañías telefónicas que operan en El Salvador y se analizarán en esta sección.

El desequilibrio entre las partes sobre responsabilidad indemnizatoria por resolución del contrato, otra cláusula de interés que es aplicada tanto por las compañías telefónicas que operan en El Salvador es la relativa a la resolución unilateral del contrato por parte del cliente, el cual tiene por consecuencia la aplicación de la cláusula penal. En general.

Sin embargo, existe una diferencia muy trascendental en las prácticas realizadas por las compañías telefónicas de ambos países: en el salvador, cualquier motivo provoca la aplicación de la cláusula penal, independientemente de que el consumidor tenga la razón, por el contrario, cuando la compañía modifica el contrato, le permite al cliente la resolución.

5.2.1. Determinación de la Mora Según las Empresas Telefónicas en El Salvador

Según los contratos de Digicel y telefónica, se cobra un valor de \$3.00 o el 3% del interés mensual, el que resultare mayor, la libertad de contratación les permite a las partes fijar las sanciones por las cuales se regirán en caso de

incumplimientos o retrasos y el Código Civil lo regula a través de la cláusula penal (Arts. 1406 al 1415) y la ley de protección al consumidor establece que el cálculo del *“interés moratorio se calculará y pagará sobre el capital vencido y no sobre el saldo total de la deuda”*, Art. 12 inciso final, además, el mismo artículo establece que no pueden pactarse intereses sobre intereses y, al ser una ley especial, tiene aplicación sobre las leyes generales el código civil, se puede concluir que la fijación de los intereses moratorios no viola la ley de protección al consumidor y por tanto esta cláusula es legal²⁰².

Contradicción Entre Cláusulas del Contrato Principal: Se pudo detectar en un contrato de línea fija pos pago de telefónica una contradicción entre las cláusulas, específicamente la relacionada sobre la firma del contrato, por una parte, establece que se debe firmar el contrato y los anexos y por otro lado establece que con la firma del contrato acepta el contenido de los anexos, por tanto existe una contradicción que para ser resuelta debe analizarse la cláusula a favor del consumidor, según el Art. 16 de la ley de protección al consumidor, por consiguiente, al interpretar el contrato, se deduce que el consumidor debe firmar tanto el contrato como los anexos, porque de esa forma existen mayores probabilidades de que haya tenido acceso a toda la documentación pertinente más que tratarse de una cláusula abusiva se trata de una cláusula oscura, que debe interpretarse a favor del consumidor visto que se aplica la regla contra proferente, donde la interpretación más favorable para el adherente es la que prevalecerá, la razón es de carácter lógico visto que existe la probabilidad que la parte dominante del contrato (compañía telefónica) haya creado a propósito la confusión en la cláusula para aprovecharse del vacío contractual al momento del cumplimiento de las obligaciones o de un reclamo judicial, en este sentido, es más razonable que

²⁰²Código Civil, Art. 1360, 1406, 1415.

se entienda a favor del consumidor la interpretación porque él no tuvo opción en la redacción del contrato y se mantiene su buena fe al momento de firmar.

Intercambio de Información Crediticia: Esta cláusula establece que las compañías telefónicas están autorizadas para que reporten el comportamiento crediticio de los usuarios a las entidades dedicadas al tratamiento de datos crediticios y personales, además autoriza a que sus datos formen parte del historial de las bases de datos de empresas especializadas de servicios de información y burós de crédito.

La ley de protección al consumidor solo establece como regla que la información personal y crediticia podrá ser compartida cuando exista una autorización expresa del consumidor (Art. 18 literal "g"), por tanto, la cláusula es completamente válida. Sin embargo, establece una cláusula en la cual se atribuye la posibilidad de realizar evaluaciones del estado crediticio del cliente con posterioridad a la suscripción del servicio, y en caso de cambiar negativamente su estado crediticio (por ejemplo: se ha detectado que es un deudor moroso), puede resolver unilateralmente el contrato sin penalización alguna, esto sí es una cláusula abusiva porque no es justificado que, por el simple temor de no cumplir su obligación, terminen el contrato, bajo este supuesto, el cliente tendrá el derecho de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, basados en el Art. 1360 del Código Civil. Cláusulas Relacionadas al Pago:

En cuanto a las cláusulas relacionadas al pago se ha decidido hacer una división de tres supuestos. El primer supuesto, es que la no recepción de la factura no justifica la falta de pago. Segundo supuesto está relacionado con el establecimiento de límites del plazo para interponer reclamo por cobros indebidos.

Tercer supuesto trata sobre la obligación del cliente de pagar por un servicio no recibido, respecto de la no recepción de la factura como causal para no pagar, las compañías telefónicas de el salvador han regulado esta situación al establecer cláusulas que expresamente dicen que la falta de recepción de la factura no dispensa al cliente del pago de la cantidad al servicio facturado, esta práctica también ya se detectaron empresas que establecen que mientras no se produzca la comunicación o la aportación de datos y no se ha abonado alguna cantidad se considerará “*pendiente de abono*”, esta cláusula no viola los derechos del consumidor porque usualmente el contrato fija el monto mínimo mensual y el cliente no puede alegar la falta de factura para no preocuparse por realizar el pago, otra situación fuera que al consultar el saldo a pagar sea muy diferente al estimado por el cliente, que podría, bajo ese entendido, alegar que el tiempo para realizar el reclamo no cuenta, sino desde que obtiene una copia de la factura.

En relación con los plazos para interponer reclamos por cobros indebidos, es necesario iniciar este apartado resaltando que las compañías telefónicas aplican cláusulas que buscan limitar plazos fijados por la ley, específicamente el Código Civil, según el Código Civil en su Art. 2254²⁰³, las acciones prescriben extintivamente en diez años si es una acción ejecutiva y en veinte años si es una acción ordinaria.

Los contratos de las compañías telefónicas establecen que el cliente puede interponer reclamos hasta tres meses después de la fecha en que canceló los montos cobrados indebidamente, es decir, si ha sido víctima de un cobro indebido tiene que realizar el pago y hasta después solicitar que se le reintegre.

²⁰³Código Civil, Art. 4454, CC

También se encontró una cláusula que establece que acciones en contra de las cláusulas tienen un plazo de un año, esta cláusula es abusiva porque viola el Art. 17 literal "d" de la ley de protección al consumidor por restringir los derechos que le confiere la ley al consumidor, el tercer aspecto está relacionado con obligar al cliente a pagar por un servicio que no ha sido recibido o en su defecto si recibió pero el cliente no lo solicitó estableciendo con anterioridad la debida solicitud de baja del servicio por el mismo usuario, por diferentes motivos y que entre ellos pueden ser la no satisfacción de este, en algunos o todos sus aspectos por parte de la compañía respecto al servicio ofrecido ya sea por señal ,cobertura, precios, publicidad engañosa o modificaciones en tablas tarifarias ofrecidos con anterioridad, etc. o si el cliente desea cancelar el servicio simplemente por la falta de ingresos económicos y al este no poder seguir cancelando el servicio tenga y este el pleno derecho de exigir la cancelación.

Ejemplo Número Uno Sobre, Casos Tentativos de Estafa en Estas Empresas Telefónicas: Se presenta un ejemplo que grafica la situación que se desea exponer: es que el cliente ya siendo activo dentro de la compañía telefónica y con una cuenta de línea prepago, la telefonía celular logra identificar qué tipo de personas ingresan tiempo saldo, con frecuencia a su teléfono móvil, ayudándose de una base de datos en muchos casos interna ,y que mediante la contratación de empleados ya sea de ventas o atención al cliente, llamando de forma aleatoria al usuario, que realiza las recargas activas y periódicamente, denominándolo un cliente potencial o idóneo de estafa, para que de forma engañosa promocionarle que su línea telefónica ,pase de prepago a postpago, haciéndolo por vía telefónica de forma promocional y dinámica, explicando únicamente las ventajas de realizar dicha operación, buscando por lo general perfiles de personas, en muchos casos son susceptibles a la estafa de la contratación de un servicio de telefonía, mediante

falsas promesas como por ejemplo y una de las principales es el poderle dar de baja al servicio cuando este lo desee, dichas compañías solo se basan en un pequeño filtro de preguntas generales como, edad, ingresos, frecuencias de compra de saldos etc., sin mayor investigación, del cliente o asegurarse si este efectivamente, brinda la información real y verídica, dejando así una discrepancia en cuanto a que si compañía , actúa de buena fe frente a sus usuarios u omite la realidad y veracidad de la información que el cliente brinda al momento de la llamada , o solo utilizar la omisión para poder crear el ambiente idóneo que permita introducir del delito de estafa , la estafa contractual , mediante el velo de los planes pospago.

Ejemplo Número Dos de Casos Tentativos de Estafa en Estas Empresas Telefónicas: Su teléfono móvil o la línea telefónica está averiada y la reparación se realizará en un plazo máximo de 30 días; sin embargo, usted se encuentra obligado contractual a pagar los cargos básicos de las facturas emitidas a pesar de no haber hecho uso durante todo ese periodo, esta cláusula, bajo el supuesto de que no exista responsabilidad por parte del usuario (por ejemplo: el desperfecto del aparato celular sea de fábrica), es abusiva porque no hay un servicio que haya justificado el cobro, se podría ver como un enriquecimiento ilícito.

Limitación de Responsabilidad de la Compañía: Una de las cláusulas que más frecuentes son aquellas que están encaminadas a limitar la responsabilidad de la compañía que brinda servicios, entre ellas se pueden mencionar las relacionadas a la garantía de los equipos vendidos, la responsabilidad en la ejecución del servicio y la responsabilidad sobre software de fábrica de la terminal.

Las cláusulas más comunes son aquellas que están encaminadas a eximir de

responsabilidad a las empresas por las interrupciones o mal funcionamiento de los servicios por condiciones atmosféricas, otras cláusulas están encaminadas a limitar la responsabilidad en cuanto al mantenimiento o reparaciones, estas estipulan que el mantenimiento y cuidado del equipo será responsabilidad exclusiva del cliente, si necesita reparaciones estas serán por cuenta del cliente sin que pueda exigir compensación por las mismas

En tercer lugar, existen cláusulas que exoneran de responsabilidad a la compañía por daños en la configuración o funcionamiento de los equipos, así como de software instalados en ellos.

Modificación Unilateral de Condiciones Contractuales:

Los contratos son acuerdos de voluntades encaminados a generar obligaciones para las partes, sin embargo, se han encontrado contratos en los que al parecer no son acuerdos de voluntades, sino meras declaraciones de una de las partes, e incluso se ha establecido que basta con que una parte modifique el contenido del contrato para que sea válido, una de estas cláusulas establece que las compañías pueden variar razonablemente el valor de la cobertura global mensual, así como los deducibles indicados, previa notificación al cliente, la cláusula deja claro que basta la notificación y no es necesario que el cliente exprese si está de acuerdo o no con el contenido de la variación.

5.6 Cláusulas Abusivas

Ya se ha mencionado en varias ocasiones el concepto de “cláusula” pero ¿qué es? una cláusula es *“cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, particular”*, las cláusulas se clasifican en esenciales, de la naturaleza y accidentales, según el Art. 1315 del Código Civil Salvadoreño, la cláusula es

lícita cuando no viola la ley, el orden público o las costumbres, si viola cualquiera de estos se considera que es ilícita, dentro de estas últimas se encuentran las cláusulas abusivas.

La definición legal de “cláusulas abusivas” en la legislación salvadoreña no se encuentra en el código civil, si no en la ley de protección al consumidor en su Art. 17 que las define como: *“todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”*²⁰⁴.

Interesante es el hecho de que además de dar esta definición presenta una serie de ejemplos, pero no deben aceptarse como únicos o taxativos visto que el propio artículo utiliza la expresión *“tales como”*. Establecimiento unilateral de la cuantía de las garantías por parte de la compañía telefónica esta cláusula establece que queda a criterio de la compañía telefónica delimitar cuándo se otorgará la garantía, así como el tipo de garantía y la cuantía, sin embargo, cabe resaltar y que son un poco más respetuosos de los derechos del consumidor por no exigir garantía, salvo que se den cualquiera de las siguientes situaciones :Cuando el cliente haya sido con anterioridad abonado al servicio telefónico y hubiera dejado impagados uno o varios recibos, en tanto subsista la morosidad.

Cuando el cliente tuviera contraídas deudas por otro u otros contratos de abono, vigente son o en ese momento o bien que de modo reiterado se retrase en el pago de los recibos correspondientes.

²⁰⁴De la Maza y S. Cruz, “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes”, 56

Cuando excepcionalmente lo autorice la secretaría de estado de telecomunicaciones y para la sociedad de la información en caso de haberse detectado de modo cierto la existencia de fraude o tipos de fraude.

Se puede apreciar que la diferencia fundamental entre las prácticas de las compañías telefónicas en el salvador. Las cláusulas que restringen los plazos para interponer reclamos por cobros indebidos son abusivas por violar el art. 17 literal “d” de la ley de protección al consumidor ya que restringen los derechos que le confiere la ley al consumidor.

Las cláusulas que obligan al consumidor a pagar por un servicio que no ha recibido y en el cual el primero no ha tenido responsabilidad es abusiva ya que hay un enriquecimiento ilícito por parte de la compañía telefónica.

Las cláusulas que buscan limitar la responsabilidad de la compañía que brinda servicios, entre ellas se pueden mencionar las relacionadas a la garantía de los equipos vendidos, la responsabilidad en la ejecución del servicio y la responsabilidad sobre software de fábrica de la terminal son abusivas por el art. 17 literal “a” de la ley de protección al consumidor el hecho de que exista una cláusula que permita a la compañía telefónica modificar unilateralmente el contenido del contrato. Las cláusulas que reservan la propiedad de los terminales o equipos hasta el pago íntegro del precio a favor de la compañía telefónica es una clara violación al código civil, específicamente en los Arts. 1675 y 1676, en este sentido, la compañía solo tiene derecho a pedir la ejecución del contrato o La resolución y en cualquiera de los dos casos, a pedir la indemnización por daños y perjuicios (art. 1360 del código civil)²⁰⁵.La

²⁰⁵García Rubiola *Absoluta Invalidez*, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales, 325-337.

cláusula que autoriza a la compañía telefónica para que suspenda todos los servicios que tiene registrados el cliente en distintos contratos por incumplimiento en uno de ellos es abusiva porque cada contrato implica situaciones distintas y no puede alegarse el temor de un posible incumplimiento. Aunado a lo anterior se puede mencionar que el mismo Art. 17 inciso final presenta criterios de evaluación de las cláusulas abusivas, siendo estos: el analizar la naturaleza del bien o del servicio, las circunstancias en las cuales se perfeccionó el contrato y las demás cláusulas del mismo contrato o de otro documento anexo al mismo.

Otra definición la presenta la *“ley de protección al consumidor (versión comentada)”* en la cual se profundiza un poco más la definición legal señalando que son todas las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor puede establecer en un contrato, que coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos, es decir, vayan contra la buena fe, causándole un perjuicio a las cláusulas abusivas, según el Art. 17 de la ley de protección al consumidor, son *“todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los Derechos y obligaciones de las partes”*, las legislaciones extranjeras analizadas tienen similares definiciones, con ciertas excepciones como Colombia que no tiene una definición, sino una enumeración de cláusulas abusivas, lo cual es negativo visto que no regula todos los posibles supuestos.

5.7. Anormalidades y Discrepancias de la Realización de los Contratos

El objetivo principal de la presente investigación es determinar si los contratos empleados por las compañías telefónicas que tienen permiso para operar en El Salvador utilizan cláusulas abusivas en los contratos relativos a servicios

telefónicos, para poder cumplir dicho objetivo fue necesario recopilar contratos, resoluciones judiciales y resoluciones administrativas contrastar la información y evaluar las cláusulas a través de la legislación actual, los resultados obtenidos se describen a continuación²⁰⁶.

Los contratos de adhesión consisten en que una de las partes (el ofertante), decide unilateralmente las condiciones esenciales del contrato, Dejándole como únicas opciones al adherente el aceptar o rechazar. El estudio de los contratos de adhesión debe hacerse desde el punto de vista del consumidor; es decir, desde las implicaciones que genera la aceptación del contrato para la parte más débil, especialmente si se incorporan cláusulas abusivas. Contrastando la teoría de los contratos de adhesión con los contratos de servicios telefónicos, se comprueba que todos los contratos son de adhesión, no existe posibilidad de modificar las cláusulas de los mismos, salvo ciertas partes en lo referente a los precios o los tipos de plan.

En el salvador no se encontraron resoluciones judiciales o administrativas que estudien las cláusulas abusivas en los contratos telefónicos.

Las prácticas de las compañías telefónicas en el salvador, lo cual se hace notar más especialmente cuando se trata de la misma compañía, ejemplo de ello es la redacción de los contratos y del equilibrio que presentan en ambos países como el caso de movistar de telefónica. La cláusula arbitral empleada por las compañías telefónicas que operan, es abusiva por: generar un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes; la falta de imparcialidad, habiendo resoluciones a favor de la compañía telefónica; el lugar donde se realizará el arbitraje es fuera del domicilio del consumidor; y las costas por la ejecución del arbitraje recaen sobre el consumidor y al sumar esta con la

²⁰⁶Ley de Protección al Consumidor, D.E.No.52, Art,17.

cuantía reclamada provoca un gran perjuicio económico para este²⁰⁷.

La firma del contrato telefónico pre impreso, no implica la aceptación de la cláusula arbitral bajo las circunstancias en las cuales se presenta, lo anterior quiere decir que, si una cláusula de relevancia no se encuentra de ninguna forma resaltada del resto del texto, entonces se entiende por no aceptada, esto no solo aplica a la cláusula arbitral, sino que puede ser a cualquier otra cláusula de interés, por ejemplo, la cláusula penal.

Como la ley de protección al consumidor no protege a personas que no tengan el carácter subjetivo, no son consumidores (por ejemplo: una persona jurídica o una persona natural que ocupa el servicio telefónico para incorporarlo a sus productos), entonces pueden alegar ante los juzgados de lo civil y mercantil la cláusula abusiva por abuso de posición dominante. La resolución unilateral del contrato por parte del cliente tiene por consecuencia la aplicación de la cláusula penal, en general, cuando el cliente decide la terminación anticipada del contrato, es obligado a pagar una cantidad previamente estimada o estimable, en el salvador, es aplicado cuando se ofrece un servicio telefónico pos pago (por ejemplo: contrato de línea móvil por 18 a 24 meses); sin embargo, existe una diferencia muy trascendental en las prácticas realizadas por las compañías telefónicas de ambos países: en el salvador, cualquier motivo provoca la aplicación de la cláusula penal, independientemente de que el consumidor tenga la razón cuando la compañía modifica el contrato, le permite al cliente la resolución sin responsabilidad.

La resolución anticipada del contrato realizada por la compañía telefónica no está regulada contractualmente, lo fundamental de esta observación es que

²⁰⁷García Rubio, *LeysobreCondicionesGeneralesdeContratación*,325-337.

por una omisión voluntaria la compañía telefónica no responderá al cliente si aquella decide finalizar anticipadamente el contrato, provocando en este sentido.

Un “*desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales*”, para nivelar esta situación es recomendable que cuando se presente este evento, la interpretación del juzgador sea aplicar la misma cláusula en contra de la compañía telefónica.

5.8 Dolo y Mala Fe en la Elaboración de Contratos de Prestación de Servicios

Para poder determinar los parámetros que utilizan las empresas de telefonía en el salvador para poder elaborar contratos que afecten la integridad económica de las familias salvadoreñas mediante el engaño así mismo es el elemento más importante y esencial de la estafa; es decir, en la conducta engañosa que realiza el sujeto activo, es el componente característico que permite diferenciarlo con otros tipos penales como el hurto, apropiación indebida, etc. En punto a las diferencias entre el dolo civil y penal, en el delito de estafa, esta sala casaciones lo relaciona con el momento de su aparición, y ello porque si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estamos, en todo caso, ante un “el engaño y el correspondiente ánimo engañoso, han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter dañoso, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución” en términos comunes se entiende al ardid como los artificios o mañas, siendo el objetivo primordial de la estafa, hacer creer algo que es falso; entendiendo por engaño, la falta de verdad en lo que se dice o hace, la simulación u ocultamiento de lo que realmente existe, por ello sería una falsa apreciación de la realidad. “la acción de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier

otro modo algo que no es verdad”, atribuye que el engaño consiste en una declaración intencionalmente falsa, pero una simple mentira no incurriría en un engaño que produjera un perjuicio patrimonial en otra persona, no adecuándose así al delito de estafa contractual. *“Engaño bastante para producir error”* e imputación del error a la propia víctima *“La doctrina con frecuencia ha intentado resolver la cuestión tomando como eje de la solución la exigencia del tipo de estafa de que el engañoso bastante para producir error”*.

Este requisito se ha entendido por parte de la doctrina más autorizada como un nivel mínimo de idoneidad del engaño: el engaño ha de ser suficiente como para producir error aun agente medio en ese concreto sector del mercado, si se trata de un engaño burdo, que sólo podría desorientar a un agente económico descuidado, no cabrá hablar de staff. No se puede analizar aquí adecuadamente la compleja cuestión de la imputación del error a la propia víctima por considerarlo consecuencia de su propio descuido más que del engaño del autor, sin embargo, sí deben hacerse algunas consideraciones, necesariamente breves, en relación con el deslinde entre dolo civil y estafa, en mi opinión, la diferencia entre dolo civil y dolo penal no puede derivarse sin más de si el engaño es o no *“bastante para producir error”* del engaño²⁰⁸.

El Dolo: Se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en el supuesto de hecho, es decir el conocer y querer realizar los elementos objetivos del tipo, de este concepto es donde se determinan los elementos del dolo vinculando al ilícito en estudio que son el elemento cognoscitivo y el volitivo.

²⁰⁸José Raúl González Velásquez, (coordinador) Lcdo. César Mauricio González Flores, *“Análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica”*, (tesis de grado en Licenciatura en Ciencias Jurídicas, UCA, 2011), 107.

El conocimiento que requiere el sujeto en la conducta engañosa no es científico o exacto sino propio de una persona común que sabe, que al manifestar o hacer creer algo que no es cierto produce una concepción falsa en otra persona, más aun si la finalidad es obtener de esta, algún provecho económico; y la voluntad es considerada como proyección en la realidad, se refiere a la voluntad expresada proyectada al exterior, es decir que la acción dentro de los contratos, al estudiar este elemento en el tipo es necesario plantear su clasificación.

Dolo Directo: Es aquel que se encuentra en los contratos que realizan las empresas de telecomunicaciones, en la que realización típica llevada a cabo, es la perseguida por el autor; donde lo que importa al sujeto es el resultado que persigue, existe una intención, aun cuando la producción del resultado no se presente como segura, en otras palabras, el sujeto conoce a plenitud, que se encuentra realizando los elementos objetivos del tipo, y además, quiere realizarlos²⁰⁹.

Dolo Directo en Segundo Grado de Consecuencias Necesaria: Esta referido a la conciencia y la voluntad que el autor tiene, no respecto al resultado principal de su plan sino de aquellos resultados que deben producirse como medios necesarios; significa que al autor lo que le interesa no es el resultado principal sino las consecuencias provenientes de este.

Dolo Eventual: Quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico y no deja de actuar frente a ello.

²⁰⁹Gloria Ortega Reinoso *“Contenido Obligacional del Contrato de servicios”*(Universidad de Granada. 2014), 25

Se ha llegado a la conclusión que el delito de estafa se efectúa solo por el dolo directo, por que el sujeto activo realiza la conducta engañosa con la intención de llegar a obtener un provecho de ella, provocando que la víctima se despoje de su patrimonio y así se denota el perjuicio patrimonial, cuya acción está prohibida en la normativa penal. Y no cabría la posibilidad de un dolo eventual porque hay una previsibilidad del resultado en el que no existe a cabalidad el elemento volitivo, y en el delito de estafa es un requisito SINE QUANON el elemento volitivo y cognoscitivo por igual.

5.9 Las Características y Actividades Relevantes de la Estafa

En los contratos contractuales de prestación de servicio que prestan las telefonías en el salvador, la culpabilidad es el último apartado dentro del estudio de la teoría del delito que consisten en un juicio de reproche que se realiza sobre el agente que cometió la infracción penal (delito de estafa) que en este caso se refiere al sector de telefonía en el salvador, además deben de valorarse aspecto causales de esa irreprochabilidad, pero no aquellas que van referidas al autor, los cuales son relevantes a efecto de imponer una pena, tal como lo estipula el Art. 63,pn. Este apartado se encuentra integrado por tres elementos que facilitan establecer la responsabilidad de una persona, las cuales son: Imputabilidad: Se entiende como la capacidad racional que tiene el sujeto activo para poder motivarse por la norma o de adecuar su actuar según lo dispuesto en la norma penal En el particular caso de la estafa, es necesario entonces, que el sujeto tenga la capacidad mental, para determinar que su actuar (engañoso) es un hecho ilícito y por ello reprochable²¹⁰.

²¹⁰Hernán Corral Falciani, "La Cláusula Penal en la Resolución del Contrato" de Derecho Civil (tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho Universidad de Santiago de Chile, 2011) 120.

La Conciencia de la Antijuridicidad: Respecto de este elemento, significa que el sujeto sabe que su conducta no está jurídicamente permitida; sino prohibido constituyendo una limitante cuando el sujeto tiene conocimiento que determinado comportamiento le es prohibido; a contrario sensu si la conducta no está restringida, y este no tiene conocimiento de la prohibición no existe limitante en su actuar.

El sujeto activo debe de tener conciencia del hecho que está ejecutando; es decir, de la actividad engañosa, que provoca un perjuicio patrimonial, que está prohibido en el tipo penal de estafa, en ese sentido sabe que produce un hecho prohibido para el ordenamiento jurídico, *“el estafador debe estar consciente de la injusticia o ilegalidad de su acto, por tratarse de un delito predominantemente intelectual”*.

La Exigibilidad de una Conducta Diferente: Frente a determinadas circunstancias que se presentan, el legislador exige del sujeto activo un comportamiento diferente, son comportamientos incómodos o difíciles, pero no imposibles, el legislador no exige comportamientos heroicos; en el sentido que vaya a salvaguardar bienes jurídicos, y no lesionándolos. Así mismo logramos determinar que los actos y las características más relevantes de la estafa son las que detallamos anteriormente estableciendo que cada característica es un hecho esencial de la punibilidad de las conductas contractuales que las empresas de telefonía logran ejecutar mediante engaños y en este caso mediante los contratos de prestación de servicios que muchos salvadoreños adquieren, con las diferentes telefonías, radicadas en el país y así mismo los nacionales al verse afectados, con cláusulas abusivas, disfrazadas de ofertas y promociones de servicios. Las empresas de telefonía en el salvador logran manifestar que dichos contratos y cláusulas establecidas pre contractualmente

no logran vulnerar derechos al consumidor bajo la excusa que son esenciales dentro del contrato.

5.10 Medios de Realización Contractual Verbal y Escrita

¿Cuándo es válido un contrato verbal?: El famoso *“donde dije digo, digo diego”* cobra un sentido especial en los contratos verbales, es habitual que haya malentendidos o múltiples interpretaciones si no se ha redactado el acuerdo por escrito. Pero ¿cuándo es válido un acuerdo de palabra? ¿Hay algún modo de probar su existencia en caso de conflicto?, validez de un contrato verbal, los contratos son acuerdos de voluntades y pueden tomar diversas formas, la forma contractual es el medio a través del cual se exterioriza el consentimiento de las partes. la voluntad de contratar puede mostrarse a través de hechos o actos concluyentes. El contrato verbal es perfectamente válido excepto en los casos en los que la ley obligue a realizarlo en forma escrita, como en el caso de creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, para los que se exige escritura pública ante notario, aunque son perfectamente legales, plantean un gran problema ya que es complicado probar su existencia en caso de incumplimiento.

¿Hay algún modo de probar su existencia en caso de Conflicto?: Los acuerdos de palabra suponen un problema en caso de desacuerdo, puede ser que resulte difícil probar su existencia porque una de las partes lo niega, o que ambas acepten su existencia, pero estén en desacuerdo respecto al contenido. y aunque es cierto eso de *“las palabras se las lleva el viento y lo escrito permanece”*, en ocasiones, puede tener solución.

Testigos: los testigos son una prueba admitida por el derecho, por lo que es posible demostrar la existencia del acuerdo o alguna condición del contenido

si ellos estaban presentes en el momento que se celebró.

Actos: pueden ser actos anteriores, simultáneos o posteriores que muestren la intención de contratar de ambas partes.

Hechos: hechos que puedan demostrar que el contrato verbal realmente se celebró.

Documentos: es posible que no haya un contrato por escrito detallando los términos, pero sí se conserven recibos bancarios, facturas, emails y otro tipo de documentos que pueden demostrar su existencia.

Por lo que el contrato tendrá validez siempre y cuando el contenido se pueda demostrar mediante cualquier medio admitido por el derecho.

5.11 Elementos del dolo en los contratos de telecomunicaciones constituidos como estafa

Con la expresión "*dolo del contrato*" se hace referencia a todos aquellos casos en los que el contrato no llega a desplegar sus efectos a los que estaba destinado, los contratos son para cumplirlos y así nos obligamos mediante nuestra firma en ellos²¹¹. Por tanto, podemos decir que los supuestos de ineficacia contractual pueden dividirse en dos grandes bloques.

El Dolo: Actuar dolosamente significa maliciosamente para captar tu atención, hablaremos del dolo como vicio del consentimiento, consiste en inducir a otros a celebrar un contrato que incurre en error, como el error lo ha provocado la

²¹¹José Raúl González Velásquez (coordinador), Lcdo. César Mauricio González Flores, "análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica" (tesis de licenciado en ciencias jurídicas, universidad centroamericana José Simeón Cañas, 2011), 109

otra parte se considera dolo como vicio del consentimiento, así lo recoge el Art. 1269 CC: *“hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”* y se completa con el Art. 1270 CC que dice: *“para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave.”*

Los Elementos que Requiere el Dolo para que Produzca Nulidad Contractual son: Que el dolo sea grave, llevado a cabo con intención o con mala intención consciente y deliberada de engañar a la otra parte. sin embargo, el llamado dolo bueno, referente a enunciar las excelencias del bien o servicio que se oferta, no es dolo propiamente dicho. El dolo tiene que inducir a la otra parte a celebrar el contrato, es decir, ha de tratarse de un dolo determinante o dolo causante, dado la ausencia de este, la otra parte no lo hubiera contratado. El dolo determinante se opone al dolo incidental, el cual se limita a decir que tendrá lugar la indemnización de daños y perjuicios, Art. 1270 CC, *“que el dolo no haya sido empleado por las dos partes contratantes”* si esto sucediese, la actuación de mala Fe de ambas partes excluye la protección de la buena fe, en caso de dolo por ambas partes, estamos ante una compensación.

Dolo, una parte compensa, anula o destruye el dolo de la otra parte, en mi opinión habría que ver la gravedad del dolo, si es igualitario o si una parte fue más agresiva en su amenaza, engaño o daño, y también habrá que tener en cuenta la situación de la persona que recibe el daño, pues entendemos que no es lo mismo un discapacitado, un anciano habrá que atender al grado personal.

Los elementos del dolo como ineficacia del contrato: es aquel que está afectado por la existencia de los elementos esenciales del contrato que no resultan admisibles para el ordenamiento jurídico, dentro de la invalidez, según

la gravedad de las circunstancias podemos distinguir entre:

Nulidad (contratos que pueden ser nulos). Anulabilidad (contratos que pueden ser anulables). Error. Violencia. Intimidación Dolo. Los contratos se determinan por medio de la existencia del hecho punitivo del contenido determinando así mismo como parámetros del acto penal que realizan las empresas de telecomunicaciones en el salvador disfrazan las clausulas.

5.12 Tipos de actos contractuales en los cuales se materializa la estafa

Los actos contractuales previos al contrato son aquellos que determinan y materializan la estafa por medio de ellos es que el delito se origina, es asique el cliente o el ciudadano que adquiere un producto de las telefonías.

CTE Telecom Personal, S.A. de C.V. informa a sus clientes

que a partir del 2 de enero de 2018 las tarifas de lista para el servicio público de telefonía, son las siguientes:

Tarifas de lista para el servicio móvil Prepago (Incluyen IVA, No Incluyen CESC)

Destinos	Cobro al minuto	Cobro al segundo
Llamadas de Móvil a Móvil Red Claro	\$ 0.11890	\$ 0.00198
Llamadas de Móvil a Móvil otras redes	\$ 0.14100	\$ 0.00235
Llamadas de Móvil a Fija Red Claro	\$ 0.09900	\$ 0.00165
Llamadas de Móvil a Fija otras redes	\$ 0.09780	\$ 0.00163
Llamadas a USA y Canadá	\$ 0.16000	\$ 0.00266
Mensajes de texto a Red Claro y otras redes móviles	\$ 0.08	
Consulta de buzón de voz. Suscripción semanal	\$ 0.30	
Consulta de saldo *999 y *555# tarifa por evento	\$ 0.11	

- Para los clientes que están en el Plan Habla y Gana el cobro será al minuto. Las tarifas aplican para saldo recargado y bonificado.
- Sin Fronteras Prepago el cobro será al minuto de tarifa local cuando el cliente esté en cualquier país de C.A. y Panamá.
- Para clientes fuera del Plan Triple Saldo Siempre, su orden de consumo es: saldo promocional, saldo bono y saldo de recarga, no aplica envío de mensajes desde cuenta bono.
- Para clientes con Plan Triple Saldo Siempre, su orden de consumo es: saldo de recarga, saldo bono, saldo promocional, si aplica el envío de mensajes desde las cuentas bono y promocional.
- Para consultar la vigencia de los saldos marca *85 o en nuestra página web.

Navegación GPRS móvil Prepago (Tarifa incluye IVA, No incluye CESC)

Tarifa por KB	Tarifa por MB
\$ 0.00005	\$ 0.05

Cobro iniciará a partir de \$0.00005 KB según uso de navegación, por cada 1.024 KB consumidos se cobrará tarifa por MB. Tarifa aplica a nivel nacional, Centroamérica y Panamá.

Tarifas de lista para el servicio de telefonía fija Pospago (Incluyen IVA, No Incluyen CESC)

Detalle	Tarifas
Cargo de acceso residencial	\$4.97200
Cargo de acceso comercial	\$4.97200
Llamada de Fijo a Fijo Claro	\$0.03835
Llamada de Fijo a Fijo otros operadores	\$0.03736
Llamada de Fijo a Móvil Claro	\$0.10765
Llamada de Fijo a Móvil otros operadores	\$0.11752

Cobro de llamada por minuto
Cargo de acceso cobro mensual

Plan dure lo que dure

Cobro por evento

\$ 0.10 a red Claro móvil

\$0.099 a red fija Claro

Tarifa de móvil a móvil Claro, del segundo 1 al 59 = \$0.00166 y para la tarifa móvil a red fija Claro, del segundo 1 al 59 = \$0.00165. Tarifas incluyen IVA, No incluyen CESC.

CTE, S.A. de C.V. informa a sus clientes

que a partir del 2 de enero de 2018 las tarifas de lista para el servicio público de telefonía, son las siguientes:

Tarifas de lista 155 desde línea fija Pospago (Incluyen IVA, No Incluyen CESC)

Destino	Tarifa por minuto
GRUPO 1 Norteamérica (EE.UU., Canadá, Hawaii, Alaska, Puerto Rico y México) horario pleno y reducido horario fin de semana	\$ 0.42 \$ 0.29
GRUPO 2 Costa Rica, Honduras, Guatemala y Nicaragua horario pleno horario reducido y fin de semana Belice y Panamá	\$ 0.40 \$ 0.32 \$ 0.40
GRUPO 3 Suramérica	\$ 0.85
GRUPO 4 Europa	\$ 1.07
GRUPO 5 Resto del mundo (Asia, África, Oceanía, Caribe)	\$ 1.30

Horario Pleno: Lunes a viernes de 7:00 a.m. a 6:59 p.m.
Horario Reducido: Lunes a jueves de 7:00 p.m. a 6:59 a.m.
Horario Fin de Semana: Viernes de 6:59 p.m. a lunes 6:59 a.m.

Tarifas de lista para el servicio de telefonía fija Pospago (Incluyen IVA, No Incluyen CESC)

Detalle	Tarifas
Cargo de acceso residencial	\$4.97200
Cargo de acceso comercial	\$4.97200
Llamada de Fijo a Fijo Claro	\$0.03835
Llamada de Fijo a Fijo otros operadores	\$0.03736
Llamada de Fijo a Móvil otros operadores	\$0.11752

Cobro de llamada por minuto
Cargo de acceso cobro mensual

Planes Llamadas Larga Distancia Internacional*

Plan	Cuota mensual	Tarifa por minuto dentro del plan	Minutos incluidos en plan
30 x 3	\$3.39	\$0.11	30
100 x 10	\$11.30	\$0.11	100

30 o 100 minutos para llamadas internacionales a cualquier parte del mundo, a través de Línea Fija Claro por el 155. Tarifas incluyen IVA, No incluyen CESC. *Oferta válida para clientes residenciales.



2250-5555 www.claro.com.sv / clientes@claro.com.sv



CTE Telecom Personal, S.A. de C.V. informa a sus clientes
que a partir del 2 de enero de 2018 las tarifas de lista para el servicio de Telefonía Móvil Pospago son las siguientes:

Planes Control						Tarifas aplicables al terminar el bolsón de minutos			
Planes Pospago 360° 2018	Minutos incluidos en el plan	Paquete de navegación planes con equipo	Paquete de navegación planes sin equipo	Paquete de Redes Sociales planes con equipo	Paquete de Redes Sociales planes sin equipo	Tarifas a móviles y fijos red Claro	Tarifas a móviles de otras compañías	Tarifas a fijos de otras compañías	Tarifas a móviles y fijos red Claro u otras compañías en C.A., Panamá y Norteamérica
Plan \$15	100	1GB	2GB	WhatsApp ilimitado	WhatsApp ilimitado	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780
Plan \$20	150	2GB	5GB	WhatsApp ilimitado	WhatsApp ilimitado	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780
Plan \$30	200	3GB	7GB	3GB para Twitter + WhatsApp ilimitado	WhatsApp ilimitado	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780
Plan \$40	400	5GB	10GB	5GB para Facebook, Instagram y Twitter + WhatsApp ilimitado	WhatsApp ilimitado	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780

Planes Pospago con facturación abierta						Tarifas aplicables al terminar el bolsón de minutos			
Planes Pospago 360° 2018	Minutos incluidos en el plan	Paquete de navegación planes con equipo	Paquete de navegación planes sin equipo	Paquete de Redes Sociales planes con equipo	Paquete de Redes Sociales planes sin equipo	Tarifas a móviles y fijos red Claro u otras compañías en C.A. y Panamá	Tarifas a móviles de otras compañías	Tarifas a fijos de otras compañías	Tarifas a móviles y fijos red Claro u otras compañías en C.A., Panamá y Norteamérica
Plan \$60	500	7GB	12GB	7GB para Facebook, Instagram y Twitter + WhatsApp ilimitado	WhatsApp ilimitado	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780
Plan \$80	700	10GB	N/A	10GB para Facebook, Instagram y Twitter + WhatsApp ilimitado	N/A	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780
Plan \$100	1,000	12GB	N/A	12GB para Facebook, Instagram y Twitter + WhatsApp ilimitado	N/A	\$0.00000	\$0.14100	\$0.09780	\$0.09780

Consideraciones:

- Cuota de Planes Pospago 360° incluyen IVA y CESC.
- Tarifas y planes aplican para contrataciones a 18 meses.
- Para Planes Pospago 360° con equipo incluido en su cuota mensual ya incluye garantía extendida y financiamiento del equipo.
- Tarifas incluyen IVA. No incluyen CESC.
- Las tarifas detalladas son al minuto, sin embargo el cobro es al segundo exacto para llamadas nacionales. En llamadas realizadas en los países de la región centroamericana el cobro es al minuto exacto.
- En larga distancia internacional para llamadas a USA y Canadá en Plan Pospago de facturación abierta el cobro es al minuto exacto y al resto del mundo el cobro es al segundo exacto a partir de los 20 segundos.
- En los Planes Control las llamadas de larga distancia internacional cuentan con cobro al minuto exacto.
- Planes Pospago 360° incluye el beneficio de Sin Fronteras para llamar y navegar desde Canadá hasta Panamá.
- En los Planes Pospago con facturación abierta al realizar llamadas fuera de los destinos de Centroamérica, Panamá y Norteamérica el cobro se recargará a la facturación mensual.
- Bolsón de minutos de Planes Control y Planes Pospago con facturación abierta aplica para los destinos de Centroamérica / Panamá / Norteamérica.
- En los Planes Control al finalizar el bolsón de minutos el cliente deberá recargar saldo prepago para continuar haciendo llamadas, manteniendo las tarifas del plan contratado.
- En los Planes Control al realizar llamadas fuera de los destinos de Centroamérica / Panamá / Norteamérica el cliente deberá recargar saldo prepago.
- Los planes incluyen de forma automática el servicio de Roaming de voz, por lo que el cliente cuando viaje lo tendrá disponible a menos que no desee utilizarlo, deberá solicitar la deshabilitación en la agencia más cercana.
- En los Planes Control la utilización del servicio Roaming fuera de los destinos de Centroamérica / Panamá / Norteamérica se deberá recargar saldo. En los Planes Pospago de facturación abierta, los servicios bajo la modalidad de Roaming fuera de los destinos Centroamérica / Panamá / Norteamérica se cobrará por separado en la factura que periódicamente recibe.
- Las llamadas entrantes originadas en los países de Centroamérica / Panamá / Norteamérica no tienen costo para el cliente tanto en los planes de facturación abierta como en los Control.
- Los países incluidos en Centroamérica son: El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.
- Los países incluidos en Norteamérica son: México, Estados Unidos, Canadá, Alaska, Hawái y Puerto Rico.
- Paquetes de redes sociales y WhatsApp ilimitado tiene cobertura solo en El Salvador y su consumo fuera del territorio nacional será descontado del paquete de navegación incluido en el plan contratado. WhatsApp ilimitado aplica para chat, descarga de imágenes, descarga de videos y reproducción de notas de voz.
- Al finalizar la capacidad del paquete contratado de Planes Pospago de facturación abierta y Control, el cliente tiene la opción de seguir navegando, al adquirir paquetes de navegación adicional que el cliente podrá comprar por medio de la URL www.paquetes.claro.com.sv/af, www.internet.miclaro.com.sv o marcando al *2008. Para caso de clientes con Planes Control, adicionalmente tiene la opción de continuar navegando a granel a una tarifa de \$0.02 IVA incluido por megabyte, no incluye CESC (\$0.00002 por kilobyte IVA incluido. No incluye CESC).
- En los Planes Control para comprar paquetes de navegación adicional o navegar a granel deberá recargar saldo prepago.
- En el caso de los Planes Pospago de facturación abierta para comprar paquetes de navegación adicional el cobro se recargará a su factura mensual.
- Los clientes recibirán alertas de consumo por medio de mensajes de texto notificándoles cuando se han consumido el 50%, 80% y 100% de la capacidad de navegación base y paquete adicional.

PAQUETES PARA AUMENTO DE NAVEGACIÓN PLANES CON EQUIPO

Paquete	Paquete de Redes Sociales	Precio
5GB	5GB para Facebook, Instagram y Twitter + WhatsApp ilimitado	\$10.39
10GB	10GB para Facebook, Instagram y Twitter + WhatsApp ilimitado	\$22.78

Precios de paquetes incluyen IVA y CESC.
 Paquete de aumento de capacidad de 5GB y 5GB de redes sociales aplica para los planes de \$15, \$20 y \$30.
 Paquete de aumento de capacidad de 10GB y 10GB de redes sociales aplica para los planes de \$15, \$20, \$30, \$40 y \$60.

PAQUETES PARA AUMENTO DE NAVEGACIÓN PLANES SIN EQUIPO

Paquete	Paquete de Redes Sociales	Precio
5GB	WhatsApp ilimitado	\$10.39
10GB	WhatsApp ilimitado	\$22.78

Precios de paquetes incluyen IVA y CESC.
 Paquete de aumento de capacidad de 5GB y 5GB de redes sociales aplica para los planes de \$15.
 Paquete de aumento de capacidad de 10GB y 10GB de redes sociales aplica para los planes de \$15, \$20 y \$30.

SERVICIOS

Mensajes de texto a todas las redes	Mensajes multimedia a todas las redes
\$0.06	\$0.10

Tarifas aplican a todos los Planes. Precios incluyen IVA. No incluyen CESC.

Tarifa de la llamada a buzón de voz: \$0.30 por evento
 Tarifa kb a granel nacional para Planes Control \$0.00002
 Tarifa kb a granel nacional para Planes Pospago con facturación abierta \$0.00002
 Tarifa kb a México \$0.0068 kb
 Tarifa kb a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay, Jamaica, España, USA: \$0.0173 kb
 Tarifa kb a países resto del mundo: \$0.0258 kb
 Todas las tarifas incluyen IVA. No incluyen CESC



f **t** 2250-5555

www.claro.com.sv / clientes@claro.com.sv

Tablas sobre tarifas y planes ofrecidos a las personas que desean adquirir servicios telefónicos, de forma engañosa relativamente a precios accesibles²¹².

POSPAGO.					
Planes Cuota Mensual	Tarifa Mensual	Llamadas a Celulares Digicel	Llamadas a Otras Redes	Llamadas a Línea Fija	
10	\$10	\$0.12000	\$0.12000	\$0.10350	\$0.12000
15	\$15	\$0.00000	\$0.12000	\$0.00000	\$0.12000
20	\$20	\$0.00000	\$0.12000	\$0.00000	\$0.12000
30	\$30	\$0.00000	\$0.12000	\$0.00000	\$0.12000
40	\$40	\$0.00000	\$0.12000	\$0.00000	\$0.12000
60	\$60	\$0.00000	\$0.12000	\$0.00000	\$0.12000

Plan	SMS Otras Redes	SMS Internacionales	SMS USA/Can
Plan \$10	\$0.05	\$0.15	\$0.05
Plan \$15	\$0.05	\$0.15	\$0.05
Plan \$20	\$0.05	\$0.15	\$0.05
Plan \$30	\$0.05	\$0.15	\$0.05
Plan \$40	\$0.05	\$0.15	\$0.05
Plan \$60	\$0.05	\$0.15	\$0.05

Servicio Pospago: la empresa que el usuario decide, ofrece a sus clientes de telefonía móvil una variedad de planes, según las necesidades de los usuarios entre las opciones: Los cuales tienen, planes individuales: estos planes van desde un consumo de \$23.99 de dólar hasta \$155.99 dólares, con algunas variaciones en el costo del minuto dependiendo del plan a utilizar rango que en toda su extensión y que deja un buen margen de ganancia.

²¹²Boletín informativo, entregado por la empresa y marca telefónica registrada como, telefónica, (El Salvador mayo, 2018).

Cada plan conviene posee un cargo básico mensual, si este cargo básico se agota antes de finalizar el ciclo de facturación, el usuario podrá seguir hablando y el excedente será cobrado adicionalmente en su próxima facturación a modo estratégico y con fechas de facturación muy puntuales para las empresas telefónicas, y que al no explicarlas con exactitud crean una confusión en el cliente que permiten que funcionen como engranaje de pago obligatorio²¹³.

5.13 La estafa, acto como medio de engaño en relación a los contratos de prestaciones de actividades irregulares relevantes

Los actos separables de la de los contratos en particular, por consiguiente, los actos separables también pueden ser demandados en acción contractual, cuando sean el fundamento de la nulidad contractual absoluta del contrato son, principales actos separables que se producen con la operación administrativa contractual.

De Adjudicación: La resolución la cual adjudica el contrato puede ser impugnada mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o en acción de nulidad objetiva dentro de los treinta (30) días a su comunicación, notificación o publicación, si se deja vencer este término para ejercer la acción, el acto separable no podrá ser atacado, solo si se demanda como nulidad absoluta del contrato. La notificación de la adjudicación se hace al favorecido a los demás participantes se les comunica la decisión.

La impugnación del acto puede ser por cualquiera de los vicios que afectan el

²¹³Boletín informativo, entregado por la empresa y marca telefónica registrada como, telefónica, (El Salvador, mayo, 2018).

acto administrativo como son falsa motivación, por desviación de poder, también se puede impugnar mediante la acción contractual una vez celebrado el contrato, para obtener la nulidad absoluta.

Naturaleza de la adjudicación: el acto concreta el vínculo obligacional, ata a las partes, ya que mediante la administración acepta una oferta del oferente para convertirlo en contratista, y a su vez la administración con su expresión de voluntad se compromete irrevocablemente, el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario, la adjudicación es un acto administrativo en cuanto expresa la voluntad de la administración, pero produce efectos bilaterales.

Posibilidad de ejercer acción contractual: si se deja de impugnar la adjudicación u otro acto separable dentro de los 30 días que se tiene para ello, solo podrá demandarse después de celebrado el contrato como fundamento de la nulidad absoluta de éste.

Imposibilidad de demandar actos separables: si se deja vencer los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación y que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamentó de la nulidad absoluta del contrato. significando que, si el acto está viciado y no obstante al otro día se celebra el contrato, venció la oportunidad para demandar la nulidad de la adjudicación, y solo podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato en acción contractual, alegando como fundamento la misma nulidad de la adjudicación.

Efectos de la nulidad contractual de la adjudicación y límites de la condena. El Art. 44 ley hay nulidad contractual absoluta del contrato cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten. producida la nulidad

de la adjudicación la unidad debe proceder de acuerdo Art. 45 ley 80 a dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenara su liquidación en el estado en que se encuentre, teniendo en cuenta para la liquidación el Art. 48 del contrato nulo por objeto o causa licita, las prestaciones ejecutadas por el contratista hasta el monto en que la entidad se hubiere beneficiado con ellas, en cuanto a las prestaciones cumplidas le hubiere servido para satisfacer un interés público, en las demás causales de nulidad habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento en que se declare la nulidad.

Declaración Desierta de la Licitación o Concurso: El Art. 25 procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en que se declaran en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa declaración, la declaratoria de desierta, puede ser impugnada en acción de nulidad, nulidad contractual y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su notificación o comunicación como para la adjudicación.

Ausencia de adjudicación: si la entidad estatal deja inconcluso, sin justificación legal, el trámite de la contratación, sea licitación o contratación directa, que había abierto con miras a construir una obra pública, o a prestar un servicio público debe indemnizar a quienes resulten afectados con su conducta, tal hecho no debe demandarse en acción de controversia contractual si no en acción de reparación directa Art. 863, de comercio, las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen, indemnización que, se repite debe ser inequidad. Los actos de calificación y clasificación en el registro de proponentes. Lo regula el Art. 22 ley, cualquier persona inconforme con la calificación y clasificación de los inscritos, podrá impugnarla ante la respectiva cámara de

comercio, cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Dicho acto puede demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La caducidad de la acción será de cuatro (4) meses para la acción de nulidad contractual y restablecimiento del derecho.

Cuando la impugnación de dicho acto se dentro de un proceso de contratación terminado la caducidad será de 30 días, contados a partir de la comunicación, notificación o publicación según el caso.

Los demás actos (acto de apertura de la licitación, los actos que modifican, corrigen o adicionan el pliego, los que prorrogan el plazo estipulado para adjudicar o firmar el contrato) previos o separables del contrato son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

5.14 Actividad contractual de forma, identidad de la estafa

Contrato con abono de cuota de servicio post-pago el consumidor firma un contrato donde se recogen las condiciones que lo regirán, generalmente, se paga una cuota de conexión al inicio del contrato, una cuota mensual por la línea, una cantidad por establecimiento de llamada, y el coste de los segundos de comunicación telefónica que se establezcan al mes, es un sistema similar al de la telefonía fija, cada compañía oferta distintos tipos de contrato para adaptarlos a las necesidades de los clientes. Puedes formalizar el contrato del servicio de telefonía móvil personalmente, telefónicamente o telemáticamente, en todos los casos, el operador siempre tiene la obligación de entregarte el

contrato por escrito o en soporte duradero, si este no lo recibe puede solicitarlo en cualquier momento de su vigencia a través del teléfono de atención al cliente, y no tendrá ningún coste, en el momento de solicitarlo, el operador tiene que asignarte un número de referencia, para tener constancia de la petición, en el caso de contratación telefónica o electrónica (a distancia), tienes un plazo de 14 días naturales para desistir del contrato, sin tener que justificarlo.

Los Contratos Tienen que Precisar, como Mínimo, los Aspectos Sigüientes Puntos Claves que Potencian la Estafa: Si no logra establecer en el contrato el nombre o razón social del operador y el domicilio de su sede o establecimiento principal.

Omitiendo en gran manera el teléfono de atención al cliente y, si procede, otras vías de acceso a este servicio, con numeración falsa para el usuario no puedan ejecutar su molestia.

Las características del servicio ofrecidos logren ser en gran manera diferentes a, la descripción de cada una de las prestaciones incluidas en el contrato, con la indicación de qué conceptos se incluyen respectivamente a la cuota de abono y, si procede, en otras cuotas, asimismo, ha de constar el derecho de desconexión, si procede, y la forma de ejercerlo, en los supuestos previstos. Que los niveles individuales de calidad de servicio establecidos conforme a los parámetros y métodos de medida que, en su caso, determine el ministerio de industria, turismo y comercio, y las indemnizaciones asociadas al incumplimiento de los compromisos de calidad y si estas se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del usuario final, entre los parámetros mencionados figurará el relativo al tiempo de suministro de la conexión inicial.

Que no se logre dar, de manera clara, comprensible y fácilmente accesible, información sobre cualquier procedimiento establecido por la empresa para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de la red, e información sobre dudas e inconvenientes que tiene el usuario al ya no desear el plan o solicitar su anulación sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar a la calidad del servicio.

Que los precios y otras condiciones económicas de los servicios, se tienen que incluir en el contrato los precios generales relativos al uso del servicio, desglosando, en su caso, los diferentes conceptos que los integran y los servicios que están incluidos, asimismo, se tienen que especificar las modalidades de obtención de información actualizada sobre todas las tarifas aplicables y las cuotas de mantenimiento.

El detalle, en su caso, de los vínculos existentes entre el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas y otros contratos, como los relativos a la adquisición de aparatos terminales.

5.15 Medios, formas y situaciones que se den ante un tercero

Estafa: Servicios Prestados por Terceros con Pago en Factura de Compañía Telefónica: uno de los mayores ejemplos es este tipo de quejas en los usuarios, problemas con empresas de telecomunicaciones es uno similar a este, mi padre vive solo, 66 años, casi un completo analfabeto informático. me pidió que le revisara la factura de teléfono porque viene pagando una barbaridad, desde octubre de 2015 le vienen cobrando semanalmente casi de \$50.99 con el incremento reflejado de \$4.99 por *“servicios prestados por terceros con pago en factura”*, aunque ese es el nombre que le da la compañía, en la factura aparece como cobros de terceros y nombres raros, al llamar a su

compañía telefónica me explicaron que *“a veces navegando o abriendo un mensaje enviado por la misma compañía, nos aparece un mensaje y al cerrarlo sin querer estamos aceptando un alta en esos servicios”*, esto se llama estafa llamamos para cancelarlo y no dan mayor solución más, sin embargo, la compañía se ha comprometido a devolverle la cantidad pagada en ese concepto en las dos últimas facturas, más el mes en curso, a mí como a muchos usuarios, me gustaría saber qué pasos debo seguir, o cuales son los más recomendables, para denunciar esta estafa.

El servicio de pagos de las compañías de teléfono es el nuevo destinatario de los fraudes telefónicos, este servicio de pagos permite utilizar la factura de teléfono para abonar servicios que presta un tercero, es el caso de las llamadas o los SMS de tarificación adicional, que pueden ser servicios lícitos y solicitados por el cliente, pero el hecho de que todos los clientes tengan activada esta posibilidad y la facilidad y falta de control con la que pueden ser contratados hace que también sea un punto de encuentro habitual de estafadores. Lo vemos con ejemplos que afectan a clientes de la telefonía, suscripción automática, en la última semana muchos clientes de la telefonía han recibido un SMS de esta compañía indicando lo siguiente: *“Gracias por Suscribirte a Movistar, SMS, y ser parte de tu Compañía Movistar con Pagos a Terceros. Por \$ 2.05 /Semana, mas Inf. Al 22007000. Puedes Darle de Baja al Servicio Marcando #3333 Baja Suscripción: Http”* Con este mensaje la empresa telefonía, informa al cliente de que se ha suscrito a un servicio, aunque no dice a cuál, por el que ha de pagar \$2,05 dólares a la semana, los afectados indican que ellos no han activado ni contratado nada y que además tienen ciertas dificultades para darse de baja, ya que deben realizarlo desde el área de cliente pagos si es que por ser una cantidad de facturación demasiado baja la empresa hace pensar al cliente que no tiene mayor símbolo, pero que pasa si esta misma empresa logra captar un mercado de miles de

personas en su totalidad cuanta ganancia estas obtienen bajo la estafa. Aparentemente es necesario aceptar las condiciones del servicio, aunque algunos receptores del mensaje indican que la activación fue automática, de hecho, estos envíos aleatorios de SMS se reciben también en línea utilizadas por menores, y éstos tienen la posibilidad de contratar este servicio sin ningún tipo de control, formalizar la baja del servicio, pese a lo indicado, no es posible desde la propia aplicación.

5.16 Resoluciones sin responsabilidad para las compañías que cometen el delito

La acción contractual dentro del contexto de las compañías telefónicas mediante el cometimiento de un delito denominado estafa permite derivar el ejercicio de dicha acción, la responsabilidad que queda en la entidad o el contratista, por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato o por los actos que produzca la entidad que afecten al contratista. La responsabilidad, no es otra cosa que la obligación de asumir las consecuencias del incumplimiento contractual se daría cuando alguno de los contratantes incumpla la prestación a su cargo ya sea en forma total, parcial, tardía o defectuosa, eventos en los cuales el lesionado con la conducta puede acudir al juez para solicitarle la declaración de incumplimiento y su condena a la indemnización. De otro lado al referirse a la responsabilidad de las entidades estatales, les atribuye la misma por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, obligándolas a indemnizar todo el perjuicio causado en sus dos modalidades de daño emergente y lucro cesante, y que se precisa en la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, los funcionarios responden civilmente de los perjuicios causados de las

conductas, acciones, omisiones que en si misma contribuyan un hecho punible, Art. 51. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

Cuando se trate de la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores externos y en donde en forma independiente, los hechos hacen responsable del incumplimiento de las obligaciones con el contrato respectivo, y de los hechos y omisiones antijurídicos que perjudiquen a las partes del contrato, donde dichos funcionarios responderán civil y penalmente tanto por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos y omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades derivadas de la celebración y ejecución de los contratos de los cuales hayan ejercido sus servicios²¹⁴.

Por consiguiente. Hay una responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones del contrato respectivo, exigible con los instrumentos legales previstos en la ley y con el ejercicio de la acción contractual en los términos. Y existe una responsabilidad por los hechos y omisiones que le fueron imputables al contratista, con los cuales le cause un daño o un perjuicio a la entidad y que no quede comprendida en la esfera de la obligación contractual, sino en la imputación jurídica general de que todo el que cause un daño debe repararlo, que es aplicable a los hechos y omisiones dañinos en sus comportamientos dentro de un contrato y no en las obligaciones generadas como parte dentro del contrato.

²¹⁴Código Civil, Ley de 4 de febrero de 1858, Art. 51 C. C.

5.17. Limitaciones y plazos de interposiciones de reclamos que tienen

Lamentablemente en la mayoría de los negocios, sean en línea o físicos, existen quejas por parte de los clientes, y éstas son un asunto serio que no es fácil de gestionar, saber responder a las reclamaciones es muy importante debido a que una respuesta puede hacerte perder clientes o fidelizarlos y ayudar a que tu negocio crezca, antes que nada, se debería tomar en cuenta que las quejas, aunque son desagradables, son una oportunidad para: conocer la opinión del cliente: hay varios clientes que nunca se quejan y cuando deciden hacerlo puedes aprovecharlo para saber en qué estás fallando y qué debes cambiar.

Reforzar la relación con el cliente o usuario telefónico: esta es una oportunidad para que el cliente se sienta escuchado y le mostrarle el interés por atenderlo, además de satisfacer sus necesidades la oportunidad de ir más allá de sus expectativas, y que este no se sienta estafado, y para evitar que se vuelva un problema más grande, desde que este tipo de abusos telefónico contractuales se han generado las quejas y reclamaciones con las que te tocará lidiar en algún momento son más cada día, y que a pesar que estas empresas saben, que tratan con un cliente molesto por el abusos no brinda la solución adecuada, desde luego la mejor manera de resolver un problema es haciendo las cosas bien desde el principio.

En estos casos lo primero que se debe buscar es una atención personalizada, procura tratar al cliente personalmente, escúchalo y dale una respuesta personalizada, los clientes ya están hartos de la típica solución fría y calculadora, no tengas miedo a las críticas y presta atención a todas las opiniones que recibas, a cambio de esto tu negocio mejorará y tu servicio al cliente se volverá cada vez más efectivo.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El presente capítulo tiene como propósito analizar la jurisprudencia nacional e, internacional sobre los diferentes tipos de actos contractuales que se han logrado utilizar como medio del delito de estafa, así como la hipótesis general y su comprobación.

6.1 Jurisprudencia y análisis

Sentencia Definitiva Número 426-C-2006 de fecha 18/05/2017: La representación fiscal interpuso recurso de casación en contra de la confirmación del sobreseimiento definitivo emitido en el proceso penal instruido por el delito de estafa, por considerar que existió errónea aplicación de la ley al concluir la honorable cámara de que los hechos son atípicos; inobservancia de las reglas relativas a la congruencia y falta de fundamentación, lo anterior para el impetrante concurren todos los elementos del tipo penal entre estos el engaño y el detrimento patrimonial por parte del sujeto pasivo, por parte del imputado hubo ánimo de lucro, dejando claro que ha existido una ventaja patrimonial ilícita además que la sede considera que el delito de estafa está constituido por diversos elementos que lo fundamentan entre ellos el ardid, el error provocado por la acción del agente, en este caso la víctima fue engañada para que dispusiera patrimonialmente y luego confirmó su engaño al hacer la entrega de una documentación que no correspondía con la realidad, dándose así la estafa contractual.

Referencia al Recurso: Casación N° 10339/2009, interpuesto por el: Sr. Monter referido al dolo que muchos de estos casos se aplica Sentencia: N° 1061/2009

DE FECHA 26/10/2009 ,proclama que no hay pena sin dolo o culpa, hay que coincidir en que el dolo requiere conocimiento de todos o cada uno de los elementos del hecho que constituye el delito, y que ese conocimiento debe ser anterior o simultáneo a la comisión ,dogmáticamente se ha venido distinguiendo entre el dolo directo que existe cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen en el que, podemos decir que se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se reproduzca el resultado, y que además, se conforme con dicha producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca.

Al ser exigible, la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene definición más clásica, significa conocer los elementos objetivos de tipo penal.

En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado que las empresas mediante el contrato de servicios, y pueden ser entendidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción para sus arcas y beneficio propio, lo relevante para afirmar la existencia ,en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización, la sentencia pronunciada por el tribunal cuarto de sentencia de san salvador, de fecha quince de julio del año dos mil dos: *“es importante tener en consideración, que en el ilícito penal de estafa debe*

considerarse en un primer momento, no el daño patrimonial causado, sino la conducta engañosa efectuada por el sujeto que realiza la acción”, se infiere que en relación a las definiciones planteadas el engaño es el elemento primordial que constituye el delito de estafa ,es la acción ejercida por el sujeto activo consistente en la simulación de hechos verdaderos o la afirmación de hechos falsos capaces de inducir a error a otras personas.

Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos, ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado ,su relación con el derecho penal consiste en maximizar la protección contra el fraude y velar por los derechos reales, fundamentales del consumidor, los factores que condicionan la no obligatoriedad de la constitución de la garantía contractuales y su importancia, en la legislación salvadoreña, fraude que se origina dentro de la compañía en sus contratos de prestación de servicios, en el rubro de las telecomunicaciones a tratar.

131-12(4) Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro San Salvador, a las Quince Horas y Treinta Minutos del Día Diecisiete de Agosto de Dos Mil Doce. Fraude de comunicaciones previsto y sancionado en el Art. 238-a C.PN., en perjuicio del mercado, la libre competencia y la protección al consumidor y subsidiariamente en perjuicio de la sociedad de telefonía de el salvador, sociedad anónima de capital variable; en razón de apelación, de lo anterior solo se tiene indiciariamente la existencia de un ilícito el cual sus verbos rectores señalan: Interferencia, alteración, modificación, intervención.

De todos ellos no se hizo referencia en cuales o cuál de ellos mi patrocinada cometió o participo. asimismo, el juez aguo señalo qué su participación es de autor directo... según lo regula el Art. 33 del código penal en esta figura es

ampliamente aceptado de que la contribución que hace el sujeto activo a la comisión del ilícito debe de ser relevante y tener un dominio del hecho entendiéndose no como el dominio particular y aislado de la acción que el sujeto ejecuta, sino que los coautores dominan conjuntamente las acciones comunes y las dirigen hacia el cumplimiento del tipo penal esto se explica mejor si se concluye que en el caso de un dominio individual.

Sentencia del 18-6-2004, La petición ante interpuso, el 12 de agosto de 2002, acción de amparo contra el organismo supervisor de inversiones privadas en telecomunicaciones (osiptel) y contra telefónica móviles S.A.C., alegando la arbitrariedad de la resolución n° 001 expedida por osiptel, pues pretende defender a la codemandada, vulnerando el principio de legalidad y del debido proceso. fundó lo manifestado en el hecho de que osiptel consintió la efectivización de un pago por un servicio de telefonía celular que jamás utilizó, a causa de la venta de un aparato en mal estado por parte de la codemandada, en virtud de la cual presentó una denuncia penal por el delito de estafa, el juzgado especializado en lo civil declaró improcedente la demanda por considerar que no se encontraba amenazado ningún derecho constitucional, y la sala civil de la corte superior de justicia confirmó la decisión, la requirente interpuso entonces recurso extraordinario ante el tribunal constitucional con el objeto de que se declare nula e inaplicable la resolución n° 001 y que se deje sin efecto el pago por un servicio que nunca recibió.

Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 649/2012 del 29 de Enero de 2013, "Que debemos condenar como condenamos a los acusados como empresa telefónica como autores de un delito continuado de estafa, previsto y penado en los Art. 248 y 249 del código penal (1995 y 1996), en relación con el Art. 74 del mismo texto legal, concurriendo, como muy cualificada, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas prevista a la pena ,igualmente, los acusados

deberán indemnizar, con la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades Ekeace, Carnaby mediterránea, s.l., la cerda films, s.l. y grandes amigos, s.l., a Rafaela en la cantidad de 381,46 dólares; a Javier en la cantidad de 334,16 dólares; y a; cantidades todas ellas, sobre las que operará el interés legal previsto.

Sala de lo Civil Sentencia Núm. 47/2017. El fiscal, al amparo del Art. 11.4 de la ley de enjuiciamiento civil, interpuso demanda de acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios ante el juzgado de lo mercantil núm. , contra la compañía telefónica de, s.a., para que se dictase sentencia: declare y condene a la entidad compañía telefónica s.a. en los siguientes términos: declare: 1º.- la nulidad por abusiva de la/s cláusulas que imponen y cobran al usuario servicios no solicitados, no contratados y sobre los que no ha recibido información relevante, veraz y suficiente, de acuerdo con lo previsto en los arts. 60; 62; 89-4 y 100, decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, si conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de sufrir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

6.2 Comprobación de hipótesis

En el presente apartado se desarrollará la comprobación de la hipótesis general y las específicas, que fueron planteadas en la formulación del proyecto de investigación, las que son analizadas de la siguiente manera en el contrato de adhesión porque es un contrato modelo, en el que están predispuestas las cláusulas que lo constituyen; ahora bien, que sea un contrato de adhesión no significa que sea por tal cualidad nulo en su integridad,

o que no hayan podido existir cláusulas negociadas individualmente, ni que las condiciones no hayan sido aceptadas, así también se hace un análisis de la hipótesis general y las específicas, y de su verificación.

Hipótesis General: La implementación el código penal como medio de regulación general que con lleva la aplicación de su legislación, así como los procedimientos que se deberán utilizar en el campo de aplicación, constituyen un nuevo desafío por el tipo de delito ocasionado, hacia toda aquella persona natural o jurídica que lo sufra.

El desafío que implementa el código penal salvadoreño donde fundamenta el delito de estafa no solo está dirigida al delito en particular, sino también a proteger a los salvadoreños mediante libre contratación de servicios que prestan las grandes empresas de telefonía en el salvador, al momento que el usuario adquiere un producto ya que al estar regulado en el código penal y siendo esta una ley secundaria podrá darse sancionada y se procesada por el delito de estafa, así mismo el código penal, se ve respaldado por la ley de defensoría al consumidor la cual también regula la sanción que sufrirán las empresas que oculten información al usuario del producto que está adquiriendo.

Hipótesis Específicas: velar o proteger el interés de los consumidores en cuanto a la prestación de los servicios de telefonía ayudándonos de marcos normativos específicos que regulan los derechos de los usuarios.

Esta hipótesis si se cumple porque según la ley de protección al consumidor solo establece como regla que la información personal y crediticia podrá ser compartida cuando exista una autorización expresa del consumidor (art. 18 literal “g”), por tanto, la cláusula es completamente válida.

Sin embargo, en el caso de claro, establece una cláusula en la cual se atribuye la posibilidad de realizar evaluaciones del estado crediticio del cliente con posterioridad a la suscripción del servicio, y en caso de cambiar negativamente su estado crediticio (por ejemplo: se ha detectado que es un deudor moroso), puede resolver unilateralmente el contrato sin penalización alguna, esto sí es una cláusula abusiva porque no es justificado que, por el simple temor de no cumplir su obligación, terminen el contrato, bajo este supuesto, el cliente tendrá el derecho de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, basados en el Art. 1360 del código civil.

La ley telecomunicaciones de el salvador, es la norma encargada de velar por las directrices que se deben fomentar al momento de brindar el permiso para que una empresa pueda explotar sus servicios en el salvador, y que mediante la SUPERINTENDENCIA que es ente encargado de velar y proteger q que no se violenten ningún derecho a lao usuario que adquieren estos productos, la cual en su normativa establece cuales seria las sanciones que se les pondrían a esas empresas que vulneran el derecho de la libre contratación y la no anulación contractual de los servicios que ellas prestan a los ciudadanos de El Salvador.

Mediante investigación en sus usuarios se logrará comprobar la falta de ética dentro de muchos de este tipo de contratos presentados hacia el público en general y su aplicabilidad, en el ámbito penal como medio de protección de la persona, natural, jurídica. Así mismo las empresas de telefonía en el salvador se brindan de muchas tácticas que no son nada éticas en el ámbito jurídico porque estas están dirigidas, de forma errónea hacia la población, ya que muchas veces hacen tácticas o propaganda en la cual el usuario es engañado por que al momento de adquirir un producto le brindan una información y al momento de cancelar dicho servicio le cobran de más o simplemente se realiza

un método de estafa.

El estudio de la legislación actual sobre el delito de estafa en el salvador indicó que, a pesar de tener un tipo básico, que describe muy bien la conducta no existe regulación en las diversas.

Modalidades que puede adoptar el ilícito estafa torio quedando por ésta razón conductas excluidas del alcance del derecho penal como la estafa informática:

La realización de algunas conductas que reúnen los requisitos necesarios del tipo penal de estafa, quedan impunes a causa de la falta de regulación legal, en El Salvador, así mismo el legislador debe de fomentar la aplicación de nuevas técnicas y métodos mediante la cual se pueda castigar y sancionar el delito de estafa que realizan las empresas de telefonía en el salvador ya que muchos beses vulneran la libre contratación y el derecho que tenemos los salvadores de cancelar un contrato y de no pagar penalización por dicho servicio, así mismo el delito de estada el cual regula el código penal.

En proceso penal comprobar el engaño de un contrato irreversible sin nulidad por parte de la empresa en los contratos de servicio efectuados, y en gran manera instruir y aportar el precedente a los consumidores a consumir con conciencia y que estos no se vuelvan parte del consumismo que lo único que produce es afectar el nivel económico. Los contratos son acuerdos de voluntades encaminados a generar obligaciones para las partes. sin embargo, se han encontrado contratos en los que al parecer no son acuerdos de voluntades, sino meras declaraciones de una de las partes incluso se ha establecido que basta con que una parte modifique el contenido del contrato para que sea válido, una de estas cláusulas establece que las compañías pueden variar razonablemente el valor de la cobertura global mensual, así

como los deducibles indicados, previa notificación al cliente, la cláusula deja claro que basta la notificación y no es necesario que el cliente exprese si está de acuerdo o no con el contenido de la variación.

Se comprueba que la hipótesis general, efectivamente se cumple y se verifica en el capítulo III, en cuanto a las hipótesis específicas, se puede verificar que la primera, segunda y tercera, quinta se cumplen y se verifican en el capítulo II y IV, no así la hipótesis cuarta, ya que en este caso no se cumple porque no hay una normativa que vele por los intereses de los contratado de adhesión, mediante las empresas de telefonía, por lo cual en el salvador no se han implementado políticas por partes de las autoridades encargadas por lo que es necesario que los tribunales encargados de la materia emitan su jurisprudencia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Todo contrato tiene que cumplir con ciertos requisitos, formalidades y/o solemnidades, para que pueda considerarse válido y produzca plenos efectos jurídicos; sin embargo, a falta de un requisito exigido por la ley es que el contrato puede adolecer de uno o varios vicios, originando de esta manera una nulidad ya sea absoluta o relativa, cuya acción de nulidad o anulabilidad puede ser exigida dependiendo del tipo de interés que se considere agraviado y que se trate de proteger ya sea el interés público o privado. Es decir, de interés general o particular, pudiendo ser solicitada por una de las partes contratantes o por un tercero interesado que se considere afectado por la omisión de ese requisito o por tratarse de un contrato ilícito ya sea de objeto o de causa; pero dependerá del juez respectivo ha declarado.

Nulidad, tomando para ello los parámetros probatorios para considerar nulo dicho contrato.

El estudio de los contratos de adhesión debe hacerse desde el punto de vista del consumidor; es decir, desde las implicaciones que genera la aceptación del contrato para la parte más débil, especialmente si se incorporan cláusulas abusivas

Al constatar la teoría de los contratos de adhesión con los contratos de servicios telefónicos, se comprueba que todos los contratos son de adhesión, no existe posibilidad de modificar las cláusulas de los mismos, salvo ciertas partes en lo referente a los precios o los tipos de plan y en el salvador no se encontraron resoluciones judiciales o administrativas que estudien las

cláusulas abusivas en los contratos telefónicos.

En la normativa penal vigente al tratar el delito de estafa no se encuentra delimitado el elemento del engaño, denominado así doctrinariamente consecuencia del cuál muchas conductas que no poseen todas las características que son propias de la estafa son incluidas de forma errónea a la norma prohibitiva tal es el caso de los comportamientos socialmente aceptables, o conductas donde el engaño no es suficiente.

Se analizan las fases de ejecución del delito, la consumación del tipo de estafa se produce al momento de recibir el sujeto pasivo un perjuicio patrimonial, esto es una disminución en su patrimonio y no el provecho así mismo cuando se ha celebrado un contrato y éste adolece de un vicio, será válido jurídicamente y producirá efectos jurídicos, mientras no se declare la nulidad, tal y como de la redacción del Art. 215 del código penal podría intuirse.

El estudio de la legislación actual sobre el delito de estafa en el salvador indicó que, a pesar de tener un tipo básico, que describe muy bien la conducta no existe regulación en las diversas modalidades que puede adoptar el ilícito estafa torio quedando por ésta razón conductas excluidas del alcance del derecho penal como la estafa informática.

RECOMENDACIONES

Al celebrar un contrato, es importante, que cada uno de los sujetos que conforman las partes contratantes, se cercioren del objeto y causa por la cual van a contratar y de esta manera no caer en objeto ilícito, ni en causa ilícita o en objeto y causa indeterminados; ya que esto le evitará problemas legales, que las empresas de telefonías al momento de celebrar un contrato con los usuarios estos le deben de explicar cada punto del acuerdo de voluntades ya que así el usuario tendrá una mayor comprensión del producto que está adquiriendo.

Las empresas de telefonía en el salvador deben de admitir los reclamos y las solicitudes cuando un usuario quiera dar de baja el servicio sin la necesidad de cancelar extra , y que al usuario de las empresas de telefonía en el salvador puedan tener libertad contractual es importante mejorar la calificación del servicio al cliente a nivel general, y tomando en cuenta que el mercado en el servicio de telefonía es muy competitivo se debe de buscar la excelencia en el servicio al cliente para que los usuarios no duden en recomendarlo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Álvarez Viragay, Rafael, *“La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento”*, 3ra.Ed., Granada, España: Comares, 2003.

Choclan Montalvo, José Antonio, *“El Delito de Estafa”*, Barcelona, España: Edit. BOSCH, S.A., 2000.

Coloma Germán, *“Análisis Económico del Derecho”*, Edit. Ciencia y Cultura, 2008.

Compagnucci De Caso, Rubén H, *“Manual de Obligaciones”*, Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1967.

García Rubio, *“Ley sobre Condiciones Generales de Contratación”*, telefónica y electrónica con condiciones generales.

Gómez Sánchez, Yolanda, *“Derechos y libertades”*, Madrid, 2003.

Gómez Benítez, José Manuel, *“Función y contenido del error en el tipo de estafa”*, Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 38, 1985.

Ilescas.Rafael *“Derecho de la Contratación Electrónica”* España: Ed. Civetas,1998).

Keyfetz, Lisa, *“The home ownership and equity protection extending liability for predatory subprime loans to secondary mortgage market participants”*, Vol

18:2, August 29, 2007.

León Díaz, José Rodolfo. *“Algunas reflexiones en torno a los principios que informan la protección del consumidor”*, 2015.

Lourido Rico, María Ana *“La nulidad de actuaciones una perspectiva procesal”* 2a Ed. Granada, España: Comares1998.

Moreno Carrasco, Francisco et at, *“Codigo Penal de El Salvador Comentado Tomo I El Salvador, año 1999”*.

Moreno Carrasco, Francisco et at, *“Teoría General de los Contratos “, Título II De los contratos, De las obligaciones y contratos, El Salvador, 2000.*

Muñoz Conde, Francisco *“Derecho Penal, Parte Especial”*, 10ma. Año 2000.

Pérez Méndez, Dr. Artaganan, *Código Penal Dominicano Anotado, Lib. III* 1998,2000 Republica dominicana, Cap. II.

Rodríguez, Cano, Rodrigo. *“La protección de los consumidores, la Constitución, y el Derecho mercantil”*, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Edit. Madrid, 1987.

Rodríguez Grez, Pablo, *“De la responsabilidad delictual de los contratantes”*, 2007.

Romero, Gladis, *“Delito De Estafa”*, Buenos Aires, Argentina: Edit. Hammurabi S.R.L., año 1998.

Serrano, José Ramón “*Manual de teoría jurídica del delito*”, San Salvador, El Salvador, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, año 2003.

Valle Muñiz, José Manuel, “*El fraude y la configuración del dolo en el Código Civil*”, 2000.

Valle Muñiz, José Manuel, “*Perjuicios Patrimoniales*”, España: Edit.Libro, 1998.

Valle Muñiz, José Manuel, “*El Delito de Estafa*”, Barcelona. España, año, 1992.

Velásquez, Velásquez, Fernando, “*Derecho Penal, Parte General*”, (Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.

Vives Antón, “*Disminución del patrimonio*” Edit. Tomas, 2000.

Zavala Egas, Jorge, “*Teoría de la seguridad jurídica*”,2000.

Zavala Egas, Jorge, *Filosofía del Derecho*, 4ta. Ed.Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

TESIS

Arias Vanegas, Claudia Rubenia, “*El Delito de Estafa en la Legislación Penal Salvadoreña*” (trabajo de graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, año 2005).

Pérez Quintanilla, Manuel Eduardo, “*Algunas consideraciones sobre el delito*”

de estafa”,(tesis para obtener el grado de licenciatura en ciencias jurídicas, 2008).

González Velásquez, José Raúl, (coordinador) Lcdo. César Mauricio González Flores, “Análisis del empleo de las cláusulas abusivas en la contratación telefónica” (tesis para obtener el título de licenciado en ciencias jurídicas, UCA, 2011).

LEYES

Código Civil, Redactado por la comisión nombrada de conformidad con la ley de (4 de febrero de 1858), Art. 52 C. C.

Código General de la República de Costa Rica, Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 1859, Arts.604.

Código Penal, D.L.No. 270, D.O. No. 63, Tomo 238, 1974.

Código Penal, Tribunal 6to.de Sentencia; San Salvador, 58-2001-1, Art215.

Código Penal, D.R. No 1398,19 de octubre de 1930.

Código Penal Dominicano, Pérez Méndez, Dr. Artaganan, *Lib. III*, 1998,2000 Republica dominicana, Cap. II.

Constitución de la república de El Salvador, D.L.No. 38. D.O. No. 139, Tomo 320, del 23 de julio 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, o pacto de San José de

Costa Rica, 1969, Derecho a la propiedad privada, Art.21.

Ley de Protección al Consumidor, D.E. No. 52, D.O. No. 88, Tomo No. 371, 12 de mayo de 2006, Art,18.

Ley de Súper Intendencia de Electricidad y Telecomunicación, Decreto Legislativo, 108, 18 de agosto de 2012, D.O. No. 154, Tomo, 369.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Tercero de Sentencia, Ref.:106, San Salvador, (injusta y perjudicial, en síntesis, el error debe tener las condiciones de esencial y determinante), año, 2000-2003.

Tribunal Primero de Sentencia, Santa Ana, Ref. 35, (La amplia definición del acto de disposición), año, 2002.

Cámara segunda de lo civil de la primera sección del centro, Ref. 19-3°C-11-A, San Salvador, (daño emergente), a las ocho horas con cinco minutos del día once de octubre de 2011, san salvador.

Sala de lo penal de la corte suprema de justicia, Ref.: 314-CAS, (ardid o engaño) San Salvador, a las ocho horas y treinta minutos del día veinticinco de abril de 2004.

Tribunal cuarto de sentencia, San Salvador, Ref. 156, (El cuarto elemento es el nexo causal entre el error y engaño), año, 2001.

Tribunal quinto de sentencia de la ciudad de San Salvador, (la estafa es un delito de resultado que se consuma cuando se produce el perjuicio) a las dieciocho horas del día veintiséis de abril del año 2000.

Tribunal primero de sentencia: Santa Ana, Ref.:201-51, “En cuanto a la existencia y extensión del daño causado”, año2002.

Tribunal cuarto de sentencia, San Salvador Ref.:156-1, el sujeto activo puede ser cualquier persona, por ser un delito común; y el cual se encuentra representado por la acusada “, año, 2001 Pág. 109 a la112.

Cámara de la tercera sección de occidente, (Discutible resulta el que puedan ser objeto material los bienes de tráfico ilícito o la prestación de servicios con causa u objeto ilícito), doce de diciembre del año2002.

Tribunal tercero de sentencia, san salvador, ref. ,106-3, (Un elemento importante del tipo de Estafa lo constituye el ardid), año, 2000.

Sala de lo contencioso-administrativo sección sexta ref., de recurso, 0552, (contrato criminalizado) año, 2014

REVISTAS

Boletín informativo, entregado por la empresa y marca telefónica registrada como, telefónica, (el salvador en el presente mes de mayo, 2018).

Boletín digital, <http://www.digicel.com.sv>, (el salvador, 2018).

López Marco, Pilar. “*Desistimiento unilateral en el contrato*”, en Revista de Derecho de Familia, octubre, diciembre, año, 2007.

DICCIONARIOS

BorisovZhan, In Makarova, *Diccionario Economía Política*, Ed. Grijalva, año, 2009.

Cabanellas De Torres, Guillermo *Diccionario jurídico elemental*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005).

Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Edit. Océano, (Barcelona, España 1992), Grupo Editorial Océano. 1992, Pág.715.

Edad Antigua, " *Enciclopedia Microsoft*", (*Encarta, 2000,1993-1999*) Microsoft Corporación Reservados todos los derechos.