

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 13/05/21 Hora: 13:23 Lugar: San Salvador	Referencia: 548-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:			
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>I. La Presidencia expuso, que en razón de la emergencia mundial del coronavirus COVID-19 y por sus posibles implicaciones en la salud y economía de nuestro país, en cumplimiento de las funciones de vigilancia e inspección que establece el artículo 58 literal f) de la Ley de Protección al Consumidor — en adelante LPC—, en fecha 11/05/2020, se realizó inspección en el establecimiento denominado “ ” —propiedad de la proveedora S.A. de C.V.— ubicado en , en el municipio y departamento de San Salvador, a fin de verificar el cumplimiento a los requisitos de ley y atendiendo al aviso de infracción recibido por medio de la red social <i>Twitter</i>, en la que el consumidor manifestó que: <i>“en las fotografías se demuestra el recargo por pago con tarjeta. Disfrazado como <<booking fee>>, ese cargo no aparece si se paga en efectivo, como se demuestra en la segunda imagen, viola los derechos del colectivo de consumidores que paga con tarjeta”</i>.</p> <p>Agrega, que durante la inspección los delegados de la Defensoría del Consumidor le consultaron a la persona que los atendió sobre el aviso de infracción antes referido, quien expuso: que el <i>Booking fee</i> se cobraba en las dos formas de pago que son en efectivo y con tarjeta de crédito, aproximadamente desde el mes de febrero del año 2019 y que este pago era utilizado para el mantenimiento de la plataforma y cubrir el costo del servicio de atención al cliente.</p> <p>Del mismo modo, les explicó literalmente que: <i>“el problema que se dio con el consumidor, se debió a un error en la plataforma, por tal motivo se decidió eliminar el cobro de Booking fee, hasta que se determine cuál fue la falla de la plataforma, y después de resolver dicha falla, el cobro de Booking fee, se hará en ambas formas de pago como siempre se ha estado haciendo (sic)”</i>, aclarando los delegados que durante la inspección, les fueron entregados 2 reportes de orden, uno con cobro con tarjeta de crédito y otro con cobro en efectivo, junto con la impresión de los términos y condiciones que se detallan en la página web de la aplicación.</p> <p>2. El día 22/09/2020 se recibió escrito firmado por el licenciado (fs. 19-20), quien actúa en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de</p>			

R
7

S.A. de C.V., calidad que demuestra por medio de fotocopia certificada por notario del testimonio de escritura pública del poder general judicial con cláusula especial otorgado a su favor (fs. 91-93); mediante dicho escrito contesta el traslado conferido por este Tribunal en resolución de fs. 12-15, expone argumentos de fondo y agrega documentación que conta de fs. 21-93.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Tal como consta en auto de inicio (fs. 12-15), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de las siguientes infracciones: **a)** artículo 40 letra d) de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito (LSTC) por *“El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente Ley (...)”* relacionada con la obligación contenida en el artículo 35 letra d) de dicha normativa de *“No aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, ni tampoco diferenciar estos bienes o servicios por compras en efectivo”*; y **b)** artículo 44 letra d) de la LPC, que prescribe: *“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes (...) d) Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios (...)”*, en relación al artículo 12-A de la citada ley que establece: *“Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor (...)”*.

1. **A.** Respecto a la primera infracción atribuida –40 letra d) de la LSTC– es importante mencionar que el artículo 36 inciso segundo de la LSTC —Autoridades de Aplicación— regula la competencia de la Defensoría del Consumidor en las denuncias o quejas de los consumidores, consignando literalmente: *“(...) Corresponderá a la Defensoría del Consumidor, como institución llamada a proteger efectivamente los derechos del consumidor, recibir las denuncias de los tarjetahabientes; y a través de su Tribunal Sancionador, ordenar devoluciones en casos individuales y colectivos de cobros indebidos, e imponer las sanciones que correspondan.”*, el resaltado es nuestro.

Asimismo, tal como lo señala la Presidencia en su denuncia, el artículo 52 inciso segundo de la LSTC, determina: *“(...) Corresponderá a la Defensoría del Consumidor imponer, a través de su Tribunal Sancionador, las sanciones que correspondan según lo establecido en la presente ley y de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley de Protección al Consumidor.”*, (el resaltado es nuestro), conforme a la reforma vigente mediante el Decreto Legislativo 552, publicado en el Diario Oficial N° 10, tomo 390 de fecha 14/01/2011.

Dicho esto, para el cometimiento de la referida infracción –artículo 40 letra d) en relación al 35 letra d) ambos de la LSTC– el elemento principal que debe considerar este Tribunal es que, efectivamente, se haya aumentado el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito.

2. En cuanto a la segunda infracción atribuida, –artículo 44 letra d) de la LPC–, es importante delimitar si el cobro efectuado por la proveedora es en virtud de un servicio adicional prestado o si, por el contrario, el mismo es parte integrante de la naturaleza del contrato celebrado, es decir, que para que se lleve a cabo el objeto principal de dicha relación jurídica es imperioso tal servicio; en cuyo caso, se trataría de un elemento inherente del contrato.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

En el escrito de fs. 19-20 el licenciado _____ quien actúa en calidad de apoderado de la denunciada, alegó, en síntesis, lo siguiente:

Que su mandante está constituida desde el año 2016 y que desde entonces hasta la fecha sus servicios los presta mediante una aplicación móvil. En ese sentido, el equipo de tecnología, con la finalidad de ofrecer mejoras en la experiencia de los usuarios, efectúa periódicamente procesos de actualización para optimizar todas las funciones de la aplicación y corregir los posibles errores que se detecten.

Así pues, arguyó, que durante el mes de febrero de 2020 la aplicación realizaba cobros denominados como *booking fee*, en concepto de mantenimiento de la plataforma en todos los territorios en los que S.A. de C.V. tiene habilitado para El Salvador, el cual se aplicaba para todas las formas de pago en la aplicación, es decir, pago en efectivo o con tarjeta de crédito. Ahora bien, menciona que el equipo tecnológico encargado de realizar las actualizaciones y mejoras de la aplicación se percató de la existencia de un error en el cobro del *booking fee*, pues únicamente se generaba cobros cuando el pago era realizado por tarjeta de crédito; por ello, se tomó la decisión de quitar completamente dicho cobro hasta lograr identificar cuál era la causa que generaba el error.

Expone, que a raíz del error identificado su mandante ha procedido a tomar todas las medidas técnicas preventivas necesarias, para procurar que dicho error no vuelva a ocurrir. Posteriormente a la implementación de esas medidas, refiere, que la Defensoría del Consumidor realizó una inspección a raíz de una denuncia que se realizó por medio de una red social, por lo que se les dijo a los delegados de la Defensoría que realizaron la inspección que se había presentado un error en la aplicación, lo que causó que se originara el cobro del *booking fee*, y que por este motivo se había retirado el cobro para ambas formas de pago, entregando además reportes de orden con cobro en donde se detalla el mismo. Destaca que las medidas técnicas preventivas son implementadas de manera constante, pero errores como éste se dan por cuestiones tecnológicas fuera del control humano, y que su mandante de forma diligente siempre procura que éstos sean solucionados de la manera más efectiva.

Para dar sustento a sus alegatos agrega la siguiente prueba:

Documental:

7 X

1. Análisis *post mortem* activación del cobro *booking fee*, con el cual pretende establecer la línea de tiempo del equipo tecnológico para la identificación y eliminación del error.

2. Recibos de pago de los usuarios, con lo que pretende probar que no se ha realizado el cobro del *booking fee*, después del error detectado en la aplicación.

En relación a los alegatos vertidos por la denunciada se advierte que éstos se encuentran vinculados a la configuración de las infracciones atribuidas; por ello, éstos serán abordados en el romano VI ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN de la presente resolución.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

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

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

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

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad. El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.*

2. Constan en el expediente administrativos los siguientes medios de prueba:

a) Acta No. SS0899/2020 (fs. 3), de fecha 11/05/2020, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en razón del artículo 58 letra f) de la LPC, y atendiendo aviso de infracción recibido por medio de la red social *Twitter* en la que un consumidor manifestó “*en las fotografías se demuestra el recargo por pago con tarjeta. Disfrazado como <<booking fee>>, ese cargo no aparece si se paga en efectivo, como se demuestra en la segunda imagen, viola los derechos del colectivo de consumidores que paga con tarjeta*”, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada a fin de verificar el cumplimiento a la ley.

b) Impresiones de captura de pantalla de reportes de orden de pedido de comida, el primero con cobro en efectivo y el otro con cobro por medio de tarjeta de crédito (fs. 4-5) con el que se comprueba el aumento del precio en \$0.27 centavos de dólar de los Estados Unidos de América.

c) Impresión de reporte de orden de pedido del comercio identificado como _____, con forma de pago en efectivo, que contiene el cargo por el producto Camarón Crunch (*bowls*) de \$8.90, cargo por entrega de \$0.99 centavos de dólar y *Booking fee* de \$0.25 centavos de dólar, con un total de \$9.89, (fs. 6).

d) Impresión de orden de pedido del comercio identificado como _____ con forma de pago con tarjeta, que contiene el cargo por Frozen Cappuccino de \$3.50, cargo por entrega de \$0.99 centavos de dólar y *Booking fee* de \$0.11 centavos de dólar, con un total de \$4.49, (fs. 7).

e) Impresión de los términos y condiciones de uso que regulan el acceso o uso de los usuarios, como persona natural o jurídica, de la aplicación, página web, productos y servicios puestos a disposición por _____ y todas sus sociedades subsidiarias que operan en El Salvador, entre otros países (fs. 8 al 11), mediante el cual se comprueba que en el punto 4 de dichos términos y condiciones se establece el cargo por *booking fee* (párrafo 5) por el mantenimiento de la plataforma y otros costos operativos.

f) Análisis *post mortem* activación del cobro *booking fee*, elaborado por el señor _____ con el cual se establece la línea de tiempo del equipo tecnológico para la identificación y eliminación del error (fs. 21).

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada anteriormente, se advierte que ésta no ha sido controvertida por la proveedora, a pesar de haber tenido la oportunidad procesal para hacerlo.

En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia adquieren total certeza.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A.I. En alusión a la infracción estipulada en el artículo 40 letra d) de la LSTC en relación al artículo 35 letra d) de dicha normativa se determina como prohibición el aumento del precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, así como la de diferenciar estos bienes o servicios por compras en efectivo.

De lo anterior se advierte que hay dos conductas típicas: a) el aumento del precio por compras con tarjeta de crédito, b) distinguir el precio de los bienes o servicios cuando la compra se haga en efectivo.

Para el caso de la primera, habrá de comprobarse el aumento del precio para tenerla por configurada. Incluso, bastaría la declaración o advertencia de la proveedora del aumento del precio para que se tenga por perpetrada la conducta típica.

En cuanto a la segunda, es imperioso comprobar la distinción del precio respecto de un mismo bien o servicio cuando la compra sea en efectivo o con tarjeta de crédito.

Para ambos casos, la ley no ha establecido excepciones que permita a los proveedores abstraerse de las obligaciones referidas. Por consiguiente, independientemente del motivo por el cual se pretenda justificar el aumento o diferenciación de precios, los mismos serán contrarios a la ley.

A.I.I. Dicho lo anterior, conviene referirse a los alegatos presentado por el apoderado de la denunciada.

Así, en síntesis, argumenta que el equipo tecnológico encargado de realizar las actualizaciones y mejoras de la aplicación se percató de la existencia de un error en el cobro del *booking fee*, pues únicamente se generaba cobros cuando el pago era realizado por tarjeta de crédito; por ello, se tomó la decisión de quitar completamente dicho cobro hasta lograr identificar cuál era la causa que generaba el error.

Expone, que a raíz del error identificado su mandante ha procedido a tomar todas las medidas técnicas preventivas necesarias, para procurar que dicho error no vuelva a ocurrir. Posteriormente a la implementación de esas medidas, refiere, que la Defensoría del Consumidor realizó una inspección a raíz de una denuncia que se realizó por medio de una red social, por lo que se les dijo a los delegados de la Defensoría que realizaron la inspección que se había presentado un error en la aplicación, lo que causó que se originara el cobro del *booking fee*, y que por este motivo se había retirado el cobro para ambas formas de pago, entregando además reportes de orden con cobro en donde se detalla el mismo. Destaca que las medidas técnicas preventivas son implementadas de manera constante, pero errores como éste se dan por cuestiones tecnológicas fuera del control humano, y que su mandante de forma diligente siempre procura que éstos sean solucionados de la manera más efectiva.

En virtud de lo anterior, advierte este Tribunal que la proveedora aduce que el cobro –y por consiguiente el aumento del precio– del *booking fee* únicamente para pagos mediante tarjetas de crédito se debe a un error de sistema. Ahora bien, es importante señalar el hecho que es responsabilidad de la proveedora garantizar el funcionamiento correcto de la aplicación, lo cual conlleva al deber del monitoreo constante de la misma, sobre todo cuando se afirma que el mismo error se ha generado previamente; es decir, debió darse el seguimiento adecuado. En definitiva, se evidencia una actuación negligente por parte de la proveedora, pues se trataba de un error previsible debido a los antecedentes de error del sistema.

En consecuencia, los argumentos planteados por el apoderado de la proveedora no son suficientes para justificar el aumento del precio cuando el pago se efectúe mediante tarjeta de crédito, pues se evidencia una actuación negligente por parte de la proveedora, ya que se trataba de un error previsible debido a los antecedentes de falla que había sufrido el sistema.

Aunado a lo dicho, el artículo 37 inciso 2° de la LSTC establece: “*Serán sancionados por conductas constitutivas de infracción, los que resultaren responsables de las mismas, en razón de haberse determinado la existencia de dolo o culpa en la comisión de la infracción*”.

A.1.2 En el presente caso, por medio de las impresiones agregadas a fs. 4-5, se ha comprobado que la proveedora distinguía el precio de un mismo bien cuando la compra se hacía en efectivo; y mediante impresiones agregadas a fs. 6-7 se ha comprobado que la denunciada efectuaba un aumento del precio cuando las compras se realizan mediante tarjetas de crédito.

Por consiguiente, este Tribunal concluye que ha existido concontravención a lo dispuesto en el art. 35 letra d) de la LSTC, el cual estipula: “*Son obligaciones de los comercios afiliados al sistema: d) No aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, ni tampoco diferenciar estos bienes o servicios por comprar en efectivo*”, lo que constituiría la infracción establecida en el artículo 40 letra d) de dicha ley: “*Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: d) El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente ley*”.

Ahora bien, establecida la conducta ilícita, es importante hacer referencia al tema de culpabilidad, así:

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

1 R
7 X

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve).

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva del proveedor denunciado, este Tribunal considera necesario analizar si la misma ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Ahora bien, en el presente caso ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ha existido un déficit organizacional, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa la infracción.

En otras palabras, la proveedora S.A. de C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito, pues el mismo apoderado de la denunciada manifestó que fue a raíz del error identificado que su mandante procedió a tomar medidas técnicas preventivas necesarias para procurar que dicho error no volviera a ocurrir; es decir, que previo a la falla no había un correcto monitoreo de la aplicación y el sistema para vislumbrar cualquier falla.

B.1 Corresponde en este apartado referirse al artículo 44 letra d) de la LPC, que estipula lo siguiente: *“Son infracciones muy graves las acciones u omisiones siguientes: d) Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios”*

En ese orden, dado que en el presente caso se tratan de recargos es oportuno hacer alusión a lo determinado en los incisos 1º y 2º del artículo 12-A de la LPC, el cual guarda íntima relación con el 44 letra d) del mismo cuerpo normativo, y que reza lo siguiente:

“Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor.

Se entenderá por servicio inherente al producto o servicio contratado por el consumidor, aquel que es necesario para la efectiva prestación del objeto o finalidad del contrato”.

En relación con esta infracción, este Tribunal en resoluciones anteriores –v.gr. resolución del 09/08/2018, Ref. 1563/2013– ha dicho:

“De lo expuesto –artículo 12-A inciso 1º y 2º de la LPC– se colige que por servicio adicional, se entenderá aquél que es diferente del servicio principal contratado, no siendo suficiente con que reúna esa calidad o se describa como tal, sino también, que el proveedor proporcione tal servicio.

En ese sentido, si la comisión corresponde a una actividad que no constituye un servicio o es un servicio inherente al producto o servicio contratado por el consumidor porque resulta necesario para que el contrato cumpla con su objeto, el cobro de la misma no tiene razón de ser, ya que no se trata de un servicio adicional.

B.1.1. Respecto a la atribución de esta infracción, el apoderado de la proveedora únicamente expresó que durante el mes de febrero del año 2020 la aplicación realizaba cobros denominados como *booking fee*, en concepto de mantenimiento de la plataforma en todos los territorios en los que S.A. de C.V. tiene habilitado para El Salvador, el cual se aplicaba para todas las formas de pago en la aplicación, es decir, pago en efectivo o con tarjeta de crédito.

De su dicho se colige, pues, que efectivamente se realizaba el cobro por el referido recargo en concepto de *booking fee* y en cualquier forma de pago.

B.1.2. Ahora bien, corresponde en este apartado determinar si el cobro por dicho recargo pertenece a un servicio adicional, es decir, que no es inherente al servicio contratado por los consumidores.

En ese sentido, se advierte que el servicio prestado por _____ S.A. de C.V. consiste en la entrega a domicilio de bienes o servicios (por ejemplo, de comida, medicamentos, entre otros) lo cual se hace a solicitud de los consumidores por medio de la aplicación de la proveedora.

Así, según las impresiones de los reportes de orden de pedidos que constan a fs. 6 y 7, se refleja un recargo efectuado por la proveedora denominado "*Booking fee*", el cual según la impresión de los términos y condiciones publicados por la proveedora (fs. 8-11), específicamente en el punto 4 párrafo 5, se cobra por el mantenimiento de la plataforma y otros costos operativos. Vale mencionar que, en ese mismo sentido, en cuanto al motivo por el cobro de dicho recargo, se pronunció el gerente regional del establecimiento (acta de inspección, fs. 3), especificando nada más que el recargo también se utiliza para la cobertura del costo del servicio de atención al cliente.

En ese orden de ideas, advierte este Tribunal, y tal como lo menciona la Presidencia en su denuncia, que la plataforma se constituye como el medio sin el cual la proveedora no pudiera prestar sus servicios; por consiguiente, el correcto funcionamiento de la misma, así como su mantenimiento, es una obligación de la denunciada. En suma, dicho cobro no corresponde a un servicio adicional efectivamente prestado al consumidor, sino más bien el cobro es en beneficio de la misma denunciada.

Por otra parte, y como bien apunta la Presidencia, los costos operativos, como por ejemplo la cobertura del costo del servicio de atención al cliente, constituye parte integrante del giro comercial de la proveedora, por cuanto forma parte de la logística imprescindible para atender los reclamos y pedidos efectuados por los consumidores.

En definitiva, tanto el mantenimiento de la plataforma como los costos operativos (cobertura del costo del servicio de atención al cliente), se tratan de servicios inherentes al objeto del contrato, es decir, que no se tratan de servicios adicionales al objeto principal, pues éstos son indispensables para que la contratación cumpla su finalidad.

En consecuencia, _____ S.A. de C.V. ha contravenido lo dispuesto en el artículo 44 letra d) de la LPC, que prescribe: "*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes(...) d) Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios (...)*", en relación al artículo 12-A de la citada ley que establece: "*Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el*

contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor (...)

Ahora, en cuanto al principio de culpabilidad —y aplicando las acotaciones que se hicieron previamente sobre el mismo—, en el presente caso ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ha existido un déficit organizacional, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa la infracción.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 40 letra d) de la LSTC, las que, según el artículo 44 de dicha ley, se sancionan con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en el sector comercio y servicios; así como la comisión de la infracción muy grave estipulada en el artículo 44 letra d) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria —artículo 47 LPC—. Por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos, según sea el caso, en la LSTC, LPC y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 47 de la LSTC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: el impacto en los derechos de los tarjetahabientes, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, beneficio obtenido y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según el caso.

Por su parte, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

A continuación, se concretará cada uno de ellos, en lo aplicable al presente caso:

a. *Tamaño de la empresa.*

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: “*Microempresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de*

la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores”.

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistentes en: declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2019 (fs. 62); declaraciones y pagos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre el 02/12/2019 al 02/07/2020 (fs. 63-78); e informe de los auditores independientes y estados financieros al 31/12/2019 (fs. 79-90), se tomará en cuenta el total de rentas gravadas de \$1,604,330.56, obtenida del ejercicio fiscal del año 2019.

Al constatar la información financiera de la proveedora –antes relacionada–, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora _____, S.A. de C.V., cuenta con ingresos que se equiparan a los de un mediano contribuyente, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una empresa de *tamaño mediana*.

b. El impacto en los derechos de los tarjetahabientes/consumidores.

1. La infracción administrativa atribuida a la parte actora es la del incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 letra d) de la LSTC, esto es, aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito. Tal como se señaló *supra*, esta es una obligación de la proveedora la cual no está sujeta a excepciones.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación del incremento del precio del bien o servicio cuando la compra se efectúa mediante tarjeta de crédito, es decir, basta con advertir que se incumple dicho imperativo.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de un tarjetahabiente, ya que el solo hecho de constatar el aumento causa un perjuicio potencial capaz de repercutir en el ámbito económico de los tarjetahabientes.

En este punto, debe recordarse que la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su jurisprudencia, ha afirmado que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, puede clasificar las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador.

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando

el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

En congruencia con ello, se advierte que la infracción administrativa relativa a el *incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 letra d) de la LSTC, esto es, aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito*, pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los tarjetahabientes, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los tarjetahabientes (consumidores), derivada del aumento del precio del servicio cuando el pago se efectuó mediante tarjeta de crédito; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados en detrimento a la disposición señalada. Así, *la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto: basta constatar el mero incremento del precio cuando el pago se realice a través de tarjeta de crédito, impacto o afectación abstracta de los derechos del tarjetahabiente que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LSTC.*

2. Por otra parte, la infracción administrativa consistente en realizar el cobro de comisiones en contravención a la ley —artículo 44 letra d) de la LPC— conllevó un impacto negativo en la esfera de los derechos económicos de los consumidores, ya que se realizaron cobros por servicios inherentes al servicio contratado, tal como se aprecia a fs. 6 y 7, en donde se cobró \$0.25 y \$0.11, respectivamente.

c. Grado de intencionalidad del infractor.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Así, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º del Código Civil, según el cual: "*Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)*", así como a lo estipulado en el inc. 3º del mismo artículo: "*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*", y a lo señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: "*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*", este Tribunal concluye, que la denunciada actuó de manera *negligente* en la gestión de su negocio, pues ha existido un déficit

organizacional, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa las infracciones. En otras palabras, la proveedora , S.A. de C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la ocurrencia de los ilícitos atribuidos.

d. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la comisión de las infracciones de la proveedora es directa, pues se acreditó que se incumplió con la obligación estipulada en el artículo 35 letra d) de la LSTC, consistente en *aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito*, así como la del artículo 12-A de la LPC que establece: “Solo podrán cobrarse las comisiones identificadas y descritas en el contrato, y que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor y que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor”.

e. Finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción.

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir a la infractora , S.A. de C.V., que ha cometido las infracciones descritas en los artículos 40 letra d) de la LSTC y 44 letra d) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los tarjetahabientes (consumidores) y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone tanto la LSTC como la LPC.

Es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción —multa—, busca prevenir futuros incumplimientos a las leyes antes referidas.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos tanto en el artículo 47 de la LSTC como 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta incumplió con la obligación estipulada en el artículo 35 letra d) de la LSTC lo que da lugar a la infracción consignada en el artículo 40 letra d) del mismo cuerpo normativo, consistente en aumentar el precio del bien o servicio cuando el pago es realizado mediante tarjeta de crédito; además de transgredir la obligación consignada en el artículo 12-A incisos 1° y 2° de la LPC que da lugar a la infracción estipulada en el artículo 44 letra d) de dicha ley, esto es, cobrar comisiones por servicios que son inherentes al servicio contratado.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción consignada en el artículo 40 letra d) de la LSTC es equiparable a una infracción grave, la cual es **sancionable mínimamente** con una multa de 51 salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios y **máximamente** con 200 salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios, **conforme al artículo 44 de la LSTC**, que la infracción

consignada en el artículo 44 letra d) de la LPC es equiparable a una infracción muy grave y de acuerdo con el artículo 47 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria; que en razón del grado de intencionalidad de las conductas cometidas por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia; y que ésta incumplió con la obligación tanto de no aumentar el precio del bien o servicio cuando el pago se efectuó mediante tarjeta de crédito, así como la prohibición de cobrar comisiones por servicios que son inherentes al servicio contratado.

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer a la proveedora _____, S.A. de C.V., una multa de: 1) QUINCE MIL QUINIENTOS DOCE DÓLARES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,512.67) —**monto mínimo de conformidad al artículo 44 de la LSTC**—, equivalentes a cincuenta y un salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 40 letra d) de la LSTC en relación al artículo 35 letra d) de dicha ley, esto es, aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; y 2) CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR (\$4,866.72), equivalentes a dieciséis salarios mínimos mensuales urbano en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 44 letra d) de la LPC en relación al artículo 12-A incisos 1° y 2° del mismo cuerpo normativo, por cobrar comisiones por servicios inherentes al servicio contratado, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 12-A incisos 1° y 2°, 44 letra d), 47, 83 letra b), 144 y

siguientes de la LPC; 35 letra d), 40 letra d) y 44 de la LSTC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Téngase* por agregada la documentación presentada por el licenciado

en su calidad de apoderado de la proveedora denunciada, la cual consta de fs. 19-93.

b) *Sanciónese* a la proveedora _____, S.A. de C.V., con la cantidad de: **1) QUINCE MIL QUINIENTOS DOCE DÓLARES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,512.67) –monto mínimo de conformidad al artículo 44 de la LSTC–**, equivalentes a cincuenta y un salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 40 letra d) de la LSTC— “*Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: d) El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente ley*”, en relación al artículo 35 letra d) de la LSTC “*Son obligaciones de los comercios afiliados al sistema: d) No aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, ni tampoco diferenciar estos bienes o servicios por comprar en efectivo*”, específicamente por aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito; y **2) CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR (\$4,866.72), equivalentes a dieciséis salarios mínimos mensuales urbano en el sector industria**, —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra d) en relación al artículo 12-A incisos 1° y 2° de la LPC, por cobrar comisiones por servicios inherentes al servicio contratado.

Dichas infracciones según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo conforme al análisis expuesto en el romano VIII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

Las anteriores multas deberán hacerse efectivas en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**

c) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

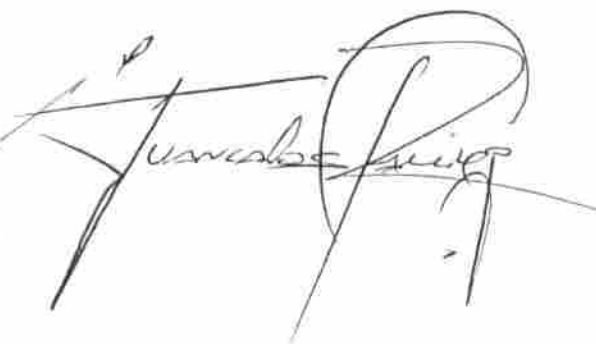
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: "Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma."; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: "La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)".



José Leoisick Castro
Presidente



Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal suplente

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

LA/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador

