

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 07/11/2022. Hora: 09:43 a.m. Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 1843-2021.</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:		Presidencia de la Defensoría del Consumidor, —en adelante la Presidencia—.	
Proveedor denunciado:		Erwin Lagos Andrade.	
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS.			
<p>I. La Presidencia manifestó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 inciso 2º de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito —LSTC—, el artículo 143 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, y en cumplimiento de las atribuciones de vigilancia e inspección que establece el artículo 58 literal f) de la LPC, en fecha 30/09/2019, se realizó inspección en el establecimiento denominado: “<i>La Veintinueve Plaza</i>” -propiedad del proveedor Erwin Lagos Andrade- ubicado</p> <p style="text-align: center;">. ientos veinte, municipio y departamento de San Salvador, a fin de determinar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de tarjetas de crédito y verificar así los hechos vertidos en un aviso de infracción interpuesto por un consumidor, clasificado bajo el número de referencia 3-3100-09-19-451, en el cual éste declaró que “(...) <i>en dicha venta de baterías al cancelar con tarjeta de crédito o débito les cobran \$5.00 dólares adicionales por pagar con tarjeta, cobro que es ilegal según la ley de tarjetas (...)</i>” (sic).</p> <p>En esa línea, la Presidencia agregó que, durante la inspección, la persona que atendió a los inspectores delegados de la Defensoría del Consumidor manifestó, en síntesis, que efectivamente está cobrando \$5.00 adicionales por pagos con tarjeta de crédito y débito, y que, si algún cliente consulta sobre las formas de pago, se le responde por las redes sociales y por teléfono. Además, verificaron que al momento de la inspección no se encontraba ningún cartel que detallara los precios en efectivo y los precios con tarjeta de crédito o débito. Asimismo, constataron que se había realizado una venta de batería record para un auto tipo sedán con un precio de oferta de \$59.00 al pagar de contado y en efectivo, pero al realizar el pago con tarjeta de crédito se le cobró al cliente \$5.00 adicionales, pagando un total de \$64.00 por la batería antes mencionada.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>Tal como consta en auto de inicio (fs. 6-7), se le imputa al proveedor denunciado la comisión de la infracción regulada en el artículo 40 letra d) de la LSTC por “<i>El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente Ley (...)</i>” relacionada con la obligación contenida en el artículo 35 letra d) de dicha normativa de “<i>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</i>”.</p> <p>Al respecto, es importante mencionar que el artículo 36 inciso 2º de la LSTC —Autoridades de Aplicación— regula la competencia de la Defensoría del Consumidor en las denuncias o quejas de los consumidores, consignando literalmente: “(...) <i>Corresponderá a la Defensoría del Consumidor, como</i></p>			

7

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 2º 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.

IV. CONTESTACIÓN DEL PROVEEDOR DENUNCIADO.

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa del proveedor Erwin Lagos Andrade, pues en resolución que antecede (fs. 6-7) en la que se ordenó el inicio del mismo, se le otorgó el plazo de 5 días hábiles contados desde el siguiente día de su correspondiente notificación, para incorporar por escrito sus argumentos de defensa y presentar o proponer la práctica de los medios probatorios que estimara convenientes. Tal notificación se realizó directamente en las instalaciones de su establecimiento en fecha 31/08/2022, según se hizo constar en el acta respectiva (fs. 8).

A. Establecido lo anterior, se detallan las intervenciones del proveedor denunciado en este procedimiento, según el orden cronológico de su presentación:

1. En fecha 02/09/2022 se recibió escrito con documentación adjunta rubricado por el señor Erwin Lagos Andrade, en su calidad de proveedor indiciado, asimismo, contestó en sentido negativo la audiencia que le fue conferida en la resolución inmediata antecedente, y aseguró que, cuando ocurrieron los hechos denunciados, en el establecimiento verificado se contaba con un rótulo denominado técnicamente como *hablador*, que cumplía la finalidad de informar a los clientes de la aplicación del *posible* recargo con tarjeta de crédito, y respecto del cual, aseguró que no fue considerado, ni detallado por la delegada de la Defensoría del Consumidor en el acta de inspección (fs. 9-23).

2. El día 05/09/2022 se recibió un segundo escrito del denunciado, en el cual solicitó la anulación de la documentación que añadió con fines probatorios juntamente con el escrito precedente y argumentó como justificación que contenía errores, al tiempo que ofreció añadirla nuevamente sin errores (fs. 24).

3. Finalmente, en fecha 06/09/2022 el señor Erwin Lagos Andrade incorporó un tercer escrito con anexos, en el que expuso nuevos argumentos de defensa y agregó documentación (fs. 27-34). Así en el referido escrito, planteó como argumento central de defensa, que su establecimiento se dedica a la

comercialización de baterías de diferentes marcas con los mejores precios del mercado, bajo el formato de promociones y por tal motivo, la forma de pago eminentemente es de contado.

En la misma línea, citó el artículo 16 de la LPC y rearguyó que para el goce de las promociones que ofrece al público, una de las condiciones es que se cancelen bajo la modalidad de contado, e indicó que se puede corroborar su afirmación en la página de su establecimiento en la red social Facebook , pues en ninguna publicación se menciona que se recibe tarjeta de crédito.

Continuó afirmando que, en el momento de acaecimiento de los hechos, por petición de algunos clientes puso a disposición como forma de pago, el uso de tarjeta de crédito, pero que se aclaró a los clientes que de solicitarlo se aplicaría un cobro de comisión bancaria, que había determinado en un monto de \$5.00 dólares aproximado por batería, para así amortizar el costo de la comisión bancaria, debido a que su establecimiento tiene pocas ganancias y no puede absorber los costos, circunstancia que explicaba a los clientes que optaran por esta forma de pago.

Argumentó que el recargo por pago con tarjeta de crédito se justifica porque el precio ofrecido corresponde a un beneficio promocional, pero que no se hizo mención que el recargo aplicado era informado mediante rótulo y el proceso de venta, y para comprobar tales extremos agregó fotografías donde se muestra el rótulo informativo o agente comunicador, precios de compra y opiniones.

Por último señaló lugar para recibir notificaciones y agregó impresiones de fotografías de la página de su establecimiento de la red social antes citada y del comprobante de crédito fiscal que le provee de la mercadería que comercializa.

B. Ahora bien, en cuanto a las alegaciones de defensa que el proveedor denunciado planteó, este Tribunal hace las consideraciones siguientes:

El señor Lagos Andrade, esencialmente, alegó en su defensa, que efectivamente realizó el recargo de un monto aproximado de \$5.00 dólares adicionales al precio de cada batería, cuando los consumidores optaran por la forma de pago de tarjeta de crédito, debido a que se trataba de un precio especial derivado de una promoción, y que además, informaba del recargo previo a perfeccionarse la compra, sea de forma verbal por parte de su personal, o sea mediante rótulo informativo de tipo *hablador*.

En otras palabras, reconoció de forma tácita la comisión de la conducta infractora atribuida, pero invocó presuntos eximentes de responsabilidad, tales como que el precio preferencial de los artículos que en aquel entonces comercializaba devenía de una promoción que excluía como medio de pago las tarjetas, y adicionalmente, que previo a la aplicación del recargo, informaba a los consumidores del mismo, tanto de forma verbal como a través de rótulo hablador, y que así voluntariamente decidieran el medio de pago.

No obstante, la conducta típica atribuida estatuida en el artículo 40 letra d) de la LSTC como: "*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 remisión expresa al artículo 35 letra d)

de la misma ley: *"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 compras en efectivo"*, no describe en la LSTC como causales de exclusión o eximentes de responsabilidad, las circunstancias descritas que el señor Lagos Andrade invocó, resultando irrelevante establecer si el recargo sobre el precio previamente establecido de los bienes, se derivaba de una promoción o se pretendía consensuado, puesto que, la infracción se configura por el simple hecho de incrementar el precio de los bienes, o bien, establecer una diferenciación en el precio de los artículos al pagar en efectivo.

Así, la documentación que ofreció como prueba de descargo con el propósito de establecer en el procedimiento los dos extremos de defensa que alegó, es decir, que la promoción excluía como medio de pago las tarjetas y que el recargo de \$5.00 dólares era informado previamente a los consumidores y *"consensuado"*, no serán objeto de valoración puesto que adolecen de idoneidad y pertinencia para el objeto del procedimiento.

En conclusión, en virtud que el señor Lagos Andrade no logró desvirtuar la comisión de la infracción atribuida, se concluye entonces que los documentos probatorios analizados en este acápite, al mantener una conexión lógica con los hechos alegados en la denuncia, mantienen la certeza legal que ostentan.

Por otra parte, considerando que el proveedor denunciado efectuó un reconocimiento parcial de los hechos respecto de la infracción atribuida, en concreto, sobre el cobro de un recargo al precio de los bienes y servicios que comercializa, originado en la forma de pago con tarjeta de crédito por parte de los consumidores; en otras palabras, reconoció el cometimiento de la infracción sancionada en el artículo artículo 40 letra d), en relación al 35 letra d) ambos de la LSTC, este aspecto será ponderado en el apartado

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA/HECHOS PROBADOS.

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

En ese sentido, la Sala de lo 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 uno le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este*

caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate". (Los resaltados son nuestros).

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

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) 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 administrativo los siguientes medios de prueba:

a) Acta No. 0002306 por medio de la cual se establece que, en razón de las competencias conferidas a la Defensoría del Consumidor, en el artículo 58 letra f) de la LPC, se realizó inspección en fecha 30/09/2019 en el establecimiento "La Veintinueve Plaza", propiedad del proveedor denunciado Erwin Lagos Andrade, con ocasión del seguimiento a la denuncia no personal clasificada bajo el número 3-3100-09-19-451. Así, en el acta de mérito se consignó textualmente que: "(...) que el tiene los precios más bajos del mercado en esta clase de artículos, y que efectivamente está cobrando cinco dólares adicionales por pagos con tarjeta de crédito o débito, y que si algún cliente consulta sobre formas de pago, se le responde por redes sociales y por teléfono. (...)" (sic) (fs. 3).

b) Impresión de captura de pantalla de página de la red social "Facebook", que contiene la leyenda: "**¡MEJORES PRECIOS EN BATERÍAS DE AUTOS, CAMIONETAS, CAMIONES Y MOTOS!** Asesoramiento, instalación y chequeo de carga gratis. Precios dejando batería usada: (ver más). **OFERTAS RECORD De 4 años SEDAN \$59. PARA "H" de \$56 de 2 años. \$69. \$45 SEDAN 18 meses. \$24.00 motos**". Mediante la cual se establece el precio previamente fijado de los bienes ofertados, en concreto de la batería RECORD (fs. 4).

c) Impresión de fotografía de factura 01860, de fecha 08/09/2019, emitida a nombre del señor en concepto de compra de batería marca RECORD 168982, pagado con tarjeta, garantía con

DIPARVEL Soyapango, por el importe de \$64.00 dólares (fs. 5), con lo que se comprueba el cargo adicional efectuado al precio previamente establecido de la batería *RECORD*, mismo que fue consignado en la captura de pantalla relacionada en la letra anterior.

Así, por medio de la prueba antes relacionada, valorada conjuntamente con el reconocimiento expreso de la conducta atribuida que el proveedor denunciado efectuó en sus intervenciones en el procedimiento mediante escritos (fs. 9-23, 24, 27-34), en los cuales expresamente admitió que efectuaba un recargo de \$5.00 dólares aproximadamente sobre cada bien que vendía, debido al beneficio que suponía el precio bajo proporcionado a sus clientes, se estableció en este procedimiento que el proveedor efectuaba el cobro de un recargo de \$5.00 dólares a los consumidores que pagaban con tarjeta de crédito los bienes que comercializaba en su establecimiento.

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada anteriormente, se advierte que ésta no fue controvertida por el proveedor. 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. 1. Conviene señalar que en la LSTC se ha estipulado que las tarjetas de crédito pueden ser utilizadas como medio de pago en comercios o instituciones afiliadas, es decir, en los establecimientos de proveedores que han suscrito un contrato de afiliación con otra entidad denominada "*adquirente*", la cual, brinda el servicio de autorización y liquidación de operaciones con tarjeta de crédito. En virtud de dicho contrato de afiliación, el proveedor o comercio afiliado puede estar sujeto al pago de una comisión al adquirente, remuneración que debe costear para tener participación dentro del sistema de tarjetas de crédito y atraer de esta manera a un mayor número de consumidores por la facilidad de pago que en sus establecimientos otorga u ofrece.

Asimismo, los proveedores o comercios afiliados al ser partícipes del sistema de tarjeta de crédito son sujetos de obligaciones especiales contenidas en la LSTC. Para casos como el planteado en el presente procedimiento, se establece en la letra d) del artículo 35 de la LSTC que es obligación del comercio afiliado "*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.*" Dicho de otra manera, los proveedores en cuyos establecimientos o comercios afiliados den la facilidad al consumidor de pagar con tarjetas de crédito, no deben hacer un tratamiento desigual o distinguir respecto del pago en efectivo por un bien o servicio, especialmente, no deben realizar un aumento en el precio en virtud de utilizarse una tarjeta de crédito como medio de pago.

2. Ahora bien, 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 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.

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”*.

B. En el presente caso, por medio del acta de inspección realizada en el establecimiento comercial denominado *“La Veintinueve Plaza”* -propiedad del proveedor Erwin Lagos Andrade- municipio y departamento de San Salvador, en la cual se consignó textualmente que: *“(…) que el tiene los precios más bajos del mercado en esta clase de artículos , y que efectivamente está cobrando cinco dólares adicionales por pagos con tarjeta de crédito o débito , y que si algún cliente consulta sobre formas de pago, se le responde por redes sociales y por teléfono. (...)”* (sic) (fs. 3), además del reconocimiento tácito del proveedor denunciado en sus intervenciones en el procedimiento, se ha comprobado que el proveedor distinguía el precio de un mismo producto en promoción cuando la compra se hacía en efectivo, ya que cuando los consumidores realizaban el pago del producto “en promoción” con su tarjeta de crédito, el proveedor denunciado anunciaba la aplicación de un cobro de \$5.00 dólares sobre el precio de los bienes o servicios. De todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal concluye que se ha establecido que se cometió la infracción atribuida.

Y es que el hecho que la tarjeta de crédito se haya convertido en una herramienta muy útil para las personas como medio de pago en la adquisición de productos o servicios, no significa que el señor Erwin Lagos Andrade —en su calidad de titular de un comercio afiliado al sistema de tarjetas de crédito— tenga el derecho de encarecer el precio de los mismos, con el fin de transferir el costo de las comisiones, que por el uso del POS —terminal de punto de venta para comprobantes de operación— en principio le corresponden y está obligado a pagar a su adquirente, es decir la sociedad dueña del POS, estrategia comercial que constituye un incumplimiento a lo regulado en el artículo 35 de la LSTC.

Por consiguiente, este Tribunal concluye que ha existido ccontravención 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 17/12/1992).

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 29/04/2013).

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, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva del proveedor denunciado, este Tribunal considera necesario analizar si el mismo 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 del proveedor, pues realizaba un *recargo de \$5.00 al usar tarjetas como medio de pago, según información ubicada en rótulo en establecimiento, voucher de compra con su correspondiente tickete y declaración de la persona encargada del establecimiento*, pese a que su obligación como titular de un comercio afiliado era no incrementar el precio de los bienes o servicios, ni tampoco hacer una diferenciación por pagos con tarjeta de crédito o en efectivo.

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 desde 51 hasta de 200 salarios mínimos mensuales urbanos en el sector comercio y servicios. 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 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, según 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 el proveedor consistente en copia de los formularios de declaración y pago del Impuesto sobre la Renta y Contribución Especial de los ejercicios fiscales de los años 2019 al 2021, este Tribunal ha constatado que, en el año 2019, que corresponde al periodo de cometimiento de la infracción, el proveedor obtuvo ingresos hasta por la suma de \$356,940.19 dólares, como resultado de las actividades comerciales propias de su giro económico.

En virtud de lo anterior, habiendo contrastado los ingresos *supra* mencionados con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que el proveedor Erwin Lagos Andrade, cuenta con la capacidad

económica de una *microempresa*, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa así será considerado.

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

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 del proveedor 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 al *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 efectúe 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.

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. 2° 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. 3° 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 el denunciado actuó de manera negligente en la gestión de su negocio, pues ha existido un déficit organización, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa las infracciones. En otras palabras, el proveedor Erwin Lagos Andrade, no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito atribuido.

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 la infracción del proveedor es directa e individual, pues se acreditó que realizaba el cobro de un recargo de \$5.00 dólares al emplear tarjetas como medio de pago, cuando el pago de los productos o servicios adquiridos por los consumidores correspondían a una promoción y el pago se efectuaba por medio de tarjeta de crédito, incumpliendo 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*.

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

Mediante la imposición de la sanción —multa—, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo¹, en el infractor Erwin Lagos Andrade, que ha cometido la infracción descrita en el artículo 40 letra d) de la LSTC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LSTC, siendo pertinente advertir respecto a la referida infracción, que el proveedor no debe aumentar el precio de los bienes o servicios, ni tampoco hacer una diferenciación por pagos con tarjeta de crédito o en efectivo, conforme a

¹ "(...) La sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado, que es desincentivar conductas ilícitas, razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular interesado. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía, de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados", Resolución Final N° 08-2020/CC2 emitida el 07/01/2020 por la Comisión de Protección al Consumidor N°2 Sede Central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú.

lo regulado en el artículo 35 letra d) de la LSTC, situación que no consta acreditada en el presente procedimiento.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA.

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4º de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos tanto en el artículo 47 de la LSTC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer al infractor Erwin Lagos Andrade, pues se ha acreditado el cometimiento de la infracción consignada en 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*” 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*”.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción consignada en el artículo 40 letra d) de la LSTC es 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 en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por el proveedor, no se acreditó el dolo sino negligencia; y que éste incumplió con la obligación de no aumentar el precio del bien o servicio cuando el pago se efectúe mediante tarjeta de crédito.

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 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.

Adicionalmente, en el caso *subjudice* este Tribunal también consideró la imposición de una **multa atenuada**, por las circunstancias expuestas en esta resolución, en concreto, el reconocimiento parcial de los hechos consumados constitutivos de la conducta regulada en el artículo 40 letra d) de la LSTC, en relación con el artículo 35 letra d) de la misma ley.

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 **Erwin Lagos Andrade**, una multa de: DIEZ MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS

(\$10,645.95) —monto atenuado, de conformidad a la multa mínima que corresponde imponer, de conformidad al artículo 44 de la LSTC y artículo 156 de la LPA—, equivalentes a treinta y cinco salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios, por la comisión de la infracción estipulada 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*” 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*”.

Establecido lo anterior, es menester señalar que, la multa impuesta representa *menos* del mínimo dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción —sancionable entre 51 y 200 salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios—, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN.

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2º de la Constitución de la República; 35 letra d), 40 letra d) y 44 de la LSTC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) Sanciónese al proveedor **Erwin Lagos Andrade**, con la cantidad de: **DIEZ MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$10,645.95) — monto atenuado, de conformidad a la multa mínima que corresponde imponer, de conformidad al artículo 44 de la LSTC y artículo 156 de la LPA—, equivalentes a treinta y cinco 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, conforme al análisis expuesto en el romano **VI, letra B y VII** de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

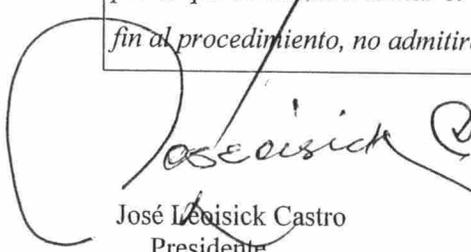
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría

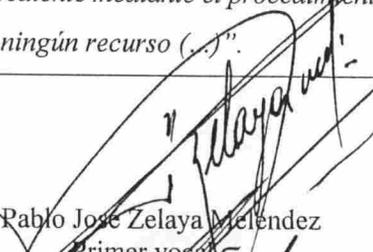
de este Tribunal certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.

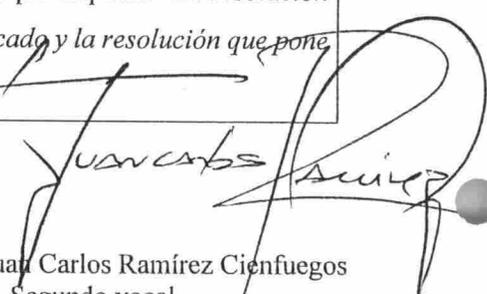
b) Notifíquese.

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 decide tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)".

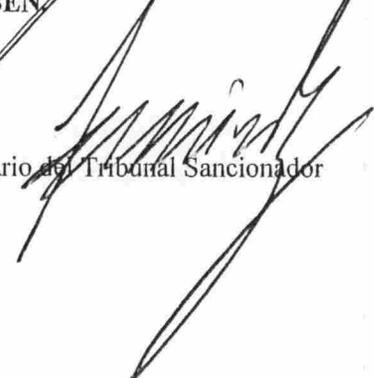

José Luisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

VR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador