

"Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), protegiendo los datos personales de las partes que intervinieron en el presente proceso; así como datos confidenciales, según lo establecido en el Artículo 6 letras "a", "f" y, 24 de la LAIP

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 16/05/2023 Hora: 13:14 Lugar: San Salvador.	Referencia: 1775-2021
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS.			
<p>La Presidencia expuso que conforme a lo dispuesto en el artículo 52 inciso segundo de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito —en adelante 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 13/09/2019, se realizó inspección en el establecimiento denominado "HUMANUM TEMPORE"—propiedad de la proveedora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V.—ubicado en _____, municipio de Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, en seguimiento a aviso de infracción interpuesto por consumidor, en el cual manifestó lo siguiente: <i>"En un chat de WhatsApp en el cual ella participa una persona consultó si podía pagar la mensualidad de Humanum Tempore con tarjeta de crédito y le dijeron que por esa modalidad de pago cobran un recargo del 10% a pesar de que se pague antes de la fecha de vencimiento"</i>.</p> <p>Los delegados de la Defensoría del Consumidor, al hacerse presentes al establecimiento consultaron a la señora a _____ quien los atendió respecto a los cobros que se realizan con tarjeta de crédito adicionales al precio regular de los productos, manifestando que efectivamente se hace el recargo del 10% al pagar con la tarjeta de crédito, dicha información la daban a conocer a los consumidores de manera verbal al realizar el pago y por medio de un rótulo en el área de información. Además, verificaron al momento de la inspección que no se encontraba ningún cartel que detallara los precios en efectivo y los precios con tarjeta de crédito o débito. Asimismo, se observó algunos pagos en efectivo y otros en tarjeta a los cuales se les había aplicado el cobro del 10% adicional.</p> <p>Se anexó a la denuncia, fotografía impresa de factura número 084 (fs. 2) a nombre de la consumidora _____ con número de recibo 00011, y se anexa fotografía a nombre de la consumidora _____ 0586 (fs. 3), en las que se advierte una diferencia del cobro al realizarse en efectivo y en tarjeta de crédito, en el sentido que la fotografía 1 de la factura 000011 refleja como precio la cantidad de \$44.00 USD, reflejado de igual forma en el vaucher. En la factura 0586 se observa el cobro de \$40.00 USD por el valor final, cuyo pago se realizó en efectivo. Asimismo, dicho recargo por pago con tarjeta de crédito se comprueba con los carteles de fs. 6 y 7.</p>			

R7

La práctica antes descrita, a criterio de la Presidencia, denota un claro incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 letra d) de la LSTC, que establece: *"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"*, pues la aplicación de cualquier tipo de cargo ocasiona un incremento en el precio del bien en perjuicio del consumidor, con lo cual se configura igualmente la infracción grave prevista en el artículo 40 letra d) de la misma 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"*.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Tal como consta en auto de inicio (fs. 8-9), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción establecida en el artículo 40 letra d) de la LSTC, respecto de la obligación contenida en el artículo 35 letra d) de la misma normativa.

En ese orden de ideas, la infracción atribuida, descrita en el artículo 40 letra d) de la LSTC por: *"El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente Ley (...)"*, específicamente en relación con la obligación genérica para los proveedores estatuida en el artículo 35 letra d) de dicha normativa consistente en: *"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"*; es preciso 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: *"(...) 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 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 DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA.

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V., en su calidad

de proveedora denunciada en este procedimiento administrativo sancionatorio, pues en la resolución que antecede (fs. 8-9), en la que se ordenó el inicio del mismo, se le otorgó el plazo de cinco 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. 10).

En hilo de lo anterior, el día 07/09/2022 se recibió escrito con anexos, firmado por la señora (fs. 13-17), en calidad de Administradora Única Propietaria y representante legal de la proveedora denunciada, en el cual se refirió a la infracción atribuida a su representada, prevista en el artículo 40 letra d), en relación al 35 letra d) ambos de la LSTC, por generar el cobro de un cargo adicional del 10% a los clientes que pagaban sus consumos en el establecimiento comercial de su propiedad con tarjeta de crédito, en ese sentido menciona que cuando la sociedad HUMANUM TEMPORE, S.A. de C.V. todavía operaba, hubo momentos en los que sí se recibieron pagos por medio de tarjetas de crédito, sin embargo, era un método excepcional de pago. Asimismo, aclara la representante legal que reconoce su responsabilidad como administradora de la empresa, sin embargo, manifiesta que desconoce si el departamento de contabilidad en algún momento hizo algún cobro indebido, ya que sus responsabilidades dentro de la misma era la práctica y ejecución del estudio de danza, pues únicamente impartía clases, coordinaba horarios y estaba pendiente de las necesidades del estudio, pero aclara que no se recibían pagos provenientes de tarjetas de crédito todos los meses, ya que era utilizado nada más por algunas madres y padres de familia de algunas alumnas del estudio que recibían los servicios profesionales.

Finalmente, manifiesta que de acuerdo a las investigaciones que se haya realizado o se sigan realizando por parte de este honorable Tribunal, y si se concluyere que sí existió un incumplimiento a lo establecido en la LSTC, se pondere que el supuesto perjuicio ocasionado es mínimo y debería valorarse que la relacionada sociedad, ya no opera desde el año 2020 y por ende ya no se están generando las declaraciones de IVA correspondientes, pues se pretende que se genere la desinscripción del Registro de Contribuyentes IVA de la referida sociedad; el cual requiere un plazo de 3 años y esto se cumple en el mes de abril del 2023.

Asimismo, el día 22/12/2022 se recibió escrito y documentación anexa (fs. 126 al 134) presentado por la señora _____ mediante el cual en síntesis manifestó que presenta en las oficinas de este Tribunal estado de cuenta corriente del _____ mediante el cual demuestra el cese de movimientos económicos de la cuenta corriente número _____ a nombre de la sociedad HUMANUN TEMPORE, S.A. DE C.V., en los cuales se pueden ver los movimientos desde fecha 02/10/2017, constatándose que tales movimientos cesaron el día 24/12/2019.

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 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 administrativo los siguientes medios de prueba:

a) Acta No. 0002153, de fecha 13/09/2019, 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 13/09/2019 en el establecimiento *“Humanum Tempore”*, propiedad de la proveedora denunciada, con ocasión del seguimiento al aviso de denuncia, en la cual la consumidora manifestó que *“En un chat de WhatsApp en el cual ella participa una persona consultó si podía pagar la mensualidad de*

Humanum Tempore con tarjeta de crédito y le dijeron que por esa modalidad de pago cobran un recargo del 10% a pesar de que se pague antes de la fecha de vencimiento”, (fs. 3).

b) Impresión de fotografías relacionadas a facturas en las cuales se ha agregado el 10% por realizar pago con tarjeta de crédito, así como carteles informativos en los cuales se consigna lo siguiente “*PAGOS CON TARJETA SE COBRA 10% AGREGADOS A MENSUALIDAD*”, respectivamente (fs. 4-7); y mediante las cuales, valoradas conjuntamente con el reconocimiento expreso de la conducta atribuida que efectuó la proveedora denunciada en su intervención en el procedimiento, se establece que la denunciada efectuaba el cobro de un recargo del 10% a los consumidores que pagaban con tarjeta de crédito los servicios que comercializaba en su establecimiento.

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada anteriormente, se advierte que ésta no fue controvertida por la proveedora. 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.

Atañe en este punto, analizar si los hechos denunciados, se corresponden con la infracción atribuida a la proveedora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V., es decir, si en los hechos denunciados concurren los elementos propios de la infracción atribuida a la proveedora en este procedimiento, establecida en el artículo 40 letra d) de la LSTC, por concretamente incumplir la obligación genérica para los proveedores instituida en el artículo 35 letra d) de la misma normativa.

a. En ese orden, respecto de la infracción descrita en el artículo 40 letra d) de la LSTC por: “*El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente Ley (...)*”, concretamente respecto de la obligación genérica para los proveedores instituida 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*”, 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, y 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 del proveedor 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”*.

3. En el presente caso, por medio del acta de inspección 0002153 se acreditó que en fecha 13/09/2019 se realizó una inspección en el establecimiento comercial denominado *“Humanum Tempore”*, propiedad de la proveedora denunciada, con el objeto de corroborar las aseveraciones vertidas en aviso de denuncia, mediante el cual se señaló que: *“En un chat de WhatsApp en el cual ella participa una persona consultó si podía pagar la mensualidad de Humanum Tempore con tarjeta de crédito y le dijeron que por esa modalidad de pago cobran un recargo del 10% a pesar de que se pague antes de la fecha de vencimiento”*.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso que hoy nos ocupa, mediante el acta de inspección con referencia número 0002153 (fs. 3) y sus anexos, constituidos por las impresiones de fotografías de facturas y carteles de avisos en los cuales se establecía que: *“PAGOS CON TARJETA SE COBRA 10% AGREGADOS A MENSUALIDAD”*, (fs. 4-7), se documentó que la proveedora de forma expresa y manifiesta informaba a los consumidores que visitaban su establecimiento, que, de cancelar los servicios que comercializaba mediante tarjeta de crédito, acarrearía la imposición de un recargo del 10% sobre el precio previamente establecido, por lo cual, 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 la proveedora denunciada como titular de un establecimiento que ostenta la calidad de 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 contravención 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 (...)*”, 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 de la proveedora, pues la proveedora realizaba un *recargo del 10%* al precio de los productos y servicios que comercializaba en su establecimiento, bajo el concepto de: *"PAGOS CON TARJETA SE COBRA 10% AGREGADOS A MENSUALIDAD"*, cuando el pago de los productos o servicios se efectuaba por medio de tarjeta de crédito, en contravención de su obligación como comercio afiliado de no aumentar el precio de los bienes o servicios, 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, la cual se sanciona 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: tamaño de empresa, el impacto en los derechos de los consumidores, 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 la proveedora 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 2020, la proveedora obtuvo ingresos hasta por la suma de \$11,534.51 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 la proveedora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V., cuenta con la capacidad económica de una *microempresa*, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa así será considerada.

b. El impacto en los derechos de los tarjetahabientes/consumidores, en relación a la conducta del artículo 40 letra d) de la LSTC.

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 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 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.

Por lo tanto, 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 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, la proveedora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito atribuido, para evitar el cobro de recargos prohibidos por la legislación aplicable, incumpliendo así sus obligaciones como proveedor a la luz de la LPC.

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 de la proveedora es directa e individual, pues se acreditó que realizaba el cobro de un recargo del 10% sobre el valor de los bienes y servicios que comercializa, cuando los consumidores empleaban como medio de pago la 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 la infractora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V., de quien se ha comprobado que cometió 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.

Por consiguiente, para la determinación y cuantificación de la multa procedente, este Tribunal debe prever que, en el caso concreto, la comisión de la conducta infractora no resulte más ventajosa para la infractora que asumir la sanción correspondiente, como consecuencia de la misma.

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 aplicables establecidos tanto en el artículo 47 de la LSTC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a la infractora HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V., pues se ha acreditado el cometimiento de la infracción administrativa, consignada 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*” 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*”.

Considerando entonces, 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; y que ésta incumplió con la obligación de no aumentar el precio del bien o servicio cuando el pago se efectúe mediante tarjeta de crédito, 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. Consecuentemente, 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.

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.

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 **HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V.**, por la comisión de la infracción grave estipulada 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*” relacionada con la obligación contenida en el artículo 35 letra d) de la misma 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*”, una multa de QUINCE MIL TRESCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,300.00) —monto mínimo de conformidad al artículo 44 de la LSTC—, equivalentes a cincuenta y un salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta por el cometimiento de la infracción, se encuentra dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de las mismas, según su gravedad —es decir, entre 51 y 200 salarios mínimos mensuales en el sector comercio y servicios, por infracción grave a la LSTC.

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) *Ténganse por agregados* los escritos de fs. 13-17 y 126-127, presentados por la señora

en calidad de administradora única propietaria y representante legal de la proveedora **HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V.**, a quien se le dio intervención en el presente procedimiento, así como la documentación de fs. 18-125 y 128-134; y *téngase por contestada* la audiencia conferida a la referida sociedad, en los términos relacionados en la presente resolución.

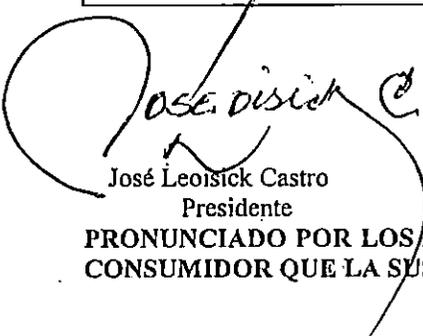
b) *Sanciónese* a la proveedora **HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V.**, por la comisión de la infracción grave estipulada en el artículo 40 letra d) de la LSTC, por: “*d) El incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24, 33, 34 y 35 literal d), todos de la presente ley*” relacionada con la obligación 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*, con una multa de QUINCE MIL TRESCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$15,300.00) —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—, conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

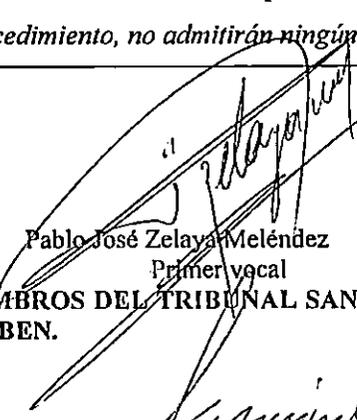
c) *Tome nota* la Secretaría de este Tribunal del lugar señalado por la proveedora **HUMANUM TEMPORE, S.A. DE C.V.**, para recibir actos de comunicación.

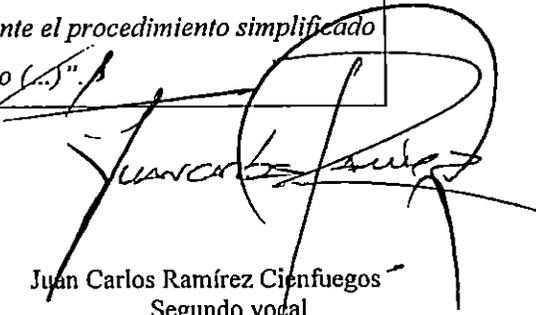
d) Notifíquese.

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 (...)"

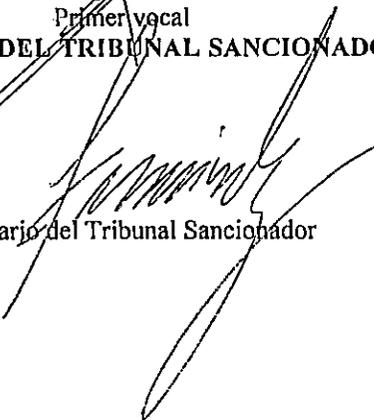

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

PR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador