

Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAI), 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), b) y 24 de la LAI

 <p><b>Defensoría del Consumidor</b></p>	<p><b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b></p>	<p>Fecha: 09/03/2021.          Hora: 10:16 a.m..          Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 496-2020</p>
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor		
Proveedora denunciada:	S.A. de C.V.		
<b>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</b>			
<p>Antecede a esta resolución, escrito presentado por el licenciado apoderado general judicial de la sociedad denunciada, de generales conocidas, de fs. 75 a 78 de fecha 26/02/2021 donde solicita Recurso de Reconsideración de conformidad a los artículos 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA- y; un segundo escrito firmado por el referido profesional a fs. 79; presentado en la fecha arriba descrita, en el que agrega documentación y solicita se libere oficio a Laboratorios a fin de que informe a este Tribunal si poseen personal especializado en la materia que puedan realizar dictámenes técnicos de mascarillas, a fin de que puedan acreditar si las mascarillas objeto de análisis “protegen la salud de las personas”.</p> <p>A. El día 28/04/2020 se recibió escrito de denuncia y anexos presentados por la Presidencia en aplicación del artículo 143 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC-, constando con un total de 11 fs.</p> <p>Para realizar el análisis de la denuncia recibida, este Tribunal Sancionador hizo notar que en fecha 14/03/2020 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 593 que estableció el Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19 (en adelante, Decreto de Emergencia o Decreto N° 593) que fue posteriormente reformado mediante el Decreto Legislativo N° 599 vigente a partir del 20/03/2020. Dicha reforma versó sobre el art. 9 del Decreto de Emergencia, el cual regula el régimen de suspensión general de plazos judiciales y administrativos. Este régimen general fue modificado para exceptuar de manera expresa a los procedimientos, plazos y sanciones previstos en la LPC promovidos en el marco de la emergencia nacional de la pandemia por COVID-19. Es por ello que, a pesar de la suspensión general de plazos administrativos, este Tribunal Sancionador consideró que se encontraba habilitado legalmente para proceder a realizar el análisis liminar de la denuncia presentada por el presidente de la Defensoría del Consumidor –en adelante DC- en los términos solicitados.</p> <p>Por otro lado, y en virtud de las modificaciones normativas a las que estuvo sujeta el estado de emergencia nacional, este Tribunal aclaró que a pesar que al Decreto de Emergencia se le asignó una vigencia inicial hasta el 12/04/2020, el Decreto Legislativo N° 622 de fecha 12/04/2020 prorrogó su vigencia –y la de sus reformas posteriores- por cuatro días más, es decir, hasta el día 16/04/2020.</p>			

Sucesivamente, ese mismo día fue emitido el Decreto Legislativo N° 631, el cual prorrogó nuevamente su vigencia y la de sus reformas por 15 días más, teniendo como consecuencia que el Decreto N° 593 y sus reformas, se encontraban vigentes a la fecha en que se efectuó el auto de inicio; por tal motivo se procedió a conocer los hechos consignados en la denuncia del presente expediente sancionador.

B. La Presidencia expuso, que en virtud de la emergencia mundial del COVID-19, y las posibles implicaciones en la salud y economía del país, aunado a las funciones de vigilancia e inspección que se establece en el art. 58 letra f) de la LPC, el día 21/03/2020 se realizó inspección en el establecimiento denominado "\_\_\_\_\_", ubicado en \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ en el municipio y departamento de San Salvador —propiedad de la proveedora denunciada—, a fin de verificar la promoción denominada "*Seguimos brindando las opciones para cuidar la salud y bienestar en nuestras salas de venta. Existencias pueden variar según sala de venta, aplican restricciones para el número de venta de este artículo...Mascarilla de Tela Cónica, Disponibles: Negra, Blanca...Mascarilla de Tela tipo Cirujano, Disponibles: Azul, Blanca*", la cual se encontraba publicada en su página de la red social Facebook. Al momento de la inspección se constató lo siguiente:

- a) 65 mascarillas de tela quirúrgica marca CHAINS, a un precio de \$3.96 dólares y,
- b) 90 mascarillas de tela cónica marca CHAINS; a un precio de \$4.52 dólares.

La persona que atendió a los delegados de la DC manifestó que estos dos tipos de mascarillas siempre lo han vendido en el establecimiento y no ha sufrido variación de precio y que lo publicitan mediante la página de Facebook en la cual se ofrece como una opción para el cuidado de la salud y bienestar de todos.

C. En este punto, en relación a los hechos denunciados, este Tribunal estima conveniente hacer la siguiente aclaración:

1. Respecto al principio de congruencia, según la resolución de fecha 26/02/2009, en el proceso de amparo con número de referencia 440-2007, la Sala de lo Constitucional indicó qué debe entenderse sobre el mismo, así: "*la adecuación entre las pretensiones de los sujetos procesales y la parte dispositiva de la resolución judicial*". Claró está, que dicho principio es aplicable tanto en sede jurisdiccional como no jurisdiccional.

Asimismo, en la citada resolución, se mencionó que: "*Las sentencias, pues, deben ser claras, precisas y deben resolver todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados. En otras palabras, debe existir correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve*". (Resaltado propio).

Por último, y en lo que al presente caso concierne, expuso: "*En ese sentido, es menester traer a colación lo manifestado por esta Sala en su jurisprudencia, verbigracia, en las sentencias en los procesos de amparo ref. 733-2001 y 679-2004 de los días 19/VI/2003 y 18/XII/2005, respectivamente, en*

las que se ha sostenido que la congruencia obtiene su concreción en el proveído final del juzgador, entendiéndose el definitivo, ya que es el momento que representa, frente a la tutela efectiva de los derechos de los gobernados, la obligación de circunscribirla a la pretensión del actor". (Resaltados y subrayados propios).

2. Dicho esto, es menester referirse a la denuncia efectuada por la Presidencia (fs. 1-2), en la que se menciona que en la publicidad en análisis la proveedora agrega datos o información falsa en cuanto a la composición, destino o finalidad de las mascarillas ya que las mismas son ofrecidas con la finalidad de proteger la salud y bienestar de todos, según la Dirección Nacional de Medicamentos, las mascarillas de tela no son idóneas para limitar la transmisión de agentes infecciosos o la prevención de una enfermedad, por lo tanto no se les debería llamar quirúrgica ni cónica; pero, según carta de la DNM (fs. 8) se menciona que las mascarillas que son objeto de regulación sanitaria por la referida Dirección, son aquellas, en las que el fabricante en la ficha técnica especifica su uso como médico hospitalario o médico quirúrgico, caso contrario, dichas mascarillas no serían objeto de regulación por parte de dicha institución; encontrándose, dentro de las primeras, las mascarillas de uso médico y quirúrgicas previstas para limitar la transmisión de agentes infecciosos desde el personal médico hasta los pacientes durante procedimientos quirúrgicos y otros entornos médicos con requisitos similares.

Además, en el referido documento se menciona que las mascarillas de tela que se encuentran a la venta en el establecimiento I S.A. de C.V., no deben estar a disposición de la población con la atribución que dichos productos son para uso médico hospitalario o médico quirúrgico; salvo que tengan documentos de importación que en la ficha técnica determinen que es para uso médico.

Ahora bien, haciendo un análisis entre lo denunciado y lo dispuesto por documento a fs. 8, en virtud de los principios aludidos previamente, la presente resolución final se circunscribió al análisis de lo que respecta a la publicidad: "Seguimos brindando las opciones para cuidar la salud y bienestar en nuestras salas de venta. Existencias pueden variar según sala de venta, aplican restricciones para el número de venta de este artículo...Mascarilla de Tela Cónica. Disponibles: Negra, Blanca...Mascarilla de Tela tipo Cirujano. Disponibles: Azul, Blanco"; en cuanto se ofrecía a los consumidores un tipo de mascarillas de tela tipo cirujano, la cual, no cumplía con los atributos para ser utilizada por profesionales de la salud, para uso médico hospitalario o médico quirúrgico, no así el elemento de que sirven para cuidar la salud y bienestar.

En virtud de lo anterior, la Presidencia adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho a ser protegidos contra la publicidad engañosa o falsa en los términos

establecidos en el ítem 4º del artículo 31 de esta ley. Además, el inciso primero del artículo 27 de la LPC, al referirse al derecho de información establece que en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna.

Sostiene, que de conformidad con la letra b) del artículo 31 de la LPC se considerará publicidad ilícita la *publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico.*

Señaló, que lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, la cual, es calificada como muy grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

### III: INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

1: Tal como consta en auto de inicio (fs. 12-15), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 31 letra b) de la LPC se considerará publicidad ilícita *la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico.*

Señaló, que lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, la cual, es calificada como grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

2. Con respecto a la mencionada infracción, este Tribunal en resolución pronunciada el día 01/03/2012, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 801-2011, expresó que la publicidad engañosa o falsa puede ser agrupada de la siguiente manera: "(...) a) *Presentar -total o parcialmente- datos falsos (es decir, inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad). b) La publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de: (1) inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada; (2) producir confusión: cuando la información en la publicidad es contradictoria, oscura, desordenada o mezclada de forma que no puede reconocerse claramente la oferta publicitaria; y (3) producir un engaño: cuando se presenta de manera que aparente una verdad, es decir, una realidad distinta a la existente (...) el perjuicio al consumidor puede ser causado por: (...) (1) la falsedad de contenido material del anuncio.*

o por el engaño en su modo de presentación; y (2) Por la omisión de datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios (...)

En relación al artículo 31 de la L.P.C. denominado publicidad engañosa o falsa, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en resolución de fecha 28/05/2016, en el proceso con número de referencia 123-2011, expuso: "Lo anterior enfatiza las siguientes situaciones: (i) el cumplimiento de la presentación clara y veraz de la información de los bienes o servicios contenida en las ofertas, promociones y publicidad no es una facultad sino una obligación para quien publica; (ii) la información contenida debe corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados; (iii) los datos deben ser susceptibles de verificación, de confirmación y además suficientes; y, (iv) no deben generar dudas en el usuario de lo que está comprando o del servicio que está adquiriendo. Bajo esa lógica, se entenderá por publicidad engañosa o falsa, aquella que sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, por ser total o parcialmente falsa incluso por omisión".

Además, en la resolución de fecha 08/01/2016, en el proceso con número de referencia 344-2010, dicha Sala mencionó: "El análisis del contenido de dicha promoción debe realizarse de una forma integral, lo cual está referido a que además del contenido del mismo, se deben tomar en cuenta otros elementos tales como su estructura, tipografía y diseño, siempre y cuando ésta pueda influir o tener un impacto en el consumidor, ya que como se dijo anteriormente con la publicidad se trata de comunicar un mensaje, que tendrá un impacto social y económico en los consumidores, el cual dependerá de lo que se pretenda informar, recordar y persuadir, de acuerdo a lo que el proveedor desea llevar a cabo en el mercado. De ahí que, es obligación de quien publica verificar que la información se brinde de una forma clara y veraz, garantizando así los derechos de los consumidores".

#### IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Consta a fs. 19 y 27, escrito firmado por el licenciado [redacted] en calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, mediante el cual contesta a audiencia conferida en resolución de inicio a fs. 12 a 15, acreditando su actuación mediante poder general judicial de fs. 28 a 29 y anexa documentos de fs. 30 a 60.

Asimismo, el día 02/10/2020 se recibió un segundo escrito firmado por el licenciado [redacted]

en el cual actualiza nueva dirección para ser notificado a fs. 61

En el primer escrito solicita se declare la nulidad absoluta del auto emitido por esta autoridad donde se declara el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, por habersele violado el derecho de defensa a su representada; ya que, si bien es cierto que de conformidad al artículo 9 del Decreto Legislativo número 599 se hayan exceptuado los procedimientos, plazos y sanciones contenidas en la L.P.C, manifiesta que en ese momento, las prórrogas al decreto legislativo 599, decretos ejecutivos

22, 23 y 24, que han sido emitidos en base a este último, real y materialmente, imposibilitan que su representada pueda ejercer su derecho de Defensa conllevando a un impedimento como ser asistida técnicamente en el ejercicio de sus derechos, siendo que, los abogados no estaban autorizados para prestar sus servicios de manera presencial al igual que los contadores; a tener acceso al expediente original, ya que, al revisar dicha documentación, se ha percatado que esta autoridad ha fundado la posible existencia de una infracción a la LPC, en una carta identificada como DNM-DN-149-2020, de fecha 21/04/2020, emitida por la Dirección Nacional de Medicamentos, mencionando que es de imperiosa necesidad que la defensa técnica de su representada tenga acceso al documento que se hizo referencia.

Asimismo, arguye que, de conformidad a los artículos 288 inc. 2 y 337 del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–, aunque no se encuentre a disposición de su representada, son documentos que pueden ser emitidos por las instituciones que se mencionan a continuación, ofreciendo como prueba:

a) Informe que deberá ser emitido por la Dirección de Aduanas, ubicada en la Carretera Panamericana, Km. 11 ½, Ilopango.

Por medio de la cual dicha dirección deberá informar a vuestra digna autoridad, si en el periodo del estado de emergencia decretado por la pandemia por COVID-19, esa institución ha comprado, o recibido bajo cualquier título, mascarillas de tela, y en caso de ser afirmativa su respuesta, informe cuál es el número de mascarillas adquiridas, el objeto y finalidad de dicha adquisición.

Con el informe antes referido, se pretende probar que las mascarillas de tela, aunque no son de uso médico hospitalario o médico quirúrgico, sirven para desacelerar la propagación del virus y evitar que quienes son portadores del virus puedan transmitirlos a las demás personas en su entorno, y son una medida adicional y voluntaria para la salud pública.

b) Informe emitido por La Dirección General de la Policía Nacional Civil, Ubicada en Sexta calle oriente, entre 8va y 10ma avenida sur, #42, Barrio La Vega, San Salvador.

Por medio de la cual dicha dirección deberá informar a vuestra digna autoridad, si en el periodo del estado de emergencia decretado por la pandemia por COVID-19, esa institución ha comprado, o recibido bajo cualquier título, mascarillas de tela, y en caso de ser afirmativa su respuesta, informe cuál es el número de mascarillas adquiridas, el objeto y finalidad de dicha adquisición.

Con el informe antes referido, se pretende probar que las mascarillas de tela, aunque no son de uso médico hospitalario o médico quirúrgico, sirven para desacelerar la propagación del virus y evitar que quienes son portadores del virus puedan transmitirlos a las demás personas en su entorno, y son una medida adicional y voluntaria para la salud pública.

c) Informe emitido por La Presidencia de la República, Ubicada en Alameda Dr. Manuel

Enrique Araujo, número 5300, San Salvador:

Por medio de la cual dicha dirección deberá informar a vuestra digna autoridad, si en el periodo del estado de emergencia decretado por la pandemia por COVID-19, esta institución ha comprado, o recibido bajo cualquier título, mascarillas de tela, y en caso de ser afirmativa si suministraban al público, al momento en que se presentaban al establecimiento comercial.

También, ofrece prueba pericial de parte a realizar en las mascarillas sujetas a inspección, a efectos de establecer si las mismas de alguna manera sirven para "proteger la salud y bienestar de todos" y finalmente ofrece las declaraciones testimoniales de los señores

con las cuales pretende establecer porque se afirmaba en la publicidad, que las mascarillas comercializadas protegían la salud y bienestar de todos, las condiciones en que se comercializaban las mismas, así como las explicaciones que se le suministraban al público, al momento en que se presentaban al establecimiento comercial.

Además, y en lo que concierne a la configuración de la infracción, presentó la siguiente prueba documental:

1. Impresión en blanco y negro donde se refleja el mensaje: "Seguimos brindando las opciones para cuidar la salud y el bienestar de todos. Actualmente contamos con opciones de mascarillas de tela reutilizables en nuestras salas de venta. \*Existencias pueden variar según salas de venta, aplican restricciones para el número de venta de este artículo, con imágenes de mascarillas (Fs. 31).
2. Fotocopia de reporte de venta y ganancias de mascarillas de tela, con fecha 14/05/2020, firmado por el señor ..... y el señor ..... s. 32 y 35.
3. Impresión de documento de Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades CDC 24/7: Salvamos vidas, Protegemos a la gente, con enunciado "Enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19), Use de cubierta de tela para la cara para ayudar a desacelerar la propagación del COVID-19. Cómo usar una cubierta de tela para la cara", que contiene las indicaciones y condiciones para el uso de la misma e instrucciones de la cubierta de tela con y sin costuras (Fs. 36 y 37).
4. Impresión de página del periódico de La Prensa Gráfica, que contiene el enunciado "Empresa textil Intradesa cierra por órdenes del Gobierno, de fecha 15/05/2020, Fs. 38 y 39.
5. Fotocopia de ficha técnica de mascarilla de tela, que contiene especificaciones del producto. Fs. 81.

Así también, se recibió en fecha 26/02/2021, escrito firmado por el licenciado donde solicita Recurso de Reconsideración, de conformidad a los artículos 132 y 133 de la LPA, en el cual expone, que en primer lugar, considera oportuno manifestar a este Tribunal que tal y como se

menciona en resolución de las once horas y cuarenta y cinco minutos del día 06/05/2020, la Presidencia de la DC argumentó en su demanda que la publicidad de su mandante contenía datos totalmente falsos, desajustados a la realidad, ya que según carta DNM-DN-159-2020, de fecha 21/04/2020, remitida por la Dirección General de Medicamentos y que corre agregada a fs. 8, las mascarillas de tela objeto de inspección no cumplen con los atributos necesarios para considerarse de uso médico hospitalario o médico quirúrgico, ya que estas deben estar diseñadas para ser utilizadas por los profesionales de la salud en procedimientos médicos que podrían generar una corriente de alta presión de líquido como aerosol arterial durante la cirugía, así como también, limitar la transmisión de agentes infecciosos desde el personal médico hasta los pacientes, existiendo un claro engaño y vulnerando la buena fe los consumidores al hacerles creer que la mascarilla de tela, ofrecidas en el establecimiento de mi mandante son quirúrgicas y cónicas y se ofrecen como una opción para el cuidado de la salud y bienestar de todos; con lo cual está claro que la Presidencia de la DC aportó dicha carta como medio de prueba a fin de acreditar la presunta publicidad engañosa por parte de su representada; lo que posibilita a su demandante a ejercer el derecho de defensa amparado por la Constitución de la República, considerando que no es correcto la desestimación por parte de esta autoridad el requerimiento de informes a las diferentes entidades públicas; ya que, detalló lo que se pretendía comprobar con las mismas, que "las mascarillas de tela, aunque no son de uso médico hospitalario o médico quirúrgico, sirven para desacelerar la propagación del virus y evitar que quienes son portadores del mismo puedan transmitirlo a los demás en su entorno".

Argumenta que lo anterior sí guarda relación, ya que, incorporó en su escrito de contestación de demanda, como medio probatorio la impresión de la publicación del periódico La Prensa Gráfica en la cual expone que la empresa Intradesa proporcionó mascarillas de tela a las instituciones gubernamentales las cuales cumplían con las recomendaciones de protección por las autoridades de salud correspondientes y que, por ende, los informes requeridos, podrían indicar y reflejar que en efecto, dichas mascarillas de tela son una medida adicional para el combate de contagios del virus, consecuentemente, demostrar que la publicidad proporcionada por su mandante no es falsa ni alejada de la realidad, desacreditando la carta DNM-DN-159-2020 de fecha 21/04/2020 emitida por la Dirección General de Medicamentos.

Bajo la línea de lo anterior, el referido profesional considera que este Tribunal está vulnerando el derecho de defensa de su representada y la posibilidad de controvertir la prueba aportada por la Presidencia de la DC, constituyendo con esto, una desigualdad para las partes.

Finalmente, que con la denegatoria de la prueba testimonial ofrecida, esta autoridad ha omitido que otra de sus pretensiones con dichas declaraciones es comprobar las condiciones en que se comercializaban las mascarillas y las explicaciones que se les proporcionaban al público al momento de

presentarse al establecimiento, esto como parte del derecho a la información que contempla el artículo 27 de la LPC, desestimación con la cual también le está violentando el derecho de defensa a su representada.

Por las razones anteriores, solicita que este Tribunal, reconsidere lo resuelto en los literales e) y f) de la resolución de fs. 65 a 68.

Consta en el expediente administrativo, un segundo escrito recibido en fecha 26/02/2021, suscrito por el licenciado [redacted] agregando documentación a fs. 81, en el cual manifiesta que por medio de la presente agrega especificaciones del producto mascarilla de tela, la cual contiene Ficha Técnica de las mascarillas objeto de análisis, información que fue proporcionada por el proveedor y fabricante

Además, en lo relativo a la prueba pericial ofrecida, indica a esta autoridad que su mandante ha investigado y requerido información de los posibles peritos que podrían brindar los dictámenes técnicos de las mascarillas objeto del presente caso; que en ese sentido, se ha puesto del conocimiento de su mandante que LABORATORIOS [redacted] posee personal técnico idóneo y capacitado para realizar este tipo de análisis y dictámenes; por lo anterior, solicita a este Tribunal, que de conformidad al artículo 12 del CPCM, se libre oficio a LABORATORIOS [redacted], a fin de que informe si poseen personal especializado en la materia que puedan realizar dictámenes técnicos de mascarillas, y que pueda acreditar las mascarillas objeto de análisis "protegen la salud de las personas" y son una medida adicional y voluntaria para la salud pública.

A. Ante la anterior solicitud y argumentos, este Tribunal advierte:

Que de conformidad al artículo 158 numeral 5 de la LPA, describe: "Cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción de leve, cuando los hechos estén determinados por constar suficientemente en actuaciones administrativas o cuando el interés público así lo requiera, la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento simplificado que se sustanciará en los siguientes términos: La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirá ningún recurso y quedará habilitada la vía Contencioso-Administrativa", y en consonancia con el artículo 126 numeral 2 de la misma normativa que prescribe: "El órgano competente para resolver un recurso, deberá velar porque siempre pueda darse una respuesta al fondo de la cuestión planteada, de modo que únicamente podrá rechazar el recurso cuando: El acto no admita recurso."

Asimismo, el artículo 132 de la LPA, establece: "Podrá interponerse recurso de reconsideración contra los actos definitivos, el cual se interpondrá ante el mismo órgano que los hubiera dictado"

Bajo las anteriores premissas y en cumplimiento de las mismas, este Tribunal está inhibido de conocer recursos solicitados bajo los procedimientos administrativos sancionatorios simplificados, sin mencionar que la resolución de las diez horas con quince minutos del día nueve de febrero de dos mil veintiuno, no constituye un acto definitivo, sino más bien un trámite, por consiguiente, no se entrará a conocer ni habrá pronunciamiento sobre la solicitud del recurso de reconsideración del peticionario.

Respecto a la solicitud sobre librar oficio a LABORATORIOS es importante mencionar que en la resolución antes referida se hizo del conocimiento del apoderado que su poderfante podría presentar los peritajes que considerara necesarios de conformidad al art. 377 del CPCM, quedándole expedita la oportunidad de realizarlo a su costa, es decir, contratar los servicios del profesional, delimitar el objeto de su actividad y una vez realizado el dictamen, presentarlo como prueba, la cual sería valorada como tal. Ahora bien, en virtud del análisis realizado en el romano I de la presente, es importante mencionar que un peritaje para acreditar que las mascarillas objeto de inspección "protegen la salud de las personas" deviene en impertinente, puesto que este Tribunal solamente verificará la falsedad o no de la publicidad en cuanto al tipo de mascarilla y si esta era para uso médico hospitalario o médico quirúrgico.

En relación a las declaraciones testimoniales y librar oficio a las Direcciones de Aduanas, de la Policía Nacional Civil y a la Presidencia de la Republica, se resolvió sobre dichos aspectos en la resolución de folios 65 a 68, por lo que se deberá estar a lo resuelto.

B. Ahora bien, los demás alegatos vertidos por la denunciada se encuentran vinculados a la configuración de la infracción consignada en el artículo (3 letra g) de la LPC; por ello, éstos serán abordados en el romano VIII ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN de la presente resolución.

#### V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3º de la 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 Constitucionalidad 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, amparada 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 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.*

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° SS655/2020—fs. 4 y 5— de fecha 21/03/2020, por medio de la cual se establece que la DC, en virtud de la publicidad divulgada a través de la red social Facebook, el día 21/03/2020, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.

b) Formulario de verificación de productos no especificados a los cuales no aplica el precio máximo de ámbito general, que contiene: Mascarilla de tela cónica, marca CHAINS, 1 unidad ofrecido al público a \$4.52, productos en existencia: 90 unidades; y, Mascarilla de tela quirúrgica marca CHAINS, 1 unidad ofrecido al público a \$3.96, productos en existencia: 65 unidades. Fs. 4.

c) Impresión de captura de pantalla de la publicidad efectuada por la proveedora, relacionada con el acta N° SS655/2020—fs. 4 y 5— de fecha 21/03/2020, con la cual se establece el medio de comunicación con que fue dada a conocer a los consumidores la publicidad que textualmente se lee:

"Seguimos brindando las opciones para cuidar la salud y el bienestar de todos. Actualmente contamos con opciones de mascarillas de tela reutilizables en nuestras salas de venta. \*Existencias pueden variar según salas de venta, aplican restricciones para el número de venta de este artículo. Mascarilla de Tela Cónica. Disponibles: Negra, Blanca... Mascarilla de Tela tipo Cirujano. Disponibles: Azul, Blanca". fs. 7.

d) Fotocopia de fotografía de mascarillas con el enunciado: "mascarilla de tela quirúrgica". Fs. 8.

e) Fotocopia de fotografía de mascarillas con el enunciado: "mascarilla de tela cónica". Fs. 9.

f) Fotocopia de carta con referencia DNM-DN-159-2020, de fecha 21/04/2020, emitida por la Dirección Nacional de Medicamentos, que contiene el análisis de las mascarillas ofrecidas al público por la proveedora, en la cual hacen mención que "las mascarillas de tela que se encuentran a la venta en el establecimiento S.A. de C.V., no deben estar a disposición de la población con la atribución que dichos productos son para uso médico hospitalario o médico quirúrgico, salvo que, tengan documentos de importación que en la ficha técnica determinen que es para uso médico."

g) Fotocopia de reporte de venta y ganancias de mascarillas de tela, con fecha 14/05/2020, firmado por el señor / el señor . Fs. 32 a 35.

h) Impresión de documento de Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades CDC 24/7: Salvamos vidas, Protegemos a la gente, con enunciado: "Enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19), Uso de cubierta de tela para la cara para ayudar a desacelerar la propagación del COVID-19, Cómo usar una cubierta de tela para la cara", que contiene las indicaciones y condiciones para el uso de la misma e instrucciones de la cubierta de tela con y sin costuras. Fs. 36 y 37.

i) Impresión de página del periódico de La Prensa Gráfica, que contiene el enunciado "Empresa textil Intradesa cierra por órdenes del Gobierno, de fecha 15/05/2020. Fs. 38 y 39.

j) Fotocopia de ficha técnica de mascarilla de tela, que contiene especificaciones del producto. fs. 8E.

#### VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Delimitado los elementos de la infracción del artículo 43 letra g) de la LPC (romano III de la presente resolución), corresponde ahora hacer el análisis, conforme a los hechos probados (romano V), para comprobar si ha existido vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora S.A. de C.V., divulgó un anuncio publicado por medio de la red social Facebook, el cual literalmente dice: "Seguimos brindando las opciones para cuidar la salud y el bienestar de todos. Actualmente contamos con opciones de mascarillas de tela reutilizables en nuestras salas de venta. \*Existencias pueden variar según salas de venta, aplican restricciones para el número de venta de este artículo. Mascarilla de

*Tela. Cónica. Disponibles: Negra, Blanca. Mascarilla de Tela tipo Cirujano. Disponibles: Azul, Blanca.* al realizar inspección en el establecimiento y sucursal Escalón de la proveedora, se determinó que las mascarillas tenían habladores los cuales indicaban que eran: "mascarilla de tela quirúrgica" y "mascarilla de tela cónica".

Por su parte, la proveedora realizó ciertos alegatos con la finalidad de desvanecer la infracción atribuida y, resulta imperioso destacar el hecho que en la publicidad objeto de análisis, la proveedora se encontraba ofreciendo las mascarillas de tela *tipo cirujano* y que al presentarse la DC en el establecimiento comercial están tenían la denominación de *quirúrgicas*; es decir, que al contener los atributos "Tipo cirujano" y "Quirúrgicas" se podría entender que estas eran para uso médico hospitalario o médico quirúrgico, lo cual no es así según ficha técnica presentada por la proveedora denunciada a fs. 81, conteniendo las especificaciones del producto, el cual es de uso *CIVIL* y no como estaba siendo ofrecido por la proveedora denunciada en publicidad dentro del establecimiento a fs. 8, por lo que los alegatos del apoderado de la sociedad no son suficientes para desvirtuar la imputación.

Y es que, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado el concepto de publicidad engañosa en diferentes pronunciamientos citados en la presente resolución, incluyendo también dicha definición en el proceso contencioso administrativo con ref. 93-2011 de fecha 16 de noviembre de 2016, en la que señala que: *el artículo 43 letra g) de la LPC establece: Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: g) Realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa (...). En ese sentido, el supuesto de hecho o la conducta típica que tiene como consecuencia jurídica es la atribución de una sanción es la de realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa (...). Bajo esa lógica, se entenderá por publicidad engañosa o falsa, aquella que sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, por ser "total o parcialmente falsa incluso por omisión".*

Concerniente a lo anterior, se reitera que el reproche estriba en el hecho de ofrecer a los consumidores, una mascarilla con la particularidad que era quirúrgica, no siendo para uso médico hospitalario o médico quirúrgico, sino civil, publicidad con la cual podría o inducir a error o confusión a los consumidores, encajando en un tipo de publicidad falsa por no ser acorde a la realidad del producto en cuanto a su uso.

En definitiva se ha comprobado: que la denunciada, por medio de anuncio publicitario divulgado a través de su establecimiento, - sucursal Escalón, y con el dicho de su regente, ofrecía mascarillas quirúrgicas a los consumidores sin ser para uso médico hospitalario o médico quirúrgico, tal circunstancia no fue advertida a los consumidores -estableciendo, por ejemplo, que su uso era solamente CIVIL, como lo describe la ficha técnica a fs. 8-, pues es información esencial que debe ser consignada en la publicidad, tal como se estipula en el artículo 31 letra b) romano I,

En consecuencia, se tiene por establecida la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC "Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley", en relación con el artículo 31 letra b) romano I (disponibilidad) de dicha ley "La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: i) Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: (...) disponibilidad".

#### 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 43 letra g) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 46 LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, 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:

##### *u. 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. 54), y declaraciones y pagos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre el 10/2019 al 04/2020 (fs. 40-53). Se tomará en cuenta el promedio de ventas

mensuales de \$1,223,721.00 dólares de los Estados Unidos de América, obtenido de las ventas reportadas por la proveedora entre el mes de octubre del año 2019 al mes de abril del año 2020.

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 los cuales se superan a los de una micro empresa.

Cabe mencionar, que este Tribunal ha tenido acceso además a información de carácter público del Ministerio de Hacienda, Dirección General de Impuestos Internos, en la que la proveedora denunciada se encuentra clasificada como gran contribuyente, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una *gran empresa*.

**b. Grado de intencionalidad del infractor.**

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).

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 las 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 voto a la responsabilidad objetivo» [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 éste 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 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, en reiteradas ocasiones este Tribunal ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aun a título de simple negligencia o descuido.

En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es la de realizar publicidad que cumplan con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que no sea engañosa o falsa.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, al consignar que tenía a disposición de los consumidores mascarillas quirúrgicas, cuando no son de uso médico hospitalario o médico quirúrgico, sino de uso civil, sin que de alguna forma lo advirtiera a los consumidores. Y es que, como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia. Por lo que se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de S.A. de C.V.

*c. 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 infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad — *Stucursal Escalón* — se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o

falta, específicamente en cuanto a ofrecer un mascarilla de tela quirúrgica, cuando en realidad no son para uso médico hospitalario o médico quirúrgico.

*d. Impacto en los derechos del consumidor y naturaleza del perjuicio ocasionado.*

El papel del consumidor es esencial para el desarrollo de una economía social de mercado. En efecto, la competencia no es otra cosa que la pugna entre competidores por captar la preferencia del mayor número de consumidores; razón por la cual, la decisión libre del consumidor va a ser determinante en el resultado final de esta lucha. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor.

Esta función que cumple el consumidor dentro del mercado, por un lado exige al Estado que, mediante un rol promotor, genere las condiciones para que los proveedores brinden al consumidor información veraz acerca de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Por otro lado, los consumidores, conscientes del papel que cumplen en la economía y de la trascendencia del mismo para el correcto funcionamiento del proceso competitivo, deben tener un comportamiento activo, requiriendo de los proveedores mayor y mejor información, a fin de que éstos mejoren la calidad de sus productos y/o servicios y, en consecuencia, contribuyan al desarrollo de los mercados y a la consolidación del sistema económico.

La obligación de brindar información veraz se sustenta en el hecho de que esta repercute en una mayor transparencia en el mercado, lo que a su vez facilita al consumidor la adopción de decisiones de consumo adecuadas a sus intereses, generando de este modo una mayor competencia entre los agentes económicos.

Por otra parte, en el mercado, los agentes económicos cuentan con una herramienta principal a través de la cual informan a los consumidores sobre la existencia de sus bienes y/o sus servicios. Ella es la actividad publicitaria, la misma que consiste en dar a conocer sus ofertas y persuadir a los consumidores para que contraten las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la actividad publicitaria igualmente resulta ser una herramienta para reducir la asimetría informativa existente entre los consumidores y los proveedores de bienes y/o servicios, dado que procura que los destinatarios de la publicidad tomen sus decisiones de consumo basados en la satisfacción de sus necesidades y/o el ajuste a sus intereses.

De este modo, a través de la publicidad comercial se informa al público en general, de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de transacción de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios. La publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor que puedan ser vinculados con aquello que se ofrece.

Finalmente, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia, pues constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias. De acuerdo a lo anterior, la publicidad comercial resulta ser un elemento esencial para que el sistema económico funcione adecuadamente. Es por ello que las afirmaciones que se consignan en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) romano I ambos de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en ser capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de que la publicidad sea engañosa o falsa según lo estipulado en la misma LPC, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 31 de la LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la publicidad, ya que el solo hecho de constatar la falta de veracidad en la misma causa un perjuicio potencial capaz de inducir a error o confusión sobre el producto ofrecido al público.

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 realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) ambos de la LPC— pone en

peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (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 consumidores, derivada de la realización de la publicidad engañosa o falsa; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la publicidad. Así, *la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto; basta constatar la mera realización de la promoción sin cumplir con las condiciones mínimas requeridas legalmente para generar el riesgo de que los consumidores consideren que se está ofreciendo un producto o servicio con características ventajosas o beneficios que en realidad no posee, durante un periodo que no corresponde y quitándoles la posibilidad de determinar el precio de lo ofrecido, impacto o afectación abstracta de los derechos del consumidor que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LPC.*

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa analizada aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo.

En el presente caso, este Tribunal estima que al haberse ofrecido mascarillas quirúrgicas en el anuncio publicitario, hace creer que son de uso médico hospitalario o médico quirúrgico, lo cual es capaz de generar engaño en los consumidores.

*c. Cobro indebido realizado, las circunstancias en que esta se comete y el beneficio que obtiene el infractor.*

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14 de enero de 2016, en la que señala que uno de los factores de dosimetría punitiva es: "(...) el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho". Conforme a ello, deberíamos tener en cuenta el volumen de ingresos de la infractora por la comercialización de los productos promocionados; esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Así, para el caso que nos ocupa, la proveedora denunciada anexo documento denominado "Reporte de venta y ganancias de mascarillas de tela" en la cual se hace un desglose de la cantidad de unidades vendidas, el precio unitario, el costo unitario, el costo total y la utilidad bruta percibida, en la que se

observa que respecto a la mascarilla de tela blanca se percibieron utilidades brutas en los periodos de 15/03/2020, 22/03/2020, 19/04/2020 y 03/05/2020 por un total de \$325,55 dólares.

**f. Finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción.**

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora S.A. de C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra g) de la LPC, 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 LPC.

Además, es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción —multa— busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa, máxime cuando todo proveedor de bienes y servicios se encuentra en la obligación de realizar publicidad de conformidad con lo dispuesto en la LPC, es decir, la multa a imponer busca potenciar el cumplimiento de las obligaciones de información que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de la publicidad con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

**VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN 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 en el artículo 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 incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, al haberse ofrecido mascarillas quirúrgicas en el anuncio publicitario cuando no son para uso médico hospitalario o médico quirúrgico, sino civil, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores,

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es equiparable a una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona natural cuya capacidad económica es la de una *gran empresa*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora no se acreditó el dolo sino *negligencia*; que ésta incumplió con las obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular; sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

Por otra parte, cabe mencionar, que la proveedora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber de prestar colaboración en la entrega de la documentación que le ha sido requerida y contestando cada una de las etapas del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el artículo 17 número 5 de la LPA.

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 tanto, a la proveedora ..., S.A. de C.V., se le impone una multa de TRES MIL CUARENTA Y UN DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,041.70), equivalentes a 10 meses de salario mínimo urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 5% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción —doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados 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; artículos 4 letra c) y d), 27 inciso 1º, 31, 40 inciso 2º, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 141 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3º, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal RESUELVE:

a) *Agréguese* la documentación presentada por la proveedora ..., S.A. de C.V., la cual consta de fs. 81.

b) *Declárese no ha lugar* al recurso de reconsideración solicitado por el licenciado Arayjo Machuca, por los motivos expuestos en la presente resolución.

c) *Sanciónese* a la proveedora ..., S.A. de C.V., con la cantidad de TRES MIL CUARENTA Y UN DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS

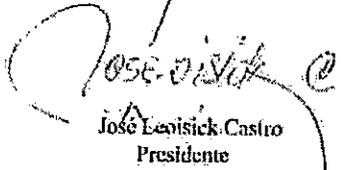
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (S3;041:70), equivalentes a diez meses de salario mínimo mensual urbanos en el sector de la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, por realizar publicidad engañosa o falsa, conforme al análisis expuesto en el ítem VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

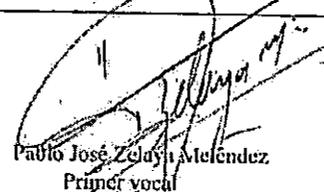
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal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

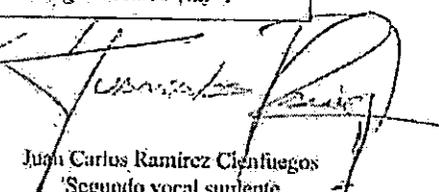
*Notifíquese.*

#### INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3º 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 (...)".

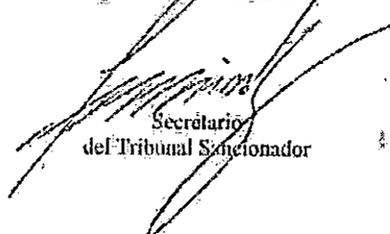
  
José Levisick Castro  
Presidente

  
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

ADEMÁS

  
Secretario  
del Tribunal Sancionador