

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 21/05/21 Hora: 11:48 Lugar: San Salvador.	Referencia: 1367-19
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>I. El día 08/12/2020 se recibió escrito y documentación anexa firmada por _____ (fs. 12-15), quien actúa en calidad de Presidenta y Representante Legal de la proveedora denunciada, lo cual demuestra a través de fotocopia del testimonio de escritura pública de modificación de pacto social y otorgamiento de texto único de _____ S.A. de C.V., (fs. 18-30). Mediante dicho escrito, contesta el traslado conferido por este Tribunal en resolución de fs. 5-7, agrega documentación de fs. 16-66, y señala lugar y medio técnico para recibir notificaciones.</p> <p>2. La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado _____ municipio de Antiguo Cuscatlán y departamento de la Libertad —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 04/07/2019, se llevó a cabo una inspección a fin de verificar la promoción comercial denominada “Promoción de mitad de año hasta el 60 de descuento* en productos seleccionados*Restricciones aplican. Válida mientras duren existencias”, la cual fue publicada por la proveedora en la red social de Facebook el día 28/06/2019. Al consultarle a la persona que atendió sobre la vigencia, condiciones y restricciones de dicha promoción, expuso: que dio inicio el 27/06/2019 y que la misma no contaba con fecha de finalización, ya que esta se mantendría mientras se agoten las existencias, agregó que la promoción no posee ningún tipo de restricción, únicamente las que se mencionan en los anuncios publicitarios. Dicha información se daba a conocer a los consumidores de forma verbal.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que hoy se analiza, se constató que la duración o vigencia –fecha de inicio y finalización de la promoción- y las restricciones o condiciones, no se encontraban en la publicidad utilizada para dar a conocer la referida oferta en los medios exigidos por ley, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el</p>			

establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. En razón de las circunstancias anteriores, aseguró que la sociedad denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, pues éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta, máxime por establecer la frase “*Restricciones Aplican*”.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 5-7), se 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*. Además, a la letra a) del artículo 16 de la LPC, al referirse a los requisitos de las promociones y ofertas, estipula que, entre otros aspectos, debe tener la posibilidad de comprensión directa.

También, se afirma una transgresión a lo regulado en el inciso primero del artículo 27 de la LPC, en lo concerniente al derecho de información: *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*.

Además, en cuanto a la información de las promociones, el artículo 30 de la LPC determina: “*Cuando se tratara de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes*”.

En relación con lo antes apuntado, el artículo 43 letra n) de la LPC determina que el realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley, es una conducta calificada como infracción 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

B. Con respecto a la mencionada infracción, este Tribunal, en resolución pronunciada el día 05/07/2010, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 271-2010, ha afirmado que: “*La naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, su carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción*”.

En ese sentido, las promociones y ofertas especiales que se transmiten a través de cualquier medio publicitario, tienen la finalidad de presentar los bienes o servicios en condiciones favorables para el consumidor, induciéndolo a tomar determinada decisión con sentido de urgencia, bajo la perspectiva de percibir una *ventaja económica* dentro de un *tiempo limitado*.

De lo anterior, se colige, que la LPC busca regular que los proveedores consignen, en el medio publicitario que se utilice para dar a conocer la promoción u oferta, *una indicación clara de la duración o del tiempo en la que dicha promoción será válida; debiendo indicar, además, a qué productos o servicios aplica la promoción u oferta, la cantidad mínima de productos disponibles, si existen o no restricciones, en qué consisten, y, en general, cualquier dato relevante previamente establecido*, que indique en qué condiciones será cumplida, información que es de suma importancia para los consumidores al momento de acceder a la promoción u oferta.

En otros términos, la finalidad de la regulación en el tema en cuestión tiene por objeto el minimizar la desigualdad entre las partes intervinientes en la relación de consumo -proveedor y consumidor- la cual puede dejar a este último en una situación asimétrica y de desventaja al no ofrecerle la información necesaria para que pueda tomar una decisión informada, es decir, considerando todos los elementos legalmente establecidos.

En este punto, este Tribunal considera oportuno traer a cuenta la resolución de fecha 13-03-2019 con referencia 7-2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la que consideró: *"El derecho de consumo parte de la necesidad de proteger a los consumidores debido a la creciente vulnerabilidad de éstos en las relaciones generadas en la economía de mercado contemporánea"*.

En la misma sentencia se estableció que: *"La LPC desarrolla un régimen especial de protección sobre la base de las asimetrías económicas e informativas existentes entre los proveedores de bienes y servicios frente a los consumidores, estos últimos, enmarcadas en una natural y clara situación de desventaja con respecto a los primeros"*.

Es así que la referida Sala define a la asimetría informativa como *aquella característica intrínseca de cualquier transacción económica, en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro*.

Del mismo modo, en sentencia definitiva del 08-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo definió a la asimetría informativa como

un elemento intrínseco de las relaciones contractuales entre productores o proveedores y consumidores, determina que en todo caso el consumidor está sometido a una condición de vulnerabilidad que rebasa su autonomía y voluntad real para contratar, circunstancia que, en definitiva, justifica la aplicación de un principio protectorio con el fin de restablecer el equilibrio contractual y asegurar el respeto de los derechos del consumidor

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

A. 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 **S.A. de C.V.**, pues en resolución de folios 5-7 se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 27/11/2020 —folio 11 —; El día 08/12/2020, se recibió escrito presentado por . . . actuando en su calidad de Presidenta y Representante Legal de la proveedora denunciada, legalmente acreditada.

En el escrito de fs. 12-15 la Representante Legal de la proveedora expuso, en síntesis, lo siguiente:

I. La Representante Legal de la proveedora, alega que en el presente procedimiento opera la figura de la caducidad, ya que ha transcurrido el plazo máximo establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante LPA— para resolver el presente caso.

En ese sentido, afirma, que la caducidad opera en aplicación a los artículos 143 de la LPC, 89 y 114 de la LPA, por los siguientes motivos:

I.I. Que en el artículo 143 de la LPC, se establece que el procedimiento se inicia: “a) cuando alguna de las partes haya desistido de someter el conflicto a alguno de los medios alternos de solución de controversias, b) si se tratara de intereses colectivos o difusos, c) si tratándose de intereses individuales no hubo arreglo en la mediación o conciliación; y d) al tener la Defensoría conocimiento de la infracción por cualquier medio”, por lo cual alega que el procedimiento inicia por denuncia escrita de la Presidenta o Presidente de la Defensoría del Consumidor; asimismo, relaciona el artículo 89 de la LPA en el que se establece que el procedimiento administrativo debe de concluir por acto o resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación, ya sea este de oficio o a petición del interesado. De

igual manera relaciona el artículo 114 de la LPC en el inciso segundo en el que se establece que *en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras (...) susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad (...)*”.

1.2. La Representante Legal alega que el procedimiento inicio el día en que el Licenciado [redacted] interpuso la denuncia, es decir, el día 11/09/2019, por lo cual al notificar el auto de inicio ya habían transcurrido más de los nueve meses que establece la ley como máximo para resolver, por lo cual opera la figura de la caducidad del procedimiento y el Tribunal se encuentra obligado a ordenar el archivo del presente expediente administrativo.

2. En cuanto a la atipicidad de la infracción, alega que no se configura ninguna violación a las disposiciones atribuidas a su representada, puesto que, con la referida promoción, se colocó un rotulo en tienda, así como en el sitio web, el que se indicaba que la aplicación del descuento no ocurría de forma llana, ya que se utilizaron expresiones como *“hasta un 60% de descuento en productos seleccionados”* y *“restricciones aplican”*, *“válida mientras duren existencias”* por lo que los dependientes de la tienda se encontraba en el establecimiento para aclarar cualquier tipo de duda, ya que dicha publicidad únicamente tenían acceso aquellas personas que llegaban de forma libre y espontánea a la tienda quienes al preguntar podían tener acceso a la duración y condiciones de la promoción.

B. En relación a los argumentos vertidos en el apartado **A.1 y 2**, y con la finalidad de evitar que la resolución adolezca de ser repetitiva, éstos serán desarrollados en el romano **VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.**

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

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

En ese sentido, la Sala de lo 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*

R
7
D

integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada uno le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate". (Los resaltados son nuestros).

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

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil 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 n) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos– se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N°0001455 —fs. 3— de fecha 04/07/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de comprobar el cumplimiento de los requisitos de ley, verificó la promoción publicada en la entrada del establecimiento
el día 04/07/2019, propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresión de la captura de pantalla de la publicación realizada por la proveedora denunciada en la red social de Facebook (fs. 4), relacionado con el acta N° 0001455—fs. 4— de fecha 04/07/2019, con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: **“Promoción de mitad de año hasta el 60% de descuento* en productos seleccionados* Restricciones aplican. Válida mientras duren existencias”**, ya que en esta no se detallaban las condiciones o restricciones, ni la duración de la oferta.

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada anteriormente, se advierte que ésta no ha sido controvertida por la proveedora, a pesar de haber tenido la oportunidad procesal para hacerlo. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia adquieren total certeza.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Ahora bien, este Tribunal estima conveniente realizar ciertas delimitaciones conceptuales en lo que al tema de promoción concierne, y cuáles son las circunstancias propias que configuran el cometimiento de la infracción establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

Sobre el mismo, es importante señalar que, desde una perspectiva meramente jurídica, específicamente en lo que a derecho sancionatorio se refiere, se abordará la temática de promoción. Claro está, que dicho tópico puede ser examinado desde diversas áreas del conocimiento; por lo que este análisis no pretende inmiscuirse en otro tipo de observaciones que no sean las estrictamente necesarias para dotar de contenido jurídico a la regulación punitiva que efectúa la LPC.

En primer lugar, y desde una perspectiva tradicional del *marketing*, hay 4 componentes en la denominada *mezcla del marketing*, a saber: a) producto, b) precio, c) promoción y d) distribución. Ahora, dentro de la promoción se encuentra la publicidad y la promoción de ventas. (Kenneth E. Clow, 2010)¹. En ese sentido, los artículos 16, 30 y 43 letra n) de la LPC se encuentran vinculados con el último concepto mencionado —*promoción de ventas*—.

La promoción de ventas consiste en todos los incentivos ofrecidos a los clientes y miembros del canal para estimular las compras de productos, la cual adopta dos formas: la promoción para consumidores y la promoción comercial. Para el caso que nos concierne, la promoción para consumidores se refiere a los incentivos que se ofrecen directamente a los clientes existentes o

¹Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

a los posibles clientes de la empresa. La promoción para consumidores está dirigida a aquellos que realmente usan el producto, es decir, los usuarios finales. Una de las metas principales de un programa de promociones dirigidas a los consumidores es persuadirlos de dar el último paso y efectuar la compra. (Kenneth E. Clow, 2010).

Asimismo, es importante señalar las dos categorías más generales de promociones para consumidores, a saber: a) las que se hacen para fortalecer la franquicia y b) las que se hacen para generar ventas.

Para el análisis que concierne a este procedimiento, las promociones que se hacen para generar ventas se centran en las **ventas inmediatas**, más que en el valor capital de marca o en la lealtad, por medio de descuentos, cupones, reembolsos, devoluciones, premios y otros incentivos. (Kenneth E. Clow, 2010).

Por consiguiente, **es desde esta perspectiva, promoción de venta, que deberán estudiarse los supuestos que dan cabida a la acción típica consignada en el artículo 43 letra n) de la LPC.**

B. Delimitado conceptualmente el ámbito de conocimiento de la infracción objeto de estudio, corresponde ahora referirse a algunos de los supuestos determinados en la ley que dan origen a la misma.

Antes de todo, es importante hacer la siguiente acotación: en relación con las promociones y ofertas, de acuerdo a la regulación contenida en la LPC, estas están sujetas a dos principios: el de veracidad y el de temporalidad. En ese orden de ideas, se ha venido sosteniendo que para que se tenga por establecida la configuración de la infracción prevista en el artículo 43 letra n) de la LPC, se debe tener como premisa que la naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, y su **carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción**. De esta manera, se ha entendido que no existe ninguna ventaja si los bienes son vendidos o los servicios prestados en las condiciones habituales y, por ende, no se estaría en presencia de una promoción y oferta.

Dicho lo anterior, los artículos 16 y 30 de la LPC, principalmente, determinan los aspectos obligatorios que los proveedores deben informar al momento de efectuar promociones y ofertas especiales de bienes o servicios.

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

Art. 16.- Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones y ofertas de bienes o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente, relativas a tales bienes o servicios, deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa;

b) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluirá la utilización de cláusulas abusivas; y

c) No condicionar la promoción u oferta a la entrega o no del recibo, copia o documento que acredite la operación.

En caso de duda sobre el sentido de la promoción u oferta, se entenderá a favor del consumidor”.

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

Art. 30.- Cuando se tratara de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes”.

De manera general, y sin que ello comprenda todos los supuestos que la ley y la casuística puedan arrojar, se proceden a explicar los que en la praxis suelen darse con frecuencia. Posteriormente (C), se harán las consideraciones necesarias en el caso concreto.

I. En cuanto a las condiciones, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPC, según el cual: *“Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones y ofertas de bienes y servicios (...) debe cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa”.*

En línea con lo anterior, en cuanto a las condiciones aplicables a las promociones u ofertas especiales, es importante considerar lo sostenido por este Tribunal mediante la resolución de las 08:41 horas del día 06/01/2009, en relación a la utilización de la frase “restricciones aplican”; en la que señaló puntualmente que *“(…) dicha frase tiene como sustento la*

inviabilidad de dar a conocer tales limitantes en el marco de la brevedad propia de los anuncios publicitarios. El problema de las remisiones hacia fuentes informativas distintas del anuncio examinado, implica cargas para el consumidor al verse obligado a adoptar medios distintos a la publicidad original para poder obtener parte de la información relevante para la oferta; debiendo considerarse además la factibilidad de acceso a la misma por parte de los consumidores de acuerdo al segmento de mercado al que pertenecen.”

Respecto de dicha resolución, la SCA confirmó la legalidad de la misma mediante resolución 274-2009 de fecha 14/11//2012, en la que además sostuvo: “(...) que un anuncio publicitario debe poseer la información necesaria para que los consumidores no tengan que recurrir a otra clase de medios para complementar la información inicial, por lo tanto al tener que recurrir a esta acción significa que se ha omitido informar de una manera clara y adecuada a lo ofertado por el proveedor, por los argumentos expuestos es que esta Sala considera que la conducta por la actora es atentatoria al derecho de ser debidamente informado el consumidor”.

2. En relación al precio total o los elementos que lo hagan determinable, conlleva a que debe estar lo suficientemente clara la cantidad que el consumidor pagará por la prestación de un servicio o la adquisición de un producto, máxime en aquellos casos en que se da la facilidad de pago a plazos, pero donde únicamente se determinan las cuotas que se deberán cancelar, mas no se indica el tiempo ni el valor total que los consumidores sufragarán. Lo anterior, supondría una desventaja informativa para el consumidor, lo que pudiera incidir a la hora de tomar una decisión de consumo. Configurándose, en sentido material, un incumplimiento del proveedor respecto a esta exigencia.

Ahora, en la práctica también se utiliza la modalidad de promoción y oferta estableciendo porcentajes de descuentos, dicho elemento hace determinable el valor que el consumidor pagará por un bien o prestación de servicio; por consiguiente, no implicaría una inobservancia a este requisito.

3. En lo que respecta a la duración, esta exigencia es prácticamente la esencia de estas propuestas de contratación, pues significa que el proveedor ofrece una ventaja extraordinaria al consumidor, la cual podrá ser gozada en un período de tiempo específicamente determinado o que puede ser determinable.

En ese orden, en la práctica, para establecer la duración de una promoción se han distinguido básicamente dos formas –sin perjuicio que puedan vislumbrarse otros, es decir, no es una lista taxativa–: a) plazo cierto–determinado– y b) condicionante–determinable–.

a) Se entiende a plazo cierto, cuando se estipula una fecha de inicio y de finalización. Ahora bien, muchos proveedores suelen consignar sólo una fecha o referirse a un mes, día festivo, período vacacional o celebración, entre otros; lo cual, devendría en un incumplimiento de este requisito. A manera de ejemplo, las expresiones como: “*Válido hasta el 31 de agosto*”, “*Válido a partir del 1 de septiembre*”, “*Válido sólo este mes*”, “*Válido sólo este día*”, no serían suficientes para tener por cumplida dicha exigencia, pues en la primera no se consigna la fecha de inicio; en la segunda, la de finalización; y, en las últimas dos, no tienen ninguna fecha. Se hace énfasis, nuevamente, en que deben tener fecha de inicio y finalización para que sea conforme a la LPC.

b) Se entiende duración bajo condición, cuando la promoción subsiste mientras no se dé un supuesto de hecho específico –estipulada en ella– que le pone fin a la misma. Ejemplo de lo anterior es la muy utilizada frase: “*Hasta agotar existencias*”. No obstante, esta última forma debe ajustarse a los requisitos y principios establecidos en la LPC para poder considerarse válida.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tiene a bien aludir a lo que se ha dicho en derecho comparado. Al respecto, en la resolución de fecha 15/03/2006, en el caso identificado como N° 044-2006/CCD del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), la Comisión indicó que si bien *Ripley* incluyó una duración para la promoción anunciada ésta fue condicionada al agotamiento de una cantidad de unidades disponibles que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, la Comisión observa que, **ante la percepción del consumidor, la duración para la promoción anunciada no se encontraba planteada con la claridad que exige el principio de veracidad, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a información relevante y necesaria para adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.**

Por consiguiente, estipular la duración de una promoción a través de frases como “*hasta agotar existencias*” es un elemento que, por sí mismo, genera confusión a los consumidores que quieran gozar de aquélla (por la ambigüedad en la información), aun estando junto a una fecha

de finalización –pues su uso puede llegar a invalidar tal fecha–. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de que un consumidor quiera hacer valer una promoción y no pueda, porque el o los productos ya no se encuentran disponibles y, por ende, dejaría de ser exigible.

De ahí que, para estos casos, se vuelve necesario acompañar esta frase con otros elementos informativos más precisos que hagan previsible la finalización de la promoción; y, sobre todo, que sean claros y concretos, con posibilidad de comprensión directa, tal como se colige de lo señalado en los artículos 16 letra a) en relación al artículo 30 ambos de la LPC.

C. Dicho lo anterior, en este punto es importante referirse a los argumentos vertidos por el apoderado de la proveedora, para luego determinar si ha existido o no la infracción atribuida:

I. Respecto a los requisitos que establece el artículo 30 de la LPC, en relación a las condiciones, precio, y duración de la misma por cualquier medio idóneo,

alega que su representada no ha incumplido con ninguna de las disposiciones legales y que en el presente caso hay atipicidad en la infracción.

Antes que nada, este Tribunal considera necesario hacer referencia a ciertos aspectos que han sido planteados en la jurisprudencia constitucional en lo que al tema de tipicidad e interpretación concierne.

Así, en la sentencia pronunciada a las diez horas con cuatro minutos del día 16/04/2018, en el proceso de amparo con número de referencia 20-2016, se dijo: “(...) *que la interpretación jurídica de una disposición legal o constitucional consiste en la atribución de un significado elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. Esta Sala ha reiterado que la formulación lingüística –el texto– de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido de sus disposiciones (Sentencias de fechas 4-II-97, 26-III-1999 y 14X-2013, pronunciadas en los procesos de Inc. 15-96, 4-98 y 77-2013, respectivamente) y fija los extremos o límites últimos entre la interpretación jurídica y una manipulación distorsionadora del contenido de la disposición*”.

Además, destacó que: “(...) *la precisión de las leyes penales –lo cual es también aplicable al Derecho administrativo sancionador– es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa, pues la aspiración de absoluta precisión, rigor total o exactitud terminológica en ese tipo de leyes es una utopía. En otras palabras, el*

requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es ilícita deben formular, describir, establecer o definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la mayor precisión posible o una determinación suficiente, de acuerdo con el contexto de regulación". (El resaltado y subrayado son nuestros).

En esa línea, se expuso: "(...) *que el legislador penal está obligado a garantizar tanto la igualdad de las personas ante la ley como la protección efectiva de bienes jurídicos, de manera que la técnica legislativa debe superar una tensión irremediable entre, por una parte, el carácter general (no individual) y prospectivo (dirigido a conductas futuras) de la ley y, por otra, el mandato de taxatividad. Dicho de otro modo, como el legislador penal no puede prever (y enlistar o enumerar de manera exhaustiva o casuística) todas las posibles conductas dañinas para un bien jurídico, es inevitable que en alguna medida recurra a descripciones, conceptos o términos relativamente indeterminados, cuya interpretación permita adaptar la ley a las circunstancias sociohistóricas de su aplicación y, al mismo tiempo, respetar la garantía de precisión suficiente en la tipificación de los delitos*". (Los resaltados son nuestros).

Concluyó que "*si bien el mandato de tipicidad requiere que las conductas sancionables hayan sido previstas por el legislador de manera precisa e inequívoca, ello no debe ser entendido como una exigencia de exhaustividad en su descripción*". (Los resaltados son nuestros).

Establecido lo anterior, conviene hacer referencia a lo que se entiende por "duración"; así, según el diccionario de la lengua española puede definirse como: "*Tiempo que dura algo o que transcurre entre el comienzo y el fin de un proceso*"².

De esta manera, y a partir del significado de la palabra duración, se advierte que la misma está compuesta por un comienzo y fin; por consiguiente, dichos elementos deben ser consignados por los proveedores al momento de efectuar promociones. Claro está, que tal exigencia debe realizarse respetando los derechos de los consumidores y obedeciendo las obligaciones estipuladas en la LPC; asimismo, resulta importante establecer dentro de estas las restricciones o condiciones sobre la que versa la promoción, pues en estas se definen los elementos necesarios para que el consumidor pueda acceder a los bienes objetos de la oferta.

² Puede verse en <https://dle.rae.es/duraci%C3%B3n?m=form>

Al respecto, cabe destacar los ya citados artículos 4 letra c) y 16 letra a) de dicha ley, en los cuales se regula que la información proporcionada por los proveedores debe ser **completa, precisa, veraz, clara y oportuna con posibilidad de comprensión directa.**

En ese sentido, resulta imperioso destacar, nuevamente, que es obligación de los proveedores consignar siempre la duración de la promoción –fecha de inicio y fecha de finalización-, así como las restricciones o condiciones, pues ello evitaría cualquier tipo de ambigüedad en la comunicación de la información, a la vez que se da cumplimiento a las características que ésta debe cumplir –artículos 4 letra c) y 16 letra a) ambos de la LPC–; lo que se traduce en seguridad jurídica para los consumidores.

2. En segundo lugar alegó que en la publicidad se expresó que había restricciones que le aplicaban a la promoción objeto de estudio, las cuales, afirma, siempre fueron informadas al consumidor de forma verbal, tal como se comprobó mediante el acta de inspección.

Como se esbozó anteriormente al establecer restricciones a una promoción sin indicar en la misma publicidad en qué consisten éstas, deviene en una vulneración al derecho de información de los consumidores, pues conlleva el traslado de una carga a éstos, ya que tiene que recurrir a otra clase de medios para profundizar la información; en el caso en particular, a través de empleados del establecimiento que detallen de forma verbal las restricciones. En consecuencia, existe información incompleta, oscura e inoportuna sin posibilidad de comprensión directa.

Al respecto, y tal como se ha mencionado en la presente resolución, el bien jurídico protegido por la LPC, al establecer esta infracción, es el derecho de información a los consumidores, y todo lo que ello conlleva, lo cual ha sido desarrollado ampliamente en la presente resolución.

3. Por otra parte, la representante argumentó que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, se debe aplicar la figura de la caducidad ya que se ha transcurrido el plazo máximo de nueve meses, sin que este Tribunal dictará resolución que le ponga fin al procedimiento.

Respecto a la caducidad en el ámbito del derecho público administrativo y sobre el tema de la caducidad acaecida dentro de un procedimiento sancionador, la Sala de lo Contencioso Administrativo -SCA- en reciente jurisprudencia ha afirmado que la caducidad *es una figura jurídica de naturaleza netamente adjetiva, y la define como una forma de terminación del procedimiento administrativo por superación del plazo máximo para resolver, cuyo*

incumplimiento impide su prosecución y resolución final; es decir, supone, la terminación de un procedimiento sancionador sin una resolución sobre el fondo, cuando éste, se encuentra detenido durante un plazo excesivo de tiempo, sin que le sea notificada al administrado resolución expresa. (Sentencia referencia 153-2014, de fecha 27-09-2019).

En la referida resolución la SCA sostiene que cuando la caducidad es producida exclusivamente por causa de la Administración pública, imposibilita a que la autoridad, ante su propia inactividad, continúe instruyendo un procedimiento sancionatorio fuera del plazo legalmente establecido para ello. Es decir, que una vez iniciado un procedimiento si éste no concluye en el plazo legal, la consecuencia jurídica es que el mismo caduca, configurándose entonces una forma de darlo por finalizado.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que los plazos procesales previamente establecidos en la LPA deben aplicarse según a lo establecido en el artículo 89 inciso 2º que establece: *“El procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o por resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación (...)”*, teniendo en cuenta el artículo 26 que señala: *“Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables, o no procede su notificación (...)”*, relacionado con el artículo 97 inciso 1º el cual determina: *“Todo acto administrativo que afecte a derechos o intereses de las personas, tendrá que ser debidamente notificada en el procedimiento administrativo”*.

De acuerdo con dichos parámetros, este Tribunal Sancionador es del entendimiento, que **existe un máximo de 9 meses contados a partir del día siguiente de la notificación del auto de inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir resolución final.** Por otro lado, la misma LPA en su artículo 82 inciso 4º establece que: *“Si el plazo se fija por meses o años, estos se computaran de fecha a fecha (...)”*, es decir, el plazo de los 9 meses, debe computarse en días calendario. Una vez concluidos estos 9 meses la LPA regula los efectos legales del acaecimiento de la finalización de este plazo en su artículo 114 numeral 2, establece que: *“En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en esta Ley”*.

Al realizar un análisis al caso concreto, el presente procedimiento administrativo sancionador fue promovido mediante denuncia del Presidente de la Defensoría del Consumidor, tal y como consta en denuncia de folios 1-3 e iniciado por esta autoridad en resolución de inicio de fecha 26/08/2020 –fs.5 al 7-, y legalmente notificada a la proveedora denunciada en fecha 27/11/2020, lo que nos hace concluir que no se cumplen los elementos facticos y jurídicos establecidos en el artículo 114 de la LPA, puesto que a la fecha, no se ha cumplido ni superado el plazo máximo de nueve meses, para que este Tribunal dicte resolución final que le ponga final a este procedimiento, quedando evacuada la alegación realizada por la representante legal de la proveedora denunciada.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima conveniente puntualizar en lo siguiente:

La infracción administrativa atribuida a la parte actora es la realización de promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC. Tal como se señaló *supra*, a partir del artículo 30 de la LPC la proveedora está obligada a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de la falta de la información mínima requerida por la ley para la realización de la promoción u oferta especial, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 30 LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la promoción, ya que el solo hecho de constatar la falta de información completa y veraz sobre la promoción causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el contenido de la promoción ofrecida 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 promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC -artículo 43 letra n) 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 promoción u oferta especial; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la promoción. 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 ventajas o beneficios que en realidad no posee, durante un período 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 relativa a realizar promociones y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en la LPC, en relación a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo al acreditarse la omisión de los criterios legalmente establecidos en la promoción de venta sometida a estudio.

En definitiva, los argumentos planteados por el Representante Legal de la proveedora no son suficientes para desvirtuar la infracción atribuida.

D. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, así como de los documentos que forman parte de la misma, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada, incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes” (...)*”, por cuanto la proveedora realizó una promoción sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal **al haber omitido consignar la duración (fecha de inicio) y la restricciones o condiciones (que ésta sólo aplicaba para nuevos socios o consumidores y reingreso de éstos, y que para optar a la promoción deben estar presentes dos personas al momento de la inscripción) de dicha promoción.**

En conclusión, las referidas omisiones pudieron inducir a error a los consumidores en cuanto a la toma de sus decisiones de consumo, particularmente, respecto a la expectativa del beneficio ofrecido por la promoción.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3 al 4, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó la promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el

administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

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

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

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

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tales omisiones hayan sido producidas de manera dolosa. No obstante, a partir de los hechos probados y las circunstancias en que se dieron los mismos, ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ha existido un déficit de organización, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa la infracción. En otras palabras, la proveedora **S.A. de C.V.**, no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

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 n) 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:

a. Tamaño de la empresa.

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: *“Microempresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía,*

a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores”.

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistentes en: declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2019 (fs. 50), declaraciones y pagos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre el mes de octubre del año 2019 al mes de abril del año 2020 (fs. 36-49) y estado de resultado al 31 de diciembre de 2019 (fs. 51 al 63). Se tomará en cuenta las rentas gravadas de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2019, el cual asciende a la cantidad de **\$2, 266,556.63**.

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 equiparan a los de un **mediano**, así mismo, se verificó la resolución con referencia MH-DGII-2020-0164, emitida por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, en la cual se clasifica a la proveedora denunciada como “*mediano contribuyente*” por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como un mediano contribuyente.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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

Así, 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

promociones y ofertas que cumplan con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que especifiquen las condiciones, precio y duración de las mismas.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, por no informar al consumidor la duración (fecha de inicio finalización) y las respectivas restricciones de la promoción referida, y estas no se detallan por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. 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., al haber omitido informar a los consumidores los requisitos antes mencionados, establecidos en la ley aplicable a las promociones y ofertas.

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 —

— se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la duración (fecha de inicio) y la restricción (que ésta sólo aplicaba para nuevos socios o consumidores y reingreso de éstos, y que para optar a la promoción deben estar presentes dos personas al momento de la inscripción), circunstancias que pudieron haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirla.

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 ésta 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 consignen 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 promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en

contravención a lo dispuesto en la LPC —artículo 43 letra n) 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 realizar promociones u ofertas especiales sin la información mínima legalmente establecida en relación con el producto o servicio que se intentaba vender y esto es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la promoción examinada.

La infracción administrativa atribuida a la parte actora es la realización de promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC. Tal como se señaló *supra*, a partir del artículo 30 de la LPC la proveedora está obligada a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de la falta de la información mínima requerida por la ley para la realización de la promoción u oferta especial, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 30 LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la promoción, ya que el solo hecho de constatar la falta de información completa y veraz sobre la promoción causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el contenido de la promoción ofrecida 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 promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC -artículo 43 letra n) 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 promoción u oferta especial; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la promoción. 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 ventajas o beneficios que en realidad no posee, durante un período 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 relativa a realizar promociones y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en la LPC, en relación a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo al acreditarse la omisión de los criterios legalmente establecidos en la promoción de venta sometida a estudio.

En el presente caso, este Tribunal estima que la falta de la información en relación con la duración (fecha de inicio) y la restricción (que ésta sólo aplicaba para nuevos socios o

consumidores y reingreso de éstos, y que para optar a la promoción deben estar presentes dos personas al momento de la inscripción) de la promoción analizada es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

e. 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, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha promoción y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por **S.A. de C.V.**, no podría definirse objetiva e indubitablemente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la promoción anunciada.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la promoción que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que las promociones se diseñan y efectúan con el objeto de generar ganancias (promoción de ventas, en términos precisos, tal como se desarrolló en el romano **VI**, letra **B**), es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las promociones buscan generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la promoción examinada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora

., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra n) 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 promociones u ofertas especiales 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 las promociones 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 incumplió con las obligaciones estipuladas en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la duración (fecha de inicio) y la restricción de la misma, circunstancias que pudieron 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 jurídica cuya capacidad económica es la de un *mediano contribuyente*; que en razón del grado de intencionalidad de las conductas cometidas por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia; que ésta incumplió con la obligación de realizar una promoción con los requisitos mínimos establecidos por ley; 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 **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,866.72)**, equivalentes a dieciséis salarios mínimos urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el **8%** 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), 16 letra a), 27 inciso

1º, 30, 40 inciso 2º, 43 letra n), 46, 49, 83 letra b), 144 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

, en su calidad de Presidenta y Representante Legal de la proveedora

, **S.A. de C.V.**, la cual consta a fs. 12-66.

c) *Sanciónese* a la proveedora

, **S.A. de C.V.**, con la cantidad

de **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,866.72), equivalentes a dieciséis salarios mínimos mensuales 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 n) de la LPC, por realizar una promoción que no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en el romano 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.**

d) *Tómese nota* del lugar y medio técnico señalado por el señor para recibir notificaciones. Asimismo, de las personas comisionadas para recibir documentación relacionada al presente caso.

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 (...).

POSEDIDA

José Leosiek 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.

PR

[Signature]
Secretario del Tribunal Sancionador