

	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 21/05/21 Hora: 11:46 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 921-19</p>
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante la Presidencia—		
Proveedora denunciada:	S.A de C.V.		
<b>II. HECHOS DENUNCIADOS</b>			
<p>La Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante Presidencia—expuso en su denuncia que, en uso de sus competencias de vigilancia e inspección establecidas en el art. 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, el día 15/02/2019 practicaron inspección en el establecimiento denominado: _____, propiedad de la proveedora denunciada.</p>			
<p>S.A de C.V., con el fin de dar seguimiento a la denuncia recibida de un consumidor con número de referencia 3-0300-09-19-94, en la que se informó que el "11/02/2019 en el boston tiene publicidad dentro del establecimiento de medio galón de _____ a \$7.85 y cuando solicitan ese tipo de sabor le dicen que ya no lo producen, lo que constituye engaño".</p>			
<p>Al consultar a la persona encargada sobre dicha denuncia, manifestó que en efecto por falta de materia prima ya no está produciendo el helado sabor <i>Cherry</i> y que no tienen en existencias en ninguna sala de ventas. Asimismo, se verificó que en la cartelera del establecimiento aún aparece el sabor de helado <i>Cherry</i> y también en el menú de mesa, aclarando la misma persona, que están en el proceso de cambio de cartelera y menú de mesa.</p>			
<p>Por último, los inspectores aclararon que el sabor <i>Cherry</i> estaba clasificado en la categoría <i>Premium</i> y se comercializaba a un precio de \$6.85 por medio galón.</p>			
<p>Finalmente, la Presidencia señaló que la publicidad utilizada por la proveedora contiene datos totalmente falsos y completamente desajustados de la realidad, ya que ofrecía el helado sabor <i>Cherry</i> y el mismo no se encontraba a disposición de los consumidores de manera efectiva. Arguyó, que con ello se producía en los consumidores una falsa expectativa al momento de valorar una decisión económica. Lo cual, es contrario a la información brindada a los consumidores con respecto al producto helado sabor <i>Cherry</i>.</p>			
<b>III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</b>			
<p>I. Tal como consta en auto de inicio (fs. 5 al 6) se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 31 letra b) de la LPC, según el cual, se considerará publicidad ilícita <i>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.</i></p>			
<p>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</p>			

artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

2. Concerniente 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 LPC -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 desee 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**

En fecha 29/10/2020, se recibió escrito (fs. 10 al 12), firmado por el  
en calidad de apoderado general judicial y extrajudicial con cláusula especial de la sociedad

por medio del cual contesta la audiencia conferida en resolución de las ocho horas con treinta y cinco minutos del día 11/08/2020. Finalmente, señala lugar y medio para recibir notificaciones; además, agregó la documentación de fs. 13 al 110.

El día 30/10/2020, se recibió escrito (fs. 111), firmado por el \_\_\_\_\_, por medio del cual agrega 2 legajos de copias que correspondían ser entregadas con el escrito anterior y señaló medios para recibir notificaciones.

A. Mediante el escrito de fs. 10 al 12, el apoderado de la proveedora en el ejercicio de su derecho de defensa, manifestó —en esencia— que *[e]n el presente caso, la comisión de la supuesta infracción se imputa por tener en los menús de mesa y en la marquesina interna del establecimiento un producto no disponible en esos momentos, pero ello de ninguna forma dicha situación afecta o influye el comportamiento económico del consumidor, dado que el consumidor (un consumidor medio) que llega a un establecimiento de helados con la intención de adquirir un helado pero no tiene seguro el sabor que desea, es el consumidor que ve el menú o la marquesina. Este consumidor ya va con una intención de adquirir el producto, pero si el producto no está disponible (puesto que se informa a los consumidores que un producto no está disponible cuando lo solicitan) el consumidor puede perfectamente cambiar el sabor de su elección o retirarse del lugar sin mediar por tanto engaño ni habiendo sido atraído a entrar al establecimiento por la información contenida en los menús de mesa y marquesinas internas del establecimiento.*

Finalmente, puntualizó que a su criterio *la información contenida en los menús de mesa y marquesinas internas del establecimiento no constituye publicidad externa y por tanto no tienen la capacidad por si misma de atraer consumidores que no hubieran optado ya a comprar en el establecimiento.*

Es conveniente señalar que lo argumentado por el \_\_\_\_\_, respecto al tipo de publicidad utilizada y los efectos de la misma en el comportamiento de los consumidores, se encuentra estrechamente relacionado con la valoración de la prueba ofrecida y el análisis de configuración de la infracción, por lo cual los referidos argumentos serán analizados en los siguientes apartados.

## V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del*

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

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

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

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

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa.

**B.** En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental consistente en:

1. Acta de inspección N° 0000400 de fecha 15/02/2019 —fs. 3—, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.
2. Impresión de fotografías vinculadas al acta de inspección N° 0000400 —fs. 4— de fecha 15/02/2019, con las cuales se establece el medio de comunicación con que fue dada a conocer a los consumidores la publicidad en la que se ofrece el helado premium, sabor *Cherry*.

Es preciso señalar que, más allá de los argumentos planteados, en el presente procedimiento no consta agregada prueba alguna que contradijera o desvirtuara la prueba proporcionada por la denunciante.

## VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Es importante señalar que, desde una perspectiva meramente jurídica, específicamente en lo que a derecho sancionatorio se refiere, se abordarán la temática de la publicidad. Claro está, que dicho tópico puede ser abordado 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.

B. Dicho esto, en primer lugar, es importante definir lo que se entiende por publicidad, así: *es esencialmente una actividad de comunicación que forma parte del proceso y del sistema de comunicación y que apunta a promover la venta de un artículo, producto o servicio; a fomentar una idea o lograr cualquier otro efecto que desee conseguir el anunciante.* Una segunda definición determina que: *la publicidad se enmarca en el contexto de promoción y se define como un proceso de comunicación masiva diseñada para cambiar la actitud y comportamiento de sus receptores.* (Jorge Guido Sotomayor Pereira, 2018)<sup>1</sup>.

En lo que a materia de comercio se refiere, la publicidad se usa a menudo para proporcionar información tanto a consumidores como a compradores empresariales. La información típica para consumidores incluye el horario de una tienda al detalle o minorista, la localización del establecimiento o, a veces, especificaciones más detalladas del producto. En materia de consumo, la publicidad es, por lo general, el principal vehículo de comunicación, y las otras herramientas promocionales (concursos, cupones, muestras) se diseñan para respaldar la campaña de publicidad. Tanto en la promoción de empresa a empresa como en la que se dirige a los consumidores, la clave para usar la publicidad con eficacia es verla como uno de los “rayos” de la “rueda” del esfuerzo promocional. (Kenneth E. Clow, 2010)<sup>2</sup>.

Es bajo esta concepción que nuestra LPC, en los artículos 31 en relación al 43 letra g), sitúa el tema de la publicidad y su punibilidad –cuando exista contravenciones a la ley–, es decir, en un contexto en que sirva como canal de comunicación a los consumidores para conocer, por ejemplo, el horario de una tienda, la localización del establecimiento, el precio y características de un servicio o producto, entre otros. Siempre y cuando la misma no se enmarque en una promoción o, en términos más precisos, en la *promoción de ventas*; pues en cuyo caso, nos encontraríamos bajo los supuestos de los artículos 30 en relación al 43 letra n) de la LPC.

C. Ahora bien, asimismo es menester referirse a los medios publicitarios, los cuales pueden definirse como: *los canales que las empresas utilizan para enviar publicidad al consumidor.* Una segunda definición es la siguiente: *cualquier espacio donde se pueda ubicar un mensaje de la empresa –sea cual sea la forma en que se haya elaborado–.* Ahora bien, los medios publicitarios son convencionales cuando el mensaje es transmitido en medios de comunicación masivo (prensa; radio; televisión; exterior, donde se localizan, por ejemplo, las vallas, área, transportes públicos; etc.).

<sup>1</sup> Jorge Guido Sotomayor Pereira, L. F. (2018). Medios publicitarios que influyen en el consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio. *Revista Kilkana Sociales*, 179-186.

<sup>2</sup> Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

En dicho contexto, en la actividad publicitaria se distingue una triple función: (i) la de ser informativa; (ii) la de ser persuasiva; y, (iii) la de constituir un mecanismo de competencia. 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 puesto que 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.

D. Delimitado el tema de publicidad, corresponde ahora hacer el análisis para comprobar si ha existido vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, respecto de la conducta establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, con base en los elementos probatorios señalados en el numeral anterior, ha quedado comprobado que en el establecimiento denominado *Boston Escalón*, propiedad de la proveedora . S.A de C.V., en fecha 15/02/2019 era ofrecido a los consumidores el helado categoría Premium, sabor Cherry, producto que según la misma proveedora ya no está produciendo y no se encuentra disponible en ninguna sala de ventas debido la falta de materia prima. No obstante, lo anterior, el referido producto continuaba siendo ofrecido a los consumidores a través del menú en mesas y carteles dentro del local comercial.

1. Es importante resaltar que en un negocio como el de la proveedora denunciada, venta de helados y sorbetes por medio de 39 sucursales<sup>3</sup>, exige múltiples comunicaciones de mercadeo incluyendo material interno en cada sucursal (*menús de mesa y marquesinas internas*), medios a través de los cuales la proveedora ofrece a los consumidores un menú mediante el cual, pagando un precio, pueden elegir el producto que desean consumir, entre una posibilidad limitada de determinado producto.

El uso de menú, así como marquesinas dentro de los establecimientos comerciales es definida como publicidad en punto de venta, una "*técnica del marketing (...) cuyo objetivo es llamar la atención sobre los detalles o características del producto (...) que otorgan un valor añadido al mismo sobre el resto de productos promocionados en el sitio en el que se puede comprar*"<sup>4</sup>; y es que en el punto de venta es donde el consumidor toma la mayor parte de decisiones de compra, por lo tanto, además de tener que llamar la atención al público, los medios de comunicación utilizados en el punto de venta deben proporcionar la información necesaria para la toma de decisiones.

<sup>3</sup> BOSTON Premium Ice Cream. <https://www.facebook.com/BOSTONPremiumIceCream/>

<sup>4</sup> Robles López, María (2009): La publicidad en el punto de venta: su realidad y tendencias. REVISTA DE LA SEECI, N° 18. Marzo. Año XIII. Páginas: 79 -128 ISSN: 1576-3420 DOI: <http://dx.doi.org/10.15198/seeci.2009.18.79-128>

Conforme a lo anterior, es posible concluir que el medio utilizado por la proveedora para dar a conocer a los consumidores los precios y sabores de los productos que comercializa, efectivamente puede ser considerado como publicidad.

En este punto, es importante señalar que se ha logrado establecer que los menús de mesa y marquesinas internas del establecimiento, efectivamente pueden ser considerados una especie de publicidad (publicidad en punto de venta), razón por la cual la información contenida en los referidos medios publicitarios debía de ser clara, veraz y corresponder con las condiciones reales de los bienes anunciados. Por consiguiente, este Tribunal desestima el alegato expuesto por el

2. Respecto al alegato relacionado a que el hecho de *que un producto no está disponible cuando lo solicitan el consumidor puede perfectamente cambiar el sabor de su elección o retirarse del lugar* y que, en consecuencia, *de ninguna forma dicha situación afecta o influye el comportamiento económico del consumidor*.

En consonancia con lo anterior, es necesario resaltar que, en el caso en particular, no se necesita —a posteriori— que se compruebe si la omisión ha afectado a la decisión relativa al comportamiento económico del destinatario y es que el ofrecimiento realizado por la proveedora del producto denominado *helado sabor Cherry*, a pesar que el mismo ya no es producido y no se encuentra disponible en ninguna sala de ventas debido a la falta de materia prima, constituye un *engaño por falsedad* el cual “...resulta ser el caso más simple de infracción al principio de veracidad publicitaria pues implica que las afirmaciones empleadas no corresponden a la realidad”<sup>5</sup>; ya que simplemente, el producto ofrecido en el punto de venta, no existe. En ese sentido, es válido concluir que el mensaje publicitario fue capaz de generar en los consumidores una representación distorsionada de la realidad (que el *helado, sabor Cherry* continuaba siendo producido por la proveedora y se encontraba disponible para la venta), poniendo de relieve el concepto equivocado que una persona se forma acerca de ese producto, lo que pudo obligar a los consumidores a realizar un cambio en su intención original (adquirir el *helado, sabor Cherry*) o simplemente desistir de la compra.

La transparencia es necesaria en el proceso de compra y debe de desarrollarse sin ninguna presión, y es que un consumidor que recibe una información transparente en el ámbito publicitario, se encontrará más libre para ejercer su elección de mercado. En ese sentido, *la publicidad se convierte así en un arma para el empresario en la lucha con otros competidores, pero también representa un instrumento para los consumidores. Sin publicidad el derecho a la libertad de elección del consumidor se vería mermado*<sup>6</sup>.

*La sugestión es persuasión emotiva y se asienta sobre la idea de que parte de la conducta humana en el mercado es preferentemente emocional, de hecho, al realizar la elección de un producto el consumidor no siempre toma una decisión sobre la base de un razonamiento objetivo, sino que deriva de ciertos elementos*

<sup>5</sup> Resolución N° 064-2009/CCD-INDECOPI y Resolución N° 1036-2010/SC1-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 149-2008/CCD, en el procedimiento seguido por Jorge Alberto de la Melena Mariátegui en contra de Instituto San Martín del Perú.

<sup>6</sup> Lema Devesa, C. (2014): “La publicidad comparativa en la Unión Europea”, en Revista Derecom, N° 16, Nueva Época, diciembre-febrero, pp. 27.

*subjetivos como las emociones y sentimientos que alberga*<sup>7</sup>, lo que nos hace entender que su decisión sería racional y libre siempre que el mensaje contenga un componente de verdad.

Por consiguiente, este Tribunal desestima el alegato expuesto por el

E. Así pues, al haberse consignado en anuncios publicitarios dentro del punto de venta, la disponibilidad del producto denominado *helado, sabor Cherry* a pesar que el mismo ya no es fabricado por la proveedora denunciada, 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) 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”, siendo procedente imponer la sanción conforme el artículo 46 de la misma ley, previo análisis de los parámetros establecidos en el artículo 49.

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 Constitución –en adelante Cn–, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del 17/12/1992).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18-2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un

<sup>7</sup> Sánchez Guzmán, J. R. (1993): Teoría de la Publicidad, Tecnos, Madrid, pp. 125.

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

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 g) de la LPC, la que 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 financiera presentada por la proveedora, específicamente, declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre el mes de enero 2019 hasta diciembre del mismo año (fs. 17 al 60), correspondiente al año en que se cometió la infracción, se comprobó que en el referido período la proveedora reportó un promedio mensual de ventas de \$584,100.43; asimismo, según el estado de situación financiera al 31/12/2019 (fs. 84) y el estado de resultados del 01/01/2019 al 31/12/2019 (fs. 89), se determinó que la proveedora declaró un total de utilidad del ejercicio por la cantidad de \$368,025.03.

Al contrastar la información financiera de la proveedora relacionada, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que \_\_\_\_\_, S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley; en consecuencia, no es aplicable la clasificación de la ley Mype.

En ese orden, para los efectos de la cuantificación de la multa, la denunciada será considerada como una empresa de *tamaño mediano*, tomando en cuenta que la misma se encuentra categorizada como **MEDIANO CONTRIBUYENTE**, por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII); guardando así el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

Cabe mencionar, que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber presentado la información financiera solicitada por esta autoridad sancionadora.

**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.

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 lo es brindar de forma completa, clara, veraz y oportuna la información que se sea requerida por autoridad competente, en el cumplimiento de sus funciones.

Por lo que, en el presente caso, tal como se refirió en la parte final del romano VI de esta resolución, se configura una conducta *negligente* por parte de la proveedora \_\_\_\_\_, S.A. de C.V., al haber realizado directamente difusión de publicidad engañosa o falsa, conforme al artículo 31 letra b) de la LPC.

*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 31 letra b) de la LPC, en relación al artículo 43 letra g) de la misma ley, consistente en realizar publicidad engañosa o falsa, específicamente en cuanto a la existencia del helado sabor Cherry.

*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 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), 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 es 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 artículo 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 a 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 ventajas 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 consignado en menú de mesas y marquesinas dentro del establecimiento comercial, el anuncio publicitario relacionado al producto denominado *helado, sabor Cherry*, a pesar que el mismo ya no es producido y no se encuentra disponible en ninguna sala de ventas debido a la falta de materia prima, es capaz de generar engaño en los consumidores.

*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 publicitados, 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 publicidad y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores que pudieran intervenir..

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 publicidad falsa que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que la publicidad se diseña y efectúa con el objeto de generar ganancias, es decir, es un hecho notorio que a las

empresas las define el ánimo de lucro y que la publicidad busca generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la publicidad 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 imposición de la sanción —multa—, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo en 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.

Y es que, todo proveedor que ofrezca, comercialice o venda bienes intermedios y finales de uso o de consumo y servicios, se encuentra en la obligación de remitir la información que le sea requerida por autoridad administrativa, en cumplimiento de sus obligaciones, situación que no consta acreditada en el presente caso, con el fin de salvaguardar el interés general.

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

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4º de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos 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 establecido en el artículo 31 letra b) de la LPC, al haberse consignado en menú de mesas y marquesinas dentro del establecimiento comercial, el anuncio publicitario relacionado al producto denominado \_\_\_\_\_ a pesar que el mismo ya no es producido y no se encuentra disponible en ninguna sala de ventas debido a la falta de materia prima, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es 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, para efectos de este procedimiento, es la de una *mediana 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 parámetro 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.

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 los consumidores.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer a la proveedora

S.A de C.V., una multa de: CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,320.89), equivalentes a diecisiete meses y quince días de salarios mínimos mensuales urbano en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo; multa que representa el 8.75% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción —200 salarios mínimos urbanos en el sector industria—, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

#### IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 40, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144-A y siguientes de la LPC; y 78 inciso tercero, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por el \_\_\_\_\_ apoderado general judicial y extrajudicial con cláusula especial de la proveedora denunciada S.A. de C.V., a quien se le dio intervención en el presente procedimiento; así como la documentación que consta agregada de fs. 13 al 110. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal de los medios y lugar señalado por el apoderado de la denunciada para recibir actos de comunicación; así como el nombre de la persona comisionada para tal efecto.
- b) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a \_\_\_\_\_ S.A. de C.V., en los términos relacionados en la presente resolución.
- c) *Sanciónese* a la proveedora \_\_\_\_\_ S.A. de C.V., con la cantidad de CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,320.89), equivalentes a diecisiete meses y quince días de salario mínimo mensual en 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 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.**

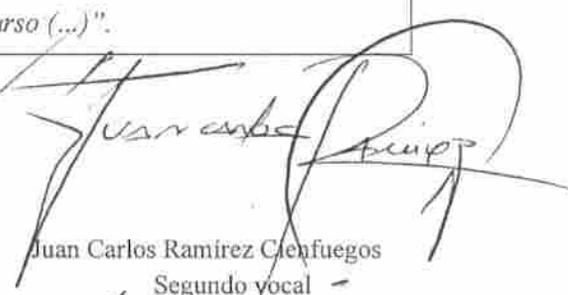
d) *Notifíquese.*

#### INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

  
José Leoisick Castro  
Presidente

  
Pablo José Zelaya Meléndez  
Primer vocal

  
Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal

**PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR QUE LA SUSCRIBEN**

RC/ym

  
Secretario del Tribunal Sancionador