

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 25/05/2021 Hora: 12:06 p. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 926-19
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el 23/11/2018 practicó inspección en el establecimiento denominado _____, ubicado en _____ municipio y departamento de _____, propiedad de la proveedora S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada se levantó el acta correspondiente —fs. 3 y 4—, mediante la cual se documentó, que durante la referida inspección se observó que en la fachada del establecimiento se encontraba un banner publicitario, el cual decía: “<i>Black Day 2x1 en viñeta amarilla</i>”, y que tal anuncio no contaba con la duración de la referida promoción comercial, ni especificaba si existían restricciones o condiciones para ser aplicada. Por lo anterior, se consultó a la persona encargada del establecimiento —quien se identificó como Jefa de Tienda— que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor sobre la vigencia, condiciones y restricciones de dicha promoción, a lo que manifestó que la promoción inició y finalizó ese día 23/11/2018. Además, que la referida promoción poseía restricciones, las cuales eran: a) que sólo aplicaba para el departamento de dama, b) que no aplicaba en compras de ropa interior, c) que no aplicaba para calzado y accesorios, y d) que el producto gratis aplica para la prenda de menor valor. Asimismo, en la inspección se verificó que la información antes mencionada, referente a la duración de la promoción y el contenido de las restricciones y condiciones no se encontraba dentro del establecimiento a la vista y disposición de los consumidores, por medio de cartel u otro medio idóneo, ni en la propia propaganda. Por el contrario, la persona encargada del establecimiento, especificó que tal información se hacía del conocimiento de los consumidores de manera verbal.</p> <p>Al respecto, la Presidencia señaló que la promoción relacionada <i>ut supra</i> no establecía su duración o período de vigencia para solicitar el beneficio promocional, es decir, no estaban especificadas en su contenido las fechas de inicio y de finalización. Igualmente, no se mencionaba en dicha promoción, acerca de la existencia de restricciones o limitaciones aplicables, ni su contenido, pese a que se informó por parte de la persona que atendió a los inspectores de la Defensoría del Consumidor, la existencia de las restricciones siguientes: a) aplicaba solo para el departamento de dama, b) no aplicaba en compras</p>			

7
[Handwritten signature]

de ropa interior, c) que no aplicaba para calzado y accesorios, y d) que el producto gratis aplica para la prenda de menor valor, pero las mismas no se informaba a los consumidores por ninguno de los medios establecidos en la ley para ese propósito, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Por lo anterior, la Presidencia argumentó que la sociedad denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, pues la promoción en análisis, se puso a disposición de los consumidores omitiendo información relevante respecto a las posibilidades que éstos tenían de acceder a las mismas, de forma tal, que posibilitaba que se generasen expectativas incorrectas como consecuencia de su desconocimiento.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 6-7), se mencionó 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 afirmó que existió 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 estará vigente; 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.

Por otra parte, en relación a la frase "*restricciones aplican*", este Tribunal Sancionador, en la misma resolución final precitada, se refirió a ella en el sentido de que la misma debe ser evaluada considerando si: *a) con ello se han dejado por fuera condiciones esenciales de la contratación; y b) las limitantes ulteriormente aplicadas modifican en forma sustancial la oferta principal anunciada en el medio publicitario de manera que ya no refleje las condiciones reales de la promoción*. Consecuencia de lo anterior, las instituciones de autorregulación publicitaria y las tutelares de derechos del consumidor sostienen que el anunciante tiene la obligación de incluir de forma inequívoca y perceptible -en su mensaje publicitario- las limitaciones o condiciones esenciales de la oferta realizada, de manera que no existan requisitos ulteriores no conocidos por los destinatarios y que limiten, modifiquen o contradigan las afirmaciones del mensaje publicitario principal.

Así, cuando un proveedor emplea la frase "*restricciones aplican*", o bien, cuando existen restricciones en una promoción, pero no advierte a los posibles consumidores de su existencia, privándoles de un mecanismo que les permita conocer y tener acceso a la información adicional esencial o relevante para la contratación de los bienes o servicios ofertados; o bien, el proveedor, habiendo establecido el mecanismo anterior, incluye condiciones generales de contratación que modifican, alteran, des-naturalizan, limitan o crean cualquier clase de variación esencial en cuanto la oferta contenida en el anuncio original, y si dicho el mecanismo no puede calificarse de idóneo, o se establecen cualquier otra clase de barreras de acceso, pone en evidente desventaja al consumidor que ha sido atraído a la contratación basado en la promoción ofrecida.

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 8-07-2011 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

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 entidad, . S.A. de C.V., pues en resolución de fs. 6-7, 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 30/10/2020 (fs. 10).

Al respecto, el día 09/11/2020 se recibió en este Tribunal escrito firmado por el licenciado . en su calidad de apoderado general judicial con cláusula especial del S.A. de C.V. (fs. 11-13), con documentación anexa concerniente a su identificación personal (fs. 14-22).

En su escrito, relacionó la personería con la actuaría en el procedimiento, efectuó una sucinta relación de los hechos acaecidos y la infracción atribuida a éstos, contestó la audiencia conferida en sentido negativo y alegó la transgresión de los plazos para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador como causal de nulidad de pleno derecho. En ese sentido, señaló que el presente procedimiento está basado en una inspección realizada el día 23/11/2018, siendo que la denuncia fue interpuesta por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor el día 04/07/2019, de la cual el Tribunal resolvió su admisión el 13/08/2020, de lo que concluye que se inobservaron los plazos determinados en los artículos 143 y 144-A de la LPC, apuntando a su vez, que a su criterio, las disposiciones antes citadas deben ser aplicadas en concordancia con el artículo 89 de la Ley de Procedimientos Administrativos—en

adelante LPA-, que establece la obligación de la Administración Pública de resolver en todos los procesos, independientemente de su forma de iniciación y el plazo máximo para concluir los procedimientos, el cual es *nueve meses posteriores a su iniciación*.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó la declaratoria de nulidad de pleno derecho de la resolución que ordenó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, por haber sido dictada contra ley expresa y dejar en indefinición por más de un año la situación de la proveedora denunciada. Además, citó el artículo 11 de la Constitución de la República, para enfatizar que el derecho de audiencia, se entiende que ejercido siempre que se desarrolle un proceso seguido conforme a la ley.

Aseguró que la inobservancia que señaló de los plazos, implica una violación a la garantía al debido proceso para su representada, pues los plazos no son potestativos, sino fueron establecidos por el legislador para suministrar parámetros de predictibilidad que se relacionan con la seguridad jurídica y el debido proceso, por lo que, aseveró que no corresponde al Tribunal Sancionador decidir, sino únicamente interpretar y aplicar la ley. Finalmente, señaló lugar y medios técnicos para recibir actos de comunicación, designando a su vez personas para tal efecto y solicitó una ampliación del plazo de audiencia conferido en la resolución de inicio, para recabar información financiera que le fue requerida, sin especificar de cuánto tiempo necesitaba de ampliación.

Sin embargo, a la fecha de pronunciamiento de esta resolución, no se recibió documentación complementaria para incorporarse a este procedimiento, pese a que como se establece en el artículo 13 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multas Administrativas "*las pruebas por documentos podrán presentarse en cualquier estado del procedimiento, antes de la resolución definitiva*", hecho que ya ha sido expresado por este Tribunal en reiterados pronunciamientos previos. Por tanto, habiendo transcurrido un plazo prudencial para la exhibición de prueba documental de descargo, sin que la misma haya sido incorporada por la proveedora denunciada, resulta inoficioso conferir un plazo adicional al transcurrido para ese propósito, por cuanto ha existido la posibilidad de completar dicha información desde el día 10/11/2020 y a la fecha, el presunto impedimento alegado ya se ha desvanecido.

Así pues, los argumentos expuestos por el apoderado de la proveedora denunciada, serán analizados a continuación:

A. Nulidad de pleno derecho por irrespeto a las formas establecidas en la ley para el procedimiento.

Corresponde entonces en primer lugar, definir la nulidad de pleno derecho, para determinar si efectivamente en el presente procedimiento, se configura tal categoría de nulidad como consecuencia de una transgresión en el plazo de admisión establecido por la normativa aplicable, como lo ha alegado el licenciado

La jurisprudencia contencioso administrativa se ha referido en diferentes ocasiones a la nulidad de pleno derecho como una categoría especial de invalidez originada en el incumplimiento a los requisitos

formales y materiales que debe observar la administración pública para la emisión del acto administrativo cuando ejerza sus facultades, pues así se encuentran determinados en la norma.

En ese orden de ideas, dicha jurisprudencia ha señalado que la gravedad del vicio en la conformación del acto condiciona la gravedad de su consecuencia. De la misma forma, cuando los vicios en la emisión del acto administrativo vulneren o afecten derechos fundamentales, tendrán como consecuencia la nulidad absoluta, que constituye la más gravosa de las nulidades y es excepcional, pues el acto nulo de pleno derecho se encuentra viciado de manera insubsanable, es decir, no podrá convalidarse este tipo de nulidad, aun cuando en materia administrativa los actos se rigen por el principio de conservación, situación que también está vinculada al principio de trascendencia que rige las nulidades.

La nulidad de pleno derecho o absoluta es aquella que compone el máximo grado de la invalidez, las infracciones que la generan son muy graves y sumamente excepcional es ocasionando que los actos se encuentran viciados de manera insubsanable. Tal es el grado de invalidez que "no produce efectos el acto nulo de pleno derecho desde su mismo origen, no se puede convalidar, ni por el transcurso del tiempo, ya que es imprescriptible, en el sentido de que siempre se puede hacer valer utilizando contra ella las acciones pertinentes" (Muñoz Machado, Santiago. (2011). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. IV. La Actividad Administrativa. 1º edición. Madrid, España. p. 173). Agustín Gordillo concuerda en que el acto administrativo nulo de pleno derecho es aquel que tiene vicios muy graves y por tal razón "es un acto irregular", grosero y muy excepcional; en cambio, a su criterio, los actos administrativos anulables o que tienen un vicio de nulidad relativa "son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares" (Gordillo, Agustín. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y otras obras. Tomo 8º, Teoría General del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. p.244) -Sentencia del Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de fecha 30/10/2018 en el proceso contencioso administrativo bajo la referencia 00066-18-ST-COPA-2CO-.

Por otra parte, la situación advertida por el apoderado de la proveedora denunciada cae dentro de la categoría comprendida como mera irregularidad, pues la misma no conlleva una inobservancia de las formas del procedimiento, ni los requisitos para su constitución, como ya lo ha señalado la Sala de lo Contencioso Administrativo: *En otros términos, los vicios de forma o procedimentales sólo acarrear la ilegalidad del acto, cuando éste se haya dictado colocando al administrado en una situación de indefensión, es decir, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías. Es así, que antes de verificar la procedencia o no de las irregularidades formales planteadas, es necesario aclarar que dichas ilegalidades al igual que las nulidades de ese tipo, se inspiran bajo el principio de relevancia o trascendencia de la misma, y, en su oportuno planteamiento en la vía procesal.* Sentencia definitiva Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 27/08/2012 en el proceso contencioso administrativo bajo la referencia: 159-2009.

En línea con lo anterior, la Ley de Procedimientos Administrativos ya regula específicamente los supuestos en los que cabe la nulidad de pleno derecho en el artículo 36, encontrándose que el supuesto planteado por el referido profesional como causal de nulidad no encuadra en ellos, sino en la situación regulada en el artículo 38 de la misma normativa, que estatuye: "Los vicios de forma solo serán causa de nulidad del acto cuando afecten a requisitos formales indispensables, o cuando la ejecución del acto coloque al ciudadano en una situación de indefensión, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías. Las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido en la Ley, solo producirán nulidad si procediera en razón de la naturaleza del término o plazo", siendo aplicable concretamente el inciso final de esta disposición, por cuanto el auto de inicio del procedimiento administrativo sancionador no constituye pues la naturaleza del mismo es un acto administrativo provisional, de mero trámite que no induce afectación definitiva en la esfera jurídica del administrado.

Finalmente, se advierte también que la petición del apoderado de la proveedora no cumple con el presupuesto de especificidad, puesto que no existe una disposición jurídica que regule que el incumplimiento del plazo relacionado en su escrito tenga como consecuencia jurídica, la nulidad de pleno derecho. Por tanto, este Tribunal deberá declarar *sin lugar* la solicitud de nulidad de pleno derecho del auto de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

B. En relación al cómputo de plazo efectuado por el apoderado de la proveedora denunciada, es importante recalcar que, como el bien ha señalado, al caso en autos corresponde la aplicación de la norma procesal vigente, es decir, la LPA (Decreto Legislativo No.856 de fecha 15 de diciembre de 2017), la cual está vigente a partir del 14 de febrero de 2019, y que determina en su artículo 2 que se aplicará a las entidades autónomas y demás entidades públicas, aun cuando su ley de creación se califique de carácter especial, en cuanto a los actos administrativos definitivos o de trámite que emitan y a los procedimientos que desarrollen.

Así, al ser la Defensoría del Consumidor una entidad autónoma, se colige la aplicación inmediata de la LPA al que hacer institucional; del mismo modo, estando el Tribunal Sancionador inserto orgánicamente en la referida institución, y dado que la actividad por excelencia que efectúa el Tribunal Sancionador consiste en la aplicación del régimen sancionatorio desarrollado en la Ley de Protección al Consumidor, se observa que la actividad y el referido procedimiento sancionador también estaría regido por la LPA.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de la LPA, este Tribunal Sancionador procede a determinar si la misma se aplica al caso en concreto, el cual, como ya ha sido mencionado, *fue iniciado mediante resolución de este tribunal, pronunciada el día 13/08/2020 y notificado a la proveedora en legal forma el día 30/10/2019*, por lo cual se concluye que el régimen procedimental regulado en la LPA es de aplicación directa al presente procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, es menester mencionar que la Ley de Procedimientos Administrativos promulga el principio de eficacia de los actos administrativos, es decir, que los actos administrativos son eficaces

desde su comunicación, lo cual expresamente establece el artículo 26 de la ley en comento: *"Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables o no procede su notificación o publicación, en cuyo caso serán eficaces desde el momento de su emisión"*. Además, que ya contiene regulación expresa sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador en el capítulo designado "Reglas aplicables a los procedimientos sancionatorios", y concretamente en el artículo 151 inciso 1º de la referida ley: *"El procedimiento iniciará por medio de resolución motivada"*, por ello, es de la integración de ambas disposiciones, que se concluye que el inicio del procedimiento administrativo sancionador ocurre con la notificación del mismo al proveedor, y que será desde ese momento, que el plazo máximo para su conclusión establecido en el artículo 89 de la misma norma, comenzará a correr.

En este punto, es necesario aclarar que, el procedimiento administrativo sancionador no se entenderá iniciado sino con la resolución de inicio que este Tribunal provea, a tenor de lo dispuesto en los artículos 151 de la Ley de Procedimientos Administrativos: *"El procedimiento iniciará por medio de resolución motivada, que contendrá esencialmente:*

- 1. La identificación de la persona o personas denunciantes, si hubiere;*
- 2. La identificación de la persona o personas presuntamente responsables;*
- 3. Una relación sucinta de los hechos que motivan el inicio del procedimiento, así como de los elementos que haya recabado la Administración Pública y que hayan motivado la emisión de tal resolución;*
- 4. La calificación preliminar de la infracción administrativa, así como de la sanción correspondiente; y,*
- 5. Indicación del derecho del presunto responsable de formular alegaciones y presentar prueba de descargo";* el cual, se encuentra en sintonía con lo señalado en el artículo 144-A letra a) de la Ley de Protección al Consumidor: *"Cuando se trate de denuncias de oficio, y los hechos estén claramente determinados, por haberse consignado en actuaciones de la Defensoría del Consumidor o probado con actuaciones de otras instituciones haberse reconocido por el infractor, constar en registros administrativos o por otras circunstancias justificadas, el expediente se podrá tramitar en procedimiento simplificado, de acuerdo con las siguientes reglas: a) En la resolución de admisión de iniciación, además de lo señalado en el reglamento de esta ley, se especificará el carácter simplificado del procedimiento"*; por tanto, la afirmación efectuada por el apoderado de la proveedora denunciada, relativa a que el inicio del procedimiento administrativo sancionador ocurre con la denuncia, es errónea y este Tribunal se encuentra aún dentro del plazo para concluir el procedimiento, por tanto se declara *sin lugar* la solicitud de caducidad del procedimiento.

Consecuentemente, este Tribunal se pronunciará sobre la conducta imputada a la proveedora denunciada en el margen de lo expuesto en el presente apartado y con base en la prueba que consta en el expediente de mérito.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° 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, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC.

Al respecto, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, el cual literalmente dispone: *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.*

Además, 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”.*

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

a) Acta N° 1684/2018—fs. 3 y 4— de fecha 23/11/2018, por medio de la cual se establece que, la Defensoría del Consumidor en la fecha antes indicada, realizó una inspección en el establecimiento “
”, ubicado en:

”, municipio y departamento de
propiedad de la proveedora S.A. de C.V., con el propósito de verificar el cumplimiento de los requisitos legales de la promoción que ofrecida al público en ese lugar. Concretamente, se documentó que en la fachada del establecimiento se encontraba un banner publicitario, el cual decía: *“Black Day 2x1 en viñeta amarilla,*”, y que tal anuncio no contaba con la duración de la referida promoción comercial, ni especificaba si existían restricciones o condiciones para ser aplicada. Asimismo, mediante el acta en referencia, se estableció que durante la entrevista con los encargados de la Defensoría del Consumidor, la persona encargada del lugar (Jefa de Tienda) manifestó que la referida promoción sí poseía restricciones, las cuales detalló en ese momento: a) que sólo aplicaba para el departamento de dama, b) que no aplicaba en compras de ropa interior, c) que no aplicaba para calzado y accesorios, d) que el producto gratis aplica para la prenda de menor valor. Y que, al consultarle sobre la vigencia, informó que la promoción inició y finalizó ese día 23/11/2018. Asimismo, aseguró que tal información se hacía del conocimiento de los consumidores de manera verbal.

b) Impresión de fotografía de banner relacionada con el acta N° 1684—f. 5— de fecha 23/11/2018, con la que se estableció el medio de difusión a los consumidores y el incumplimiento de los requisitos legales relativos al periodo de vigencia y restricciones de la promoción que textualmente se leía: *“Black*

Day 2x1 en viñeta amarilla,

”, pues carecía de indicación de vigencia y de la existencia

de las restricciones que eran aplicables.

En relación con los incumplimientos mencionados previamente se pueden destacar que la promoción: a) carecía del período de vigencia de las mismas, entendiendo éste como fecha de inicio y de finalización de la misma, pues no había ninguna indicación de temporalidad o vigencia de la misma; y b) no establecían ninguna restricción o condición, ni siquiera se mencionaba a título general, pese a que eran aplicables cuatro restricciones consistentes en: 1) sólo aplicaba para el departamento de dama, 2) no aplicaba en compras de ropa interior, 3) no aplicaba para calzado y accesorios, y 4) que el producto gratis aplicaba para la prenda de menor valor. Los hechos antes expuestos, fueron consignados en el acta de inspección como resultado de la entrevista realizada a la jefa de tienda, designada como personal de la proveedora encargado de atender a los inspectores delegados de la Defensoría del Consumidor.

Asimismo con la fotografía del banner publicitario que contenía la promoción en análisis, se ha establecido el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos con que fue dada a conocer a los consumidores, pues en la misma, no se establecía por ningún medio con posibilidad de comprensión directa, la vigencia y el contenido de las limitaciones que existían según la entrevista con la jefa de tienda, pese a ser indispensable que las mismas sean informadas con certeza a los consumidores en promociones de este tipo. Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada previamente, se advierte que ésta no fue controvertida por la proveedora, pese a los alegatos vertidos por la apoderada de la proveedora denunciada. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia mantienen la certeza legal que ostentan.

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 abordarán la temática de promoción. 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.

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*–.

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

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 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), 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 tratase 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 vigencia, 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 vigencia 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 vigencia 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”.

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), el referido Instituto 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, se observó 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

B 7
V

adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.

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. 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, en el caso concreto, la impresión de fotografía de banner relacionada con el acta N° 1684—f. 5— de fecha 23/11/2018, con la que se estableció el medio de difusión a los consumidores y el incumplimiento de los requisitos legales relativos al período de vigencia y restricciones de la promoción que textualmente se leía: *“Black Day 2x1 en viñeta amarilla,*
”, pues carecía de indicación de vigencia y de la existencia de las restricciones que eran aplicables (fs. 5), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que, el
, S.A. de C.V. 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 declarar el período de vigencia de la promoción, es decir, indicar las fechas de inicio y de finalización; así como por omitir consignar la existencia de las restricciones para reclamar la promoción, y el contenido de las mismas, con lo cual, no se establecieron los elementos informativos más precisos con posibilidad de comprensión directa para los consumidores respecto del contenido de las limitaciones al ejercicio del descuento ofrecido. Especialmente, cuando el beneficio promocional ofrecido tenía vigencia limitada de solo de un día, es decir, la fecha misma de la inspección. Además, que debían concurrir los requisitos establecidos en las restricciones que no estaban anunciadas, ni detalladas: 1) sólo aplicaba para el departamento de dama, 2) no aplicaba en compras de ropa interior, 3) no aplicaba para calzado y accesorios, y 4) que el producto gratis aplicaba para la prenda de menor valor, pero el banner ofrecía un beneficio con aspiración general, pues no existían elementos en la misma que permitieran al consumidor establecer de forma inequívoca, que habían productos excluidos de tal beneficio, como lo informó la delegada de la proveedora mediante entrevista.

En conclusión, la referida omisión pudo 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. 3-5, 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.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápite 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 lectura de este expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora , S.A. de C.V. en ninguna de las categorías antes citadas, pues en este procedimiento no suministró la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 6-7). Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procedimental que evidencia el incumplimiento 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 omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

Pese a lo anterior, este Tribunal sancionador cuenta con la documentación financiera que fue suministrada por la proveedora denunciada en el procedimiento sancionatorio con referencia 160-18, consistente en copias de sus estados financieros correspondientes a los años 2017 y 2018, copia de sus formularios de declaración y pago del Impuesto sobre la Renta correspondientes a los ejercicios fiscales 2017 y 2018 y del impuesto a la transferencia de bienes muebles y la prestación de servicios del periodo comprendido entre los meses de julio de 2018 hasta agosto de 2019, copia de sus estados financieros correspondientes a los ejercicios fiscales 2017 y 2018; este Tribunal advirtió del análisis de la información financiera de la proveedora antes relacionada, según lo establecido en el art. 3 de la Ley MYPE, que la proveedora denunciada, durante 2017 percibió ingresos resultados de sus actividades económicas hasta de 662,328.91 salarios mínimos del sector industria. En otras palabras, la proveedora contó con ingresos que **no pueden equipararse a una micro o pequeña empresa**. Aunado a lo anterior, la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda emitió la Resolución No. Referencia: MH-DGII-2020-0164, vigente desde el día 03/11/2020 en la que se establece que S. A. de C.V. posee la condición "*gran contribuyente*", por consiguiente, para los efectos de la cuantificación de la multa, así será considerada. lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 4 inciso 3° de la LPA relativo a la información que obre en registros de la Administración Pública.

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 vigencia de las mismas.

En el presente caso, se configura plenamente una *conducta negligente* por parte de la proveedora, por no informar al consumidor las restricciones que limitaban el acceso al descuento ofrecido mediante la promoción en análisis y la vigencia de la misma, pues no determinó mediante elementos informativos más precisos con posibilidad de comprensión directa que hagan previsible el inicio y la finalización de la promoción y sus restricciones, 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, como es en el caso de las promociones u ofertas al expresar de manera clara y oportuna la duración de las ofertas o promoción. 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 elementos informativos más precisos con posibilidad de comprensión directa que hagan previsible la vigencia y condiciones de la promoción en estudio, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirlas.

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

B
7

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 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 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 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 el período de vigencia o duración de la promoción, además de las restricciones que eran aplicables, según se ha razonado en esta resolución, fue capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión de los contenidos mínimos relevantes 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 [redacted], S.A. de C.V., no podría definirse objetiva e indubitadamente 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 [redacted], S.A. de C.V., 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.

En tal sentido, habiéndose verificado que la infractora es una persona jurídica, que no puede ser catalogada como una micro o pequeña empresaria, por no encajar en los parámetros para las mismas que proporciona el artículo 3 de la Ley PYME, y que además, es considerada por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda como una *gran contribuyente*, que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una promoción que no cumplía los parámetros legalmente establecidos, pero considerando la imposibilidad para establecer a cuánto ascienden las utilidades generadas como consecuencia directa del aludido incumplimiento, y en vista 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 sola constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal, resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de aludido quebrantamiento.

En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa proporcional a la inobservancia de lo previsto en los artículos 16 letra a) y 30 ambos de la LPC por parte de una persona jurídica, pues la proveedora ha evidenciado su voluntad de cooperación, atendiendo con precisión el requerimiento de documentación financiera efectuado y no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias obtenidas por la proveedora como consecuencia directa de la implementación de las promociones sujetas a estudio, pero sí se ha logrado acreditar el incumplimiento a una de sus obligaciones legales.

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 considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta brindaba a los consumidores una información incompleta que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, pues omitía indicar a los consumidores las fechas de inicio y finalización de la promoción, es decir, no les informaba sobre el periodo de vigencia para acceder a las promociones, así también no informaba a los consumidores sobre las restricciones y condiciones que existían para gozar de los beneficios establecidos en los textos de ambas promociones, siendo indispensable informarles acerca de la existencia de limitaciones o condiciones aplicables y su contenido, para que estos puedan recibir los descuentos o beneficios enunciados en las promociones

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 una multa dentro del margen estipulado por ley como consecuencia para la comisión de las infracciones de tal gravedad –hasta doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria según el artículo 46 de la LPC–.

Para ello, se ha tenido en cuenta que en este procedimiento, la proveedora no atendió el requerimiento de información financiera que fue efectuado por esta autoridad sancionadora; aspecto que será considerado como un criterio para *incrementar* la sanción que se impondrá. Respecto al tamaño de la empresa, se ha considerado que la proveedora posee la condición de *gran contribuyente* de acuerdo a la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda. Se ha constatado el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 16 letra a) y 30 ambos de la LPC (en los términos expuestos en la presente resolución), quebrantando 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 conforme lo establece el art. 4 LPC. Así también se ha acreditado, el grado de intencionalidad –*negligencia*– y el peligro potencial de la conducta cometida.

Por tanto, a la proveedora . S.A. de C.V. se le impone una multa de CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,627.15), equivalentes a dieciocho meses y quince días de salario mínimo urbano 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 que no cumplía con los requisitos legales exigidos, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 9.25% 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) *Téngase por recibido* el escrito presentado por el licenciado en su calidad de apoderado general judicial con cláusula especial del S.A. de C.V. (fs. 11-13), y por recibida la documentación que le acompaña (fs. 14-22).

b) Sanciónese a la proveedora _____, S.A. de C.V., con la cantidad de CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,627.15), equivalentes a *dieciocho meses y quince días de salario mínimo mensual urbanos en el sector de la industria*—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra 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.

c) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

José Leoisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

VR

Secretario del Tribunal Sancionador

