

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 15/06/21 Hora: 09:45 Lugar: San Salvador.</p>	<p style="text-align: center;">Referencia: 629-20</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante la Presidencia—		
Proveedora denunciada:	S.A de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS			
<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 29/11/2019 practicaron inspección en el establecimiento denominado: "sucursal Metrocentro", propiedad de la proveedora denunciada S.A de C.V., con el fin de verificar el cumplimiento a los requisitos de la ley. Así, en relación a la promoción "Black % Week. Desde 20%, 30%, 40%, 50% y 70%. Restricciones aplican"; identificada en un rótulo colocado en la entrada del referido establecimiento, se observó que no poseía la vigencia de la promoción ni las restricciones o condiciones aplicables en la misma, por lo que al consultarle a la persona que atendió, expuso que inició el 22 de noviembre y finalizaba el 01 de diciembre, ambas fechas del año 2019, información que la tenía en una fotocopia de correo electrónico; además, respecto a las restricciones o condiciones, señaló que se debe dejar el 70% de anticipo para poder gozar de la promoción, consignando en la parte final de la referida acta que en el establecimiento no se observó ningún rotulo donde se indiquen las restricciones o condiciones a la vista de los consumidores, dándose a conocer las mismas de forma verbal.</p> <p>Finalmente, la Presidencia señaló que la publicidad utilizada por la proveedora incluye un dato que es totalmente falso, ya que el tenor literal del afiche publicitario señala que había productos con descuentos que iban desde el brindar datos del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en los precios de los productos que incluyen el 20% hasta el 70% de descuento, pasando por el 30%, 40% y 50%. Sin embargo, al realizar las verificaciones respectivas, los delegados de la Defensoría corroboraron que no se había realizado ninguna venta con más del 50% de descuento, aunado al hecho que la encargada de la sucursal les indicó que no contaban con aros con el 70% de descuento.</p> <p>Asimismo, expuso que la publicidad utilizaba como elemento atractivo para los consumidores la existencia de productos con descuento. Así, a mayor porcentaje de oferta, se generaba una mayor expectativa de beneficio por parte del eventual consumidor, acotando que sin duda es más llamativo un afiche en el que se anuncia un 70% de descuento, que uno en el que solo se ofrece un 50% o 40%. Por último, indicó que la proveedora, en la publicidad analizada, utilizó tal anzuelo sin que realmente existiera una puesta a disposición de los consumidores de productos con ese descuento, lo cual deriva en una ruptura entre la realidad y el</p>			

CR
7
A

ofrecimiento publicitario susceptible de crear una falsa expectativa en la mente de los consumidores, vulnerando el derecho de información de los mismos e incurriendo en la modalidad de publicidad ilícita.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

1. 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 *la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que, de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico.*

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

2. 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 16/12/2020, se recibió escrito (fs. 10), firmado por el licenciado *[Nombre]* en su calidad de apoderado general judicial de la sociedad *[Nombre]* S.A de C.V., por medio del cual contesta la audiencia conferida en resolución de las ocho horas con diecisiete minutos del día 28/08/2020. Finalmente, señala lugar y medio para recibir notificaciones; además, agregó la documentación de fs. 11 al 13.

Mediante el referido escrito, el apoderado de la proveedora en el ejercicio de su derecho de defensa, manifestó —en esencia— que: *1. El referido rótulo no decía que se hacían rebajas sobre aros; 2. Las informaciones sobre productos se realizaban al público, en forma verbal, para orientarlos en su decisión de elegir los productos. Quedaban verbalmente informados; 3. Se constató en la misma inspección que si hubo algunas ventas de productos a las que se benefició con descuentos; y, 4. No es cierto que el referido rótulo ofrecía aros con descuento, basta con una simple lectura de la fotografía de dicho rótulo para apreciar la verdad.*

B. Ahora bien, en cuanto a los alegatos presentados por el licenciado *[Nombre]*, este Tribunal procederá a pronunciarse a continuación:

(i) Respecto a los alegatos relacionados a que *el referido rótulo no decía que se hacían rebajas sobre aros; y que no es cierto que el referido rótulo ofrecía aros con descuento, basta con una simple lectura de la fotografía de dicho rótulo para apreciar la verdad.*

Es importante resaltar que según comentarios de la proveedora realizados en la publicación de fecha 18/11/2019 en su perfil de la red social *Facebook*, la promoción denominada *Black % Week*¹, invitaba a los consumidores a que *visites nuestras salas de ventas, con mucho gusto te darán las promociones que tenemos en aros y lentes.*

Conforme a lo anterior, es posible concluir que, por el propio dicho de la proveedora denunciada, los descuentos de la promoción denominada *Black % Week* era aplicable a los diferentes aros comercializados por la proveedora denunciada. En consecuencia, este Tribunal desestima el planteamiento realizado por el licenciado

¹ Opticas Franklin El Salvador. <https://www.facebook.com/OpticasFranklinSV/photos/3113300435406855>

(ii) En relación al argumento relativo a que *las informaciones sobre productos se realizaban al público, en forma verbal, para orientarlos en su decisión de elegir los productos. Quedaban verbalmente informados.*

Es importante considerar lo sostenido por este Tribunal mediante la resolución de las 08:41 horas del día 06/01/2009, en cuanto a las condiciones aplicables a las promociones u ofertas especiales, 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”.

Por consiguiente, este Tribunal desestima el alegato expuesto por el licenciado

(iii) Finalmente, en relación al argumento respecto a que *se constató en la misma inspección que si hubo algunas ventas de productos a las que se benefició con descuentos*, es necesario aclarar al apoderado de la proveedora denunciada que el presente procedimiento sancionatorio versa sobre sí, en el marco de la promoción *Black % Week*, la proveedora denunciada tenía disposición de los consumidores productos en existencia con el 70% de descuento, tal como lo señaló en la publicidad contenida en rótulo colocado en la entrada del establecimiento *sucursal Metrocentro*; es decir, en el presente procedimiento no se discute si la proveedora aplicó o no a las ventas efectivas otro tipo de descuento.

En consecuencia, este Tribunal desestima el planteamiento realizado por el licenciado

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

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

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil —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° 0002999 de fecha 29/11/2019 —fs. 3—, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada. Además, en la referida acta se consignó que la proveedora denunciada no tenía a disposición de los consumidores productos en existencia con el 70% de descuento.
2. Impresión de fotografías vinculadas al acta de inspección N° 0002999 —fs. 4— de fecha 29/11/2019, 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 desde un 20% hasta un 70% de descuento.

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)².

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)³.

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*

² Jorge Guido Sotomayor Pereira, L. F. (2018). Medios publicitarios que influyen en el consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio. *Revista Killkana Sociales*, 179-186.

³ Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

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.).

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 *sucursal Metrocentro*, propiedad de la proveedora S.A de C.V., en fecha 29/11/2019 eran ofrecidos a los consumidores descuentos desde un 20% hasta un 70%, no obstante lo anterior la proveedora denunciada no tenía disposición de los consumidores productos en existencia con el 70% de descuento, circunstancia que fue corroborada por la persona que atendió la inspección, lo cual puede ser considerado como una admisión de los hechos por parte de la denunciada (artículo 309 del CPCM).

E. Es importante resaltar que un negocio como el de la proveedora denunciada, empresa de la industria óptica⁴, exige múltiples comunicaciones de mercadeo incluyendo material interno en cada sucursal (*carteles*). La publicidad en punto de venta aumenta la visibilidad y notoriedad de un producto para influir en la decisión del consumidor en el momento de la compra.

Así pues, al haberse consignado en anuncios publicitarios dentro del punto de venta, la disponibilidad de descuentos hasta por un 70% a pesar que la proveedora denunciada no tenía disposición de los consumidores productos en existencia con el referido porcentaje de descuento, 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*

⁴ Opticas Franklin El Salvador. <https://www.facebook.com/OpticasFranklinSV>

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 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 trece 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*".

En el presente procedimiento, a pesar de haberse solicitado a la proveedora que proporcionara: copia de las declaraciones de IVA del período comprendido desde el mes de octubre del año 2019 al mes de julio de 2020, de la declaración de renta del ejercicio fiscal del 2019, estados financieros auditados y el estado de resultado del año 2019; todo, con el propósito de determinar el tamaño de empresa, la denunciada no atendió dicho requerimiento. Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que

R
7
△

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 antes indicado, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, y considerando que la proveedora posee una *Red de 16 sucursales en todo el país*, según publicación realizada por la denunciada en su perfil en la red social Facebook <https://www.facebook.com> y página web <https://www.sucursales/>; únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como una *pequeña empresa*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

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 a los consumidores.

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 — _____ sucursal Metrocentro — 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 al haberse consignado en anuncios publicitarios dentro del punto de venta, la disponibilidad de descuentos hasta por un 70% a pesar que la proveedora denunciada no tenía disposición de los consumidores productos en existencia con el referido porcentaje de descuento.

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 de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no

R 7
D

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 anuncios publicitarios dentro del punto de venta, la disponibilidad de descuentos hasta por un 70% a pesar que la proveedora denunciada no tenía disposición de los consumidores productos en existencia con el referido porcentaje de descuento, 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.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios 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 anuncios publicitarios dentro del punto de venta, la disponibilidad de descuentos hasta por un 70% a pesar que la proveedora denunciada no tenía disposición de los consumidores productos en existencia con el referido porcentaje de descuento, 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 *pequeña 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: **TRES MIL OCHOCIENTOS DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,800.04)**, equivalentes a doce 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 **6.25%** 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 2º 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 licenciado [redacted] S.A. de C.V., a quien se le dio intervención en el presente procedimiento; así como la documentación que consta agregada de fs. 11 al 13. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal del medio y lugar señalados por el apoderado de la denunciada para recibir actos de comunicación.
- b) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a [redacted] S.A. de C.V., en los términos relacionados en la presente resolución.
- c) *Sanciónese* a la proveedora [redacted] S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL OCHOCIENTOS DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,800.04)**, equivalentes a doce 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 3º de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: "*Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*"; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: "*La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)*"


José Leojsick 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


Secretario del Tribunal Sancionador

RC/ym

