

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 24/03/2022. Hora: 09:41 a. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 95-2020.
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>1. El día 19/08/2021 se recibió en esta sede, escrito con documentación anexa, firmado por el licenciado (fs. 17-24), quien actúa en calidad de apoderado especial de la proveedora denunciada, mediante dicho escrito, contestó el traslado conferido por este Tribunal en la resolución de las doce horas con once minutos del día 25/06/2021 (fs. 11-13) y expuso argumentos relativos a la configuración de la infracción atribuida.</p> <p>2. La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado "<i>OFICINAS DE DECAMERÓN</i>", municipio y departamento de San Salvador —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 08/07/2019, se realizó una inspección con el propósito de dar seguimiento a denuncia registrada bajo el número 3-3100-09-19-257, por medio de la cual, el consumidor manifestó: "<i>el Decamerón tiene la promoción que un niño menor de seis años entra gratis, pero al hacer el proceso en la página web, le tendrían que cobrar \$170.00 según su promoción y ellos envían el costo de \$214.00 y en otras ocasiones ha visitado el hotel y siempre ha pagado un monto cercano de \$214.00 con el niño. Por lo que indica que la promoción es falsa, porque lo que han hecho es aumentar el costo de la entrada de los adultos</i>".</p> <p>Por tanto, se procedió a verificar la promoción comercial denominada: "<i>¡Todos incluidos! 1 NIÑO MENOR DE 6 AÑOS ENTRA GRATIS *Restricciones aplican. Beneficio: 1 niño entra gratis por habitación, por noche de domingo a jueves en Royal Decamerón Salinitas. Fecha de compra hasta el 21 de julio de 2019</i>", publicada en el periódico "La Prensa Gráfica" de fecha 05/07/2019. Al consultarle a la persona que atendió sobre la vigencia, condiciones y restricciones de dicha promoción, expuso que la promoción inició el 28/06/2019 y finaliza el 21/07/2019, informando a los consumidores de manera verbal la fecha de inicio. Asimismo, manifestó que la promoción consiste en que dos o tres adultos pagan y un niño hasta los seis años entra gratis.</p> <p>Señaló, que en la inspección se verificó que la promoción relacionada <i>ut supra</i>, carece de fecha de inicio por no establecerla en un lugar visible de la misma, o bien, dentro del establecimiento,</p>			

pese a que el período de vigencia informado por la persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor es del 28/06/2019 hasta el 21/07/2019. En ese sentido, adujo que la omisión de una vigencia definida cierta y definida (fecha de inicio) en los medios exigidos por la ley, como anuncios publicitarios y/o etiquetas o carteles dentro del establecimiento, o a través de anuncios fijados en el establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes, colocó al consumidor en una situación de incerteza jurídica, incumpliendo con ello, el deber de información sobre las promociones que le es exigido por la Ley de Protección al Consumidor –LPC–, pues los consumidores no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 11-13), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores *recibir de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir*. Además, a la letra a) del artículo 16 de la LPC, al referirse a los requisitos de las promociones y ofertas, estipula que, entre otros aspectos, debe tener la posibilidad de comprensión directa.

También, se afirma una transgresión a lo regulado en el inciso primero del artículo 27 de la LPC, en lo concerniente al derecho de información: *en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna*.

Además, en cuanto a la información de las promociones, el artículo 30 de la LPC determina: *“Cuando se 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”*.

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.

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 –SCA– en la que consideró: *“El derecho de consumo parte de la necesidad de proteger a los consumidores debido a la creciente vulnerabilidad de éstos en las relaciones generadas en la economía de mercado contemporánea”.*

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

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

Del mismo modo, en sentencia definitiva del 08-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la SCA definió a la asimetría informativa como un *elemento intrínseco de las relaciones*

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

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

A. Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la sociedad denunciada, pues en la resolución de inicio de fs. 11-13, 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 30/06/2021, fs. 14.

Mediante el referido acto de comunicación, se garantizó el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa de la proveedora denunciada, confiriéndole la oportunidad procedimental de intervención en el presente procedimiento sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes podían hacer uso de los medios probatorios, así como ofrecer y/o solicitar las pruebas que estimaran convenientes, respetando los aspectos establecidos en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–.

En ese sentido, la proveedora denunciada, mediante su apoderado especial, el licenciado utilizó la audiencia conferida por medio del escrito con documentación adjunta incorporado fs. 17-24, en el cual, a grandes rasgos, manifestó lo siguiente:

Inicialmente, efectuó una relación sucinta de lo acaecido en el procedimiento, refiriéndose al auto de inicio de este procedimiento, la imputación efectuada, el acta de inspección y a la denuncia interpuesta.

Luego centró sus argumentos de defensa en asegurar que los hechos denunciados por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor son atípicos, concretamente, en cuanto a la conducta consistente en la incorporación de la fecha de inicio de la promoción cuya vigencia expiró el 21/07/2019. En ese sentido, se refirió al principio de tipicidad, exponiendo que el mismo es una manifestación del principio de legalidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución de la República: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”*.

También citó la resolución de la SCA pronunciada en fecha 06/06/2016 en el procedimiento bajo referencia 500-2013, en la cual ésta afirmó que, no podrá haber sanción si la conducta atribuida al sujeto no puede ser subsumida en la infracción descrita en la disposición legal. Y afirmó que el principio de tipicidad implica que el aplicador de la sanción pueda tener las bases para efectuar un análisis de subsunción de los hechos en la infracción descrita.

Posteriormente, se refirió a la obligación de información contenida en el artículo 30 de la LPC y aseguró que al deber de información en cuanto a la duración de la promoción se dio cumplimiento estableciendo en las distintas publicaciones efectuadas que la duración o vigencia de la promoción sería hasta el día 21/07/2019.

Además, aseguró que la interpretación de la norma realizada por el Presidente de la Defensoría del Consumidor es errónea, pues la *télesis* del artículo 30 de la LPC es evitar que la ausencia de información induzca a error al consumidor, de lo que infirió que en la promoción denunciada la ausencia de la fecha de inicio, no constituye una información que induzca o pueda inducir a error al consumidor, en vista que un consumidor que se encuentre analizando la publicación del periódico “La Prensa Gráfica” el día de su publicación, el 05/07/2019, y advierte una promoción de su representada cuya vigencia es hasta el 21/07/2019, el razonamiento lógico es que tiene hasta esa fecha para efectuar la compra, por tanto conoce la fecha de finalización independientemente de la fecha de inicio, pues está viendo la promoción en la fecha 05/07/2019 o posterior a esa fecha y siempre tendrá la información de vigencia que es hasta el día 21/07/2019.

Por lo anterior, enfatizó que la obligación de informar se cumple en el presente caso, únicamente con la incorporación de la fecha de finalización que fue el día 21/07/2019, precisamente por la existencia de una fecha de emisión de la pauta publicitaria. Asimismo, si la pauta fuera un afiche u otro elemento publicitario, siempre sería la fecha de finalización de la promoción la que configura el derecho de información de los consumidores y que no induce a error, pues a su criterio, es la fecha de finalización la que genera certeza en el consumidor respecto de una eventual compra, por tanto concluyó que la conducta denunciada por el Presidente de la Defensoría del Consumidor es atípica y no puede subsumirse en el artículo 43 letra n) de la LPC en conexión con el artículo 30 de la LPC.

En ese sentido, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

A. La tipicidad

La potestad administrativa sancionadora de la que está investido este Tribunal, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza

la Constitución; de tal forma que la valoración de los hechos e interpretación de las normas que éste ha de realizar se sujeta, en esencia, a una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción. Entre estos postulados pueden mencionarse: el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la garantía de prohibición del doble juzgamiento, entre otros, los cuales, en su conjunto, han sido denominados como el programa penal de la Constitución.

La sujeción de la potestad sancionadora, competencia de este Tribunal, al principio de legalidad (artículos 86 Constitución de la República y 97 inciso 2° de la LPC) y al principio de tipificación administrativa como manifestación del mismo (artículo 14 Constitución), que conlleva la exigencia de tipicidad del hecho y de la sanción administrativa, según la cual a la imposición de toda sanción debe precederle una previsión normativa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de prohibición con todos sus elementos configurativos. Dicha previsión normativa, debe respetar también la denominada reserva de ley, que significa en términos generales, la prohibición de regular determinadas materias por medio distinto a la ley formal, entendida como norma emanada exclusivamente de los parlamentos o asambleas.

La exigencia de la tipicidad garantiza a su vez la seguridad jurídica, pues se traduce en que para la imposición de una sanción administrativa se requiere la necesaria existencia de una norma previa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción, incorporando así la garantía de que ninguna persona será sorprendida por la definición de situaciones constitutivas de delitos o infracciones, o por la penalización de las mismas, que en el momento de ser realizadas, no estaban previstas como tales en una ley.

Conforme con lo anterior, el denominado análisis de tipicidad que debe realizar el aplicador de la norma alude a la adecuación de la conducta observada por el supuesto infractor de la norma jurídica, a los elementos descriptivos de una determinada conducta constitutiva de una particular infracción legal (tipo infractor).

Como se advierte, la tipificación no solo alude a la determinación concreta y terminante de la conducta que constituye una infracción administrativa, sino, también, de la concreta sanción que corresponde como consecuencia jurídica.

De tal manera, la aplicación de sanciones no es una potestad discrecional de la Administración, sino una debida aplicación de las normas pertinentes que exige certeza respecto a los hechos sancionados.

B. La obligación del artículo 30 de la LPC

En el presente caso se le atribuye a la denunciada la comisión de la supuesta infracción al artículo 43 letra n) de la LPC, que prescribe que es una infracción grave *“Realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en esta ley (...)”*.

La LPC determina en el artículo 16 de la LPC los requisitos que deben cumplir las promociones u ofertas, prescribiendo *“Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones u ofertas de bienes o servicios, y las cláusulas no negociables 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.**”* –el resaltado es propio–.

Aunado a lo anterior, el artículo 30 de la LPC establece que *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes y 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.”* –resaltado es propio–.

En la disposición citada, se establecen las obligaciones de los proveedores respecto a las promociones y ofertas especiales de bienes o servicios; en consecuencia, define de forma clara, precisa e inequívoca los elementos esenciales que deben cumplir las promociones u ofertas especiales.

De la interpretación gramatical y literal de dicha disposición –artículo 30 de la LPC–, se puede observar que la norma contiene términos genéricos o conceptos jurídicos indeterminados –*promociones, ofertas especiales, condiciones de las promociones, elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, medio de publicidad, etc.*– cuyo contenido no ha sido definido por el legislador.

Es así que, este Tribunal partió de la interpretación gramatical o literal, para determinar el sentido y alcance del artículo 30 de la LPC. Por lo cual, la interpretación o contenido del cual se han dotado los conceptos genéricos de dicha disposición han sido considerados atendiendo el uso común, racional y literal de las palabras utilizadas en dicha norma.

Por consiguiente, en el apartado “configuración de la infracción” de esta resolución final, este Tribunal ha motivado la interpretación y dotación de contenido de las expresiones o términos consignados en el artículo 30 de la LPC –promociones y ofertas especiales de bienes o servicios–, con el fin de garantizar el principio de legalidad.

Respecto al término “*duración de las promociones*”, este Tribunal ha establecido el sentido y alcance de dicho término, considerando su connotación natural y común.

La Real Academia Española, estableció que la expresión *duración* significa: “*Tiempo que dura algo o que transcurre entre el comienzo y el fin de un proceso*”. Por otra parte, según la misma academia, **vigencia** hace referencia a la “*cualidad de vigente*”.

Es así, que este Tribunal considera que tanto el término *duración* como *vigencia* de las promociones hacen referencia al periodo de tiempo que transcurre entre el comienzo y finalización de las mismas, es decir, el periodo en que la promoción estará vigente para los consumidores quienes podrán acceder válidamente al beneficio que les reportan las promociones u ofertas –desde que inicia hasta que finaliza–.

Por consiguiente, en lo que respecta a la *duración* de las promociones o *vigencia* –como lo denomina este Tribunal en sus resoluciones–, 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 –inicio y finalización–.

En el presente caso, se puede observar que la misma proveedora denunciada en el anuncio publicitario incorporado a fs. 10, que contiene la promoción que se lee: “***¡Todos incluidos! 1 NIÑO MENOR DE 6 AÑOS ENTRA GRATIS *Restricciones aplican. Beneficio: 1 niño entra gratis por habitación, por noche de domingo a jueves en Royal Decamerón Salinitas. Fecha de compra hasta el 21 de julio de 2019***”

En línea con lo anterior, este Tribunal en calidad de intérprete de la disposición citada, solo ha determinado el sentido y alcance del artículo 30 de la LPC y, a su vez, ha establecido algunos de los supuestos fácticos en los que se aplica dicha norma, debido a que, del tenor literal de dicha disposición se entiende que la misma no es taxativa al establecer “*los elementos que la hagan determinable*”.

Por consiguiente, este Tribunal concluye que el argumento vertido por el apoderado especial de la proveedora denunciada no es atendible, debido a que al utilizar el término *vigencia* para explicar el sentido de la expresión *duración*, se ha interpretado el artículo 30 de la LPC, a partir de su tenor gramatical o literal, para determinar el sentido y alcance del término “*duración de las promociones*” consignado en dicha disposición.

Por ello, se insiste, que determinar la fecha de inicio dota de seguridad jurídica a los consumidores. A manera de ejemplo, y resaltando las problemáticas que la falta de una fecha de

inicio pueda generar en este derecho, se puede mencionar la siguiente: los proveedores, aprovechando la ausencia de la fecha de inicio de una promoción, les da posibilidad que éstos se valgan de tal omisión para no darle cumplimiento a la promoción, bajo la prerrogativa que entrará en vigor posteriormente; con lo cual, devendría en una ventaja para los proveedores, rompiéndose la simetría informativa que busca la LPC.

De ahí que no sea cierta la afirmación del apoderado, es decir, que la promoción empieza a surtir efecto desde el momento en que se publica, pretender que los consumidores lo asimilen de esta manera es desligarse de una obligación legal que como proveedora tiene, trasladando dicho imperativo a la hermenéutica de los consumidores; lo que deriva en una prerrogativa para su representada, al ubicar a los consumidores en una relación de asimetría informativa (por falta de claridad, precisión, veracidad y comprensión directa de la información) y, por consiguiente, de inseguridad jurídica.

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

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

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

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos– se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 1475/2019 —fs. 3 y 4— de fecha 08/07/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresiones de capturas de pantalla de fecha 08/07/2019 —fs. 5 al 9—, que contienen publicación realizada en el sitio web: <https://www.decameron.com/es/ceca-promociones/el-salvador-guatemala-y-honduras/nino-gratis>, relativa a la promoción objeto de estudio y que fue divulgada mediante publicación efectuada en el diario de circulación nacional denominado “*La Prensa Gráfica*”, el día 05/07/2019, ambas relacionadas con el acta N° 1475/2019 —fs. 3 y 4— de fecha 08/07/2019, con las cuales se establece los medios de comunicación y difusión de la promoción que textualmente se lee: “**¡Todos incluidos! 1 NIÑO MENOR DE 6 AÑOS ENTRA GRATIS *Restricciones aplican. Beneficio: 1 niño entra gratis por habitación, por noche de domingo a jueves en Royal Decameron Salinitas. Fecha de compra hasta el 21 de julio de 2019**”.

c) Copia de la publicación difundida en el periódico: “*La Prensa Gráfica*” —fs. 10—, de la promoción con el texto: “**¡Todos incluidos! 1 NIÑO MENOR DE 6 AÑOS ENTRA GRATIS**, con indicación del sitio web de la proveedora denunciada de la que se tomaron las impresiones de capturas de pantalla, relacionadas en el ítem anterior. Adicionalmente consta en la publicación los

textos: “*TODO INCLUIDO: DESAYUNO ALMUERZO Y CENA BUFETTE RESTAURANTES DE ESPECIALIDAD BEBIDAS Y LICORES ILIMITADOS SNACKS BARES Y PISCINAS PROGRAMA DE ACTIVIDADES SHOWS TODAS LAS NOCHES DEPORTES ACUATICOS NO MOTORIZADOS HABITACIONES CON AIRE ACONDICIONADO TV TELÉFONO MUCHO MÁS. OTROS DESTINOS COLOMBIA PANAMÁ COSTA RICA EL SALVADOR JAMAICA MÉXICO PERÚ ECUADOR HAITI*”; y “**Restricciones aplican, Beneficio: 1 niño entra gratis por habitación por noche de domingo a jueves en Royal Decameron Salinitas. Fecha de compra hasta el 21 de julio de 2019, Fecha vigente para utilización del 01 al 31 de julio de 2019. Beneficio aplica para edades entre 3 a 6 años. No aplica promoción para edades entre 7 a 11 años. Tarifa sujeta a cambios y disponibilidad sin previo aviso. Entradas antes de la hora de check-in 03:00 pm o salidas después de la hora de check-out 01:00 pm pueden estar sujetas a cobro adicional según disposición del hotel*”, además de una firma, la fecha manuscrita: “08/07/2019” y el sello con la leyenda: “*DECAMERON Beach resort Spa & Convention center Salinitas El Salvador*, con la copia anterior, se establece otro de los medios de comunicación y difusión de la promoción denunciada en este procedimiento.

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

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

Sobre el mismo, es importante señalar que, desde una perspectiva meramente jurídica, específicamente en lo que a derecho sancionatorio se refiere, se 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*–.

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) de la LPC, se debe tener como premisa que la naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, y su **carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción.** De esta manera, se ha entendido que no existe ninguna ventaja si los bienes son vendidos o los servicios prestados en las condiciones habituales y, por ende, no se estaría en presencia de una promoción y oferta.

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

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa;*
- b) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluirá la utilización de cláusulas abusivas; y*
- c) No condicionar la promoción u oferta a la entrega o no del recibo, copia o documento que acredite la operación.*

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

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

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

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

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

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

Respecto de dicha resolución, la SCA confirmó la legalidad de la misma mediante resolución 274-2009 de fecha 14/11/2012, en la que además sostuvo: “(...) que un anuncio publicitario debe poseer la información necesaria para que los consumidores no tengan que recurrir a otra clase de medios para complementar la información inicial, por lo tanto al tener que recurrir a esta acción significa que se ha omitido informar de una manera clara y adecuada a lo ofertado por la proveedora, 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 de la proveedora 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 la proveedora 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*”. No obstante, esta última forma debe ajustarse a los requisitos y principios establecidos en la LPC para poder considerarse válida.

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

Por consiguiente, estipular la vigencia de una promoción a través de frases como “*hasta agotar existencias*” es un elemento que, por sí mismo, genera confusión a los consumidores que quieran gozar de aquélla (por la ambigüedad en la información), aun estando junto a una fecha de finalización –pues su uso puede llegar a invalidar tal fecha–. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de que un consumidor quiera hacer valer una promoción y no pueda, porque el o los productos ya no se encuentran disponibles y, por ende, dejaría de estar vigente.

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 publicación de la promoción realizada en el periódico de circulación nacional “La Prensa Gráfica”, según copia de publicación agregada a fs. 10), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora, 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*” (...),

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3-10, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «*[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa*», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del 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 catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

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

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

D. Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el art. 142 inciso final de la LPA –Autoría–, debe destacarse que en el caso concreto existe una sinergia de la actuación de personas físicas con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica señalada como infractora, pues solo a partir de tal comprensión se entiende la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos protegidos por el tipo infractor en análisis.

A partir de dicha premisa y de la utilización de un criterio funcional económico, se ha podido establecer que para la realización de promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC, es necesaria la actuación de personas físicas (entendiendo como tales a toda persona que actúe por cuenta de la empresa y que tenga capacidad para comprometerla jurídicamente; en definitiva, cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho).

Por consiguiente, puede entonces afirmarse la tipicidad de la conducta de la persona jurídica señalada en el presente procedimiento administrativo sancionador, por la verificación de la conducta señalada como infracción administrativa, en atención a lo que consta en la documentación que corre agregada al expediente y, además, su responsabilidad o culpabilidad, puesto que para la configuración del tipo infractor ha sido necesaria la concurrencia de una multiplicidad de personas físicas capaces de elaborar, proponer, aprobar y poner a disposición de los consumidores las promociones u ofertas especiales sin cumplir los requisitos u obligaciones determinados en la normativa de consumo. Y, además, en la inspección correspondiente se han podido identificar las personas enmarcadas como dependientes en la estructura empresarial de la misma, quienes han corroborado y llevado a cabo comportamientos que son subsumibles en el correspondiente tipo, no por cuenta propia, sino en nombre de la sociedad con la cual tienen una relación de dependencia, puesto que han corroborado la falta de correspondencia de la promoción puesta a disposición de los consumidores con lo establecido en la legislación aplicable, es decir, la LPC.

Conforme a lo expuesto, se ha verificado la ocurrencia de un hecho objetivamente típico por parte la persona jurídica para imputar a esta última una infracción administrativa, la cual ha necesitado del concurso de una serie de intervinientes dentro del contexto de la sociedad señalada como presunta infractora, volviéndola responsable, puesto que el hecho constitutivo de infracción aparece en el contexto social, se visualiza socialmente como obra de la persona jurídica, y sólo tiene sentido como acto de dicha empresa y solo así se legitima el sentido preventivo y la correspondiente sanción en cumplimiento de lo establecido en el art. 142 inciso final de la LPA.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra n) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 46 de la 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 de la infractora, 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 del expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora **CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V.**, en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 11-13). 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.

No obstante, pese a que este Tribunal se ve impedido de computar y clasificar a la proveedora según los parámetros establecidos en el artículo 3 de la Ley MYPE, siempre debe cumplir su deber

de resolver conforme a los principios que rigen el *ius puniendi*; por tanto, deberá hacer el cálculo de la sanción que corresponda a la infracción, sin obviar que **CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V.**, es una persona jurídica y que esa condición es relevante, pues por mandato legal está constreñida especialmente al cumplimiento de obligaciones tributarias y de algunas otras específicas para los comerciantes sociales, como la relacionada al depósito de sus estados financieros en el Registro de Comercio. Lo anterior, pone de manifiesto la vinculación existente entre las obligaciones legales de la proveedora y la documentación que fue requerida pero no presentó.

Consecuentemente, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, se consultó el listado actualizado de la clasificación de contribuyentes realizado el 08/06/2021, por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda en el cual se ha clasificado a la proveedora denunciada como una *gran contribuyente*, por lo cual, para efectos de cuantificación de la multa, así será considerada.

b. Grado de intencionalidad de la infractora.

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 el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, por no informar al consumidor la fecha de inicio de la promoción denunciada, y ésta no fue detallada por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. 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.

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 —“OFICINAS DE DECAMERÓN”— se cometió la acción prohibida en el artículo 43 letra n) en relación con el artículo 30, ambos de la LPC, consistente en realizar promociones sin determinar su fecha de inicio, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirla.

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

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

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

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

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

De este modo, a través de la publicidad comercial se informa al público en general, de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de transacción

de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios. La publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor que puedan ser vinculados con aquello que se ofrece. Finalmente, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia, pues constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias. De acuerdo a lo anterior, la publicidad comercial resulta ser un elemento esencial para que el sistema económico funcione adecuadamente. Es por ello que las afirmaciones que se consignen en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC —artículo 43 letra n) de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir 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 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 SCA, 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 los dispuesto en la LPC -artículo 43 letra n) de la LPC- pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores, derivada de la realización de la promoción u oferta especial; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la promoción. Así, *la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto: basta constatar la mera realización de la promoción sin cumplir con las condiciones mínimas requeridas legalmente para generar el riesgo de que los consumidores consideren que se está ofreciendo un producto o servicio con características ventajas o beneficios que en realidad no posee, durante un período que no corresponde y quitándoles la posibilidad de*

determinar el precio de lo ofrecido, impacto o afectación abstracta de los derechos del consumidor que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LPC-.

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a realizar promociones y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en la LPC, en relación a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo al acreditarse la omisión de los criterios legalmente establecidos en la promoción de venta sometida a estudio.

En el presente caso, este Tribunal estima que la falta de la información en relación con la vigencia (fecha de inicio) de la promoción analizada es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

e. Cobro indebido realizado, las circunstancias en que esta se comete y el beneficio que obtiene la infractora.

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14/01/2016, 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 **CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V.** no podría definirse objetiva e indubitablemente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la promoción anunciada.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la promoción que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que las promociones se diseñan y efectúan con el objeto de generar ganancias (promoción de ventas, en términos precisos, tal como se desarrolló en el romano **VI**, letra **B**), es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las promociones

buscan generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la promoción examinada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir al infractor CLUB SALINITAS, 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 puede ser catalogada como *gran contribuyente* según en el análisis realizado en el romano VII literal a. de esta resolución, 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.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN 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 CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V., pues se ha determinado que ésta incumplió con la obligación estipulada en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la vigencia (fecha de inicio) de la misma, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores.

Respecto al tamaño de la empresa, se ha considerado que la proveedora posee la condición de *gran contribuyente*. 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 de la proveedora 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 de la LPC. Así también se ha acreditado, el grado de intencionalidad *-negligencia-* y el peligro potencial de la conducta cometida.

Por tanto, a la proveedora **CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V.**, se le impone la multa: por CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DOLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$5,625.06), equivalentes a dieciocho meses con 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 la promoción que se lee: *“¡Todos incluidos! 1 NIÑO MENOR DE 6 AÑOS ENTRA GRATIS *Restricciones aplican. Beneficio: 1 niño entra gratis por habitación, por noche de domingo a jueves en Royal Decamerón Salinitas. Fecha de compra hasta el 21 de julio de 2019”*, por medio de publicación en el periódico de circulación nacional “La Prensa Gráfica”, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

La multa anterior 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 2° de la Constitución de la República; artículos 4 letra c), 16 letra a), 27 inciso 1°, 30, 40 inciso 2°, 43 letra n), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3°, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Téngase por agregado* el escrito con documentación anexa firmado por el licenciado , en su calidad de apoderado especial de la sociedad CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V., fs. 17-24, a quien se dio intervención en el presente procedimiento.

b) *Sanciónese* a la proveedora CLUB SALINITAS, S.A. DE C.V., con la cantidad de: **CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DOLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$5,625.06), equivalentes a dieciocho meses y quince días de salario mínimo urbano en la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O.**

Nº 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 se lee: “**¡Todos incluidos! 1 NIÑO MENOR DE 6 AÑOS ENTRA GRATIS *Restricciones aplican. Beneficio: 1 niño entra gratis por habitación, por noche de domingo a jueves en Royal Decamerón Salinitas. Fecha de compra hasta el 21 de julio de 2019**”, y difundirla en el periódico de circulación nacional “La Prensa Gráfica”, la cual no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

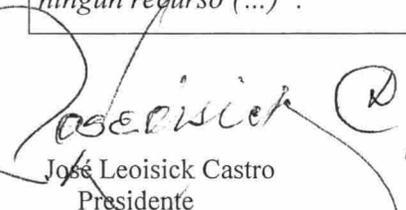
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

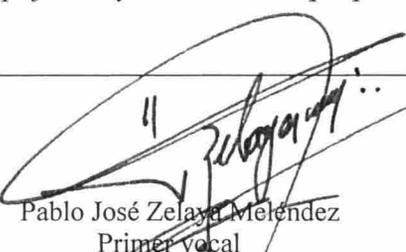
c) Tome nota la secretaría de este Tribunal, del medio técnico señalado por el apoderado de la denunciada para recibir notificaciones (fs. 19).

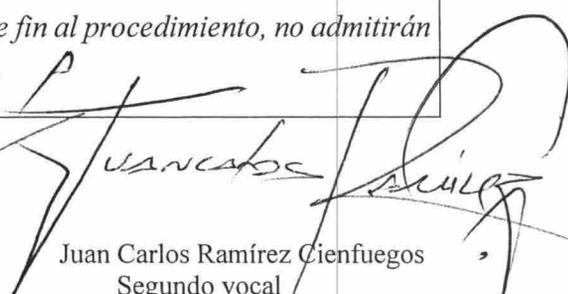
d) Notifíquese.

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 (...)*”.

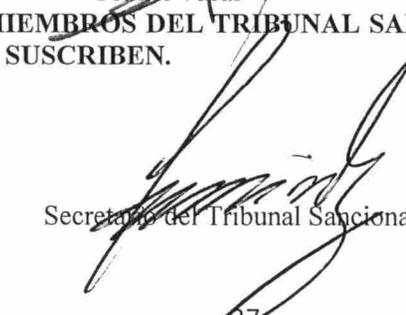

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

VR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador