


"Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), protegiendo los datos personales de las partes que intervinieron en el presente proceso, así como datos confidenciales, según lo establecido en el Artículo 6 letras "a", "T" y, 24 de la LAIP

	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 21/03/2022 Hora: 8:26 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 365-2020</p>
<p><b>RESOLUCIÓN FINAL</b></p>			
<p><b>I. INTERVINIENTES</b></p>			
<p>Denunciante:</p>	<p>Presidencia de la Defensoría del Consumidor.</p>		
<p>Proveedor denunciado:</p>	<p>José David Ramírez Martínez, propietario del establecimiento "Óptica J.D.R Casa Matriz".</p>		
<p><b>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</b></p>			
<p>A. Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el 17/06/2019 se practicó inspección en el establecimiento denominado "Óptica J.D.R. Casa Matriz", municipio y departamento de San Salvador, propiedad del proveedor <b>José David Ramírez Martínez</b>.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada (17/06/2019) se levantó el acta correspondiente —fs. 4— en la que se hizo constar que se verificó la publicidad divulgada en la página oficial de Facebook, la cual se leía: <i>"Aprovecha es lunes 17 de junio de 8 de la mañana a 12 del mediodía #TUSLENTESYAROSGRATIS!!! En todas nuestras sucursales *Aplica *Aro de Selección *Lente visión sencilla blancos *Restricción de graduación* Examen visual preliminar computarizado gratis. Te esperamos. Adquiere los tuyos ya!!"</i>, y en la que se observó que no se determinaron las restricciones o condiciones de manera completa. Al consultarle a la dependiente del establecimiento que atendió a los delegados de la Defensoría de Consumidor, sobre la vigencia, ésta manifestó que dicha promoción inició el día 17/06/2019 en el horario de 8 de la mañana a 12 del mediodía; y respecto a las condiciones o restricciones, expuso que se aplicaba a todas las sucursales, en aros seleccionados, lentes visión sencilla blanco restricciones de graduación, las cuales eran dadas a conocer a través de la red social Facebook; sin embargo, se le explica al consumidor en el establecimiento de manera verbal que <u>debe adquirir el antirreflejo por un valor de \$50.00 dólares para aplicar a la promoción.</u></p>			
<p><b>III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</b></p>			
<p>I. Tal como consta en auto de inicio (fs. 10-12), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor—LPC—, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores <i>recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir</i>; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho a <i>ser protegidos contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el inc. 4º del artículo 31 de esta ley</i>. Además, el inciso primero del artículo 27 de la LPC, al referirse al derecho de información establece que <i>en general, las características de</i></p>			

*los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna.*

De conformidad con la letra b) del artículo 31 de la LPC 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.**

La denunciante 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 adelante SCA), 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

A. Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa del proveedor **José David Ramírez Martínez** pues en resolución de inicio de fs. 10-12, 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 al mismo en fecha 10/08/2021 (fs. 13).

Mediante el referido acto de comunicación, se garantizó el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa del proveedor denunciado, 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–.

El día 17/08/2021, se recibió escrito y documentación anexa firmado por el licenciado

de fs. 16-20, apoderado del proveedor denunciado, calidad que demuestra mediante documentación presentada de fs.21-29, mediante el cual manifiesta que, la LPA es clara en cuanto a su aplicación y que se debe seguir el procedimiento en ella establecido en procesos de esta naturaleza; además la actuación se hará aplicando el principio de legalidad, es decir, con sometimiento a la Ley; asimismo menciona que el artículo 64 de la LPA establece las maneras por las cuales podrá iniciarse el procedimiento administrativo el cual se complementa con los artículos 150 y 151 de la referida ley, en los cuales se establece el contenido de la denuncia, que forma parte de los requisitos básicos para poder impulsar el procedimiento.

En relación a lo anterior, trae a mención el artículo 69 de la LPC dentro del cual se contemplan las atribuciones del Presidente de la Defensoría del Consumidor y se pone en evidencia que él se encuentra facultado para requerir el inicio del procedimiento sancionatorio; por lo cual en relación al artículo 86 de la LPA, la administración deberá dictar los actos de procedimientos, en el plazo de 5 días por lo que en virtud del artículo 97 aclara que toda notificación deberá ser acusada dentro del plazo de tres días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado. Ante las disposiciones legales argumentadas, el apoderado alega que existe un incumplimiento de las normas anteriores, pues vencido el plazo establecido por la ley se producirá la caducidad, la cual ordenará el archivo de las actuaciones.

Manifiesta que en el presente caso, consta la denuncia realizada por el presidente de la DC ante el Tribunal Sancionador el día 28/02/2020, por lo cual se deduce que en esa fecha se inició el proceso sancionador conforme a lo regulado en la LPC y LPA, por lo que desde esa fecha han transcurrido más de

nueve meses; y aun teniendo en cuenta la suspensión de los plazos administrativos por los diversos decretos legislativos dictados en razón de la cuarentena obligatoria, la caducidad –a su juicio– es procedente en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Aunando a lo anterior, argumenta que en relación al artículo 36 letra b) de la LPA, el cual establece que los actos administrativos incurrir en nulidad absoluta de pleno derecho cuando se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, vinculado por el principio de legalidad no puede tomar como inicio del cómputo del proceso otro momento procesal que no sea el inicio por la presentación de la denuncia por parte del Presidente de la Defensoría del Consumidor, por lo que deduce que la resolución de inicio notificada adolece de nulidad absoluta.

Para sustentar su defensa el apoderado ofrece prueba documental —ya incorporada en el expediente por la denunciante de fs. 4 al 9— consistente en: **i) acta de inspección de los hechos atribuidos el día 17/06/2019**, en la cual se establece que el mismo señor Ramírez Martínez, es quien firma el acta, aceptando los hechos tal cual se vierten, aspecto que manifiesta no ha expresado en ese sentido, la cual debería ser considerada prueba ilícita, la cual por su propia naturaleza no puede ser valorada en juicio y no puede ser considerada útil y pertinente porque se demuestra que sí se brindó la información completa al consumidor y el proveedor cumplió con el deber de información, y **ii) impresiones de capturas de pantalla anexadas a la denuncia** con el objetivo de demostrar que sí se brindó la información completa al consumidor al responder los comentarios que en la misma publicación están contenidos.

Asimismo, ofrece el testimonio del señor ~~José David Ramírez Martínez~~ (denunciado) con la finalidad de desvirtuar el contenido del acta de inspección, y la declaración de los testigos

y   
empleadas del establecimiento objeto de la denuncia con la finalidad de lograr controvertir los hechos expuestos en el acta de inspección.

**B.** En virtud de lo anterior este Tribunal considera oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

**(i)** En primer lugar, se debe hacer alusión a la figura de caducidad del procedimiento, siendo esta una forma anticipada y anormal de culminar el procedimiento administrativo sancionador. En relación a la caducidad el artículo 89 inciso 2° establece que *“el procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o por resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación (...)”* teniendo en cuenta que el artículo 26 señala que *“los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables, o no procede su infracción (...)”*, de igual manera, el artículo 158, desarrolla en dicho articulado el procedimiento simplificado, el cual reza: *“(…) 1. La iniciación se producirá por resolución del órgano competente, en la que especificará el carácter simplificado del procedimiento y que será notificado a los interesados, 2. En el plazo de cinco días a partir de la notificación del acuerdo de iniciación, el órgano competente, el supuesto infractor y cuantos interesados pudieran haber, efectuaran, respectivamente, las actuaciones preliminares, la aportación de*

*cuentas y alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición de pruebas (...)”* finalmente, en la LPC, en el artículo 144-A, se establece el procedimiento simplificado y de igual manera en el literal a) se establece que el procedimiento se tendrá por iniciado por la resolución de admisión de iniciación, por lo cual el *plazo máximo de los nueve meses* que establece la LPA, para tramitar el procedimiento administrativo sancionador, empieza a contar desde el día siguiente de la notificación de la resolución de inicio. En el caso en concreto, se debe aclarar que la resolución de inicio fue notificada el día 10/08/2021 (fs. 13), por lo cual a la fecha de esta resolución solo han transcurrido siete meses, por lo cual, el plazo máximo no ha sido superado, lo que faculta a la administración pública de emitir acto posterior a la resolución de inicio, por lo cual se puede descartar cualquier vulneración a los derechos constitucionales del proveedor denunciado.

(ii) En segundo lugar, resulta pertinente abordar el tema de *la nulidad* alegada por el apoderado del denunciado, en virtud de la falta de cumplimiento de los plazos legales establecidos en la LPA para la tramitación del presente procedimiento administrativo. Resulta conveniente mencionar el artículo 143 de la LPC establece las causales por el cual se puede dar por iniciado un procedimiento administrativo sancionador, siendo así el artículo 144 de dicha ley establece el trámite respectivo de las denuncias que sean interpuestas por los consumidores si el caso fuera de naturaleza individual o por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor si este fuera de naturaleza difusa, por lo cual el artículo 144-A de la LPC específicamente regula el procedimiento simplificado y reza: *“cuando se trate de denuncias de oficio, y los hechos estén claramente determinados, por haberse consignado en actuaciones de la Defensoría del Consumidor o probado con actuaciones de otras instituciones(...) el expediente podrá tramitarse en procedimiento simplificado”* asimismo el literal b) se establece que *“en el plazo de cinco días siguientes a la notificación del referido auto, el infractor podrá formular las alegaciones y presentar los documentos que estimen pertinentes”*.

Aunando a lo anterior, el artículo 158 de la LPA establece el procedimiento simplificado y en su numeral 2 se establece y reafirma el plazo de cinco días a partir de la notificación del acuerdo de iniciación –o resolución de inicio-, para que el infractor haga la aportación de alegaciones, documentos o informaciones que estimen convenientes, por lo cual este honorable Tribunal no realizó ningún acto en contra de las disposiciones legales establecidas dentro de los cuerpos normativos de la LPA o LPC, por ende, no se causó ninguna vulneración al principio de legalidad, toda actuación realizada por esta autoridad se ampara en el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, por lo que se descarta el argumento presentado por el proveedor en relación a la nulidad absoluta del presente procedimiento administrativo sancionador y a las actuaciones realizadas por la misma.

(iii) Finalmente, en lo que respecta a la prueba testimonial ofrecida por el apoderado del denunciado, este Tribunal analizará la admisibilidad de la misma de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), por remisión del art. 106 de la LPA.

Así, el artículo 318 del CPCM estipula que no deberá admitirse aquella prueba que no guarde relación con el objeto procesal, pues la misma sería impertinente. Por su parte, el art. 319 de dicho cuerpo normativo hace referencia a la utilidad de la prueba, de la siguiente manera: *“No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”*.

En ese sentido, este Tribunal considera que el medio de prueba –testimonial– ofertado por el apoderado del proveedor no puede ser considerado pertinente y útil para el presente procedimiento administrativo sancionador, puesto que la información que pretende aportar con las declaraciones del denunciado y las empleadas de su establecimiento, ya se encuentra en el acta de inspección n° 00001305. En consecuencia, la prueba testimonial ofrecida no cumple con las normas generales sobre la prueba, específicamente a la determinada en el artículo 319 del CPCM, respecto a la idoneidad y utilidad de la misma; por ello, debe *declararse inadmisibile*.

#### **V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA**

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la 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 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 g) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 00001305 —fs. 4— de fecha 17/06/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de verificar el cumplimiento de la ley, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada, cuyos hallazgos constan descritos en el acta referida.

b) Impresiones de fotografías que contienen: 1) captura de pantalla de la publicidad "***Aprovecha es lunes 17 de junio de 8 de la mañana a 12 del mediodía #TUSLENTESYAROSGRATIS!!! En todas nuestras sucursales \*Aplica \*Aro de Selección \*Lente visión sencilla blancos \*Restricción de graduación\* Examen visual preliminar computarizado gratis. Te esperamos. ¡Adquiere los tuyos ya!!***", 2) impresión de capturas de pantalla de consultas realizadas por consumidores en relación a la publicación realizada por la proveedora denunciada y conversación Vía WhatsApp en la cual la Defensoría del Consumidor solicita aclaración respecto a la publicidad objeto de denuncia. A través de dicha documentación, se establece que la proveedora ofreció los referidos productos obviando informar a los consumidores que para tener acceso a los beneficios de la misma estos eran condicionados al pago de \$50.00 en concepto de anti-reflejante.

## VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Delimitado los elementos de la infracción del artículo 43 letra g) de la LPC (romano III de la presente resolución), corresponde ahora hacer el análisis, conforme a los hechos probados (romano V), para comprobar si ha existido vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, pues, la Presidencia sostiene que el proveedor **José David Ramírez Martínez**, difundió por medio de publicación de Facebook, el anuncio que se lee: "***Aprovecha es lunes 17 de junio de 8 de la mañana a 12 del mediodía #TUSLENTESYAROSGRATIS!!! En todas nuestras sucursales \*Aplica \*Aro de Selección \*Lente visión sencilla blancos \*Restricción de graduación\* Examen visual preliminar computarizado gratis. Te esperamos. ¡Adquiere los tuyos ya!!***" pero, al realizar inspección se determinó que las restricciones y condiciones de la misma no se encontraban de manera completa en la referida publicación, pues los consumidores para tener acceso a los beneficios de la promoción eran condicionados al pago de \$50.00 dólares en concepto de pago de anti-reflejante, lo cual era informado verbalmente a los consumidores cuando estos preguntaban directamente al proveedor.

De lo anterior, se advierte que la publicidad omitía información relevante capaz de inducir a error o engaño a los consumidores, ya que carecía de datos precisos que permitiera a los consumidores conocer las condiciones completas para poder adquirir los beneficios de la presunta promoción, es decir, que *el proveedor hacía creer a los consumidores que los lentes y aros serían totalmente gratis si encajaban dentro de los aros seleccionados, en visión sencilla y las graduaciones permitidas, sin embargo, cuando los consumidores se apersonaban a preguntar sobre la misma, se les imponía la condición a los consumidores el pago de \$50.00 dólares en concepto de pago de anti-reflejante*, lo que es contradictorio a lo ofertado en la publicación de Facebook, al condicionarse el acceso a la promoción a un pago no mencionado en la publicidad. De esta manera, se puede concluir que la publicación realizada por el proveedor denunciado se trata de una publicidad engañosa.

En consecuencia, 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) romano I (disponibilidad) de dicha ley “La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: iii) condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios”.

## 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, 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 del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

A continuación, se concretará cada uno de ellos, en lo aplicable al presente caso:

### **a. Tamaño de la empresa.**

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



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

A partir de la documentación presentada por el proveedor denunciado, la cual consiste en: declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2019 y 2020 (fs.32 y 35), y formulario de pago del impuesto de transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del mes de junio de 2019 (fs.30-31); estado de resultado del año 2019 y 2020 (fs. 33 y 36); y estado de situación financiera de los años 2019 y 2020 (fs. 34 y 37) ; para el caso en comento se tomarán en cuenta el total de rentas gravadas del año 2019 –periodo en que se cometió la infracción-, la cual asciende a la cantidad de **\$417,728.81.00** por lo cual se puede concluir que las ganancias del proveedor encajan en las clasificaciones establecidas en el artículo 3 de la Ley Mype, clasificando al proveedor como “*pequeña empresa*”, por lo cual, para efectos de la cuantificación de la multa, así será considerado.

**b. Grado de intencionalidad del infractor.**

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

Así, en reiteradas ocasiones este Tribunal ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aun a título de simple negligencia o descuido.

En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte del proveedor, pues como propietario del establecimiento, es el 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 publicidad que cumpla con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que no sea engañosa o falsa.

**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 del proveedor, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad — *Óptica J.D.R. Casa Matriz* — se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o falsa, específicamente en cuanto a ofrecer productos en promoción sin establecer de manera clara las condiciones jurídicas y económicas para su adquisición.

**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) romano I ambos de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste 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 art. 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 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 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 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 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 ofrecido una promoción sin establecer las condiciones jurídicas y económicas de adquisición de los productos 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 14/01/2016, 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 publicidad 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 el infractor que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida el señor **José David Ramírez Martínez**, no podría definirse objetiva e indubitadamente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la publicidad anunciada.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por el proveedor 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 los empresas o proveedores los define el ánimo de lucro y que las promociones buscan generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que el proveedor 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 multa impuesta, este órgano pretende disuadir al infractor **José David Ramírez Martínez**, 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.

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 publicidad 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 la publicidad con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

#### VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados ampliamente en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer al infractor **José David Ramírez Martínez**, pues se ha determinado que éste incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) romano iii) de la LPC, al haberse divulgado una publicidad sin las condiciones jurídicas y económicas de adquisición de los productos ofertados, circunstancia que pudo haberlos inducido a engaño o error.

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 el proveedor es una persona jurídica cuya capacidad económica es la de una *pequeña empresa*, según en el análisis realizado en el literal *a* del romano **VII**; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por el proveedor no se acreditó el dolo sino negligencia; que éste incumplió con las obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros 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.

Por tanto, al proveedor **José David Ramírez Martínez**, se le impone una multa MIL SEISCIENTOS SETENTA DÓLARES CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,670.85), equivalentes a cinco meses con quince días de salarios mínimos urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el **2.75%** 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) y d), 27 inciso 1°, 31, 40 inciso 2°, 43 letra g), 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:**

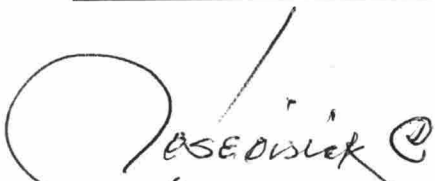
a) Sanciónese al proveedor **José David Ramírez Martínez**, con la cantidad **MIL SEISCIENTOS SETENTA DÓLARES CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,670.85)**, equivalentes a *cinco meses con quince días de salarios mínimos urbanos en la industria* —D.E. N° 6 del 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 el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.


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

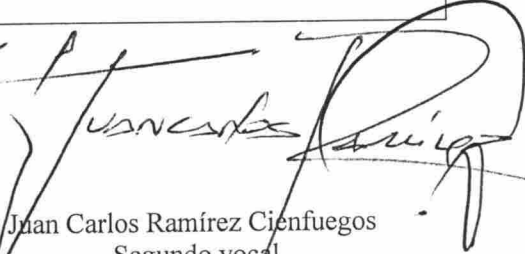
b) *Notifíquese.*

#### INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

  
José Leosick 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.**

PR/ym

  
Secretaría del Tribunal Sancionador