

"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 style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 18/06/2021 Hora: 13:02 Lugar: San Salvador</p>	<p>Referencia: 1289-19 acum</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor		
Proveedora denunciada:	Retail Sports, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>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 –en adelante LPC- expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado “<i>Sportline America Santa Ana</i>”, ubicado en _____ —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 02/05/2019, se llevó a cabo una inspección para verificar un anuncio publicitario colocado sobre la mesa de producto en promoción dentro del establecimiento la cual se lee: “Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja. 35% de descuento válido en tu segundo par”.</p> <p>Al observar que no posee la vigencia completa de la promoción, ni las condiciones o restricciones de la referida publicidad, se le consultó a la persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor –en adelante DC- acerca de la fecha de inicio debido a que no la poseen por ningún otro medio idóneo en el establecimiento, expresando que la promoción dio inicio el 01/05/2019 y que no poseen fecha de finalización determinada, siendo esta indefinida; asimismo manifestó que las restricciones o condiciones consisten en que la promoción solo aplica en productos seleccionados, ya que si adquiere un solo par se le aplica únicamente el 25% de descuento, además agregó que sobre la disponibilidad de la oferta, esta aplica en todas las sucursales a excepción de la sucursal outlet, esta información se daba a conocer de forma verbal a los consumidores, finalmente, se constató durante la inspección que dentro del establecimiento no se encuentra esta información, a través de cartel u otro medio idóneo, ni en la caja como lo afirma la referida publicidad.</p> <p>Además, la Presidencia de la DC, presentó una segunda denuncia por inspección realiza el día 23/04/2019 en el establecimiento denominado “<i>Sport Line America Outlet</i>”-propiedad de la proveedora denunciada-, ubicado en _____ donde se verificó el anuncio publicitario que se lee de la siguiente forma: “CARPA REBAJAS DE VERANO. Producto Seleccionado. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99”, el cual fue publicado por</p>			

medio de rótulos colocados en la vitrina del establecimiento, preguntándole a la persona que atendió a los delegados de la DC, sobre el inicio de dicha promoción, manifestando que ésta dio inicio el día 18/04/2019 y finalizó el día 30/04/2019, aclarando que la vigencia de la promoción únicamente se le da a conocer a los consumidores de manera verbal, se constató que en el establecimiento no se encontraba publicitada por ninguno de los medios exigidos por la ley la vigencia de la promoción.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 12-14), 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 del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir*. Además, en 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. Concerniente 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 –en adelante 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 8-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo definió a la asimetría informativa como un *elemento intrínseco de las relaciones contractuales entre productores o proveedores y consumidores, determina que en todo caso el consumidor está sometido a una condición de vulnerabilidad que rebasa su autonomía y voluntad real para contratar, circunstancia que, en definitiva, justifica la aplicación de un principio protectorio con el fin de restablecer el equilibrio contractual y asegurar el respeto de los derechos del consumidor.*

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

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 Retail Sports, S.A. de C.V., pues en resolución de

fs. 12-14 se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 30/10/2020 (fs. 17).

En fecha 07/05/2021 se recibió escrito firmado por la licenciada manifestando actuar en calidad de apoderada General Judicial de la sociedad Retail Sports, S.A. de C.V., acreditación que consta a folios 24-28, agregando documentación de folios 29-34.

En el referido escrito, la licenciada , manifiesta que respecto a la inspección realizada por los delegados de la DC, en fecha 23/04/2019, únicamente agregaron como anexo a dicha acta, la fotografía de los rótulos que se encontraban en la vitrina del establecimiento, pero al interior de la tienda existían rótulos que identificaban los precios aplicables a los respectivos productos, como se podrá observar en fotografía de los registros de su representada que anexa al presente escrito.

También expone la efectividad en los productos en promoción según los registros contables de su mandante, de lo cual anexa reporte firmado por el auditor, así como copias de tiquetes de compras efectuadas el 23/04/2019, en los cuales afirma que se puede apreciar la fecha de venta realizada en el local inspeccionado, y el precio aplicado.

Menciona lo constatado en la inspección realizada el día 02/05/2019, en el local Sportline America ubicado en Santa Ana, y considera que es necesario advertir que tal como lo afirma la publicidad agregada como anexo de acta de inspección, la promoción consistía en un descuento de un 35% en el segundo par que se comprara, y que como se consignó en la mencionada acta, el producto al cual aplicaba la promoción eran zapatos que estaban claramente identificados en la mesa sobre la cual se encontraba el referido anuncio examinado por los inspectores de la DC, también verificaron que el descuento fue efectivamente aplicado y no sobre el segundo producto sino sobre la totalidad de la compra, lo cual presenta una mayor ventaja para el consumidor que la que era ofertada.

De esta forma aclara que, la promoción también fue publicada en la red social *Facebook*, en la cuenta de su representada SPORTLINE AMERICA EL SALVADOR, en la misma fecha de inicio de la promoción, es decir, el día 01/05/2019, disponible en <https://www.facebook.com/pg/Sportlineelsalvador/post/>, información que también se puede apreciar en la impresión de la publicación que adjunta al presente escrito, y estuvo disponible únicamente del 1 al 7 de mayo de 2018, es decir durante el mismo periodo de vigencia de la promoción. Arguye también la referida profesional que, según registro fotográfico de su representada, en la tienda también se encontraba información sobre las condiciones de la promoción que confirma lo expresado por el encargado de la tienda al momento de la inspección; menciona las ventas obtenidas de producto

seleccionado en la tienda inspeccionada durante el periodo comprendido del 1 al 7 de mayo de 2019.

Asimismo, alega falta de menoscabo en los consumidores de acuerdo al artículo 40 de la LPC, el cual manifiesta que no se ha podido comprobar; por lo que, para el caso de la promoción **“Carpa Rebajas de Verano”**, la Presidencia de la DC no estableció ningún impacto en los derechos de los consumidores, debido a que la información de la vigencia de la promoción se daba a conocer únicamente de manera verbal; tampoco ha establecido circunstancias concretas que permitan determinar que a pesar de que los rótulos de la promoción estuvieron de manera visible colocados en el establecimiento únicamente durante el periodo de vigencia de la promoción, la información sobre dicho aspecto complementada de forma verbal haya podido provocar un engaño o confusión en los consumidores o un menoscabo en particular.

Por otra parte, en el caso de la promoción de **“35% de descuento”** aplicada en Sportline America Santa Ana, la presidencia de la DC afirma que al no establecer el periodo de vigencia, las restricciones o condiciones de la promoción a través de los medios exigidos por la ley, su mandante colocó a los consumidores en una situación de incerteza; sin embargo, con la prueba aportada no se ha establecido que la información proporcionada en su conjunto no sea completa, precisa veraz, clara y oportuna para determinar los alcances de la promoción.

En consecuencia y en ambos casos, sostiene que hace falta comprobar de forma fehaciente el menoscabo a los consumidores y que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 número 8 de la LPA, en aplicación al principio de verdad material, conlleva a que la autoridad administrativa con facultades de inspección y verificación, debió hacer uso de las mismas en justa forma la oportunidad que tuvo de recabar la información necesaria relacionada con las conductas señaladas.

Finalmente, expone la falta de intencionalidad seguida del principio de legalidad, sostiene que este Tribunal tiene la facultad para ejercer la potestad de sancionar conductas contrarias al ordenamiento jurídico que corresponde aplicar, de acuerdo a los parámetros y límites descritos en el artículo 14 de la Constitución de la República; y de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la LPC en concordancia a lo dispuesto en el artículo 139 número 5 de la LPA, la sanción administrativa de las infracciones imputables a los consumidores, requiere la determinación comprobada de su responsabilidad en el hecho tipificado, con un grado de culpabilidad legalmente comprobado. Por lo que la licenciada afirma que su mandante no ha tenido una intención de provocar algún perjuicio a los consumidores o un menoscabo en sus derechos; siendo que la sociedad denunciada ha realizado una serie de acciones como participar en las capacitaciones que la DC imparte; por lo que es consciente de respetar los derechos de los consumidores en sus relaciones comerciales y, solicita a este Tribunal, en caso que se determine la existencia de todos los elementos de infracción, se tome en consideración la falta de dolo o culpa de su representada; ya que reconoce

haber omitido la información relativa al periodo de vigencia de la promoción en avisos por desconocimiento de la ley y se aplique lo dispuesto en el artículo 156 de la LPA en coherencia con la proporcionalidad de la sanción conforme al artículo 139 número 7 de la LPA.

Así también, se recibió un segundo escrito firmado por la referida profesional, de fecha 21/05/2021, en el cual solicita a esta autoridad que declare la caducidad del presente procedimiento administrativo sancionatorio conforme a las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública – en adelante DTPA-, que regula el artículo 7, que en los procedimientos iniciados de oficio en los que se ejercite la potestad sancionatoria, la expiración del plazo máximo de noventa días (artículo 5 DTPA) para su finalización, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce caducidad; trae a colación también, pronunciamiento emitido por este Tribunal, en resolución de las quince horas con cuarenta y dos minutos de fecha 02/03/2020 con referencia 241-18, exponiendo que el presente caso posee hechos y circunstancias similares a las ocurridas en el referido caso anterior, por tratarse que a la fecha del segundo escrito presentado, han transcurrido 130 días hábiles, desde la notificación del inicio del presente procedimiento sancionatorio (30/10/2020); plazo el cual se vio interrumpido únicamente por un periodo de 10 días hábiles que fueron otorgados para la contestación de la denuncia y que de conformidad al artículo 5 inciso 4 letra a) parte final de las DPTA una vez transcurridos, provocan la reanudación del conteo del plazo de caducidad; y que, en ese sentido, es oportuno que por aplicación de los principios de legalidad, seguridad jurídica, coherencia y verdad material en congruencia con el derecho de su representada a una buena administración, se resuelva con equidad, objetividad e imparcialidad la caducidad del procedimiento.

Al respecto, este Tribunal debe advertir:

B. En cuanto a la solicitud de la licenciada , en que esta autoridad declare caducidad del presente proceso, es sabido que las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública –en adelante DPTA-, fueron promulgadas mediante Decreto Legislativo N° 762, publicado en el Diario Oficial N° 209, Tomo 417, de fecha 9/11/2017, y entraron en vigencia el 31/01/2018. Estas conforman un cuerpo legal transitorio adoptado por la Administración Pública hasta el día anterior a la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA-, es decir, hasta el 13/02/2019. Las DTPA deberán, por tanto, aplicarse a todos aquellos procedimientos administrativos sancionadores que fueron iniciados (*mediante auto de inicio notificado en legal forma*) durante su vigencia, es decir, a aquellos que fueron iniciados *a partir del 31/01/2018* y, hasta la entrada en vigencia de la LPA, es decir el día *14/02/2019*. Lo anterior en atención a los principios de legalidad, irretroactividad y unidad procesal de los procedimientos, los cuales establecen que todo procedimiento administrativo sancionador deberá

tramitarse y finalizarse aplicándole la norma procesal que estaba vigente al momento de su inicio. (El resaltado es nuestro)

Una vez determinado el ámbito de aplicación de las DTPA, este Tribunal Sancionador aclara que las DTPA no se aplican al caso en concreto, el cual, como ya ha sido mencionado, fue iniciado el día 21/08/2020. Efectivamente, el auto de inicio fue notificado en legal forma el día 30/10/2020 a la proveedora, por lo que el régimen procesal regulado en la LPA es de aplicación directa al presente procedimiento administrativo sancionador.

Respecto a la falta de menoscabo en los derechos de los consumidores, este Tribunal tiene a bien señalar que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo –en adelante SCA– 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)*". Sentencia definitiva del 21/12/2018, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 416-2011.

*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**. (Sentencia definitiva del 15/05/2019, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 301-2015).*

Además, el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en sentencia de las diez horas del día 12/06/2018, bajo número de Ref. 00010-18-ST-COPA-2CO, sobre la supuesta falta de menoscabo en los consumidores de la siguiente forma: *"(...) En primer lugar, es importante enfatizar que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, las infracciones administrativas pueden buscar la protección de bienes jurídicos de distinta naturaleza. Por ejemplo, con la tipificación por parte del legislador de una infracción administrativa, puede buscarse la protección a la vida, la salud, la seguridad de las personas, etc. Pero también, puede buscarse la protección de bienes jurídicos como el acceso a la información, o a no ser engañado o inducido a error. Por otro lado, no siempre una infracción administrativa castigará una actuación u omisión que produzca un daño concreto a un bien jurídico material; también, puede buscar que no se ponga en peligro determinados bienes jurídicos, sin necesidad de que en efecto haya incurrido un daño material."*

Bajo la misma línea, agregan dicho Tribunal que: *"Al analizar el inciso segundo del artículo 40 de la LPC en lo que respecta al "menoscabo a los consumidores", en relación al catálogo de*

infracciones que la misma ley contempla (arts. 42, 43 y 44), se comprueba lo anteriormente dicho, pues con el Derecho Administrativo Sancionador, no solamente se busca proteger bienes jurídicos tangibles, sino también, y en gran proporción, bienes jurídicos que no son tangibles. Para ambos casos, Derecho Administrativo Sancionador tampoco se limita a la protección de bienes jurídicos ante lesiones concretas, sino también, y en gran medida, busca que ciertos bienes jurídicos, así considerados por el legislador, no sean puestos en peligro.

“(…) En este caso, si bien en las actas de inspección no se ha comprobado, por ejemplo, que algún consumidor haya perdido la vida, o haya visto desmejorada su salud a causa de esta falta de información, ello no es necesario, pues el tipo contenido en el art. 43 de la LPC busca proteger entre otros bienes jurídicos, y como expresa el TSDC, el derecho de los consumidores de estar informado (art. 4 literal c) LPC).”

Con lo anterior, queda esclarecido, que no es necesario que exista un agravio tangible de parte de los consumidores, que vislumbre un menoscabo hacia ellos, pues como dice el Tribunal supra citado, el espíritu del legislador, más allá de proteger los derechos tangibles, ésta trasciende hacia los derechos intangibles como lo es el derecho a la información que posee todo consumidor conforme a la LPC; siendo que, desde el momento en que un proveedor realiza una promoción u oferta con información obligatoria incompleta, se está eximiendo o suprimiendo de dicha imposición que por ministerio de ley le exige la norma en el ámbito de las promociones, y el resultado es una afectación o menoscabo al derecho a la información de los consumidores. Por consiguiente, con el acta de inspección y sus anexos se confirma la afectación al derecho descrito en los párrafos anteriores – art. 4 literal c de la LPC- o en lo expresado por el inciso segundo del artículo 40 de la misma normativa, el menoscabo a los consumidores.

Finalmente, esta sede hace hincapié en el déficit organizacional que la proveedora ha mostrado ante la falta de información mínima contenida en sus promociones, careciendo de algunos componentes de la planeación estratégica de las ofertas realizadas, pudiendo conllevar a la vez a una falta de interés en investigar qué está normado dentro del derecho de consuno y en específico el tema de promociones.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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 en los cuerpos normativos antes mencionados, para determinar los hechos probados relacionado con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) –vigente al momento que sucedieron los hechos– de la LPC.

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

a) Actas No. 675 y 917 (fs. 3 a 4 y 8), de fechas 02/05/2019 y 23/04/2019, respectivamente, por medio de las cuales se establece que la DC, en razón del artículo 58 letra f) de la LPC, realizó inspección en los establecimientos propiedad de la proveedora denunciada a fin de verificar el cumplimiento a la ley. Que en virtud de dichas inspecciones se constató que las promociones denominadas: *“Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja. 35% de descuento válido en tu segundo par”* y *“CARPA REBAJAS DE VERANO. Producto Seleccionado. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99”* no cumplían con los requisitos de ley, pues éstas no determinaban la vigencia, restricciones o condiciones de la misma.

b) Impresión de fotografía (fs. 5) de la promoción referida vinculada con el acta No. 675, de fecha 02/05/2019 con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos señalados previamente con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: *“Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja. 35% de descuento válido en tu segundo par”* por medio de un afiche publicitario colocado sobre mesa de producto en promoción dentro del establecimiento “Sportline America Santa Ana”.

c) Impresión de fotografía (fs. 9) de la promoción referida vinculada con el acta No. 917, de fecha 23/04/2019 con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos señalados previamente con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: *“CARPA REBAJAS DE VERANO. Producto Seleccionado. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99”* por medio de rótulos colocados en la vitrina del establecimiento “SPORT LINE AMERICA OUTLET”.

Además, la apoderada de la proveedora denunciada agregó como prueba documental la siguiente:

d) Impresión de captura de fotografía sellada y firmada (fs. 29) que contiene la promoción *“CARPA REBAJAS DE VERANO. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99”*, agregando un cuadro descriptivo el cual abarca las fechas 12 al 30 de abril de 2019, venta promoción, unidades, venta, Ingresos libres de costo.

e) Impresión de fotografía de tickets emitidos por Sportline (fs. 30) con números de caja 20 y 21.

f) Impresión de captura de pantalla (fs. 31) del usuario de la red social *Facebook*, “Sportline America El Salvador”, con fecha de publicación 01/05/2019, que contiene la promoción *“Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja.”*

g) Impresión de fotografía sellada y firmada (fs. 32) de tienda que contiene las condiciones de promoción realizada en la sucursal de Sportline Santa Ana, sin que conste las restricciones y vigencia de la misma, agregando un cuadro descriptivo que detalla fecha 01 al 07 de mayo 2019, venta promoción, unidades venta ingresos libre de costo.

h) Impresión de fotografía sellada y firmada (fs. 33) denominada ticket de compra clientes, donde se refleja venta realizada el día 02/05/2019.

i) Impresión de fotografía sellada y firmada (fs. 34) de ticket de compra, donde se refleja venta realizada el día 04/05/2019.

Referente a las impresiones de fotografías y lo sostenido en cada una de ellas, éstas no desvirtúan la información consignada en las actas de inspección y sus anexos, pues al momento de haber realizado cada una, las personas que atendieron a los delegados de la DC, manifestaron que referente a la promoción *“Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja. 35% de descuento válido en tu segundo par”*, que dio inicio el uno de mayo del presente año y que no tiene una fecha de finalización determinada, siendo esta indefinida; asimismo, se verificó que las condiciones de la promoción no se encuentran de manera escrita y a la vista del consumidor en el área de caja; asimismo, en la promoción denominada *“CARPA REBAJAS DE VERANO. Producto Seleccionado. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99”*, que la vigencia del anuncio publicitario se da a conocer de forma verbal a los consumidores y que el inicio fue el día 18 de abril de 2019 y finalizó el día 30 de abril de 2019, vulnerando así, el derecho de información de los consumidores contemplado en el artículo 4 letra c) de la LPC.

En cuanto a la impresión de captura de pantalla de la publicación realizada en la red social *Facebook*, resulta imperioso destacar, que es obligación de los proveedores consignar siempre la fecha de inicio, pues ello evitaría cualquier tipo de ambigüedad en la comunicación de la información, a la vez que se da cumplimiento a las características que ésta debe cumplir –artículos 4 letra c) y 16 letra a) ambos de la LPC–; lo que se traduce en seguridad jurídica para los consumidores.

Ahora bien, dicho medio probatorio pretende establecer la hipótesis que desde el momento en que se publica la promoción ésta adquiere validez inmediata; sin embargo, pretender que sea de esa forma conlleva dos problemas: **a)** que la proveedora presupone que todos los consumidores entenderán que la fecha de publicación es la fecha de inicio, es decir, que el comienzo de la promoción está condicionado, en sí mismo, por la capacidad interpretativa de los consumidores, o dicho en otras palabras, la proveedora pretende suplir su obligación legal en la hermenéutica de los consumidores; **b)** por si lo anterior fuera poco, en la praxis suele darse que los proveedores anuncian promociones las cuales inician su validez en una fecha posterior a la que fueron publicadas –sin que esto sea mencionado, claro está–, con la finalidad que, cuando efectivamente se encuentre implementada, logren un mayor impacto.

Implica, pues, que consignar una promoción sin determinar una fecha de inicio, aduciendo que desde la fecha de publicación se entiende válida, es atentatorio a los principios, obligaciones y derechos estipulados en la LPC, ya que no sólo se traslada una carga al consumidor, sino que la

interpretación que propone la proveedora no es inequívoca.

Sobre trasladar una carga al consumidor, es imperioso referirse, nuevamente, a resolución 274-2009 de fecha 14/11/2012 pronunciada por la SCA, en la que sostuvo: “(...) que un anuncio publicitario debe poseer la información necesaria para que los consumidores no tengan que recurrir a otra clase de medios para complementar la información inicial, por lo tanto al tener que recurrir a esta acción significa que se ha omitido informar de una manera clara y adecuada a lo ofertado por el proveedor, por los argumentos expuestos es que esta Sala considera que la conducta por la actora es atentatoria al derecho de ser debidamente informado el consumidor”.

Por 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 expresa 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 de la apoderada, 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.

Por consiguiente, pese a los alegatos de parte de la representante legal de la proveedora denunciada, la atribución de la infracción por falta de fecha de vigencia, restricciones y condiciones en las promociones no pudieron ser controvertidas. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia mantienen la certeza legal que ostentan.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

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

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

incentivo para llevar a cabo la transacción. De esta manera, se ha entendido que no existe ninguna ventaja si los bienes son vendidos o los servicios prestados en las condiciones habituales y, por ende, no se estaría en presencia de una promoción y oferta.

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

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

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

Art. 30.- Cuando se 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”.

De manera general, y sin que ello comprenda todos los supuestos que la ley y la casuística puedan arrojar, se procede a explicar 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”.*

Como se mencionó anteriormente, 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 Sala de lo Contencioso Administrativo confirmó la legalidad de la misma mediante resolución 274-2009 de fecha 14/11//2012, en la que además sostuvo: “(...) que un anuncio publicitario debe poseer la información necesaria para que los consumidores no tengan que recurrir a otra clase de medios para complementar la información inicial, por lo tanto al tener que recurrir a esta acción significa que se ha omitido informar de una manera clara y adecuada a lo ofertado por el proveedor, por los argumentos expuestos es que esta Sala considera que la conducta por la actora es atentatoria al derecho de ser debidamente informado el consumidor”.

2. En relación al precio total o los elementos que lo hagan determinable, conlleva a que debe estar lo suficientemente clara la cantidad que el consumidor pagará por la prestación de un servicio o la adquisición de un producto, máxime en aquellos casos en que se da la facilidad de pago a plazos, pero donde únicamente se determinan las cuotas que se deberán cancelar, mas no se indica el tiempo ni el valor total que los consumidores sufragarán. Lo anterior, supondría una desventaja informativa para el consumidor, lo que pudiera incidir a la hora de tomar una decisión de consumo, configurándose, en sentido material, un incumplimiento del proveedor respecto a esta exigencia.

Ahora, en la práctica también se utiliza la modalidad de promoción y oferta estableciendo porcentajes de descuentos, dicho elemento hace determinable el valor que el consumidor pagará por un bien o prestación de servicio; por consiguiente, no implicaría una inobservancia a este requisito.

3. En lo que respecta a la vigencia, esta exigencia es prácticamente la esencia de estas propuestas de contratación, pues significa que el proveedor ofrece una ventaja extraordinaria al consumidor, la cual podrá ser gozada en un período de tiempo específicamente determinado o que puede ser determinable.

En ese orden, en la práctica, para establecer la vigencia de una promoción se han distinguido básicamente dos formas –sin perjuicio que puedan vislumbrarse otros, es decir, no es una lista taxativa–: a) plazo cierto –determinado– y b) condicionante –determinable–.

a) Se entiende a plazo cierto, cuando se estipula una fecha de inicio y de finalización. Ahora bien, muchos proveedores suelen consignar sólo una fecha o referirse a un mes, día festivo, período

vacacional o celebración, entre otros; lo cual, devendría en un incumplimiento de este requisito. A manera de ejemplo, las expresiones como: “*Válido hasta el 31 de agosto*”, “*Válido a partir del 1 de septiembre*”, “*Válido sólo este mes*”, “*Válido sólo este día*”, no serían suficientes para tener por cumplida dicha exigencia, pues en la primera no se consigna la fecha de inicio; en la segunda, la de finalización; y, en las últimas dos, no tienen ninguna fecha. Se hace énfasis, nuevamente, en que deben tener fecha de inicio y finalización para que sea conforme a la LPC.

b) Se entiende vigencia bajo condición, cuando la promoción subsiste mientras no se dé un supuesto de hecho específico –estipulada en ella– que le pone fin a la misma. Ejemplo de lo anterior es la muy utilizada frase: “*Hasta agotar existencias*”. 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), el referido Instituto indicó que si bien *Ripley* incluyó una duración para la promoción anunciada ésta fue condicionada al agotamiento de una cantidad de unidades disponibles que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, se observó que, **ante la percepción del consumidor, la duración para la promoción anunciada no se encontraba planteada con la claridad que exige el principio de veracidad, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a información relevante y necesaria para adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.**

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que gozan las actas de inspección de la DC, así como de los documentos que forman parte de la misma, en el caso concreto, en los anuncios publicitarios: “*Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja. 35% de descuento válido en tu segundo par*” y “*CARPA REBAJAS DE VERANO. Producto Seleccionado. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99*” este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que Retail Sports, S.A. de C.V., incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: “*Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes (...)*”, por cuanto la proveedora realizó promociones **sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal al haber omitido la fecha de vigencia, restricciones y**

condiciones de la promoción.

En conclusión, las referidas omisiones, pudieron inducir a error a los consumidores en cuanto a la toma de sus decisiones de consumo, particularmente, respecto a la expectativa del beneficio ofrecido por la promoción.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3 a 5, 8 a 9, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó promociones u ofertas especiales 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 de la Constitución, 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 diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

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 veintinueve de abril de dos mil trece).

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 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

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 Retail Sports, S.A. de C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra n) –vigente al momento que sucedieron los hechos- de la LPC, la que se sanciona con multa hasta de doscientos y quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, respectivamente (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

7
-R

△

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 del análisis de los documentos que constan en el expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora Retail Sports, 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 (folios 12-14).

Ahora bien, este Tribunal ha tenido acceso a la información pública denominada "**Base de datos de los grandes y medios contribuyentes**" del Ministerio de Hacienda, creada en el mes de noviembre de 2020 y en la cual consta que la proveedora se encuentra clasificada como *gran contribuyente*, por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como tal, es decir como una *gran empresa*.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si la proveedora 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 de la proveedora. 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.

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º del Código Civil, según el cual: "*Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)*", así como a lo estipulado en el inc. 3º del mismo artículo: "*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*", y a lo señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: "*Las*

obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio”, este Tribunal concluye, que la denunciada actuó de manera *negligente* en la gestión de su negocio, pues no dio cumplimiento a los requisitos mínimos estipulados por ley para realizar promociones; además, no obedeció al requerimiento de información financiera solicitada por esta sede.

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 comisión de la infracción de la proveedora es directa e individual, pues se acreditó que en los establecimientos de su propiedad —*Sportline America Santa AnaySPORT LINE AMERICAOUTLET*— se incumplió con las obligaciones estipuladas en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC, consistente en realizar promociones sin determinar la fecha de vigencia, restricciones y condiciones de las promociones, circunstancias que pudieron haber inducido a error a los consumidores.

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

I. 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 promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC —artículo 43 letra n)— transgrede el derecho de los consumidores a recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en realizar promociones u ofertas especiales sin la información mínima legalmente establecida en relación con el producto o servicio que se intentaba vender y esto es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la promoción examinada.

La infracción administrativa atribuida a la parte actora es la realización de promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC. Tal como se señaló *supra*, a partir del artículo 30 de la LPC la proveedora está obligada a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de la falta de la información mínima requerida por la ley para la realización de

promociones u ofertas especiales, 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 lo dispuesto en la LPC -artículo 43 letra n) de la LPC- pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

2. En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer las sanciones respectivas 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 tanto de la realización de promociones u ofertas especiales; (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 16 letra a) y 30 de la LPC, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de las normas imperativas de consumo al acreditarse tanto 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, restricciones y condiciones de las promociones arriba desglosadas, son capaces 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 el infractor.

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14 de enero de 2016, en la que señala que uno de los factores de dosimetría punitiva es: “(...) *el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho*”. Conforme a ello, deberíamos tener en cuenta el volumen de ingresos de la infractora por la comercialización de los productos promocionados, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Así, para el caso que nos ocupa, se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dichas promociones los cuales según documentos presentados por la proveedora denunciada ascienden a ventas de \$4,325.32 en la promoción denominada “**CARPA REBAJAS DE VERANO. Producto Seleccionado. \$19.99, \$4.99, \$16.99, \$14.99, \$9.99**” y un total de ventas de \$1,992.52 por la promoción “**Hasta 35% de descuento. Estilos varían según sucursal y existencia. Condiciones de la promoción en caja. 35% de descuento válido en tu segundo par**”, pero a pesar de contar con la referida 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 Retail Sports, S.A. de C.V., no podría definirse objetiva e indubitablemente en términos de los ingresos derivados de las ventas por las promociones anunciadas.

En suma, dado que se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de las promociones 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 Tribunal Sancionador pretende disuadir a la proveedora denunciada Retail Sports, S.A. de C.V., que ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra n) —vigente al momento que sucedieron los hechos— 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.

Es menester señalar que esta autoridad, con la imposición de la sanción —multa—, busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4º de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora Retail Sports, S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta incumplió con las obligaciones estipuladas en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC, consistente en realizar promociones sin determinar la vigencia, restricciones y condiciones, circunstancias que pudieron haber inducido a error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es equiparable a una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme a los artículos 46 de la LPC; que la proveedora es una *persona jurídica* cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es la de una *gran empresa*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora, no se acreditó el dolo sino *negligencia*; que ésta incumplió con la obligación de realizar promociones con los requisitos mínimos establecidos por ley; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las

decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador, resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer a la proveedora **Retail Sports, S.A. de C.V.**, una multa de: **SIETE MIL SEISCIENTOS CUATRO DÓLARES CON VEINTICINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,604.25)**, equivalentes a veinticinco salarios mínimos mensuales urbano en el sector industria, por la comisión de la infracción estipulada en el artículo 43 letra n) de la LPC en relación a los artículos 16 letra a) y 30, ambos de la LPC, por realizar promociones sin determinar la vigencia de la misma ni sus restricciones y condiciones, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

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; 16 letra a), 27 letra d), 30, 40, 43 letra n), 46, 47, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

- a) *Declárese* sin lugar a la petición de declaración de caducidad del presente proceso sancionatorio por las razones expuestas en el apartado **IV. Letra B.**
- b) *Sanciónese* a la proveedora **Retail Sports, S.A. de C.V.**, con la cantidad de: **SIETE MIL SEISCIENTOS CUATRO DÓLARES CON VEINTICINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,604.25)**, equivalentes a veinticinco salarios mínimos mensuales urbano en el sector industria con quince días de salario mínimo urbano en el sector industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) —vigente al momento que sucedieron los hechos— en relación a los artículos 16 letra a) y 30 de la LPC, por realizar promociones sin determinar la vigencia de la misma ni sus restricciones y condiciones; dicha infracción según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo conforme al análisis expuesto en el romano VIII de la presente

resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

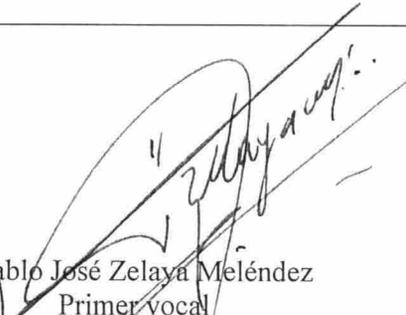
La anterior multa deberá hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría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

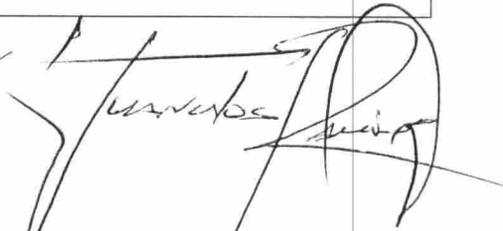
b) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la 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 (...)”*.

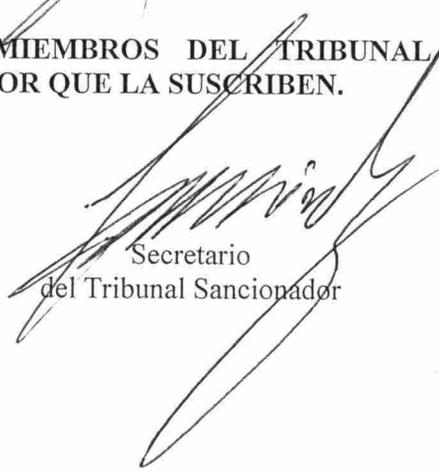

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal suplente

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

Ah/MIP


Secretario
del Tribunal Sancionador