	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 02/07/21 Hora: 09:08 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 575-20</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Industrias Caricia, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado “<i>Caricia sucursal ocho</i>”, ubicado en propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 20/11/2019, se llevó a cabo una inspección a fin de verificar el cumplimiento a los requisitos de ley. Así, en relación a la promoción: “<i>-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto ya rebajado *Restricciones Aplican (sic)</i>”, identificada en un banner colocado en la vitrina de la entrada del referido establecimiento, se observó que no poseía las restricciones o condiciones de la promoción, por lo que al consultarle a la persona que atendió, expuso: que la promoción aplica únicamente en producto seleccionado, el cual está identificado con rótulo de porcentaje establecido, lo cual se daba a conocer de forma verbal a los consumidores. La denunciante señala que, durante la inspección, se observó que las restricciones no se daban a conocer por ninguno de los medios exigidos por la ley —esto es, por medio de anuncios publicitarios o a través de avisos fijados dentro del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes—.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que se analiza, se constató que las restricciones no se encontraban en la publicidad utilizada para dar a conocer la referida oferta en los medios exigidos por ley, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. En razón de las circunstancias anteriores, aseguró que la proveedora denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, pues éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p><i>A.</i> Tal como consta en auto de inicio (fs. 5–6), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante 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>. Además, a la letra a) del artículo 16 de la LPC, al referirse a los requisitos de las promociones y ofertas, estipula que, entre otros aspectos, debe tener la posibilidad de comprensión directa.</p> <p>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: <i>en general, las características de los bienes y servicios puestos a</i></p>			

disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna.

Además, en cuanto a la información de las promociones, el artículo 30 de la LPC determina: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes”.*

En relación con lo antes apuntado, el artículo 43 letra n) de la LPC determina que el realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley, es una conducta calificada como infracción grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

B. Con respecto a la mencionada infracción, este Tribunal, en resolución pronunciada el día 05/07/2010, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 271-2010, ha afirmado que: *“La naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, su carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción”.*

En ese sentido, las promociones y ofertas especiales que se transmiten a través de cualquier medio publicitario, tienen la finalidad de presentar los bienes o servicios en condiciones favorables para el consumidor, induciéndolo a tomar determinada decisión con sentido de urgencia, bajo la perspectiva de percibir una *ventaja económica* dentro de un *tiempo limitado*.

De lo anterior, se colige, que la LPC busca regular que los proveedores consignen, en el medio publicitario que se utilice para dar a conocer la promoción u oferta, *una indicación clara de la duración o del tiempo en la que dicha promoción estará vigente; debiendo indicar, además, a qué productos o servicios aplica la promoción u oferta, la cantidad mínima de productos disponibles, si existen o no restricciones, en qué consisten, y, en general, cualquier dato relevante previamente establecido*, que indique en qué condiciones será cumplida, información *que es de suma importancia para los consumidores al momento de acceder a la promoción u oferta*.

En otros términos, la finalidad de la regulación en el tema en cuestión tiene por objeto el minimizar la desigualdad entre las partes intervinientes en la relación de consumo -proveedor y consumidor- la cual puede dejar a este último en una situación asimétrica y de desventaja al no ofrecerle la información necesaria para que pueda tomar una decisión informada, es decir, considerando todos los elementos legalmente establecidos.

En este punto, este Tribunal considera oportuno traer a cuenta la resolución de fecha 13-03-2019 con referencia 7-2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo –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 08-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la SCA definió a la asimetría informativa como un *elemento intrínseco de las relaciones contractuales entre productores o proveedores y consumidores, determina que en todo caso el consumidor está sometido a una condición de vulnerabilidad que rebasa su autonomía y voluntad real para contratar, circunstancia que, en definitiva, justifica la aplicación de un principio protectorio con el fin de restablecer el equilibrio contractual y asegurar el respeto de los derechos del consumidor*.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

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 denunciada Industrias Caricia, S.A. de C.V., pues en resolución de fs. 5-6 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 20/01/2021 (fs. 9).

A. Al respecto, el día 27/01/2021 se recibió en este Tribunal el escrito (fs. 10-11) firmado por el licenciado _____, en calidad de apoderado especial de la proveedora Industrias Caricia, S.A. de C.V., personería que acredita mediante fotocopia certificada de testimonio de poder especial de fs. 12-15.

i) En el referido escrito, el licenciado _____ manifestó –en síntesis– que del tenor literal del artículo 30 de la LPC, se determina la obligación de informar a los consumidores por cualquier medio de publicidad, y no necesariamente a través de avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o bien por etiquetas adheridas a los bienes.

En ese sentido, lo que se busca con dicha disposición, es la publicidad, es decir, hacer del conocimiento del público las condiciones bajo las cuales se desarrolla una promoción comercial, no siendo necesarios medios visuales como banners, rótulos o viñetas, los únicos disponibles o útiles para tal fin.

En razón de lo anterior, señala que la denunciada no incumplió con la obligación de informar por un medio de publicidad (artículo 30 de la LPC, establece cualquier medio) las condiciones de la promoción, entre ellas, el plazo de vigencia de la misma, que según consta en el procedimiento se hacía de forma verbal a cada cliente o consumidor que se apersonaba al local comercial de la proveedora.

Añade, que en el acta *se constató por medio del sistema de registro de precios y facturas que el porcentaje ofrecido se está aplicando a los consumidores.*

ii) En otro punto, señaló el referido profesional que de forma paralela al presente procedimiento sancionatorio se estaban desarrollando otros –procedimientos– en contra de Industrias Caricia, S.A. de C.V., en aplicación del artículo 143 letra d) de la LPC. Por consiguiente, invoca el principio *ne bis in idem*, según el cual en el Estado de Derecho no se puede someter a procesos a una persona natural o jurídica dos veces por el mismo hecho.

iii) Finalmente, señaló que anexaba a su escrito la documentación de folios 18–61 y que dicha información se incorpora en cumplimiento del requerimiento de información realizado por este Tribunal en la letra d) del romano IV de la resolución de inicio de folios 5–6.

Asimismo, señaló que dicha información servirá para motivar y modular, bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad, la consecuencia jurídica que corresponda en caso de demostrarse la infracción que se atribuye a la denunciada.

En ese sentido, añadió que en caso que fuese procedente sancionar a Industrias Caricia, S.A. de C.V. se deberán cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo tanto, la sanción no dependerá únicamente del tamaño de la empresa como se ha relacionado en la resolución de folios 5–6, ya que la Sala de lo Constitucional –en adelante SCN– en la sentencia de fecha 02/II/2016, emitida en el proceso de inconstitucionalidad 175–2013, indicó “*el principio de proporcionalidad sirve por un lado, como límite a la discrecionalidad de la actividad administrativa sancionatoria, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre las infracciones cometidas y la gravedad o severidad de las sanciones impuestas por el ente competente; y, por otro, como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones a derechos y garantías constitucionales siempre que la relación entre el fin o fines perseguidos por el ente legisferante y la sanción tipificada como medio para conseguirlo implique sacrificio excesivo o innecesario, carente de razonabilidad*”.

Por consiguiente, la SCN estableció la importancia del test de proporcionalidad y razonabilidad al cual el legislador –y aplicador– se encuentra obligado a considerar, y especialmente en aquellos que regulen sanciones, estableciendo un baremo de éstas, en atención a su gravedad y con criterios de dosimetría punitiva, es decir, criterios dirigidos a los aplicadores de las normas –autoridades administrativas, jueces– para graduar la sanción que corresponda en cada caso, según su apreciación conjunta de circunstancias objetivas y subjetivas.

Respecto a la intencionalidad de la conducta, aclara que la omisión de indicar en un banner o cualquier otro medio gráfico el plazo de vigencia de la promoción comercial, nunca fue con intención (ni efecto) de causar algún daño a los consumidores. Añadió, que no existe ninguna queja o denuncia de ninguno de ellos –consumidores– por algún perjuicio causado; y que la falta de expresión gráfica del plazo de vigencia, no ha reportado a mi representada en ningún momento, ningún beneficio económico indebido.

En conclusión, señaló que imponer una sanción a Industrias Caricia, S.A. de C.V. por los hechos apuntados, iría en contra del principio de proporcionalidad, ya que estos no son graves ni afectaron a los consumidores finales.

B. Respecto a la infracción que se atribuye a la proveedora, este Tribunal considera conveniente aclarar que el presente procedimiento inició por denuncia de la Presidencia en virtud que en fecha 20/11/2019, se llevó a cabo una inspección en el establecimiento *Caricia sucursal ocho*, en la cual se constató que la promoción identificada en un banner colocado en la vitrina de la entrada del referido establecimiento, que se leía: “-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto ya rebajado *Restricciones Aplican”, **no poseía las restricciones o condiciones de la promoción.** Además, esta información se daba a conocer a los consumidores de forma verbal. Asimismo, que las condiciones no constaban en ninguno de los medios establecidos por la ley.

i. Conforme a lo anterior este Tribunal procederá a realizar el análisis de lo argumentado por el apoderado de la denunciada, de conformidad al principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República –en adelante Cn–, por lo tanto, se hacen las consideraciones siguientes:

1. En relación a la Potestad Sancionadora del Estado.

a. La Sala de lo Constitucional –en adelante SCN– en jurisprudencia –v.gr. la sentencia de fecha 13-VII-2011, en el amparo 16-2009- ha reconocido que el *derecho a sancionar* del Estado, entendido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como *ilícito* –esto es, en sentido amplio, las conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos– no sólo se manifiesta mediante el juzgamiento de los delitos e imposición de penas por parte de los tribunales penales, sino también cuando las autoridades administrativas ejercen *potestades sancionadoras*.

En efecto, si bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Cn, corresponde única y exclusivamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas, la autoridad administrativa, amparada en el ejercicio de dicha potestad, puede sancionar “mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas”.

Así, sobre la base del artículo 79 de la LPC, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor –en adelante TSDC– tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas jurídicas o naturales, públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios, han provocado una lesión o daño en bienes o intereses –de orden colectivo o individual– considerados como fundamentales en la esfera jurídica del consumidor, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.

b. En ese orden, la potestad administrativa sancionadora de la que está investido este Tribunal, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a *partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución*; de tal forma que la valoración de los hechos e interpretación de las normas que éste

ha de realizar se sujeta, en esencia, a una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción. Entre estos postulados pueden mencionarse: el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la garantía de prohibición de doble juzgamiento, entre otros, los cuales, en su conjunto, han sido denominados como el programa penal de la Cn.

Para efectos del análisis, la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA– establece en el artículo 3 que las actuaciones de la Administración Pública están sujetas entre otros principios al de legalidad, en el sentido que debe actuar con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, de modo que solo está habilitada para hacer aquello que este previsto en la ley y en los términos en que ésta lo determine, por lo tanto, toda actuación fuera de los márgenes determinados en ley es arbitraria.

c. Respecto al principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, el artículo 139 de la LPA, determina que la potestad sancionatoria además de estar sometida a los principios enunciados en el artículo 3 de la misma ley, está sujeta entre otros al de **reserva legal** –legalidad– “(...) *la potestad sancionadora de la Administración Pública se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley y siguiendo el procedimiento previsto para su ejercicio(...)*”, en ese sentido dicha potestad solo podrá ser ejercida cuando la ley le confiera a la Administración dicha competencia y en los términos que esta la habilite.

En sintonía con lo anterior la SCN, en fecha 20-I-2012, en el amparo 47-2009, sostuvo que este postulado constituye una garantía política del ciudadano, en el sentido de no ser sometido a sanciones que no hayan sido aprobadas previamente, evitando así los abusos de poder; asimismo, aparejado al principio de legalidad se encuentra el de tipicidad, que exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas.

En ese sentido, el mencionado principio tiene implicaciones en el proceso de elaboración y aplicación de la LPC en la que se prevén las infracciones cometidas en la relación de consumo, en la medida en que éste impone las siguientes condiciones: i) la ley material en la que se regulan tales infracciones debe ser previa al hecho enjuiciado; ii) debe ser emitida exclusivamente por la Asamblea Legislativa y bajo el carácter de ley formal; iii) los términos utilizados en la disposición normativa han de ser claros, precisos e inequívocos para el conocimiento de la generalidad, lo cual comprende un mandato de determinación o taxatividad que ha de inspirar la tarea del legislador; y iv) la aplicación de la ley ha de guardar estricta concordancia con lo que en ella se ha plasmado, evitando comprender supuestos que no se enmarcan dentro de su tenor.

De las condiciones descritas en los romanos iii) y iv) del acápite anterior, se desprende el contenido del principio de tipicidad como manifestación del de legalidad, el cual ha sido regulado en el artículo 139 de la LPA, que determina que “*solo podrán sancionarse las infracciones e imponerse las sanciones previstas como tales en la ley, de manera clara, precisa e inequívoca. Las normas que establezcan infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica (...)*”, por lo tanto, para legalizar la actividad sancionadora de la Administración, en primer lugar, es necesario verificar que el acto u omisión sancionable

se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico. Una vez comprobada tal situación, se debe adecuar las circunstancias objetivas y personales determinantes de la infracción; este es el ejercicio inherente a la tipicidad, que este Tribunal realizará respecto a la infracción al artículo 43 letra n) de la LPC.

d. En el presente caso, el apoderado de la denunciada señaló que Industrias Caricia, S.A. de C.V. cumplió con lo regulado en el artículo 30 de la LPC, debido a que se comunicó a los consumidores de forma verbal la vigencia de la promoción que se leía: “-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto rebajado *Restricciones Aplican”.

No obstante, como se expresó anteriormente, el incumplimiento que se atribuye a la denunciada según la resolución de inicio de fs. 5-6, “es no consignar las condiciones o restricciones” en la promoción referida, por lo cual, sobre este punto será analizado el argumento de defensa de la denunciada, y no sobre la vigencia de la misma.

Respecto a lo anterior, este Tribunal hace las siguientes valoraciones:

El artículo 43 letra n) de la LPC, determina que es una infracción grave “Realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en esta ley (...)”. Conforme a dicha disposición los proveedores al momento de realizar promociones u ofertas deben dar cumplimiento a lo regulado en la LPC.

En ese sentido, el artículo 16 de la LPC determina los requisitos de las promociones u ofertas, estableciendo que “Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones u ofertas de bienes o servicios, y las cláusulas no negociables individualmente, relativas a tales bienes o servicios, deberá cumplir los siguientes requisitos: a) **Concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa.**” –el resaltado es propio–.

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

De las disposiciones citadas se colige, que en las promociones u ofertas las condiciones –restricciones– se deben de dar a conocer a los consumidores de forma **clara y precisa**. Además, estas deben de tener una **redacción sencilla**, es decir, que sea de fácil comprensión para su destinatario. Y, finalmente, dichas condiciones deben de constar ya sea en **medios de publicidad** o mediante **carteles o avisos fijados en lugares visibles del establecimiento** o en **etiquetas adheridas a los bienes**. Por consiguiente, los consumidores deben obtener toda la información que sea necesaria respecto a las promociones u ofertas, para que estos puedan tomar una decisión consciente sin ser inducidos a error respecto al beneficio o ventaja que obtendrán al acceder a la promoción u oferta.

Respecto al derecho de información la SCA en la resolución de las diez horas doce minutos del día 14–XI–2012 emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 274–2009 señaló que *“Es de gran importancia que los consumidores tengan la información de forma inmediata ya que a falta de ésta puede hacer incurrir en error inducido por los proveedores.”*

Asimismo, en la referida sentencia la SCA estableció *“(…) esta Sala es del criterio que el consumidor debe estar debidamente informado ya que es un derecho que debe ser respetado y así erradicar las prácticas en las que los proveedores traten de llamar la atención para que compren sus productos omitiendo información clara y precisa para que estos no cometan un error al adquirir sus bienes o servicios.”*

Por otro lado, cuando la oferta consta en medios publicitarios, estos deben de contener la información completa de la promoción u oferta de conformidad a lo regulado en el artículo 30 de la LPC, sin que tenga el consumidor que remitirse a otros medios –consultas a los dependientes del establecimiento, vía telefónica o por correo electrónico, etc.– para conocer la información completa de la promoción u oferta.

Respecto a lo anterior, la SCA en la resolución referida, señaló *“(…) 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 el tener que recurrir a esta acción significa que se ha omitido informar de una manera clara lo ofertado por el proveedor.”* Lo anterior, según la misma SCA es atentatorio contra el derecho de ser debidamente informado el consumidor.

En razón de lo expuesto, cuando las condiciones –restricciones– de la promoción y oferta no constan en el mismo medio publicitario, aviso o cartel dentro del establecimiento y etiquetas adheridas a los productos, la información respecto a las promociones y ofertas es parcial, por lo cual, para acceder a la información completa los consumidores deben recurrir a otros medios, tales como: consultar a lo dependientes del establecimiento, llamar por vía telefónica o pedir información por correo, etc.

En el presente caso, el apoderado de la proveedora señaló que la información respecto a las restricciones aplicables a la promoción que se lee: *“-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto rebajado *Restricciones Aplican”*, se daba a conocer de forma verbal a los consumidores en el establecimiento de la proveedora; en tal sentido, la promoción y oferta referida no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 16 y 30 de la LPC.

En razón de lo anterior, no consignar la información de las restricciones aplicables a las promociones u ofertas en los medios publicitarios correspondientes constituye infracción al artículo 43 letra n) de la misma ley, pues los consumidores no tienen acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la promoción y oferta como lo son las condiciones (restricciones). Por consiguiente, la conducta realizada por la denunciada es típica.

ii. Respecto a la violación al principio *ne bis in ídem*, el apoderado señaló que de forma paralela al presente procedimiento se están siguiendo otros –procedimientos– en contra de la denunciada; sin embargo,

éste no especificó las referencias de los procedimientos, ni los motivos por los cuales considera que estos tienen identidad de sujetos, hechos y fundamento, respecto al presente.

Sin embargo, este Tribunal considera conveniente realizar aproximaciones conceptuales y jurisprudenciales sobre este principio.

El artículo 11 de la Cn., establece que *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.”* –el resalado es propio–

Respecto a dicha disposición, la SCN en la sentencia de fecha 14/I/2016, emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 109-2013, determinó el sentido de las expresiones *“enjuiciado”* y *“causa”*.

Es así, que estableció que el término *“enjuiciado”* debe entenderse como pronunciamiento de fondo, lo que implica la prohibición de procesos o procedimientos posteriores sobre los mismos hechos, sujetos y motivos; y, con relación a la expresión *“causa”* precisó que esta se relaciona a la triple identidad de las categorías jurídicas contenidas en el principio *ne bis in ídem*, tanto de índole objetiva, es decir la coincidencia de hechos y fundamentos punitivos, como de índole subjetiva, referente a los sujetos infractores o sancionados (ver Sentencia de 4-V-1999, Amp. 231-98, así como Sentencia de 29-IV.2013).

En ese sentido, la referida Sala en la sentencia de fecha 04-IV-1999, emitida en el proceso de amparo 231-98, determinó que *“Lo que este principio pretende cuando en términos generales se traduce en un derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causa, (...) establecer la prohibición de pronunciar más de una decisión definitiva respecto a una pretensión; decisión que, por lógica, ataca su contenido esencial afectando la esfera jurídica por una misma causa, entendiéndose por una misma causa, una misma pretensión identidad de sujetos, e identidad de objeto o bien de la vida; identidad de causa, sustrato fáctico y fundamento jurídico; en armonía con la cosa juzgada y litispendencia”*.

Conforme a lo anterior, el principio *ne bis in ídem* conocido también como doble juzgamiento o múltiple persecución *“prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o condenas o el desarrollo de dos o más procedimientos sancionadores siempre que exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos”* (Sentencia de fecha 14/I/2016, emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 109-2013).

Este principio es una de las garantías procesales indispensables para el mantenimiento de la seguridad jurídica, en ese sentido, esta garantía asiste a toda persona que está siendo sometida a un proceso, en el sentido, que ésta no será objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa en la que haya identidad de sujetos, identidad de objeto, identidad de causa (Sentencia de la Sala de lo Civil de fecha 16/VI/2005, emitida en el proceso de casación de referencia 204-C-2001).

Dicho principio de rango constitucional también ha sido plasmado en el ordenamiento administrativo, en el artículo 139 numeral 6 de la LPA, se establece *“Prohibición de doble sanción: no podrán sancionarse los*

hechos que hayan sido objeto de sanción penal o administrativa, siempre que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

Asimismo, el artículo 145 de la LPA determina la prohibición del doble juzgamiento, prescribiendo que *“No podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Se entenderá que hay identidad de fundamento, cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando (...)”.*

Conforme a lo regulado en dichas disposiciones en materia administrativa, no pueden sancionarse dos veces los hechos constitutivos de infracción administrativa que ya hayan sido sancionados en los casos que se observe *identidad de sujetos, hecho y fundamento.*

Respecto a la triple identidad que debe coincidir para que se configure el doble juzgamiento, la SCN – sentencia 14/I/2016, Inc. 109-2013– ha determinado que deben concurrir las circunstancias siguientes:

1. *Identidad subjetiva*, requiere que el sujeto pasivo implicado en la conducta antijurídica sea el mismo en todos los procedimientos;
2. *Identidad fáctica*, impone que los hechos constitutivos de la infracción o ilícito sean los mismos, esto es, los elementos fácticos contemplados en el tipo penal o administrativo, cuya comisión sancionable; en tal sentido, hechos idénticos y correspondientes al mismo período no pueden dar lugar a procedimientos sancionables diferentes.
3. *Identidad de fundamento o causa*, se reconduce a la semejanza entre los bienes jurídicos protegidos por la norma o normas sancionadoras entre los intereses tutelados por ellas, de forma que los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho son heterogéneos, existiría diversidad de fundamento.

Conforme a lo anterior, la referida Sala aclaró que la imposición de más de una sanción a un mismo sujeto por la comisión de diversas infracciones no vulnera la prohibición de doble juzgamiento, porque no existe identidad fáctica.

En el presente caso, se no acreditó que exista una sentencia en que se haya sancionado a Industrias Caricia, S.A. de C.V. por el incumplimiento al artículo 30 de la LPC, en relación a la promoción *“-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto rebajado *Restricciones Aplican”.*

En razón de lo anterior, no se ha acreditado la triple identidad –subjetiva, fáctica y fundamento o causa– que es requerida para que se configure el doble juzgamiento. Por lo tanto, no es procedente declarar vulneración alguna al principio *ne bis in idem.*

iii. Respecto a los argumentos del apoderado de la denunciada, consignados en la *letra A, romano iii* del presente apartado, al corresponder los mismos al análisis de los parámetros para la determinación de la multa que este Tribunal debe realizar en caso de que se compruebe que la denunciada incurrió en la comisión de la

infracción al artículo 43 letra n) de la LPC, serán valorados en el apartado correspondiente, si fuere procedente.

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 SCN en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”*. (Los resaltados son nuestros).

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

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

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

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la

infracción consignada en el artículo 43 letra n) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos–, por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley.

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

a) Acta N° SS02861/2019 –fs. 3– de fecha 20/11/2019, por medio de la cual se establece que la DC, en virtud de la promoción publicada en *banner colocado en vitrina a la entrada del establecimiento –Caricia sucursal ocho–* el día 20/11/2019, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresión de fotografía de la promoción contenida en *banner colocado en vitrina a la entrada del establecimiento “Caricia sucursal ocho”* el día 20/11/2019 –fs. 4–, relacionada con el acta N° SS02861/2019 –fs. 3– de fecha 20/11/2019, con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: *“-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto ya rebajado *Restricciones Aplican”*.

En relación con el incumplimiento mencionado previamente, queda establecido que la proveedora no dio a conocer las restricciones de la promoción, ya que se consignaba únicamente: *“-Pre-Black Promo del 14 al 24 de noviembre 40% en el segundo par y 30% en tu primer par, en producto ya rebajado *Restricciones Aplican”*, lo cual forma parte de los requisitos mínimos establecidos por ley.

Dado que la denunciada no desvirtuó la veracidad del acta de inspección y el anexo respectivo, se concluye que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos alegados en la denuncia, adquieren total certeza.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

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

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

los artículos 16, 30 y 43 letra n) de la LPC se encuentran vinculados con el último concepto mencionado – *promoción de ventas*–.

La promoción de ventas consiste en todos los incentivos ofrecidos a los clientes y miembros del canal para estimular las compras de productos, la cual adopta dos formas: la promoción para consumidores y la promoción comercial. Para el caso que nos concierne, la promoción para consumidores se refiere a los incentivos que se ofrecen directamente a los clientes existentes o a los posibles clientes de la empresa. La promoción para consumidores está dirigida a aquellos que realmente usan el producto, es decir, los usuarios finales. Una de las metas principales de un programa de promociones dirigidas a los consumidores es persuadirlos de dar el último paso y efectuar la compra. (Kenneth E. Clow, 2010).

Asimismo, es importante señalar las dos categorías más generales de promociones para consumidores, a saber: a) las que se hacen para fortalecer la franquicia y b) las que se hacen para generar ventas.

Para el análisis que concierne a este procedimiento, las promociones que se hacen para generar ventas se centran en las **ventas inmediatas**, más que en el valor capital de marca o en la lealtad, por medio de descuentos, cupones, reembolsos, devoluciones, premios y otros incentivos. (Kenneth E. Clow, 2010).

Por consiguiente, **es desde esta perspectiva, promoción de venta, que deberán estudiarse los supuestos que dan cabida a la acción típica consignada en el artículo 43 letra n) de la LPC.**

B. Delimitado conceptualmente el ámbito de conocimiento de la infracción objeto de estudio, corresponde ahora referirse a algunos de los supuestos determinados en la ley que dan origen a la misma.

Antes de todo, es importante hacer la siguiente acotación: en relación con las promociones y ofertas, de acuerdo a la regulación contenida en la LPC, estas están sujetas a dos principios: el de veracidad y el de temporalidad. En ese orden de ideas, se ha venido sosteniendo que para que se tenga por establecida la configuración de la infracción prevista en el artículo 43 letra n) de la LPC, se debe tener como premisa que la naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, y su **carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción.** De esta manera, se ha entendido que no existe ninguna ventaja si los bienes son vendidos o los servicios prestados en las condiciones habituales y, por ende, no se estaría en presencia de una promoción y oferta.

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

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

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

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

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

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

En línea con lo anterior, en cuanto a las condiciones aplicables a las promociones u ofertas especiales, es importante considerar lo sostenido por este Tribunal mediante la resolución de las 08:41 horas del día 06/01/2009, en relación a la utilización de la frase “restricciones aplican”; en la que señaló puntualmente que *“(…) dicha frase tiene como sustento la inviabilidad de dar a conocer tales limitantes en el marco de la brevedad propia de los anuncios publicitarios. El problema de las remisiones hacia fuentes informativas distintas del anuncio examinado, implica cargas para el consumidor al verse obligado a adoptar medios distintos a la publicidad original para poder obtener parte de la información relevante para la oferta; debiendo considerarse además la factibilidad de acceso a la misma por parte de los consumidores de acuerdo al segmento de mercado al que pertenecen.”*

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

2. En relación al precio total o los elementos que lo hagan determinable, conlleva a que debe estar lo suficientemente clara la cantidad que el consumidor pagará por la prestación de un servicio o la adquisición de un producto, máxime en aquellos casos en que se da la facilidad de pago a plazos, pero donde únicamente se determinan las cuotas que se deberán cancelar, mas no se indica el tiempo ni el valor total que los consumidores sufragarán. Lo anterior, supondría una desventaja informativa para el consumidor, lo que pudiera incidir a la hora de tomar una decisión de consumo. Configurándose, en sentido material, un incumplimiento 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), la Comisión indicó que si bien *Ripley* incluyó una duración para la promoción anunciada ésta fue condicionada al agotamiento de una cantidad de unidades disponibles que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, la Comisión observa que, **ante la percepción del consumidor, la duración para la promoción anunciada no se encontraba planteada**

con la claridad que exige el principio de veracidad, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a información relevante y necesaria para adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.

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

De ahí que, para estos casos, se vuelve necesario acompañar esta frase con otros elementos informativos más precisos que hagan previsible la finalización de la promoción; y, sobre todo, que sean claros y concretos, con posibilidad de comprensión directa, tal como se colige de lo señalado en los artículos 16 letra a) en relación al artículo 30 ambos de la LPC.

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la ***presunción de certeza*** que goza el acta de inspección de la DC, así como de los documentos que forman parte de la misma (en el caso concreto, la publicación de la promoción contenida en banner colocado en la vitrina de la entrada del establecimiento de la denunciada, el día 20/11/2019, fs. 4), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora denunciada 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 ésta realizó una promoción sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal **al haber omitido consignar restricciones o condiciones de la promoción, consistente en que la promoción aplica únicamente en producto seleccionado, el cual está identificado con rótulo de porcentaje.**

En conclusión, la referida omisión pudo inducir a error a los consumidores en cuanto a la toma de sus decisiones de consumo, particularmente, respecto a la expectativa del beneficio ofrecido por la promoción.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3-4, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó la promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio

público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la SCN, doce horas del 17/12/1992).

En este sentido, la SCN 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 SCN de las doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la SCA, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

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

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tal omisión haya sido producida 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 Industrias Caricia, 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) 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 financiera presentada por la proveedora Industrias Caricia, S.A. de C.V., consistente en declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del periodo comprendido entre el mes de octubre del año 2019 al mes de julio del año 2020 (fs. 18-37); se comprobó que en el referido periodo la proveedora declaró un promedio de ventas mensuales de \$759,365.18.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora denunciada, cuenta con ingresos superiores a los establecidos por dicha ley, por lo que, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, procederá a considerar a la proveedora como una empresa de *tamaño grande*, tomando en cuenta, además, que la misma se encuentra categorizada como **GRAN CONTRIBUYENTE**, por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), conforme a la competencia atribuida en el literal a) del artículo 23 del Código Tributario, que prescribe que son funciones básicas de la Administración Tributaria "(...) *El registro, control y clasificación de los sujetos*

pasivos en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la administración cumplir eficazmente con su gestión(...)". En virtud de lo anterior, este Tribunal pretende guardar el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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

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

En el presente caso, tal como se refirió en la parte final del romano VI de esta resolución, se configuró una conducta *negligente* por parte de la proveedora, por no informar al consumidor las condiciones o restricciones de la promoción referida, y ésta no se detalle por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Y es que, como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia.

En razón de lo anterior, se configura una conducta *negligente* por parte de Industrias Caricia, S.A. de C.V., al haber omitido informar a los consumidores los requisitos antes mencionados, establecidos en la ley, aplicable a las promociones y ofertas.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directo e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad –Caricia Sucursal ocho– se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar las condiciones o restricciones aplicables a la misma, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirla.

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

1. 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 la promoción u oferta especial, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 30 LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la promoción, ya que el solo hecho de constatar la falta de información completa y veraz sobre la promoción causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el contenido de la promoción ofrecida al público.

En este punto, debe recordarse que la SCA, en su jurisprudencia, ha afirmado que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, puede clasificar las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador.

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

En congruencia con ello, se advierte que la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC –artículo 43 letra n)– 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 la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores, derivada de la realización de la promoción u oferta especial; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen

contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la promoción. Así, *la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto: basta constatar la mera realización de la promoción sin cumplir con las condiciones mínimas requeridas legalmente para generar el riesgo de que los consumidores consideren que se está ofreciendo un producto o servicio con características ventajas o beneficios que en realidad no posee, durante un período que no corresponde y quitándoles la posibilidad de determinar el precio de lo ofrecido, impacto o afectación abstracta de los derechos del consumidor que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LPC.*

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

En el presente caso, este Tribunal estima que la falta de la información en relación a las restricciones aplicables a la promoción es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la SCN 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 del infractor por la comercialización de los productos promocionados, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Así, para el caso que nos ocupa, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha promoción y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por el infractor que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por Industrias Caricia, S.A. de C.V., no podría definirse objetiva e indubitablemente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la promoción anunciada.

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

acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la promoción examinada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la imposición de la sanción –multa–, este Tribunal pretende causar un efecto disuasivo en la infractora Industrias Caricia, S.A. de C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra n) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

Además, es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción –multa– busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa, máxime cuando todo proveedor de bienes y servicios se encuentra en la obligación de realizar promociones u ofertas especiales de conformidad con lo dispuesto en la LPC, es decir, la multa a imponer busca potenciar el cumplimiento de las obligaciones de información que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de las promociones con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica –artículo 146 inc. 4º de la LPC– y habiendo 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 Industrias Caricia, S.A. de C.V., pues se ha determinado que éste incumplió con la obligación estipulada en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar las restricciones aplicables a la promoción, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es la de una *empresa grande*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia, en la comisión de la infracción que se le atribuye al incumplir con la obligación de realizar una promoción 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 tanto, a la proveedora Industrias Caricia, S.A. de C.V., se le impone una multa de **CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR (\$5,320.89), equivalentes a 17 meses y quince días de salario mínimo mensual urbano en la industria** —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017 —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 8.75% 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), 16 letra a), 27 inciso 1°, 30, 40 inciso 2°, 43 letra n), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3°, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE:**

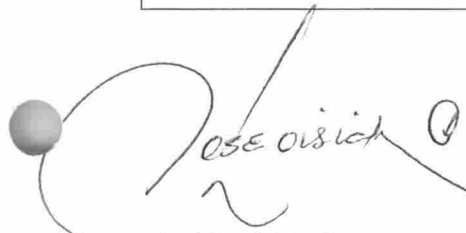
a) *Sanciónese* a la proveedora Industrias Caricia, S.A. de C.V., con la cantidad de **CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR (\$5,320.89), equivalentes a 17 meses y quince días de salario mínimo mensual urbano en la industria** —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017 —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC, por realizar una promoción que no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en 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.**

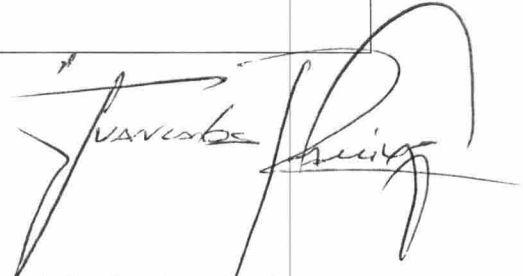
b) Notifíquese.

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 regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.”; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: “La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)”.



José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

JR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador