

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 28/04/2022 Hora: 13:08 Lugar: San Salvador	Referencia: 625-20
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</i>”, ubicado en _____, municipio y departamento de San Salvador —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 29/11/2019, se llevó a cabo una inspección para verificar un rotulo al frente de la tienda, con publicidad que se leía: “<i>Black Weekend. Válido del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2019. No aplica con otras promociones ni descuentos. En producto seleccionado</i>”.</p> <p>Al consultarle a un empleado del establecimiento, manifestó a los delegados de la Defensoría del Consumidor –en adelante DC- que ciertos productos no estaban incluidos en los descuentos relacionados a la citada promoción; entre ellos: maletines, calcetines, guantes de fútbol, bolsones pequeños y artículos de nuevo ingreso como calzonetas, algunas camisetas y termos. Lo anterior no estaba explicado por ningún medio idóneo dentro de la tienda, sino que se le aclaraba al consumidor de manera verbal.</p> <p>La promoción estaba referida al descuento de un 25% en calzado deportivo, el cual se hallaba identificado por medio de habladores ubicados dentro de la tienda. Además, se identificaron algunos otros productos con descuento por medio de viñetas de color, adheridas a éstos.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 5-7), 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 <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, en la letra a) del artículo 16 literal a) 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</i></p>			

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. 5-7 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 26/08/2021 (fs. 8).

El día 02/09/2021 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 de folios 15-19, agregando documentación de folios 20-22.

En el referido escrito, la licenciada manifiesta que, respecto a la inspección realizada por los delegados de la DC, en fecha 29/11/2019, únicamente agregaron como prueba el acta de inspección N° 2985 y su anexo; y que, en dicha acta, los delegados de la DC consignaron que habían productos que no estaban incluidos en los descuentos relacionados a la citada promoción y que ello no estaba explicado por algún medio idóneo dentro de la tienda. Así también consignaron que el producto en promoción estaba debidamente identificado con habladores ubicados dentro de la tienda y en otros casos con viñetas de colores adheridas a los productos seleccionados para la promoción; el precio en

promoción era efectivamente aplicado en la caja registradora y tomaron una fotografía del rotulo colocado en la vitrina de la tienda, pero no del resto de rótulos al interior del establecimiento. En dicho rotulo se lee de manera clara el periodo de duración de la promoción y que la misma aplica en producto seleccionado, y que no aplica con otras promociones ni descuentos.

Asimismo, hace mención respecto de la práctica comercial, que es conocida por los consumidores, que la promoción estaba asociada a un periodo de ofertas especiales común para todo el comercio del país y que ha sido adoptada hace varios años; así es como dicha promoción “Black Weekend” se aplicó el último fin de semana de noviembre de 2019, dándose a conocer la información de la misma en el rotulo colocado en la vitrina del establecimiento que fue completada con la identificación y precio del producto seleccionado, dándose a conocer a los consumidores la información exigida por la ley.

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, disponible aún en <https://www.facebook.com/pg/Sportlineelsalvador/posts/>, que también se puede apreciar en la impresión de la publicación que adjunta al presente escrito, y estuvo disponible únicamente del 28 de noviembre al 1 de enero de 2019, es decir durante el mismo periodo de vigencia de la promoción.

Continúa manifestando la falta de la configuración de la infracción y que, para el análisis de tipicidad de la conducta denunciada por la Presidencia de la DC, se debe tener en consideración que la conducta ilícita se configura únicamente cuando se realiza una promoción u oferta especial de bienes o servicios y cuando en la misma no se dé a conocer alguna de las informaciones requeridas por la ley en la forma establecida por la norma, por lo que, en consecuencia y según la promoción analizada junto con la prueba valorada, no concurre ninguna circunstancia de las previstas en el art. 43 letra n) en relación con el art. 30 de la LPC. Arguye que debe tomarse en cuenta que no es obligación legal decir cuales productos no forman parte de la promoción cuando se ha dicho claramente que solo aplica a producto seleccionado éste se encuentra identificado.

En ese sentido también alega falta de menoscabo en los consumidores, el cual tampoco puede afirmarse de manera errónea, ya que no existe la infracción atribuida a su representada; ya que, la Presidencia de la DC no ha aportado prueba suficiente e idónea para establecer las afirmaciones anteriores, pues hace falta corroborar de forma fehaciente, con prueba legalmente establecida, que la falta de señalamiento expreso de los productos que no eran parte de la promoción, y que a juicio de los inspectores y de la Presidencia de la DC, constituye un incumplimiento es una actuación contraria a las exigencias legales.

Además, expone 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 la conducta señalada, por lo que debe constatarse efectiva y legalmente la imputación en todos sus extremos, pues la presunción de inocencia (art. 139 número 4 de la LPA), impone la carga de la prueba a la autoridad que ejerce la potestad sancionadora.

Afirma también que la circunstancia de reclamo de parte de los consumidores por la supuesta falta de información en la promoción, no ha ocurrido y tampoco ha sido probada, por lo que la prueba recabada hasta la fecha en el presente procedimiento no permite establecer la ocurrencia de los supuestos facticos previstos en la norma para la configuración de la infracción atribuida y menos el detrimento en la esfera de los consumidores.

Por otra parte, manifiesta que, debido a las circunstancias de tiempo, ha sido imposible facilitar prueba para constatar las circunstancias e información disponible al momento en que se dio la promoción y lograr un mejor convencimiento de las circunstancias relativas a la misma y su publicidad. No obstante, para ajustar una decisión del presente caso a la verdad material, este Tribunal puede recibir las declaraciones de los inspectores que realizaron la diligencia en base a la denuncia, con el fin de establecer toda la información que los mismos pudieron constatar, en base a los arts. 146 inciso 2º LPC, 106 inciso 2º de la LPA y 321 del Código Procesal Civil y Mercantil.

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 afirma que por todo lo anterior, la aplicación del principio de legalidad implica determinar todos los elementos del tipo sancionador, considerar el menoscabo real en los derechos de los consumidores, así como la participación de su representada y el grado de intencionalidad en la conducta atribuida; siendo además que, no ha existido ninguna intención de su mandante, provocar algún perjuicio a los consumidores o un menoscabo en sus derechos, y la imposición de una sanción sería totalmente ilegal pues no se ha podido comprobar o establecer la existencia de los elementos constitutivos del tipo sancionador.

Al respecto, este Tribunal debe advertir:

En cuanto a lo consignado por los delegados de la DC en el acta de inspección N° 2985, éstos únicamente establecieron la información explicada por el sub gerente del establecimiento conforme a los literales desarrollados en la misma; y a pesar que, la vigencia y las restricciones fueron establecidas

en el cartel, al hacer un contraste entre la información en el rotulo y lo dicho por el sub gerente de la tienda, se esclarecen aspectos de la promoción, condiciones que no están consignadas en dicho rotulo, pues según la información brindada a los delegados de la DC, la promoción no incluía los productos como maletines, calcetines, guantes de fútbol, bolsones pequeños, artículos de nuevo ingreso como calzonetas y algunas camisetas y termos, los cuales no los establecía el rotulo o algún hablador dentro del establecimiento.

Referente al anuncio publicitario en la red social *Facebook*, ésta será valorada en el siguiente acápite.

Ahora bien, en cuanto a la tipicidad de la infracción en comento, cabe analizar lo señalado por la Sala de lo Constitucional en sentencia bajo número de referencia 53-2013, del día 24/08/2015, donde expone que: *"La jurisprudencia interamericana exige asimismo que las normas sancionadoras sean: (...) iii) previsible[s]. Respecto a este último aspecto, [se] tiene[n] en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma [...] la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación de la Convención, es decir, el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca. (Sentencia de 1-IX-2011, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, párrafos 199 y 202)."*

De lo anterior, cabe aclarar que la previsión legal contenida en el artículo 43 letra n) de la LPC, cumple con los aspectos básicos perfilados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, la cual es retomada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que las previsiones legales de tipos infractores, pueden no siempre cumplir con el requisito de exhaustividad en la determinación de las conductas a sancionar, ya que ofrecen criterios para determinar tal circunstancia; es decir que, el análisis de la taxatividad o tipicidad se debe estudiar en el contexto en que las infracciones son incorporadas dentro de la ley, de tal manera que éstas brindan pautas de predictibilidad en cuanto a lo que prohíben; es así que, en cuanto a las conductas que son motivos de sanción, están dirigidas a un sector especial que debe observarlas, y éstas no se consideran contrarias al orden constitucional o legal; siendo que la infracción atribuida a la proveedora – 43 letra n) de la LPC-, se circunscribe al tema de las promociones y ofertas especiales, es decir que si hay una determinación de un tema regulado – promociones- y el operador jurídico puede previsiblemente determinar, sin recurrir a interpretaciones discrecionales, que los incumplimientos prohibidos por dicha disposición legal están en congruencia con las obligaciones establecidas en los artículos 16 y 30 de la LPC, dirigidas a los proveedores, o sea que todo aquel que realice promociones u ofertas especiales, sabe que podría

señalarse como presunto infractor si no realiza su actividad de conformidad a lo regulado en materia de consumo –LPC-, y esto hace que sí haya predictibilidad de las conductas prohibidas y sus consecuencias derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones.

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, lo 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.

En cuanto al ofrecimiento de que este Tribunal reciba las declaraciones de los inspectores que realizaron la inspección, con el fin de establecer toda la información que los mismos pudieron constatar, esta sede advierte que en cualquier proceso o procedimiento – judicial o administrativo- las partes pueden ofrecer o solicitar la producción de algún medio probatorio, para desvirtuar o confirmar los hechos objeto de controversia. Ésta debe orientarse a propiciar el conocimiento de cómo sucedieron los hechos para que el juzgador pueda adaptar de forma correcta la norma idónea. En la actualidad, se sustenta que la práctica de un medio probatorio debe ser aceptada por el juzgador siempre y cuando sea lícita, pertinente y útil – artículos 136, 318 y 319 del Código Procesal Civil y Mercantil -. La licitud del origen de la prueba implica que éstas deben obtenerse sin vulnerar derechos constitucionales ni a ningún ordenamiento jurídico en general. La pertinencia es la relación entre los hechos controvertidos en el proceso y aquellos que contiene el medio de prueba, es decir, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y la razón suficiente para decidir.

La utilidad de la prueba significa que el motivo de evacuarla en un proceso es el de llevar probanzas que presten alguna convicción al juez.

En relación a la utilidad de la prueba, ésta puede quedar excluida por dos razones según Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con Número de Referencia 542-2011, de fecha 08/10/2014:

“En primer lugar, *por inutilidad cualitativa*, es decir, cuando el medio de prueba no resulte adecuado por su naturaleza para acreditar la realidad de los hechos controvertidos; aquí no se trata de criticar la pertinencia en abstracto de un medio probatorio, sino su empleo en el caso concreto, dado las peculiaridades del hecho a captar o la magnitud de la prueba que se solicita. En segundo lugar, *por inutilidad cuantitativa*, cuando el hecho ya se puede considerar acreditado por una pluralidad de medios de prueba, de distinto o del mismo tipo, de tal modo que la práctica de otros medios solo tendría un efecto *ad abundantiam* objetivamente innecesario.”

En relación a la petición de la proveedora, este Tribunal considera que este medio probatorio no es el idóneo, debido a que se cuenta con el acta de inspección respectiva, firmada por los delegados de la Defensoría y en la cual se consignaron las circunstancias que se pudieron apreciar en el establecimiento comercial, es decir, que de haberse encontrado carteles o rótulos en los que se consignara información complementaria a la promoción analizada, esto habría sido consignado de esta manera en el acta de inspección. Y es que el acta levantada al realizarse una inspección consigna las circunstancias de tiempo y lugar sobre determinados hechos observados o presenciados en el momento de la diligencia. En consecuencia, este Tribunal debe rechazar el ofrecimiento de la prueba testimonial propuesta por la proveedora denunciada.

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) Acta 2985 (fs. 3), de fecha 29/11/2019, por medio de la cual se establece que la DC, en razón del artículo 58 letra f) de la LPC, realizó inspección en el establecimiento 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: “*Black Weekend. Válido del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2019*” no cumplían con los requisitos de ley, pues éstas no determinaban la vigencia, restricciones o condiciones de la misma.

b) Impresión de fotografía (fs. 4) de la promoción referida vinculada con el acta No. 2985, de fecha 29/11/2019 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: “*Black Weekend. Válido del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2019*”, por medio de un rotulo colocado sobre la vitrina del establecimiento “Sportline America”.

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

c) Impresión de captura de pantalla (fs. 22) que contiene la promoción **“VIERNES 29, SÁBADO 30 Y DOMINGO 1. BLACK WEEKEND. SPORTLINE AMERICA. Promoción válida en productos seleccionados. Valido del 29 de noviembre al 1 de diciembre. Sportline América El Salvador, 28 de noviembre de 2019. ¡ES HORA DE SUBIR EL NIVEL A TU ESTILO! Llega el cierre de mes más esperado a Sportline América, Black Weekend disponible a partir de este 29 de noviembre al 1 de Diciembre con precios especiales de temporada en ropa, calzado y accesorios.**

Referente a la impresión de captura de pantalla y lo sostenido en ella, ésta no desvirtúa la información consignada en las actas de inspección y su anexo, pues también en ella carece de la información brindada por el sub gerente del establecimiento a los delegados de la DC, sobre que ciertos productos no estaban incluidos en los descuentos relacionados a la citada promoción; entre ellos: maletines, calcetines, guantes de fútbol, bolsones pequeños y artículos de nuevo ingreso como calzonetas, algunas camisetas y termos. Lo anterior tampoco estaba explicado por ningún medio idóneo dentro de la tienda, sino que se le aclaraba al consumidor de manera verbal, vulnerando así el derecho de información de los consumidores contemplado en el artículo 4 letra c) de la LPC.

Por consiguiente, pese a los alegatos de la proveedora denunciada, la atribución de la infracción por falta de las condiciones en la promoción no pudo ser controvertida. 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.

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

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 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 tratase 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 el anuncio publicitario: “*Black Weekend. Válido del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2019*”, 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 las condiciones de la promoción consistentes en que ciertos productos no estaban incluidos en los descuentos relacionados a la citada promoción; entre ellos: maletines, calcetines, guantes de fútbol, bolsos pequeños y artículos de nuevo ingreso como calzonetas, algunas camisetas y termos.**

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 a 4, 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 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 5-7). Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora, a efectos de establecer la capacidad económica que tiene para asumir la multa. Dicho incumplimiento, será tomado en cuenta para aumentar el quantum de la multa a imponer de acuerdo a los parámetros establecidos en la LPC.

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, actualizada al ocho de junio de dos mil veintiuno, 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. 2° 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. 3° 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 el establecimiento de su propiedad — *Sportline America* — 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 las condiciones, circunstancias que pudo 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 consignen en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC —artículo 43 letra n)— 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 las condiciones de la promoción arriba desglosada, 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 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 y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por Retail Sports, 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 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 la promoción se diseña y efectúa 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. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora 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 una promoción sin determinar las condiciones, circunstancia que pudo 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: **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,866.72)**, equivalentes a dieciséis salarios mínimos mensuales urbanos 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 una promoción sin determinar las 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) *Téngase por agregado* escrito presentado por la licenciada _____; así como la documentación que consta agregada de fs. 20 a 23. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal de los medios señalados por la apoderada de la proveedora Retail Sports, S.A. de C.V. para recibir actos de comunicación; así como del nombre de la persona comisionada para tal efecto.
- b) *Dese intervención* a la proveedora Retail Sports, S.A. de C.V. por medio de su apoderada general judicial, licenciada _____
- c) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a Retail Sports, S.A. de C.V., en los términos relacionados en la presente resolución.
- d) *Declárese* sin lugar al ofrecimiento de parte de la apoderada de la proveedora, las declaraciones de los delegados de la Defensoría del Consumidor, por las razones anteriormente expuestas.
- e) *Sanciónese* a la proveedora **Retail Sports, S.A. de C.V.**, con la cantidad de: **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,866.72)**, equivalentes a dieciséis salarios mínimos mensuales 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) en relación a los artículos 16 letra a) y 30 de la LPC, por realizar promociones sin determinar sus restricciones o 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

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

Al/MIP

Secretario
del Tribunal Sancionador