

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

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 12/08/2021 Hora: 13:01 Lugar: San Salvador.	Referencia: 1076-19
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Inversiones Nueva York, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>I. La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado “<i>Jacarandas</i>”, ubicado en _____, —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 20/12/2018, se llevó a cabo una inspección a fin de verificar la promoción denominada: “<i>Liquidación jeans 2x1 de marcas reconocidas. Tu perfume de marca famosa 50% de descuento. *Restricciones aplican</i>”, la cual se encontraba publicada en <i>banner</i> dentro del establecimiento.</p> <p>En ese sentido, al consultar a la persona encargada respecto a la vigencia, condiciones y restricciones de dicha promoción expuso: que en el caso de los jeans, únicamente aplica en tallas 28 y 31, exclusivamente de la marca <i>Levi’s</i>; además que el descuento del 50% en perfumes aplica al segundo producto de la compra que no está en caja cerrada. Esta información se daba a conocer a los consumidores de forma verbal y no se pudo observar la misma en el establecimiento a través de ningún medio idóneo ni en la publicidad.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>I. 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 Ley de Protección al Consumidor (LPC), el cual establece que es un derecho básico de los consumidores <i>recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir</i>; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho a <i>ser protegidos contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el inc. 4º del artículo 31 de esta ley</i>. Además, el inciso primero del artículo 27 de la LPC, al referirse al derecho de información establece que <i>en general, las características de 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.

Sostiene, que de conformidad con la letra b) del artículo 31 de la LPC se considerará publicidad ilícita *la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico.*

Señaló, que lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, la cual, es calificada como grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

2. Concerniente a la mencionada infracción, este Tribunal en resolución pronunciada el día 01/03/2012, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 801-2011, expresó que la publicidad engañosa o falsa puede ser agrupada de la siguiente manera: “(...) a) *Presentar –total o parcialmente– datos falsos (es decir inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad).* b) *La publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de: (1) inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada; (2) producir confusión: cuando la información en la publicidad es contradictoria, oscura, desordenada o mezclada de forma que no puede reconocerse claramente la oferta publicitaria; y (3) producir un engaño: cuando se presenta de manera que aparente una verdad, es decir, una realidad distinta a la existente (...) el perjuicio al consumidor puede ser causado por: (...) (1) la falsedad de contenido material del anuncio, o por el engaño en su modo de presentación; y (2) Por la omisión de datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios (...).”*

En relación al artículo 31 de la LPC -denominado publicidad engañosa o falsa-, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en resolución de fecha 28/05/2016, en el proceso con número de referencia 123-2011, expuso: “*Lo anterior enfatiza las siguientes situaciones: (i) el cumplimiento de la presentación clara y veraz de la información de los bienes o servicios contenida en las ofertas, promociones y publicidad no es una facultad sino una obligación para quien publica; ii) la información contenida debe corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados; (iii) los datos deben ser susceptibles de verificación, de confirmación y además*

suficientes; y, (iv) no deben generar dudas en el usuario de lo que está comprando o del servicio que está adquiriendo. Bajo esa lógica, se entenderá por publicidad engañosa o falsa, aquella que sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, por ser «total o parcialmente falsa incluso por omisión».

Además, en la resolución de fecha 08/01/2016, en el proceso con número de referencia 344-2010, dicha Sala mencionó: “El análisis del contenido de dicha promoción debe realizarse de una forma integral, lo cual está referido a que además del contenido del mismo, se deben tomar en cuenta otros elementos tales como su estructura, tipografía y diseño, siempre y cuando ésta pueda influir o tener un impacto en el consumidor, ya que como se dijo anteriormente con la publicidad se trata de comunicar un mensaje, que tendrá un impacto social y económico en los consumidores, el cual dependerá de lo que se pretenda informar, recordar y persuadir, de acuerdo a lo que el proveedor desee llevar a cabo en el mercado. De ahí que, es obligación de quien publica verificar que la información se brinde de una forma clara y veraz, garantizando así los derechos de los consumidores”.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 144-A y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora, quien compareció mediante escrito de fecha 24/11/2020 —folios 11—, a través del señor _____, quien pretende actuar en calidad de Representante Legal de la proveedora denunciada, por medio del cual evacuó la audiencia conferida en resolución de inicio, adjuntó la documentación financiera requerida y ejerció su derecho de defensa.

Advierte este Tribunal que el señor _____ no ha presentado la documentación mediante la cual acredite su personería jurídica para representar legalmente a la sociedad Inversiones Nueva York, S.A. de C.V.

No obstante lo anterior, este Tribunal tiene a bien aludir al principio de buena fe procesal, el cual según el artículo 3 número 9 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) implica que: “*Todos los participantes en el procedimiento deben ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta, la cual se presume respecto de todos los intervinientes*” (el resaltado es nuestro). Por su parte, la Sala de lo Constitucional, en la resolución de fecha 27/10/2005, en el proceso con número de referencia

572-2005, sobre el mismo ha dicho: “*La buena fe procesal se presume, pero declina cuando queda demostrado que el ejercicio del derecho invocado es infundado y contrario a la realidad y a los fines de su reconocimiento*”.

En conexión con lo anterior, resulta necesario, además, referirse al principio de verdad material, el cual según el artículo 3 número 8 de la LPA presupone que: “*Las actuaciones de la autoridad administrativa deberán ajustarse a la verdad material que resulte de los hechos, aun cuando no hayan sido alegados ni se deriven de pruebas propuestas por los interesados*”.

Asimismo, a este Tribunal, a través de la LPA, le deviene la obligación de procurar en todo momento emitir una resolución de fondo; y, además, siendo garante de los principios que inspiran todo procedimiento administrativo sancionador, debe encaminarse, en la medida de lo posible, facilitar el ejercicio del derecho de audiencia y defensa.

Por consiguiente, a pesar que el referido profesional no haya presentado la documentación que acreditara su personería jurídica, ello no es óbice para que este ente contralor considere los alegatos expuestos en su escrito, en aras de salvaguardar los principios de verdad material, buena fe procesal, y el derecho de audiencia y defensa.

A. El Representante Legal de la denunciada argumentó que se deben verificar las circunstancias en las que encontraron el producto, en vista que según memorando emitido en el mes de enero de dos mil dieciocho, donde se le dice a todo el personal de la tienda brindar indicaciones a los clientes que no hay productos restringidos para la promoción, fue un error del encargado de la tienda o no supo expresar que en ese momento solo había que por las fechas que eran 20 de diciembre ya en el mueble solo había quedado poco producto, después del Black Friday.

Que con respecto a las lociones estaban incluidas todas, tanto las que estaban en caja como las que no, siendo que toda esta información no se puede incorporar en un *banner* publicitario, sino que según los protocolos establecidos en las tiendas se pasa un memorando a todo el personal para que sean ellos el recurso necesario para explicar ampliamente a los consumidores a que se refiere el *banner* al incorporar la palabra RESTRICCIONES APLICAN; de hecho se puede citar el segundo párrafo de la resolución de inicio del procedimiento que establece que el *banner* contenía la frase “RESTRICCIONES APLICAN”, por eso mismo es que el encargado de tienda explicó con detalle a los delegados de la Defensoría del Consumidor, en que consistían dichas restricciones, debido a que era poco el producto que quedaba en esas fechas.

Asimismo, ofreció prueba documental consistente en memorando emitido en el mes de enero de dos mil dieciocho, en donde se le pide a los encargados de las tiendas den la información necesaria con respecto a las promociones en existencia; además, ofreció como prueba testimonial la declaración del señor [redacted] con la cual pretende comprobar la forma de proceder antes de dispensar un producto al consumidor final.

B. En relación a los argumentos expuestos por el Representante Legal de la denunciada este Tribunal estima conveniente realizar las siguientes consideraciones:

1) Sobre el argumento relativo a que en el memorando emitido en el mes de enero de dos mil dieciocho, se comprueba que se le dice a todo el personal de la tienda brindar indicaciones a los clientes que no hay productos restringidos para la promoción, cabe señalar que este Tribunal ha mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo de la presente resolución, que la proveedora no puede abstraerse de su obligación de estipular los requisitos mínimos de las promociones en todos los medios publicitarios que utilice para dar a conocer su promoción, en todo caso lo que puede hacer es que dentro de la publicidad se establezca una remisión explícita y asequible para los consumidores (no verbal) hacia dónde se encuentren dichos elementos; pero lo que sí resulta contrario al derecho de información y seguridad jurídica es que el proveedor no haga dicha remisión y asuma que el hecho que se haga de manera verbal es una prerrogativa para que se deje de hacer en los otros, desligándose de sus compromisos legales.

En ese sentido, el cumplimiento de la presentación clara y veraz de la información de los bienes o servicios contenida en las ofertas, promociones y publicidad no es una facultad sino una obligación para quien publica.

Asimismo, se advierte que si bien en el caso que nos ocupa, la información de la promoción era dada a los consumidores de manera verbal por la proveedora -tal como lo afirma en su escrito de defensa-, esto no desvirtúa la conducta atribuida, ya que el hecho de brindar dicha información de forma verbal a los consumidores no puede tenerse como un medio idóneo para darle cumplimiento a lo estipulado en el artículo 31 letra b) de la LPC, acreditándose la realización de publicidad ilícita por omisión, ya que la publicidad analizada puede inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada.

C. Respecto a las pruebas ofrecidas, corresponde en este apartado analizar la admisibilidad de las mismas, así:

i. En relación a la prueba documental, se advierte que el hecho de que se haya emitido un memorando en el mes de enero de dos mil dieciocho, donde se le dice a todo el personal de la tienda brindar indicaciones a los clientes que no hay productos restringidos para la promoción, no desvirtúa la conducta atribuida, ya que dicha información se da solamente a los empleados del establecimiento y no garantiza que la misma llegue de forma directa a los consumidores. Además, este Tribunal advierte que el memorando presentado por el Representante Legal de la proveedora fue emitido en el mes de noviembre de dos mil veinte, y no como lo menciona en su escrito que fue emitido en enero de dos mil dieciocho.

Y es que, como ya se mencionó en la presente resolución, una forma de cumplimiento al artículo 31 letra b) de la LPC, sería que dentro de la publicidad se establezca una remisión explícita y asequible para los consumidores (no verbal) hacia dónde se encuentren los elementos necesarios de información sobre los bienes o servicios publicitados. Además, se ha constatado que al consultarle a la persona que atendió sobre la vigencia, condiciones y restricciones de dicha promoción, expuso que dicha información se daba a conocer a los consumidores de forma verbal.

ii. En lo que concierne a la prueba testimonial, este Tribunal analizará la admisibilidad de la misma de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil – en adelante CPCM–, por remisión del art. 106 de la LPA.

Así, el artículo 318 del CPCM estipula que no deberá admitirse aquella prueba que no guarde relación con el objeto procesal, pues la misma sería impertinente. Por su parte, el art. 319 de dicha Ley hace referencia a la utilidad de la prueba, de la siguiente manera: “*No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos*”. Lo anterior implica, que en la utilidad de la prueba está imbíbida la idoneidad, y ésta puede definirse, en términos generales, como aquello que reúne las condiciones necesarias u óptimas para una función o fin determinados. Por consiguiente, es un requisito aplicable al medio probatorio como tal y no a su objeto; pues aquél puede ser pertinente a la causa de averiguación y sin embargo inútil, esto es, que no tendría eficacia para el proceso o procedimiento. Por ello, quien realiza el examen de admisibilidad de la misma le compete razonar el contenido intrínseco y particular del medio en cada supuesto.

En el presente caso, con la prueba testimonial ofrecida, la proveedora pretende comprobar la forma de proceder antes de dispensar un producto al consumidor final.

Ahora bien, es importante mencionar que el análisis de las pruebas ofertadas debe de hacerse en conjunto con los demás medios probatorios, incluso para determinar su admisibilidad.

En ese orden, respecto del hecho que se pretende probar con la deposición del testigo ofertado, se advierte que como ya se mencionó anteriormente, el hecho de hacerle saber al cliente de forma verbal la información sobre las condiciones y restricciones de la publicidad, no puede tenerse como un medio idóneo para darle cumplimiento a lo estipulado en el artículo 31 letra b) de la LPC. Aunado a lo anterior, cabe señalar que en el presente procedimiento sancionatorio no se discute la forma de proceder antes de dispensar un producto al consumidor final, sino que el objeto del mismo, es determinar la realización de publicidad engañosa por la omisión de información sobre los bienes o servicios publicitados, que puedan inducir a error, engaño o confusión en los consumidores.

En consecuencia, el testimonio del señor _____ no cumple con las normas generales sobre la prueba, específicamente a la determinada en los arts. 318 y 319 del CPCM, respecto a la idoneidad de la misma; por ello, debe declararse inadmisibile.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; a excepción de la prueba documental, la cual se realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

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

en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”. (Los resaltados son nuestros).

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

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

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

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0003604 —fs. 3— de fecha 20/12/2018, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección, con el fin de verificar la publicidad emitida por la proveedora en lo relacionado a promociones, descuentos especiales u ofertas.

b) Impresión de fotografía del *banner* que contiene la publicidad realizada -fs. 4-, relacionada con el acta N° 0003604 —fs. 3— de fecha 20/12/2018, con la cual se establece el medio de comunicación con que fue dada a conocer a los consumidores la publicidad que textualmente se lee: “**Liquidación jeans 2x1 de marcas reconocidas. Tu perfume de marca famosa 50% de descuento. *Restricciones aplican**”.

c) Memorando emitido en el mes de noviembre de dos mil veinte -fs. 13-, suscrito por el señor _____, Representante Legal de la proveedora, con el cual se comprueba que se le dice a todo el personal de la tienda que debe brindar de manera detallada la información de los productos cuando existan promociones con respecto a jeans y perfumería, y que con respecto a las promociones de fin de año son aplicables en todos los productos en existencia de jeans y perfumería, y la restricción sería hasta agotar los productos.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora Inversiones Nueva York, S.A. de C.V., realizó una promoción denominada: “*Liquidación jeans 2x1 de marcas reconocidas. Tu perfume de marca famosa 50% de descuento. *Restricciones aplican*”, la cual se encontraba publicada en *banner* dentro del establecimiento; pero que al consultarle sobre la misma a la persona que atendió la inspección manifestó que en el caso de los jeans, únicamente aplica en tallas 28 y 31, exclusivamente de la marca *Levi’s*; además que el descuento del 50% en perfumes aplica al segundo producto de la compra que no está en caja cerrada.

En ese sentido, la Presidencia expuso que la publicidad utilizada por la proveedora omitió brindar datos de la promoción, siendo dicha información relevante para el consumidor, incurriendo en publicidad ilícita o engañosa, al omitir brindar datos fundamentales respecto a las restricciones de la promoción, generando la errónea percepción de la realidad publicitada.

Por su parte, la proveedora adjuntó memorando emitido en el mes de noviembre de dos mil veinte -fs. 13-, suscrito por el señor _____, Representante Legal de la proveedora, con el cual pretende comprobar que se le dice a todo el personal de la tienda que debe brindar de manera detallada la información de los productos cuando existan promociones con respecto a jeans y perfumería, y que con respecto a las promociones de fin de año son aplicables en todos los productos en existencia de jeans y perfumería, y la restricción sería hasta agotar los productos. Ahora bien, esta documentación no desvirtúa la conducta atribuida, ya que dicha información se da solamente a los empleados del establecimiento y no garantiza que la misma llegue de forma directa a los consumidores. Además, este Tribunal advierte que el memorando presentado

por el Representante Legal de la proveedora fue emitido en el mes de noviembre de dos mil veinte, y no como lo menciona en su escrito que fue emitido en enero de dos mil dieciocho.

Asimismo, la proveedora argumentó que se deben verificar las circunstancias en las que encontraron el producto, en vista que según memorando emitido en el mes de enero de dos mil dieciocho, donde se le dice a todo el personal de la tienda brindar indicaciones a los clientes que no hay productos restringidos para la promoción, fue un error del encargado de la tienda o no supo expresar que en ese momento solo había que por las fechas que eran 20 de diciembre ya en el mueble solo había quedado poco producto, después del Black Friday.

Al respecto, se advierte que si bien la información de la promoción era dada a los consumidores de manera verbal por la proveedora -tal como lo afirma en su escrito de defensa-, esto no desvirtúa la conducta atribuida, ya que el hecho de brindar dicha información de forma verbal a los consumidores no puede tenerse como un medio idóneo para darle cumplimiento a lo estipulado en el artículo 31 letra b) de la LPC, acreditándose la realización de publicidad ilícita por omisión, ya que la publicidad analizada puede inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada.

Así pues, al haberse establecido que la publicidad utilizada por la proveedora omitió brindar datos de la promoción, siendo dicha información relevante para el consumidor, se tiene por establecida la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC *“Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley”*, en relación con el artículo 31 letra b) de dicha ley *“La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico”*.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra g) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 46 LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

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

a. Tamaño de la empresa.

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: "*Microempresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores*".

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistentes en: balance general al 31/12/2018 (fs. 20), balance general al 31/12/2019 (fs. 22), estado de resultados del 01/01/2019 al 31/12/2019 (fs. 23) declaraciones y pagos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre el 02/11/2018 al 02/03/2020 (fs. 24 a 40), declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2018 (fs. 41), declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2019 (fs. 42). Se tomará en cuenta las rentas gravadas de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2019, el cual asciende a la cantidad de **\$43,205.55**.

Al constatar la información financiera de la proveedora –antes relacionada–, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora ***Inversiones Nueva York, S.A. de C.V.***, cuenta con ingresos los cuales se equiparan a los de una micro empresa, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una micro empresa.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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

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

En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es la de realizar publicidad que cumpla con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que no sea engañosa o falsa.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, ya que omitió brindar datos de la promoción, siendo dicha información relevante para el consumidor. 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. Por lo que se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de Inversiones Nueva York, S.A. de C.V.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad — *Jacarandas* — se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o falsa.

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

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

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

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

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

De este modo, a través de la publicidad comercial se informa al público en general, de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de transacción de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios. La publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor que puedan ser vinculados con aquello que se ofrece. Finalmente, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia, pues constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias. De acuerdo a lo anterior, la publicidad

comercial resulta ser un elemento esencial para que el sistema económico funcione adecuadamente. Es por ello que las afirmaciones que se consignen en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) ambos de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de que la publicidad sea engañosa o falsa según lo estipulado en la misma LPC, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 31 de la LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la publicidad, ya que el solo hecho de constatar la falta de veracidad en la misma causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el producto ofrecido al público.

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

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

En congruencia con ello, se advierte que la infracción administrativa relativa a realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) ambos de la LPC— pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

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

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa analizada aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo.

En el presente caso, este Tribunal estima que al haberse consignado en el anuncio publicitario “*Liquidación jeans 2x1 de marcas reconocidas. Tu perfume de marca famosa 50% de descuento. *Restricciones aplican*”, y no haber consignado por ningún medio idóneo que en el caso de los jeans, únicamente aplicaba en tallas 28 y 31, exclusivamente de la marca *Levi’s*; además que el descuento del 50% en perfumes aplicaba al segundo producto de la compra que no está en caja cerrada, es capaz de generar engaño en los consumidores.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14 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, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha publicidad y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por Inversiones Nueva York, 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 publicidad falsa que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que la publicidad se diseña y efectúa con el objeto de generar ganancias, es decir, es un hecho notorio que a 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 publicidad examinada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora Inversiones Nueva York, S.A. de C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra g) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

Además, es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción —multa— busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa, máxime cuando todo proveedor de bienes y servicios se encuentra en la obligación de realizar publicidad de conformidad con lo dispuesto en la LPC, es decir, la multa a imponer busca potenciar el cumplimiento de las

obligaciones de información que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de la publicidad con la que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora Inversiones Nueva York, S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) de la LPC, al haberse estipulado en el anuncio publicitario lo siguiente: “*Liquidación jeans 2x1 de marcas reconocidas. Tu perfume de marca famosa 50% de descuento. *Restricciones aplican*”, y no haber consignado por ningún medio idóneo que, en el caso de los jeans, únicamente aplicaba en tallas 28 y 31, exclusivamente de la marca *Levi’s*; además que el descuento del 50% en perfumes aplicaba al segundo producto de la compra que no está en caja cerrada, dicha circunstancia pudo haber inducido a error o engaño 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 al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica es la de una micro 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 una publicidad bajo los parámetros legales; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

Por otra parte, cabe mencionar, que la proveedora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber de prestar colaboración en la entrega de la documentación que le ha sido requerida y contestando cada una de las etapas del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el artículo 17 número 5 de la LPA.

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 Inversiones Nueva York, S.A. de C.V., se le impone una multa de DOS MIL CIENTO NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,190.00), equivalentes a seis salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 3% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción —doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; artículos 4 letra c) y d), 27 inciso 1°, 31, 40 inciso 2°, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3°, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Sanciónese* a la proveedora Inversiones Nueva York, S.A. de C.V., con la cantidad de **DOS MIL CIENTO NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,190.00), equivalentes a seis salarios mínimos mensuales urbanos en el sector de la industria**—D.E. N° 10 del 07/07/2021, publicado en el D.O. N° 129, tomo 432 de la misma fecha— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC,

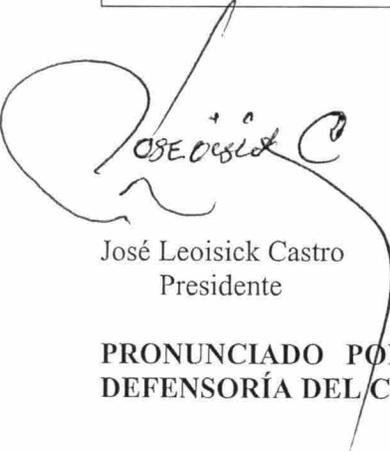
por realizar publicidad engañosa o falsa, conforme al análisis expuesto en el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

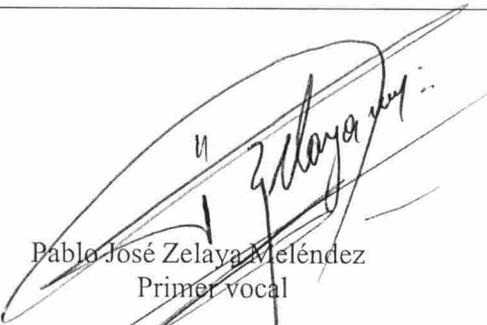
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

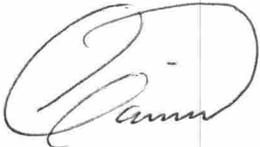
Notifíquese.

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 (...)”*.

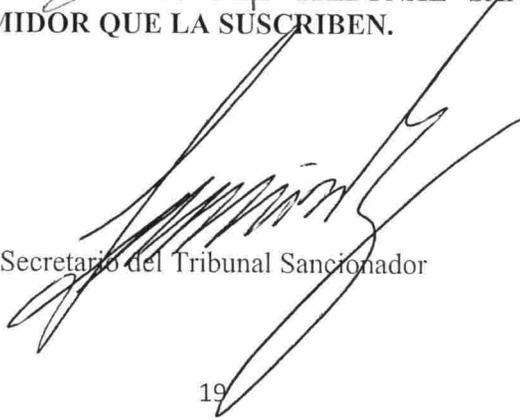

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Lidia Patricia Castillo Amaya
Segundo vocal

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

OG/MIP


Secretario del Tribunal Sancionador