

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 28/02/2023 Hora: 13:15 Lugar: San Salvador.	Referencia: 1781-2021
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante la denunciante o la presidencia–.		
Proveedora denunciada:	Ernestina Castro, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>A. Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el 20/09/2019 se practicó inspección en el establecimiento denominado <i>“Panadería Santa Eduvigis sucursal Modelo”</i>, ubicado en _____ municipio y departamento de San Salvador, propiedad de la proveedora Ernestina Castro, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada (20/09/2019) se levantó el acta correspondiente —fs. 3— en seguimiento a denuncia interpuesta por consumidor, clasificada con el número 3-0300-09-19-432, en la cual manifiesta: <i>“informa que la panadería Santa Eduvigis ha publicado en El Diario de Hoy del 16 de septiembre en la pagina 33 que al comprar una cemita alta le daban la otra gratis; es el caso que llegó ese día a las 4:30 y ya no tenían en existencia y la publicación dice que es del 16 al 30 de septiembre”</i>. En razón de la denuncia, se consultó al señor _____ supervisor de operaciones, que se pronunciara sobre la promoción, a lo cual, entre otros aspectos, manifestó que la promoción es hasta agotar existencias diarias por sucursal, información que se les daba a conocer de manera verbal a los consumidores.</p> <p>En virtud de lo anterior, la Presidencia adujo que la publicación realizada en El Diario de Hoy, por la proveedora, existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) en relación al artículo 24, y 27 de la LPC, por lo que en fecha 11/08/2022 se realizó resolución de inicio al procedimiento administrativo sancionador por la comisión de la infracción contemplada en el artículo 43 letra g) de la LPC.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>1. Tal como consta en auto de inicio (fs. 8-9), 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>; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho <i>a 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 puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna.</i></p>			

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

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

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

En relación al artículo 31 de la LPC -denominado publicidad engañosa o falsa-, la Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante SCA), en resolución de fecha 28/05/2016, en el proceso con número de referencia 123-2011, expuso: "*Lo anterior enfatiza las siguientes situaciones: (i) el cumplimiento de la presentación clara y veraz de la información de los bienes o servicios contenida en las ofertas, promociones y publicidad no es una facultad sino una obligación para quien publica; ii) la información contenida debe corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados; (iii) los datos deben ser susceptibles de verificación, de confirmación y además suficientes; y, (iv) no deben generar dudas en el usuario de lo que está comprando o del servicio que está adquiriendo. Bajo esa lógica, se entenderá por publicidad engañosa o falsa, aquella que sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, por ser «total o parcialmente falsa incluso por omisión»*".

Además, en la resolución de fecha 08/01/2016, en el proceso con número de referencia 344-2010, dicha Sala mencionó: "*El análisis del contenido de dicha promoción debe realizarse de una forma integral, lo cual está referido a que además del contenido del mismo, se deben tomar en cuenta otros elementos tales como su estructura, tipografía y diseño, siempre y cuando ésta pueda influir o tener un impacto en el consumidor, ya que como se dijo anteriormente con la publicidad se trata de comunicar un mensaje, que tendrá un impacto social y económico en los consumidores, el cual dependerá de lo que se pretenda informar, recordar y persuadir, de*

acuerdo a lo que el proveedor desee llevar a cabo en el mercado. De ahí que, es obligación de quien publica verificar que la información se brinde de una forma clara y veraz, garantizando así los derechos de los consumidores”.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

A. Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora **Ernestina Castro, S.A. de C.V.**, pues en resolución de inicio de fs. 8-9, 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 31/08/2022 (fs. 10).

Mediante el referido acto de comunicación, se garantizó el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa de la proveedora denunciada, confiriéndole la oportunidad procedimental de intervención en el presente procedimiento sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes podían hacer uso de los medios probatorios, así como ofrecer y/o solicitar las pruebas que estimaran convenientes, respetando los aspectos establecidos en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–.

El día 07/09/2022 se presentó escrito y documentación anexa por el licenciado apoderado general judicial de la proveedora denunciada, calidad que comprueba mediante documentación de fs. 20 al 25, mediante el cual manifiesta que:

La acción sancionadora administrativa, en este caso ha prescrito, pues el artículo 107 de la LPC establece que *“las acciones para interponer denuncias por las infracciones a la presente ley, prescribirán en un plazo de dos años contados desde que haya incurrido la infracción”* en ese sentido, trae a mención el artículo 149 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), el cual establece que: *“El plazo de prescripción de las infracciones comenzara a contarse desde el día siguiente a aquel que se hubiera cometido la infracción (...) interrumpirá la prescripción de la infracción la iniciación con conocimiento del presunto responsable, del procedimiento administrativo (...)”*.

En virtud de lo anterior, menciona la suspensión de plazos administrativos decretados por la Asamblea Legislativa, motivados por la pandemia COVID 19, en la cual se ordenó la suspensión en el cómputo de plazos por 30 días, que tendría una vigencia similar contados a partir de la fecha de la publicación en el Diario Oficial, posteriormente, mediante Decreto Legislativo 599 de fecha 02/03/2020, se reformó dicho decreto, específicamente en el artículo 9, disponiendo en el artículo 1 *quedan excluidos de esta disposición los plazos previstos (...) además quedan excluidos los procedimientos, plazos y sanciones previstas en la Ley de Protección al Consumidor* . Señala que, conforme se fue alargando la emergencia nacional por COVID 19, se emitieron prórrogas a la suspensión de los plazos administrativos judiciales, pero siempre se excluyeron los procedimientos, plazos o sanciones previstas en la LPC; bajo esa claridad manifiesta que la publicidad realizada por su representada, y que es objeto de ese procedimiento sancionador, es la que estuvo vigente desde el día 16/09/2019 al 30/09/2019, y que publicitaba: *“ compra una semita alta entera y lleva la otra igual gratis”* en la

cual el Presidente de la Defensoría del Consumidor aduce que la publicidad es engañosa, pues omite expresar que es hasta agotar existencias diarias, en tal sentido, si se entra a juzgar la calificación del Presidente de la Defensoría del Consumidor es atinada o no, se tiene por establecido lo siguiente: que del 30/09/2019 (fecha en la cual finalizó la promoción) al 31/08/2022 (fecha en la que se notificó el procedimiento sancionador) han transcurrido aproximadamente unos 35 meses, es decir dos años con once meses, en tal sentido, indudablemente la supuesta infracción contenida en el artículo 43 letra g) de la LPC, esta prescrita.

En esa línea, plantea un argumento subsidiario en caso de no aceptar la prescripción y manifiesta que, en virtud del principio de eventualidad, la LPC establece lo relativo a la “información de promociones” como lo que se considera como “publicidad ilícita, engañosa o falsa” de la siguiente forma: “*art. 30 cuando se trate 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 la misma, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiqueta adheridas a los bienes*”, asimismo, menciona sobre la publicidad falsa o engañosa, que el artículo 31 de la LPC, la define como “*la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico (...)*”, y en virtud de la fiel aplicación de las disposiciones antes señaladas, se tiene que la publicidad objeto del procedimiento estuvo vigente desde el 16/09/2019 al 30/09/2019 la cual cumplía con los elementos señalados por las disposiciones normativas ya que:

1. La publicidad establecía claramente las condiciones, precio total, los elementos que lo hagan determinable, y la duración de estas.
2. La publicidad establecía claramente las características del producto promocionado.
3. La publicidad establecía el origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
4. La publicidad establecía la calidad, cantidad, categoría y especificaciones.
5. La publicidad establecía precio completo o modo de fijación de este.
6. La publicidad establecía condiciones jurídicas y económicas de adquisición.

Ahora bien, el consumidor que denunció la falta de disponibilidad acudió a la sucursal Modelo, es decir que originó la denuncia a las 4:30 pm, es decir faltando una hora y media para el cierre, pues dicha sucursal tiene un horario de 8:00 am a 6:00 pm, y de la información que proporcionó el consumidor, no se puede deducir que la publicidad es falsa, sino que no había existencia en ese momento, pues notoriamente la mercadería se había vendido o agotado, por la hora del cierre de la sucursal, lo anterior no configura la tipicidad de la conducta que se busca sancionar, pues es notorio que la mercadería o los bienes de su representada, objeto del presente procedimiento son consumibles y finitos, y ningún consumidor puede esperar que bienes consumibles que son finitos, estén disponibles a todas horas, pues ello constituiría una publicidad falsa al ser contraria a la realidad.

En ese sentido, su representada en ningún momento afirmó o negó la publicidad, sino que simplemente no pudo satisfacer al consumidor denunciante, pues éste llegó a una hora aproximada al cierre en el cual ya no había existencia para cumplirle la promoción, pudiendo este consumidor llegar al día siguiente y llevarse la promoción, la cual, como se repite, en ningún momento fue negada.

Asimismo, señala que, si la referida promoción hubiese llevado la frase “restricciones aplican” en la publicidad, dicha situación no hubiese modificado la esencia de la oferta publicitaria, pues la condición de existencia de mercadería en una sala abierta al público, para obligar a un comerciante individual o social es de la esencia de un comerciante mercantil. Lo que significa que, al no haber existido existencia de mercadería, la oferta publica no obliga en ese momento al comerciante, pues, lo que obliga es lo que está en exhibición, disponible a sus consumidores.

En virtud de lo anterior, señala que su representada quedó obligada con el consumidor que denunció a proporcionarle o facilitarle la promoción en otro establecimiento, es decir de comprar semita entera por \$8.21 y llevar otra gratis, sin embargo, eso es muy distinto a entrar a ponderar una infracción que sanciona con hasta doscientos salarios mínimos urbanos de industria, pues tal actuación iría en contra a los postulados del derecho penal, del cual forma parte el derecho administrativo sancionador, igualmente contra el estado de derecho.

En relación a lo expuesto por el apoderado de la denunciada, este Tribunal debe de realizar las siguientes consideraciones:

Respecto a la aplicación de la prescripción al presente caso, el artículo 107 de la LPC (*vigente al momento de los hechos*) señala que: *“Las acciones para interponer denuncias por las infracciones a la presente ley, prescribirán en el plazo de tres años contados desde que se haya incurrido en la supuesta infracción”*. Dicha disposición es aplicable precisamente a la denuncia presentada por la Defensoría del Consumidor, que corresponde al procedimiento con referencia 1781-2021 por inspección realizada en el establecimiento denominado *“Panadería Santa Eduvigis sucursal Modelo”* en fecha 20/09/2019.

En este punto, es necesario citar el artículo 149 inciso 1° de la LPA, que regula: *“El plazo de la prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que se hubiere cometido la infracción (...). Interrumpirá la prescripción de la infracción la iniciación, con conocimiento del presunto responsable, del procedimiento administrativo”*.

En ese sentido, con base en los parámetros brindados por la LPA, tenemos que, según denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, el supuesto ilícito administrativo ocurrió el día 20/09/2019 y al realizar el cómputo, en días calendario, del término de la prescripción al caso en concreto, este Tribunal advierte que, no había transcurrido el plazo de prescripción al momento de ser iniciado el presente procedimiento, pues a la fecha de notificación de la resolución de inicio habían transcurrido 2 años y once meses aproximadamente, por lo cual el acto administrativo emitido por este colegiado es conforme a derecho.

Ahora bien, en cuanto a los demás argumentos planteados por el apoderado relacionados a la configuración de la infracción, a efectos de no hacer repetitiva esta resolución, serán evacuados en el romano VI. ANÁLISIS

DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

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

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

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

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

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

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

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

a) Acta N°0002228 —fs.3— de fecha 20/09/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de verificar el cumplimiento de la ley, realizó inspección en el establecimiento denunciado, cuyos hallazgos constan descritos en el acta referida.

b) Fotocopias de tickets de caja de fecha 16/09/2019, mediante el cual se comprueba la aplicación de la oferta que se lee “*Compra una semita alta entera y llévate otra igual gratis*” de fs. 4 al 5.

c) Publicación de El Diario de Hoy de fecha 16/09/2019, página 33 mediante el cual se hace la publicación de la promoción que se lee “*Compra una semita alta entera y llévate otra igual gratis*”, mediante la cual se logró establecer que no se encuentran las restricciones de la promoción, situación que pudo crear falsas expectativas de los consumidores que se verían beneficiados de dicha promoción.

d) Impresión de fotografía de productos objeto de la promoción a fs. 7.

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 o no vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora Ernestina Castro S.A. de C.V., publicó un anuncio publicitario que se leía textualmente “*Compra una semita alta entera y llévate otra igual gratis*” en El Diario de Hoy de fecha 16/09/2019, página 33, el cual generó un aviso de denuncia interpuesto por un consumidor en el cual señaló que: *la panadería Santa Eduvigis ha publicado en El Diario de Hoy del 16 de septiembre en la página 33 que al comprar una cemita alta le daban la otra gratis; es el caso que llegó ese día a las 4:30 y ya no tenían en existencia y la publicación dice que es del 16 al 30 de septiembre*”. En razón de la denuncia, se consultó al señor supervisor de operaciones, que se pronunciara sobre la promoción, quien manifestó que la promoción es hasta agotar existencias diarias por sucursal, información que se les daba a conocer de manera verbal a los consumidores.

De lo anterior, se advierte que la publicidad omitía información relevante capaz de inducir a error o engaño a los consumidores, ya que carecía de datos precisos que permitiera a los consumidores conocer las condiciones completas y de manera cierta para poder adquirir los beneficios del servicio ofertado, es decir, que *la proveedora omitió datos fundamentales de los bienes ofertados a los consumidores, pues no especificó que la misma estaba sujeta a la existencia de los productos en cada sucursal*, lo que pudo inducir al consumidor a crearse una falsa expectativa de los bienes a adquirir, pues no se informaba a los consumidores que la promoción era válida hasta agotar existencias, siendo informado esto de manera verbal a los consumidores interesados. De esta manera, se puede concluir que la publicación realizada por la proveedora denunciada se trataba de publicidad engañosa.

En consecuencia, se tiene por establecida la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC “*Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley*”, en relación con el artículo 31 letra b) romano I (disponibilidad) de dicha ley “*La publicidad engañosa o falsa*,

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

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

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

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, 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, incorporada a fs. 28 al 33 consistente: en copia de formulario de declaración del Impuesto sobre la Renta y Contribución Especial correspondiente al ejercicio fiscal de los años 2019 al 2021; de los cuales se puede colegir que los ingresos totales durante el ejercicio del año 2019 fueron de \$4,680,271.25 dólares de los Estados Unidos de América, los cuales corresponden al periodo de tiempo en el cual la proveedora incurrió en la presente infracción.

Al constatar la información financiera de la proveedora con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que los ingresos de la proveedora **Ernestina Castro, S.A. de C.V.**, superan los parámetros establecidos en la ley. Además, se advierte que la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, en ejercicio de la competencia atribuida en el literal a) del artículo 23 del Código Tributario, que

prescribe que son funciones básicas de la Administración Tributaria “(...) *El registro, control y clasificación de los sujetos pasivos en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la administración cumplir eficazmente con su gestión(...)*”, ha clasificado a la denunciada como mediana contribuyente, por lo que, este Tribunal, para los efectos de la cuantificación de la multa, considerará a la misma como una empresa *de tamaño mediana*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida .

b. Grado de intencionalidad del infractor.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado doloso 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.

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 — *Panadería Santa Edwigis sucursal Modelo*— se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el romano anterior.

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

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

Esta función que cumple el consumidor dentro del mercado, por un lado, exige al Estado que, mediante un rol promotor, genere las condiciones para que los proveedores brinden al consumidor información veraz acerca de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Por otro lado, los consumidores, conscientes del papel que cumplen en la economía y de la trascendencia del mismo para el correcto funcionamiento del proceso

competitivo, deben tener un comportamiento activo, requiriendo de los proveedores mayor y mejor información, a fin de que éstos mejoren la calidad de sus productos y/o servicios y, en consecuencia, contribuyan al desarrollo de los mercados y a la consolidación del sistema económico.

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

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

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

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) romano I ambos de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir de la proveedora 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 es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, este Tribunal estima que al haberse ofrecido una promoción sin establecer las condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios contratados es capaz de generar engaño o falsas expectativas en los consumidores.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14/01/2016, en la que señala que uno de los factores de dosimetría punitiva es: "(...) el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho". Conforme a ello, deberíamos tener en cuenta el volumen de ingresos de la infractora por la comercialización de los productos o servicios publicitados, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

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

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por 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 los empresas o proveedores los define el ánimo de lucro y que la publicidad busca 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 **Ernestina Castro, 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 las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4º de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados ampliamente en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora **Ernestina Castro, S.A. de C.V.**, pues se ha determinado que ésta incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) romano iii) de la LPC, al haberse divulgado una publicidad que pudo haber inducido a engaño o error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica es la de una *mediana empresa*, según en el análisis realizado en el literal *a* del romano VII; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora no se acreditó el dolo sino negligencia; que ésta incumplió con las obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

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 **Ernestina Castro, S.A. de C.V.**, se le impone una multa TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,495.87), equivalentes a once meses con quince días de salarios mínimos urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el **5.75%** dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción —doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

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

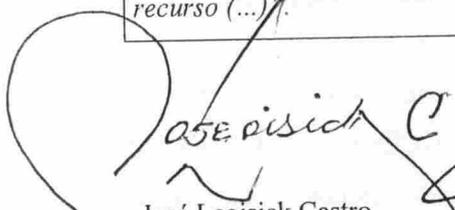
a) *Sanciónese* a la proveedora **Ernestina Castro, S.A. de C.V.**, con la cantidad de **TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,495.87)**, equivalentes a *once meses con quince días de salarios mínimos urbanos en la industria* —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, por realizar publicidad engañosa o falsa, conforme al análisis expuesto en el romano VI y VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

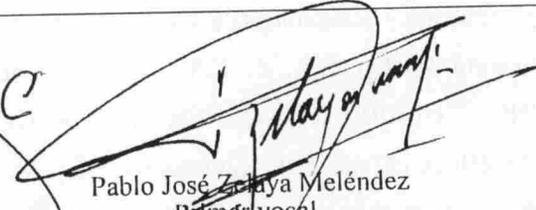
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

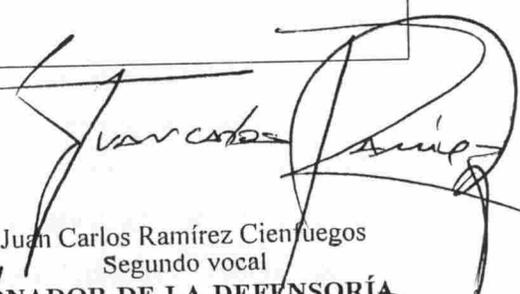
b) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la LPA, según el cual: *“Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se 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 (...).”*

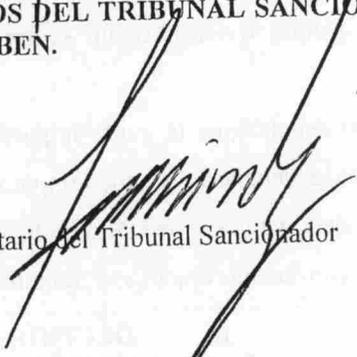

José Leoisick Castro
Presidente


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.

PR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador