

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 26/05/2023 Hora: 12:05 p. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 728-2022
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Grupo Nasser, 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 29/09/2021 se practicó inspección en el establecimiento denominado “Tech Stop Gran Vía Primer Nivel”, ubicado en municipio de Antiguo Cuscatlán y departamento de La Libertad, propiedad de la proveedora Grupo Nasser, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada se levantó el acta correspondiente —fs. 3 y 4— en la cual se consignó que al consultar a la persona que atendió en el establecimiento de la proveedora sobre la oferta publicada por medio de red social Instagram por el usuario , la cual textualmente se leía: “Techstop, Obtén \$5 por tus compras. Visítanos en cualquiera de nuestras sucursales y recibe un cupón de \$5.00 por tu compra; para que lo uses en nuestra tienda en # Hugo App! Lo mejor en tecnología está disponible para ti en un solo lugar. ¡Haz tu pedido por DM! Pago en Efectivo, Pago con Tarjeta. Válido hasta el 31 de octubre” y sobre la fecha de inicio de la promoción, manifestó que fue el día 27/09/2021, que esta información era dada a conocer a los consumidores de forma verbal.</p> <p>En cuanto a las restricciones de esta promoción, indicó la señora que atendió en el establecimiento, que para obtener el cupón se requiere que el consumidor realice compras arriba de quince dólares y, que esta información se daba a conocer al consumidor interesado de manera verbal y no se encontró escrita o dada a conocer por algún medio dicha información en el establecimiento.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que hoy se analiza, se constató en específico la fecha de inicio, y las condiciones de la misma, no se encontraban en la publicidad utilizada para dar a conocer la referida oferta en los medios exigidos por ley, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. En razón de las circunstancias anteriores, aseguró que la proveedora denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, puesto que éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>A. Tal como consta en auto de inicio (fs.6-8), 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</i></p>			

del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir. Además, a la letra a) del artículo 16 de la LPC, al referirse a los requisitos de las promociones y ofertas, estipula que, entre otros aspectos, debe tener la posibilidad de comprensión directa.

También, se afirma una transgresión a lo regulado en el inciso primero del artículo 27 de la LPC, en lo concerniente al derecho de información: *en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna.*

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

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

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

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

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

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

En este punto, este Tribunal considera oportuno traer a cuenta la resolución de fecha 13-03-2019 con referencia 7-2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la que consideró: *"El derecho de consumo parte de la necesidad de proteger a los consumidores debido a la creciente vulnerabilidad de éstos en las relaciones generadas en la economía de mercado contemporánea"*.

En la misma sentencia se estableció que: *"La LPC desarrolla un régimen especial de protección sobre la base de las asimetrías económicas e informativas existentes entre los proveedores de bienes y servicios frente a los consumidores, estos últimos, enmarcadas en una natural y clara situación de desventaja con respecto a los primeros"*.

Es así que la referida Sala define a la asimetría informativa como *aquella característica intrínseca de cualquier transacción económica, en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro*.

Del mismo modo, en sentencia definitiva del 8-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo definió a la asimetría informativa como un *elemento intrínseco de las relaciones contractuales entre productores o proveedores y consumidores, determina que en todo caso el consumidor está sometido a una condición de vulnerabilidad que rebasa su autonomía y voluntad real para contratar, circunstancia que, en definitiva, justifica la aplicación de un principio protectorio con el fin de restablecer el equilibrio contractual y asegurar el respeto de los derechos del consumidor*.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, así como en los artículos 171, 172 y 180 Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM– y 100 de la Ley de Procedimientos Administrativos –en adelante LPA– respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la denunciada, pues en resolución de fs. 6-8 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 06/12/2022 (f.9).

A. En fecha 13/12/2022 se recibió escrito firmado por señor (fs.12-17), manifestando actuar en calidad de Administrador Único Propietario y Representante Legal de la

sociedad Grupo Nasser, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Grupo Nasser, S.A. de C.V., dicha calidad se tiene por acreditada con base a los documentos agregados a (fs.21-36) e incorpora documentos que ofrece como prueba (18-20). En dicho escrito alega –en síntesis– que:

1. El presente procedimiento adolece de nulidad, debido a que el Tribunal Sancionar contaba con cinco días después de haberse presentado la denuncia para resolver sobre la admisibilidad o no de la misma, y en el presente caso se resolvió cinco meses después de haberse presentado la denuncia, esto sobre la base del artículo 144 de la LPC.

2. Que existe una mala interpretación a la infracción atribuida a su representada, pues esta se sustenta en los artículos 4 literal c), 16 literal a), 27 inciso primero, 30, y 43 literal n) todos de la LPC, los cuales hacen referencia a la promoción de bienes o servicios, lo cual no es aplicable a la denunciada, pues la denuncia de la Presidencia que dio origen al presente procedimiento no era una promoción sino una “*activación de marca*”, y que por lo tanto esta conducta no se encuentra tipificada en la LPC.

3. Además que, en relación a las condiciones o restricciones aplicables a la promoción, manifestó, que no había tales, y que al no existir, no tenía por qué ponerlas, pues únicamente consistía en realizar una compra en una de sus sucursales para obtener el cupón por \$5.00 dólares y posteriormente realizar una compra de \$15.00 dólares o más, en a través de la plataforma de :

4. Considera que el error que originó el problema de la restricción o condición, es que la persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor les explicó la forma de canjear el cupón, y no la forma de obtenerlo, pues para obtener el cupón bastaba con realizar una compra en una de sus sucursales, lo cual decía en la publicación Instagram, para luego utilizar el cupón en compras de \$ 15.00 dólares o más a través de lo cual se detalla en el extremo inferior del cupón.

5. En cuanto a la vigencia de la promoción, argumenta que, debido a la fluidez y dinamismo de las redes sociales, resulta lógico y obvio que el inicio de la promoción fue desde que se publicó, y que la fecha de finalización se informa claramente en la publicación.

6. Agrega además el señor de, que este honorable Tribunal tome en cuenta las explicaciones brindadas, pues su mandante actuó de buena fe, en relación de la promoción objeto de controversia, que fue de mínima relevancia económica y que esta no ha generado ningún tipo de afectación al consumidor.

7. Finalmente, le atribuye a este Tribunal Sancionar el incumplimiento a los artículos 3 numeral 5 de la LPA y el artículo 97 de la LPC que determinan la celeridad en los procesos, por lo que en este caso en específico han pasado más de trece meses contados desde la fecha en que se realizó la inspección en el mes de septiembre de 2021, hasta la fecha que se emitió la resolución de inicio, y que además el presente procedimiento no debió ser simplificado.

B. Ahora bien, respecto de los alegatos presentados por el referido profesional, este Tribunal procederá a pronunciarse a continuación:

1. Con respecto al primer argumento planteado por el señor [redacted] alega una posible nulidad en el proceso, en razón de que el Tribunal Sancionador, resolvió la admisión de la denuncia, fuera del plazo de cinco días estipulado según el inciso primero del artículo 144 de la LPC. Dicha disposición señala que una vez recibida la denuncia, el Tribunal Sancionador deberá ser resuelta su admisibilidad en un plazo máximo de cinco días, contados desde la fecha en que el expediente fue recibido en el Tribunal, teniendo en cuenta si se han aportado los elementos necesarios para imputar a una persona (natural o jurídica) el presunto cometimiento de una infracción.

Por otra parte, el artículo 93 del Reglamento de la LPC, prescribe los criterios de inadmisibilidad siendo procedente cuando el denunciante no subsane una prevención en la denuncia y cuando la denuncia y la respuesta a la prevención que se le hubiere realizado al denunciante no contengan los elementos necesarios para imputar el presunto cometimiento de una infracción a la Ley. Adicionalmente el artículo 94 del Reglamento de la LPC establece que *“Cuando el asunto denunciado no constituya materia de protección al consumidor o cuando se compruebe que el denunciante o denunciado no se encuentra legitimado pasivamente, la denuncia será declarada improponible”*. Al respecto es menester aclarar que ninguno de los supuestos anteriormente enunciados, se configura en el presente caso.

Una vez señalado lo anterior, este Tribunal considera necesario aclarar que ni la LPC ni su respectivo reglamento, establece que la no admisión del expediente en esos cinco días produzca algún tipo de consecuencia como la nulidad, por lo que este Tribunal no puede bajo ninguna circunstancia dejar de conocer el presente procedimiento. Conforme a lo anterior, este Tribunal *desestima el argumento de nulidad planteado por el representante legal de la denunciada*.

2. En relación a que los artículos 4 literal c), 16 literal a), 27 inciso primero, 30, y 43 literal n) todos de la LPC, no son aplicables a los hechos denunciados por la Presidencia en el presente caso, porque la proveedora estaba realizando una *“activación de marca”* y no una promoción, es pertinente definir el concepto de *“activación de marca”* como *una campaña específica promovida por alguna empresa para generar reconocimiento de marca ante un producto nuevo, motivar la interacción de los clientes con la marca y, por último, fomentar el inicio de una relación duradera con esa clientela*. Además, la activación de marca está dentro de la categoría de *publicidad BTL*, siglas en inglés que traducidas al español significan *“Below the line”*. Es decir, *“bajo la línea de promoción”*¹. De lo anterior, es posible concluir entonces, que la activación de marca es un conjunto de estrategias dirigidas a posicionar una

¹ Núñez, Eduardo. (2022). “Activación de marca: una experiencia para que el cliente viva tu branding”. Crehana. <https://www.crehana.com/blog/transformacion-digital/activacion-de-marca/>

marca en un determinado público consumidor, y entre estas estrategias pueden existir promociones u ofertas especiales impulsadas por un determinado proveedor a un grupo de consumidores.

Establecido lo anterior, la LPC en su artículo 3 define entre los sujetos a los que va dirigida dicha ley, como proveedor a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades económicas para brindar bienes o servicios a consumidores mediante el pago de precio, tasa o tarifa. A la luz de esa disposición, la proveedora Grupo Nasser, S.A. de C.V., es catalogada como proveedora y sujeta a las obligaciones y prohibiciones de la LPC en materia de derecho de consumo. Aunado a ello, la ley en comento en su artículo 43 letra n) regula como una infracción grave la realización de "*promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en esta ley*", es decir aquellas acciones que pueden estar comprendidas dentro de una activación de marca, sí pueden estar sujetas al control de la LPC, por tratarse de acciones comerciales que implican relaciones de consumo, y sobre las cuales la Defensoría del Consumidor, por mandato constitucional, debe velar para evitar abusos por parte de los proveedores en perjuicio de los consumidores.

En conclusión, este Tribunal Sancionador, está facultado para conocer de las controversias en materia de derecho de consumo (artículo 83 de la LPC), y en el presente caso se ha comprobado que la proveedora denunciada es catalogada como proveedora a la luz de la LPC y por tanto debe ceñirse al cumplimiento de la misma, así como también que la conducta de la proveedora que fue denunciada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor y que originó el inicio del presente procedimiento, sí es objeto de control de la LPC, control materializado por la potestad sancionatoria de este Órgano Administrativo, que no ha errado en la interpretación de las disposiciones de la LPC para dar inicio al presente procedimiento y que sobre la base del anterior análisis deberá *declarar sin lugar, la supuesta interpretación equívoca de las disposiciones*, alegada por el representante legal de la denunciada.

3. El representante de la denunciada argumentó que la obtención del cupón no tenía restricciones y que por tanto no había qué poner en la publicidad. Al respecto, es importante destacar que en su escrito, refiere a que la obtención del cupón no tenía restricciones más allá de comprar cualquier producto de cualquier valor en cualquiera de sus sucursales, pero sí había restricciones para el canje del cupón, las cuales consistían en hacer una compra mínima de \$15.00 dólares y dicha compra debía ser a través de una plataforma digital específica.

Para este Tribunal resulta de suma importancia aclarar al representante legal de la proveedora, que no puede desvincularse la obtención del cupón, del canje del mismo, y no se puede alegar que las restricciones del canje del cupón no eran parte de la promoción, puesto que un consumidor, al obtener el cupón, aprovecharía la promoción únicamente si hace un canje del mismo, y precisamente si lo que

menciona en su defensa es que se trataba de una activación de marca, es decir que busca posicionarse como una proveedora reconocida en el público consumidor, lo que pretendía comercialmente era que aquellas personas que se hicieran acreedoras de un cupón, compraran nuevamente en su comercio, y así poder fidelizar clientela, pero resulta que para poder aprovechar el beneficio del cupón, los consumidores debían cumplir con ciertas condiciones, que no estaban detalladas en la publicidad difundida por la proveedora en sus redes sociales.

De tal suerte, que la proveedora no podía tratar de manera separada la obtención, con el canje del mismo cupón, pues eran estadios diferentes de una misma promoción que buscaba atraer más clientes a su comercio, según los artículos 4 literal c), 16 literal a), 27 inciso primero, 30, y 43 literal n) todos de la LPC, *la proveedora sí estaba obligada a poner en la misma publicidad difundida en sus perfiles de redes sociales, todas las condiciones que debían reunirse no solo para la obtención sino para el canje del cupón también.*

4. Argumenta el representante legal de la proveedora, que hubo una *confusión* por parte de la Presidencia de la Defensoría del Consumidor porque la información proporcionada por la persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor al momento de la inspección, era errónea. Al respecto, es importante mencionar que en el acta de inspección se consignó que la persona que atendió a los inspectores era una dependiente de la proveedora, quien plasmó su firma en dicho documento, ratificando su contenido, y que también goza de una presunción legal de certeza, según el artículo 63 del Reglamento de la LPC –que será desarrollado ampliamente en los apartados posteriores de esta misma resolución–.

En virtud de lo anterior, la proveedora no ha desvirtuado la información contenida en dicha acta, que fue proporcionada por una de sus mismas dependientes, y que en caso la información proporcionada a los inspectores haya sido errónea, esto ratifica la posición de vulnerabilidad en la que se encontraban los consumidores que podían ser atendidos por los asesores de ventas de la proveedora, pues al no estar toda la información de la promoción en el mismo medio de difusión, podían brindarle al público información inexacta o equívoca, que impidiera a los consumidores tener certeza de toda la información de dicha promoción, pues cada asesor de venta podría dar información distinta a los consumidores, lo que denota una falta de diligencia de la proveedora, no solo por omitir la información en la promoción sino también por no verificar que la información sea trasladada a todo su personal de una manera uniforme.

Aunado a lo anterior, respecto a que la proveedora, ha intentado eximirse de la responsabilidad por la comisión de la infracción que se le imputa, a través de trasladar la responsabilidad a una persona natural que atendió a los inspectores en calidad de empleada, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha aclarado que: "(...) *si un empleado o colaborador decidió que la información de la*

7/4

publicidad podía prescindir de la fecha de inicio de la promoción y de sus restricciones, este comportamiento, ya sea doloso o culposo, se le atribuye a la persona jurídica, pues la persona actúa configurando la voluntad de la persona jurídica. Sólo cuando se tengan pruebas de que la persona natural deliberadamente y sin seguir las directrices de la empresa haya actuado con una intención personal y particular, generalmente de manera dolosa, saltándose el deber de vigilancia de su empleador, se podrá eximir de esa culpabilidad a la persona jurídica. Ahora bien, debe hacerse énfasis que las excluyentes de responsabilidad deben ser probadas por quien las alega, situación que en este caso la parte de mandante no ha comprobado"².

En conclusión, *no se ha acreditado la confusión alegada por la proveedora*, pues la dependiente que atendió a los inspectores les informó acerca de las condiciones de canje del cupón, que formaban parte de una misma promoción, tema ya desarrollado en el numeral anterior, y la proveedora *no ha comprobado que la dependiente haya actuado de manera contraria a las indicaciones de la denunciada*.

5. Con respecto a la vigencia de la promoción, según el alegato planteado por el representante legal de la proveedora, debido al dinamismo del comercio en redes sociales y su inmediatez, resulta "lógico" que la promoción inició el día en que fue publicada en la red social Instagram, en el perfil vinculado al establecimiento de la proveedora, y que por ello no era necesario poner una fecha de inicio. Este Tribunal en reiterados pronunciamientos ha establecido que las promociones deben contar con la información completa, tal como lo requiere la LPC, y entre ello está la vigencia completa, es decir con un inicio y un final, de tal suerte que el consumidor pueda tener certeza de a partir de qué momento ya es exigible la promoción u oferta especial de bienes o servicios publicada, y sobre esto se desarrollará ampliamente en el romano VI letra B número 3 de esta misma resolución.

6. En cuanto al argumento que la proveedora no actuó de mala fe, que las ganancias obtenidas con la promoción fueron mínimas y que no existió un daño concreto a ningún consumidor en específico, este Tribunal realizará un análisis ampliamente fundamentado en legislación y jurisprudencia en los apartados siguientes de esta misma resolución, específicamente en el romano VI letra D., y romano VII letras b) y d).

7. Finalmente alega incumplimiento al principio de celeridad, en relación a que el tiempo que ha transcurrido desde la fecha que se realizó la inspección y la fecha en que se dictó la resolución de inicio han transcurrido más de trece meses. Con respecto a lo antes mencionado es importante aclarar que la LPC en el artículo 107, establece un plazo de hasta tres años para iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio, contados desde la fecha de la verificación de la infracción (fecha de la inspección en el presente caso), hasta la notificación efectiva del auto de inicio del procedimiento

² Sentencia NUE 00135-21-ST-COPA-2CO emitida por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo (31/01/2023).

administrativo sancionador, y es a partir de la notificación de dicho auto de inicio, que según el artículo 89 de la Ley de Procedimientos Administrativos (aplicable al presente procedimiento), que este Tribunal contaba con 9 meses como plazo máximo para la tramitación completa del expediente. Al verificar los anteriores plazos estipulados por mandato de ley, este Tribunal ha cumplido con los mismos, pues el inicio del presente procedimiento administrativo se notificó a la proveedora denunciada antes del acaecimiento de los 3 años que la LPC regula como plazo máximo de prescripción de las infracciones, contados desde la fecha de inspección (29/09/2021) hasta la fecha de notificación del auto de inicio a Grupo Nasser, S.A. de C.V. (06/12/2022). Así también se ha verificado que no se ha superado el plazo de 9 meses que la LPA regula como máximo (caducidad) para la tramitación del presente procedimiento, contados desde la fecha de notificación del auto de inicio a la proveedora (06/12/2022) hasta el pronunciamiento de esta resolución (26/05/2023), de tal suerte que *no se ha comprobado que este Tribunal haya transgredido derechos de la proveedora por un supuesto irrespeto a los plazos que la ley manda para la tramitación de los procedimientos sancionatorios.*

Como último punto, es preciso aclarar al representante legal de la proveedora que el presente procedimiento administrativo sancionatorio se tramitó de manera simplificada, por mandato de ley, según se contempla en el artículo 144-A de la LPC: "Cuando se trate de denuncias de oficio, y los hechos estén claramente determinados, por haberse consignado en actuaciones de la Defensoría del Consumidor (...) el expediente se podrá tramitar en procedimiento simplificado (...)". Así en el presente caso, se trata de una denuncia de oficio, y la supuesta comisión de la infracción se consignó según acta de inspección en presencia de delegados de la Defensoría del Consumidor, por tanto, *sí era pertinente la tramitación del presente expediente según las reglas del procedimiento simplificado.*

C. Es importante mencionar que, en lo concerniente a la comisión de la infracción y la proporcionalidad de la multa a imponer, serán desarrollados ampliamente en los romanos siguientes de esta misma resolución.

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, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC.

Al respecto, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, el cual literalmente dispone: *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*

7
D

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.

Además, 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”.*

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

a) Acta N° 0002160—fs. 3 y 4— de fecha 29/09/2021, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de la promoción publicada por medio de de la red social Instagram el día 28/09/2021, realizó una verificación de la red social Instagram propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresión de fotografía de la promoción dada a conocer por la proveedora, relacionada con el acta N°0002160 —f. 5— de fecha 29/09/2021, con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: **“Techstop, Obtén \$5 por tus compras. Visítanos en cualquiera de nuestras sucursales y recibe un cupón de \$5.00 por tu compra; para que lo uses en nuestra tienda en # Hugo App! Lo mejor en tecnología está disponible para ti en un solo lugar. ¡Haz tu pedido por DM! Pago en Efectivo, Pago con Tarjeta. Válido hasta el 31 de octubre”.**

c) Impresión de publicidad en donde se detalla el cupón por \$5.00 dólares, y en donde se establece la frase **“*Valido en compras de \$15 o más hasta el 31 de octubre”** (fs.18-20).

En relación con los incumplimientos mencionados previamente se pueden destacar: a) la falta de vigencia de la promoción, no estaba determinada la fecha de inicio, ya que se consignaba únicamente: **“Valida hasta el 31 de octubre”**, y b) la falta de las condiciones para el canje del cupón.

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada previamente, se advierte que ésta no ha sido controvertida por la proveedora, a pesar de haber tenido la oportunidad procesal para hacerlo, pues al ejercer su defensa no incorporó prueba idónea que desvirtuara los hechos que se le atribuyen. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al tener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia (principio de congruencia en los términos expuestos en la presente resolución) mantienen la certeza legal que ostentan.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

Sobre el mismo, es importante señalar que, desde una perspectiva meramente jurídica, específicamente en lo que a derecho sancionatorio se refiere, se abordará la temática de promoción. Claro está, que dicho tópico puede ser abordado desde diversas áreas del conocimiento; por lo que este análisis no pretende inmiscuirse en otro tipo de observaciones que no sean las estrictamente necesarias para dotar de contenido jurídico a la regulación punitiva que efectúa la LPC.

En primer lugar, y desde una perspectiva tradicional del *marketing*, hay 4 componentes en la denominada *mezcla del marketing*, a saber: a) producto, b) precio, c) promoción y d) distribución. Ahora, dentro de la promoción se encuentra la publicidad y la promoción de ventas. (Kenneth E. Clow, 2010)³. En ese sentido, los artículos 16, 30 y 43 letra n) de la LPC se encuentran vinculados con el último concepto mencionado *–promoción de ventas–*.

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

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

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

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

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

Antes de todo, es importante hacer la siguiente acotación: en relación con las promociones y ofertas, de acuerdo a la regulación contenida en la LPC, estas están sujetas a dos principios: el de veracidad y el de temporalidad. En ese orden de ideas, se ha venido sosteniendo que para que se tenga

³Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

por establecida la configuración de la infracción prevista en el artículo 43 letra n), se debe tener como premisa que la naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, y su carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción. De esta manera, se ha entendido que no existe ninguna ventaja si los bienes son vendidos o los servicios prestados en las condiciones habituales y, por ende, no se estaría en presencia de una promoción y oferta.

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa;

b) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluirá la utilización de cláusulas abusivas; y

c) No condicionar la promoción u oferta a la entrega o no del recibo, copia o documento que acredite la operación.

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

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

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

1. En cuanto a las condiciones, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPC, según el cual: *“Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las*

promociones y ofertas de bienes y servicios (...) debe cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa”.

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

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

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

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

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

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

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

b) Se entiende vigencia bajo condición, cuando la promoción subsiste mientras no se dé un supuesto de hecho específico –estipulada en ella– que le pone fin a la misma. Ejemplo de lo anterior es la muy utilizada frase: “*Hasta agotar existencias*”. No obstante, esta última forma debe ajustarse a los requisitos y principios establecidos en la LPC para poder considerarse válida.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tiene a bien aludir a lo que se ha dicho en derecho comparado. Al respecto, en la resolución de fecha 15/03/2006, en el caso identificado como N° 044-2006/CCD del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), la Comisión indicó que si bien *Ripley* incluyó una duración para la promoción anunciada ésta fue condicionada al agotamiento de una cantidad de unidades disponibles que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, la Comisión observa que, **ante la percepción del consumidor, la duración para la promoción anunciada no se encontraba planteada con la claridad que exige el principio de veracidad, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a información relevante y necesaria para adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.**

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

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

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, así como de los documentos que forman parte de la misma (en el caso concreto, la impresión de la captura de pantalla de la promoción difundida en la red social Instagram el día 29/09/2021, f. 5), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que Grupo Nasser, S.A. de C.V., incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes” (...)*, por cuanto la proveedora realizó una promoción sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal **al haber omitido consignar la vigencia y las condiciones de la referida promoción.**

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

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3, 4 y 5, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó la promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del 17/12/1992).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa

como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

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

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

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tales omisiones hayan sido producidas de manera dolosa. No obstante, a partir de los hechos probados y las circunstancias en que se dieron los mismos, ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ha existido un déficit de organización, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se

cometa la infracción. En otras palabras, la proveedora Grupo Nasser, S.A. de C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

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

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

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

a. *Tamaño de la empresa.*

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

A partir del análisis de los documentos detallados que consta en el expediente administrativo, se tomó como referencia declaración de Impuesto Sobre la Renta del ejercicio fiscal del año 2021 (f. 37) presentado por la proveedora denunciada y el cual refleja ingresos anuales de operación de \$1,129,219.17 dólares, por lo que la proveedora es clasificada como *pequeña empresa* a la luz de la ley Mype y para efectos de la cuantificación de la multa en el presente procedimiento Administrativo Sancionador será considerada como tal guardando la finalidad disuasoria de la sanción.

Finalmente, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos, por haber presentado la información solicitada por esta autoridad sancionadora en resolución de inicio (fs. 6-8), a efectos de establecer la capacidad económica que tiene para asumir la multa.

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 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 dominio de la red social Instagram, 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 promociones y ofertas que cumplan con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que especifique vigencia de las mismas.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta negligente por parte de la proveedora, por no informar al consumidor la vigencia de la promoción, con el objeto de determinar elementos informativos más precisos con posibilidad de comprensión directa que hagan previsible la iniciación y finalización de la promoción, **en el mismo medio de publicidad** o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Y es que, como propietaria de la red social Instagram, 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 en el caso de las promociones u ofertas al expresar de manera clara y oportuna la duración y condiciones de las ofertas o promoción. Por lo que se configura plenamente una conducta negligente por parte de la proveedora Grupo Nasser, S.A. de C.V., al haber omitido informar a los consumidores de los requisitos antes mencionados, establecidos en la ley aplicable a las promociones y ofertas.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que con la publicación difundida en la red social Instagram se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar su vigencia y condiciones, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirla.

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

El papel del consumidor es esencial para el desarrollo de una economía social de mercado. En efecto, la competencia no es otra cosa que la pugna entre competidores por captar la preferencia del mayor

número de consumidores; razón por la cual, la decisión libre del consumidor va a ser determinante en el resultado final de esta lucha. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor.

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

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

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

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

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

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC —artículo 43 letra n) 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 consiste en realizar promociones u ofertas especiales sin la información mínima legalmente establecida en relación con el producto o servicio que se intentaba vender y esto es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la promoción examinada.

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

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de la falta de la información mínima requerida por la ley para la realización de la promoción u oferta especial, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 30 LPC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

promociones con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

En tal sentido, habiéndose verificado que la infractora es una persona jurídica, que ha sido catalogada como *pequeña empresa*, que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una promoción que no cumplía los parámetros legalmente establecidos, pero considerando la imposibilidad para establecer a cuánto ascienden las utilidades generadas como consecuencia directa del aludido incumplimiento, y en vista 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 sola constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal, resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de aludido quebrantamiento.

En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa mínima por haberse efectuado la inobservancia de lo previsto en los artículos 16 letra a) y 30 ambos de la LPC por parte de una persona jurídica, pues pese a los intentos efectuados por este ente colegido, no se ha establecido la capacidad económica de la proveedora ni se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias obtenidas por la proveedora como consecuencia directa de la implementación de la promoción sujeta a estudio, pero sí se ha logrado acreditar el incumplimiento a una de sus obligaciones legales.

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 considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora Grupo Nasser, S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta brindaba a los consumidores una información incompleta que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, pues omitía indicar a los consumidores la vigencia completa de la referida promoción.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento es la de una *pequeña 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 promoción con los requisitos mínimos establecidos por ley; y 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 del aludido quebrantamiento.

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 la conducta prohibida por parte del sujeto infractor resulte 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 Grupo Nasser, S.A. de C.V., se le impone una multa de **TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE DÓLARES CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,497.96)**, equivalentes a once meses con quince días de salario mínimo urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a la ley, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido 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), 16 letra a), 27 inciso 1°, 30, 40 inciso 2°, 43 letra n), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3°, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Sanciónese* a la proveedora Grupo Nasser, S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE DÓLARES CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,497.96)**, equivalentes a *once meses con quince días de salario mínimo mensual urbanos en el sector de 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 n) de la LPC, por realizar una promoción que no se ajustaba a los criterios legalmente

establecidos, 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.

b) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

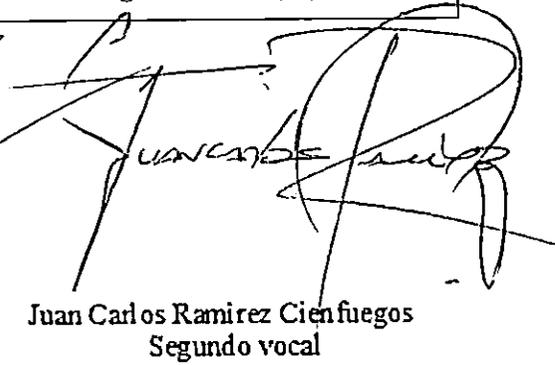
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: "*Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*"; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: "*La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)*".



José Leosick Castro
Presidente



Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

MSC/MP



Secretario del Tribunal Sancionador