

	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 18/05/21 Hora: 10:03 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 2214-19</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	S.A. DE C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado "_____", ubicado en _____</p> <p>l—propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 17/05/2019, se llevó a cabo una inspección a fin de verificar la promoción comercial denominada "<i>\$11.00 infinite shine-rojos seleccionados- Promoción válida hasta el 31 de Mayo Promoción aplica para shades seleccionados No aplica descuento sobre descuento Pagos en efectivo y con tarjeta de crédito o débito</i>", publicada por el usuario OPI Nail bar San Salvador, el día 08/05/2019, a través de la red social <i>Facebook</i>. Al consultarle a la persona que atendió sobre la vigencia, condiciones y restricciones de dicha promoción, expuso: que dio inicio el 01/05/2019. Dicha información se daba a conocer a los consumidores de forma verbal.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que hoy se analiza, se constató que la vigencia (fecha de inicio) 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 sociedad denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, pues éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 5-6), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores <i>recibir de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir</i>. Además, a</p>			

R
7
4

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 08-07-2011 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 DLA PROVEEDORA DENUNCIADA

A. El día 01/10/2020 se recibió escrito firmado por la licenciada

(fs. 10-13), quien actúa en calidad de apoderada general judicial con cláusulas especiales de la proveedora denunciada, la cual comprueba a través de copia certificada de testimonio de

escritura pública de poder general judicial con cláusulas especiales otorgado a su favor (fs. 14-17). Mediante dicho escrito contesta el traslado conferido por este Tribunal en resolución de fs. 5-6, expone argumentos de fondo y adjunta la documentación de fs. 14-23.

La licenciada _____ expuso, en síntesis, lo siguiente:

1. Falta de veracidad en el acta de inspección.

Sobre este punto, menciona que la falta de veracidad radica en el hecho que los inspectores plasmaron que la señor _____ (persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor, cuando se efectuó la inspección) es la encargada de la _____ . No obstante, la misma se desempeña con el cargo de recepcionista, cuyas labores son efectuadas de forma permanente en _____ ; pero, por motivos de ausencia de personal, ese día se le indicó presentarse a la sucursal del _____ la cual es dirigida por el jefe de tienda. Para comprobar dichas afirmaciones, agrega los contratos individuales de trabajo de la señora _____ .

Arguye, que al momento que los delegados no se cercioraron del cargo de la persona entrevistada, quien por las funciones que desempeña como recepcionista, no es la persona idónea para brindar información referente a promociones o productos, pues ésta solamente la maneja cada jefe de sucursal. Por ello, asegura, que el hecho que se haya consignado en el acta que la persona a la cual entrevistaron es la encargada, cuando hay prueba en contrario que las labores que realiza son las de recepcionista, resta valor probatorio al acta.

Además, cita doctrina sobre el valor probatorio de las inspecciones efectuadas por la Administración Pública, para destacar que la presunción de certeza de la que goza el acta levantada en las mismas no es plena o absoluta, sino que a través de prueba útil y pertinente se pueden impugnar los hechos o circunstancias constatadas en éstas. En ese sentido, afirma, que al haberse presentado prueba en contrario que cuestiona la veracidad de lo plasmado en el acta de inspección, ésta carece de valor probatorio, pues no arroja elementos de prueba suficientes para determinar que su representada ha infringido la LPC.

2. Violación al principio de responsabilidad y tipicidad (artículo 40 inc. 2º de la LPC y artículo 139 numerales 2 y 5 LPA).

2.1. Respecto al primero, argumenta que la promoción es clara en determinar que la promoción es válida hasta el día 30/05/2019, es decir, que dicha promoción se encontraba

vigente desde la fecha de la publicación en la red social *Facebook*, no desde el día 01/05/2019 como equivocadamente manifestó la recepcionista que fue atendida por los inspectores, quien no era la persona idónea para brindar dicha información, y que contradice lo publicado en la página oficial de *Facebook* de su representada, en la cual la promoción fue publicada desde el día 08/05/2019, fecha desde la cual, según su dicho, se entiende claramente vigente la promoción.

Además, señala que la anterior contradicción exime de toda responsabilidad y culpabilidad a su representada, ya que por medios oficiales de forma inteligible e inequívoca se estableció que la promoción objeto de análisis iniciaba desde la fecha de su publicación y se encontraría vigente hasta el 31/05/2019; con lo cual, afirma, que la misma cumple con todos los requisitos establecidos en la LPC. Para robustecer sus argumentos cita jurisprudencia constitucional que aborda el principio de culpabilidad, para destacar que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configura una acción ilícita.

2.2. En relación al principio de tipicidad, arguye que éste implica que sólo podrán sancionarse las infracciones e imponerse las sanciones previstas como tales en la ley, de manera clara, precisa e inequívoca. Las normas que establezcan infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Así, refiere que el procedimiento sancionatorio ha sido instruido contra su representada por la supuesta omisión de consignar la fecha de inicio de la promoción, la cual según los inspectores comenzó el día 01/05/2019, tal como se los manifestó la persona entrevistada, quien no era la persona idónea para brindar dicha información.

No obstante, menciona que el artículo 30 de la LPC expresa que dentro de la información que deben brindar los proveedores respecto de las promociones se encuentra la obligación de plasmar la duración de la misma, es decir, consignar en la información de las promociones de forma clara la fecha hasta la cual las promociones se encontrarán vigentes, pues la fecha de inicio de la promoción es comprensible en la publicación realizada que iniciaría desde la fecha en que esta fue publicada en la página oficial, la cual tendría una fecha de finalización el día 31/05/2019, quedando de esta manera definida claramente en la publicación la duración de la promoción; cumpliendo con lo establecido en dicho artículo.

3. *Violación a la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica (artículo 11 de la Constitución).*

Concerniente a este punto, manifiesta, que el día 13/02/2019 entró en vigencia la LPA, la cual tiene dentro de sus objetivos regular los requisitos de validez y eficacia de las actuaciones administrativas de toda la Administración Pública, y los derechos de los ciudadanos frente a ésta.

En ese sentido, expone que la LPA ha instaurado una serie de reglas procedimentales las cuales deberá tomar en cuenta la Administración Pública, dentro de las cuales se sitúa el cumplimiento de los plazos establecidos en dicha ley, los cuales según lo determinado en el artículo 80 de la referida normativa son obligatorios y perentorios para la Administración y para los particulares.

Así, alega, que el artículo 97 inciso 2° de la LPA establece que *toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de tres días hábiles a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro de la resolución y, en su caso, los anexos que la acompañen.*

Para el caso en particular, dijo que, según consta en la notificación realizada, el auto de inicio del procedimiento fue emitido por este Tribunal Sancionador el día 31/07/2020; sin embargo, dicha resolución ha sido notificada hasta el día 24/09/2020, casi dos meses después de haber sido emitida dicha resolución, incumpliendo con los plazos establecidos en la LPA para efectuar las notificaciones. Dicho incumplimiento es contrario a la seguridad jurídica y a la garantía del debido proceso contenidos en la Constitución de la República.

B. En relación a los argumentos vertidos por la apoderada de la proveedora, y con la finalidad de evitar que la resolución adolezca de ser repetitiva, éstos serán desarrollados en el romano **VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.**

C. Por otra parte, la licenciada _____ aportó la siguiente prueba documental:

1. Contrato individual de trabajo de la señora _____ Con la que pretende probar la falta de veracidad del acta de inspección de las diez horas con treinta y cinco minutos del día diecisiete de mayo de dos mil diecinueve, en la cual se consignó que el cargo que desempeña es de recepcionista y no de encargada de la tienda.

2. Contrato individual de trabajo de la señora _____ Con la que pretende probar que el acta de inspección contiene información que carece de veracidad, ya que en ningún momento la jefa de tienda fue entrevistada por los inspectores.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

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

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

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

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

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría*

hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad. El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos– se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 1092/2019—fs. 3— de fecha 17/05/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de la promoción publicada en la red social *Facebook* del usuario “OPI Nail Bar San Salvador”, el día 17/05/2019, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresión de captura de pantalla de fecha 16/05/2019, que contiene la promoción objeto de estudio, y que fue divulgada mediante la red social *Facebook* por el usuario “OPI Nail Bar San Salvador”, la cual está relacionada con el acta N° 1092/2019—fs. 3— de fecha 17/05/2019, con la cual se establece el medio de comunicación y la forma en que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: **“\$11.00 infinite shine-rojos seleccionados- Promoción válida hasta el 31 de Mayo Promoción aplica para shades seleccionados No aplica descuento sobre descuento Pagos en efectivo y con tarjeta de crédito o débito”**.

3. Ahora bien, la apoderada de la proveedora alega la falta de veracidad del acta de inspección, basándose en el hecho que los inspectores plasmaron que la señora

(persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor, cuando se efectuó la inspección) era la encargada de la . No obstante, la misma se desempeña con el cargo de recepcionista, cuyas labores son efectuadas de forma permanente en ; pero, por motivos de ausencia de personal, ese día se le indicó presentarse a la sucursal del , la cual es dirigida por el jefe de tienda. Para comprobar dichas afirmaciones, agrega los contratos individuales de trabajo de la señora

Arguye, que al momento de realizar la inspección los delegados no se cercioraron del cargo de la persona entrevistada, quien por las funciones que desempeña como recepcionista no es la

persona idónea para brindar información referente a promociones o productos, pues ésta solamente la maneja cada jefe de sucursal. Por ello, asegura, que el hecho que se haya consignado en el acta que la persona a la cual entrevistaron es la encargada, cuando hay prueba en contrario que las labores que realiza son las de recepcionista, resta valor probatorio al acta.

Al respecto, conviene enfatizar el hecho que la apoderada de la denunciada pretende respaldar sus alegaciones en documentos (verdad formal); por ello, presenta el contrato individual de trabajo de la señora [redacted] afirmando que la misma se desempeña con el cargo de recepcionista. Ahora bien, en dicho contrato también se estipula que sus servicios serán prestados en [redacted]”; sin embargo, cuando los delegados de la Defensoría realizaron la inspección en “O.P.I. nail bar, sucursal Multiplaza” (lugar diferente al consignado en el contrato), fueron atendidos por ella (verdad material).

Lo anterior se debe, según expresa la licenciada [redacted] a “la ausencia de personal”, por lo que ese día se le pidió que se presentara a dicha sucursal; no obstante, tal circunstancia no ha sido comprobada en el presente procedimiento.

Sin perjuicio de lo esbozado, y asumiendo que, en contravención a lo estipulado en el contrato individual de trabajo, debido a la ausencia de personal la señora [redacted] se encontraba en “O.P.I. nail bar, sucursal Multiplaza”, tampoco se ha comprobado que la misma lo hiciera en calidad de recepcionista.

Por el contrario, lo cierto es que, según el acta de inspección (documento oficial que data un hecho), a las 10:35 am del día 17/05/2019, la señora [redacted] les manifestó a los inspectores que era la encargada (fs. 3 frente), ratificando tal aseveración con su firma (fs. 3 vuelto).

Por consiguiente, este Tribunal concluye –en virtud del principio de verdad material consignado en el artículo 3 número 8 de la LPA– que el acta de inspección e impresión de captura de pantalla al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia adquieren total certeza.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

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

En primer lugar, y desde una perspectiva tradicional del *marketing*, hay 4 componentes en la denominada *mezcla del marketing*, a saber: a) producto, b) precio, c) promoción y d) distribución. Ahora, dentro de la promoción se encuentra la publicidad y la promoción de ventas. (Kenneth E. Clow, 2010)¹. En ese sentido, 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.**

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

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

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

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

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

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

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

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

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

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

R
7
A

debe ajustarse a los requisitos y principios establecidos en la LPC para poder considerarse válida.

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

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

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

C. Dicho lo anterior, en este punto es importante referirse a los argumentos vertidos por la apoderada de la proveedora, para luego determinar si ha existido o no la infracción atribuida:

1. Falta de veracidad en el acta de inspección.

Sobre este punto, menciona que la falta de veracidad radica en el hecho que los inspectores plasmaron que la señora _____ (persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor, cuando se efectuó la inspección) es la encargada de la sucursal de _____. No obstante, la misma se desempeña con el cargo de recepcionista, cuyas labores son efectuadas de forma permanente en _____; pero, por motivos de

ausencia de personal, ese día se le indicó presentarse a la sucursal del
, la cual es dirigida por el jefe de tienda. Para comprobar dichas afirmaciones, agrega los contratos individuales de trabajo de la señora

Arguye, que al momento que los delegados no se cercioraron del cargo de la persona entrevistada, quien por las funciones que desempeña como recepcionista, no es la persona idónea para brindar información referente a promociones o productos, pues ésta solamente la maneja cada jefe de sucursal. Por ello, asegura, que el hecho que se haya consignado en el acta que la persona a la cual entrevistaron es la encargada, cuando hay prueba en contrario que las labores que realiza son las de recepcionista, resta valor probatorio al acta.

Además, cita doctrina sobre el valor probatorio de las inspecciones efectuadas por la Administración Pública, para destacar que la presunción de certeza de la que goza el acta levantada en las mismas no es plena o absoluta, sino que a través de prueba útil y pertinente se pueden impugnar los hechos o circunstancias constatadas en éstas. En ese sentido, afirma, que al haberse presentado prueba en contrario que cuestiona la veracidad de lo plasmado en el acta de inspección, ésta carece de valor probatorio, pues no arroja elementos de prueba suficientes para determinar que su representada ha infringido la LPC.

En ese orden, y tal como ya fue desarrollado por este Tribunal en el número 3 del romano V de la presente resolución, la apoderada de la denunciada fundamenta sus alegatos en la literalidad de los contratos individuales de trabajo (verdad formal), en el cual consta que la señora (persona que atendió a los inspectores) ostenta el cargo de recepcionista; sin embargo, en el mismo contrato se estipula su lugar de trabajo, el cual es en una sucursal diferente a donde ella recibió a los delegados de la Defensoría (verdad material); esto se debe, según el dicho de la licenciada que ese día había ausencia de personal en esa sucursal, por lo que le pidieron a la señora que se presentara al establecimiento donde se realizó la inspección. Ahora bien, la ausencia de personal a la que se refiere no ha sido comprobada en el presente procedimiento.

No obstante lo anterior, partiendo del hecho que fuera por ausencia de personal –o incluso por cualquier otra razón– que la señora se encontraba en la sucursal “O.P.I. nail bar, sucursal Multiplaza” tampoco se ha acreditado que ella lo haya hecho en calidad de recepcionista (lo cual es necesario, pues se está en un situación que dista de lo

plasmado en el contrato). Por el contrario, lo que sí se ha acreditado por medio del acta de inspección (documento oficial que data un hecho) es que la señora de _____ manifestó a las 10:35 a.m. del día 17/05/2019 que ella era la encargada (fs. 3 frente), lo cual ratificó por medio de su firma (fs. 3 vuelto).

Por consiguiente, y en virtud del principio de verdad material (artículo 3 número 8 de la LPA), se concluye que lo consignado en el acta de inspección adquiere total certeza.

Por otra parte, y para efectos aclaratorios, este Tribunal estima necesario aludir a la afirmación efectuada por la apoderada de la proveedora, en cuanto a que la persona idónea para brindar información de la promoción es el jefe de cada sucursal, ya que la misma sólo es manejada por él.

En ese sentido, tal afirmación dejar entrever un déficit de organización por parte de la proveedora denunciada, pues el monopolio de la información de las promociones está asignado a los jefes de cada sucursal, es decir, que las personas que atienden directamente al público no tienen los conocimientos suficientes o desconocen el alcance de las promociones que ofrecen a los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho que uno de los empleados de la denunciada no brinde la información de manera correcta (lo cual puede devenir en el cometimiento de infracciones a la LPC) no es una prerrogativa para la proveedora frente a sus obligaciones legales. Al respecto, cabe mencionar lo estipulado en el artículo 379 del Código de Comercio (CCom.), el cual determina: *“Los actos de los dependientes obligan a sus principales en todas las operaciones que tuvieren a su cargo, en razón del puesto que ocupan frente al público”*.

De ahí, pues, que, aunque los delegados de la Defensoría hubiesen sido atendidos por cualquier otro empleado de la denunciada que brinda atención al público, y no se hubiera dado la información adecuada de la promoción, ello no la eximiría de responsabilidad.

2. Violación al principio de responsabilidad y tipicidad (artículo 40 inc. 2º de la LPC y artículo 139 numerales 2 y 5 LPA).

2.1. Respecto al primero, argumenta que la promoción es clara en determinar que la promoción es válida hasta el día 30/05/2019, es decir, que dicha promoción se encontraba vigente desde la fecha de la publicación en la red social *Facebook*, no desde el día 01/05/2019 como equivocadamente manifestó la recepcionista que fue atendida por los inspectores, quien no era la persona idónea para brindar dicha información, y que contradice lo publicado en la

página oficial de *Facebook* de su representada, en la cual la promoción fue publicada desde el día 08/05/2019, fecha desde la cual, según su dicho, se entiende claramente vigente la promoción.

Además, señala que la anterior contradicción exime de toda responsabilidad y culpabilidad a su representada, ya que por medios oficiales de forma inteligible e inequívoca se estableció que la promoción objeto de análisis iniciaba desde la fecha de su publicación y se encontraría vigente hasta el 31/05/2019; con lo cual, afirma, que la misma cumple con todos los requisitos establecidos en la LPC. Para robustecer sus argumentos cita jurisprudencia constitucional que aborda el principio de culpabilidad, para destacar que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configura una acción ilícita.

2.2. En relación al principio de tipicidad, arguye que éste implica que sólo podrán sancionarse las infracciones e imponerse las sanciones previstas como tales en la ley, de manera clara, precisa e inequívoca. Las normas que establezcan infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Así, refiere que el procedimiento sancionatorio ha sido instruido contra su representada por la supuesta omisión de consignar la fecha de inicio de la promoción, la cual según los inspectores comenzó el día 01/05/2019, tal como se los manifestó la persona entrevistada, quien no era la persona idónea para brindar dicha información.

No obstante, menciona que el artículo 30 de la LPC expresa que dentro de la información que deben brindar los proveedores respecto de las promociones se encuentra la obligación de plasmar la duración de la misma, es decir, consignar en la información de las promociones de forma clara la fecha hasta la cual las promociones se encontrarán vigentes, pues la fecha de inicio de la promoción es comprensible en la publicación realizada que iniciaría desde la fecha en que esta fue publicada en la página oficial, la cual tendría una fecha de finalización el día 31/05/2019, quedando de esta manera definida claramente en la publicación la duración de la promoción; cumpliendo con lo establecido en dicho artículo.

Debido a la íntima vinculación que guardan los alegatos planteados por la apoderada de la proveedora (2.1. y 2.2.), estos serán desarrollados de manera conjunta.

Así, menciona que la contradicción entre las fechas de inicio exime de responsabilidad a su poderdante, ya que la persona que atendió a los inspectores no brindó la información correcta, pero que su representada sí dio cumplimiento al artículo 30 de la LPC, pues se entiende que la

fecha de inicio es la fecha de publicación de la promoción. En consecuencia, arguye, que pretender sancionar a su representada implicaría el quebrantamiento del principio de tipicidad.

En ese sentido, se advierte que ambos argumentos versan sobre la fecha de inicio y que según la apodera de la denunciada se respetó el marco normativo de la LPC. Por ello, es imperioso determinar si, efectivamente, se ha dado cumplimiento a dicho requisito.

Antes que nada, este Tribunal considera necesario hacer referencia a ciertos aspectos que han sido planteados en la jurisprudencia constitucional en lo que al tema de tipicidad e interpretación concierne.

Así, en la sentencia pronunciada a las diez horas con cuatro minutos del día 16/04/2018, en el proceso de amparo con número de referencia 20-2016, se dijo: “(...) *que la interpretación jurídica de una disposición legal o constitucional consiste en la atribución de un significado elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. Esta Sala ha reiterado que la formulación lingüística –el texto– de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido de sus disposiciones (Sentencias de fechas 4-II-97, 26-III-1999 y 14X-2013, pronunciadas en los procesos de Inc. 15-96, 4-98 y 77-2013, respectivamente) y fija los extremos o límites últimos entre la interpretación jurídica y una manipulación distorsionadora del contenido de la disposición*”.

Además, destacó que: “(...) *la precisión de las leyes penales –lo cual es también aplicable al Derecho administrativo sancionador– es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa, pues la aspiración de absoluta precisión, rigor total o exactitud terminológica en ese tipo de leyes es una utopía. En otras palabras, el requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es ilícita deben formular, describir, establecer o definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la mayor precisión posible o una determinación suficiente, de acuerdo con el contexto de regulación*”. (El resaltado y subrayado son nuestros).

En esa línea, se expuso: “(...) *que el legislador penal está obligado a garantizar tanto la igualdad de las personas ante la ley como la protección efectiva de bienes jurídicos, de manera*

que la técnica legislativa debe superar una tensión irremediable entre, por una parte, el carácter general (no individual) y prospectivo (dirigido a conductas futuras) de la ley y, por otra, el mandato de taxatividad. Dicho de otro modo, como el legislador penal no puede prever (y enlistar o enumerar de manera exhaustiva o casuística) todas las posibles conductas dañinas para un bien jurídico, es inevitable que en alguna medida recurra a **descripciones, conceptos o términos relativamente indeterminados, cuya interpretación permita adaptar la ley a las circunstancias sociohistóricas de su aplicación y, al mismo tiempo, respetar la garantía de precisión suficiente en la tipificación de los delitos**". (Los resaltados son nuestros).

Concluyó que "si bien el mandato de tipicidad requiere que las conductas sancionables hayan sido previstas por el legislador de manera precisa e inequívoca, ello **no debe ser entendido como una exigencia de exhaustividad en su descripción**". (Los resaltados son nuestros).

Establecido lo anterior, conviene hacer referencia a lo que se entiende por "duración"; así, según el diccionario de la lengua española puede definirse como: "*Tiempo que dura algo o que transcurre entre el comienzo y el fin de un proceso*"².

De esta manera, y a partir del significado de la palabra duración, se advierte que la misma está compuesta por un comienzo y fin; por consiguiente, dichos elementos deben ser consignados por los proveedores al momento de efectuar promociones. Claro está, que tal exigencia debe realizarse respetando los derechos de los consumidores y obedeciendo las obligaciones estipuladas en la LPC. Al respecto, cabe destacar los ya citados artículos 4 letra c) y 16 letra a) de dicha ley, en los cuales se regula que la información proporcionada por los proveedores debe ser **completa, precisa, veraz, clara y oportuna con posibilidad de comprensión directa**.

En ese sentido, resulta imperioso destacar, nuevamente, que es obligación de los proveedores consignar siempre la fecha de inicio, pues ello evitaría cualquier tipo de ambigüedad en la comunicación de la información, a la vez que se da cumplimiento a las características que ésta debe cumplir –artículos 4 letra c) y 16 letra a) ambos de la LPC–; lo que se traduce en seguridad jurídica para los consumidores.

Ahora bien, la apoderada de la proveedora denunciada afirma que desde el momento en que se publica la promoción ésta adquiere validez inmediata; sin embargo, pretender que sea

² Puede verse en <https://dle.rae.es/duraci%C3%B3n?m=form>

de esa forma conlleva dos problemas: **a)** que la proveedora presupone que todos los consumidores entenderán que la fecha de publicación es la fecha de inicio, es decir, que el comienzo de la promoción está condicionado, en sí mismo, por la capacidad interpretativa de los consumidores, o dicho en otras palabras, la proveedora pretende suplir su obligación legal en la hermenéutica de los consumidores; **b)** por si lo anterior fuera poco, en la praxis suele darse que los proveedores anuncian promociones las cuales inician su validez en una fecha posterior a la que fueron publicadas –sin que esto sea mencionado, claro está–, con la finalidad que, cuando efectivamente se encuentre implementada, logren un mayor impacto.

Implica, pues, que consignar una promoción sin determinar una fecha de inicio, aduciendo que desde la fecha de publicación se entiende válida, es atentatorio a los principios, obligaciones y derechos estipulados en la LPC, ya que no sólo se traslada una carga al consumidor, sino que la interpretación que propone la proveedora no es inequívoca.

Sobre trasladar una carga al consumidor, es imperioso referirse, nuevamente, a resolución 274-2009 de fecha 14/11/2012 pronunciada por la SCA, en la que 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”.

Por ello, se insiste, que determinar la fecha de inicio dota de seguridad jurídica a los consumidores. A manera de ejemplo, y resaltando las problemáticas que la falta de una fecha de inicio expresa pueda generar en este derecho, se puede mencionar la siguiente: los proveedores, aprovechando la ausencia de la fecha de inicio de una promoción, les da posibilidad que éstos se valgan de tal omisión para no darle cumplimiento a la promoción, bajo la prerrogativa que entrará en vigor posteriormente; con lo cual, devendría en una ventaja para los proveedores, rompiéndose la simetría informativa que busca la LPC.

De ahí que no sea cierta la afirmación de la apoderada, es decir, que la promoción empieza a surtir efecto desde el momento en que se publica, pretender que los consumidores lo asimilen de esta manera es desligarse de una obligación legal que como proveedora tiene, trasladando dicho imperativo a la hermenéutica de los consumidores; lo que deriva en una prerrogativa para su representada, al ubicar a los consumidores en una relación de asimetría informativa (por falta

de claridad, precisión, veracidad y comprensión directa de la información) y, por consiguiente, de inseguridad jurídica.

En definitiva, la proveedora no estipuló una fecha de inicio y la contradicción que la apoderada plantea sólo deja entrever el déficit de organización de la proveedora y la vulneración a la seguridad jurídica de los consumidores.

3. Violación a la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica (artículo 11 de la Constitución).

Concerniente a este punto, manifiesta, -en síntesis- que según consta en la notificación realizada, el auto de inicio del procedimiento fue emitido por este Tribunal Sancionador el día 31/07/2020; sin embargo, dicha resolución ha sido notificada hasta el día 24/09/2020, casi dos meses después de haber sido emitida dicha resolución, incumpliendo con los plazos establecidos en la LPA para efectuar las notificaciones. Dicho incumplimiento es contrario a la seguridad jurídica y a la garantía del debido proceso contenidos en la Constitución de la República.

Ahora bien, este Tribunal estima necesario hacer referencia al tema de la invalidez. Así, la SCA en la sentencia definitiva pronunciada en el Proceso Contencioso Administrativo de referencia 213-2005 de fecha 26/05/2010, señaló que *"La invalidez es definida por algunos autores como una "situación patológica" del acto administrativo, originada por vicios en sus elementos o porque éste incumple las reglas normativas, formales y materiales que condicionan el ejercicio de la potestad de que se trata. (Ramón Parada: Derecho Administrativo, Parte General, décima edición, Marcial Pons, España, 1998). Además, citando al autor Trevijano Fos apunta que "La validez depende, además de la existencia de los requisitos constitutivos del acto, de su adecuación a la norma" (José Antonio García-Trevijano Fos: Los Actos Administrativos. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1986)".*

Dentro de los vicios o deficiencias que afectan la validez del acto administrativo se pueden identificar tres categorías: i) nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta; ii) nulidad relativa o actos administrativos anulables; y ii) irregularidades no invalidantes, según lo ha señalado la SCA en la resolución antes citada (Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

No obstante, lo anterior, se considera que solo las categorías i) y ii) tienen la capacidad de generar la invalidez del acto administrativo.

Previo a analizar en qué categoría se encuentra el quebrantamiento al debido proceso, y en consecuencia el de seguridad jurídica, denunciado por la apoderada de la denunciada, es preciso realizar las consideraciones respecto a los principios rectores en materia de nulidad de los actos administrativos, identificándose dentro de estos principios los siguientes: legalidad, mera anulabilidad, trascendencia y conservación.

Principio de legalidad. En materia administrativa rige el principio de legalidad, y los vicios se relacionan directamente con un quebrantamiento del ordenamiento jurídico. En aplicación de este principio a las nulidades, se entenderá que los actos administrativos solo serán nulos cuando la ley lo establezca de forma expresa.

Esta manifestación del principio de legalidad ha sido regulada en el artículo 232 del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–, bajo lo que denomina “*Principio de especificidad*”, determinando que “*Los actos procesales serán nulos sólo cuando así lo establezca expresamente la ley (...)*”.

En aplicación de lo anterior, *la descripción de las conductas judiciales anulables, inicialmente es propia de la función legislativa, más que una labor judicial. Razón por la cual, la principal labor del tribunal sobre la nulidad, debe reducirse a la identificación y declaración de las actuaciones procesales anulables, sea por apreciación o denuncia.*

Principio de mera anulabilidad. Este principio implica que la mera violación al principio de legalidad no conlleva nulidad de pleno derecho (SCA, Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

Principio de trascendencia. Según lo establecido por la SCA solo se dicta o declara nulo un acto cuando el vicio en el que se incurre, causa indefensión o no puede ser subsanado (SCA, Sentencia Definitiva, 367-C-2004, 31/03/2019).

Asimismo, dicha Sala señaló que “*Las formas sólo acarrear nulidad del acto cuando colocan al administrado en una situación de indefensión, es decir, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías. Tal aseveración se encuentra en concordancia con el principio de trascendencia de las nulidades, en virtud del cual el vicio del que adolece el acto debe de provocar una lesión a la parte que lo alega.*” (SCA, Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

Por lo anterior, mediante el reconocimiento de este principio se excluye abiertamente la aplicación de la nulidad de actos administrativos originada por meras formalidades. Más bien, constituirá una tarea del juzgador orientar la motivación del auto sobre la existencia o no de la indefensión producida a la parte afectada; pues, es innegable que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no existe la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la existencia y comprobación de un vicio procedimental no conduce indefectiblemente a la declaratoria de nulidad, debiendo tomarse siempre en cuenta si el vicio produjo o puede producir perjuicio al derecho de defensa de la parte que lo alega o en cuyo favor se ha establecido, esto es, que debe cerciorarse el aplicador de la ley si el vicio trascendió al interés del peticionario.

En razón de lo anterior, resulta indispensable que a la especificidad se acompañe la trascendencia para que pueda existir una declaratoria de nulidad.

Principio favor acti o Conservación. El autor Joan Manuel Trayter Jiménez, señala que por el principio denominado “(...) favor acti o de conservación de los actos administrativos, se entiende que lo que dice la Administración se presume válido porque la Administración persigue el interés público y, por tanto, si existe algún vicio de legalidad, se tenderá a aislarlo del resto de la actuación administrativa y a conservar parte no viciada (...)”.³

Este principio, implica el deber de conservar la eficacia de todos aquellos actos procesales sucesivos al anulado, siempre y cuando no guarden una relación directa con éste y sean realmente independientes; en consecuencia, es recomendable que el Tribunal incluya en la resolución estimatoria de nulidad, el señalamiento preciso de los actos procesales anulados; de tal forma que los intervinientes en el proceso tengan el conocimiento y la seguridad de los actos conservan su validez o no.

Ahora bien, habiéndose abordado el tema de los principios que rigen las nulidades en materia administrativa, es procedente analizar estas categorías de invalidez de los actos administrativos.

En ese sentido, las nulidades se clasifican según el grado de invalidez del acto administrativo en: i) nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta y ii) nulidad relativa o actos

³ Trayter Jiménez, Joan Manuel. (2015). Derecho Administrativo. Parte General. 2º edición. Barcelona, España. Pág. 337.

administrativos anulables; a continuación, se desarrollarán los aspectos fundamentales sobre éstas:

i) Nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta.

La SCA en la sentencia definitiva pronunciada en el proceso contencioso administrativo 213-2005 (26/05/2010), señaló que la nulidad de pleno derecho *“Es una categoría de invalidez del acto, pero caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de ilegalidades o vicios que invalidan el acto administrativo”*; además, agrega que ésta es ocasionada *“(...) por vicios de tal magnitud, que desnaturalizan el acto como tal (...)”*.

En el mismo sentido, se pronuncia el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de Santa Tecla en la resolución pronunciada en el proceso de referencia 00066-18-ST-COPA-2CO de fecha 30/10/2018, señalando que *“(...) la nulidad de pleno derecho o absoluta es aquella que compone el máximo grado de invalidez, las infracciones que la generan son muy graves y sumamente excepcional es ocasionando que los actos que se encuentren viciados de manera insubsanable.”*

De lo anterior, se desprende que la nulidad de pleno derecho o absoluta constituye el máximo grado de invalidez del acto administrativo *ab initio*, es decir, que desde su mismo origen está viciado por lo cual no produce efectos jurídicos. Además, los vicios que incurren en éste no pueden ser subsanados ni por convalidación, ni por el transcurso del tiempo en virtud que tienen la característica de ser imprescriptibles; por lo tanto, cualquier acto administrativo viciado con nulidad absoluta, puede ser impugnado en cualquier momento utilizándose los medios establecidos en la ley.

Las consecuencias de los actos administrativos que contienen vicios de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta son su *imposible subsanación e imprescriptibilidad*, como se ha mencionado en el párrafo que antecede; por ello, hablamos de un tipo especial de invalidez del acto administrativo (carácter excepcional).

En este sentido, la SCA en la sentencia definitiva pronunciada en el proceso 213-2005 (26/05/2010), advierte que *“(...) no toda ilegalidad o violación conlleva nulidad de pleno derecho, es decir, la mera violación al principio de legalidad no conlleva nulidad de pleno derecho (...)”*. Además, la misma Sala citando al autor Roberto Dromi señala que *“(...) la gravedad del acto nulo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados, en el orden público y jurídico estatal”*.

Por lo tanto, el grado de invalidez de los actos ha de medirse con base en la gravedad del vicio y si éste es capaz de causar lesión a los derechos e intereses de los afectados conforme a la Constitución y la ley secundaria. En consecuencia, la nulidad de pleno derecho queda reservada solo para casos excepcionales, en los que el grado de invalidez que reviste el acto administrativo sea el máximo determinado por la ley.

Para que se configure la nulidad de pleno derecho, la SCA en la resolución citada en el acápite anterior, ha señalado que deben concurrir los siguientes supuestos: *“i) Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria de carácter administrativo, por haberse omitido en exceso, o fuera de las potestades normativas; ii) que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional; e iii) que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad”*. (Los resaltados son nuestros). Por consiguiente, no basta solo con la mera invocación del vicio que afecta el acto administrativo, sino que ha de analizarse la gravedad de la invalidez invocada, la trasgresión al ordenamiento administrativo secundario y a la Constitución, y si esta trasgresión ha sido capaz de afectar la esfera de los derechos e intereses del administrado.

Como se ha señalado en la presente resolución, la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta es una categoría de invalidez del acto administrativo, constituye el máximo grado de invalidez y trae aparejada las siguientes consecuencias: a) imposibilidad de subsanación; b) imprescriptibilidad; y c) ineficacia ab initio (no produce ningún efecto).

El artículo 36 de la LPA determina que los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando:

a) Sean dictados por autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio;

b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la Ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados;

c) Se adopten prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados;

d) Tengan un contenido imposible, ya sea porque exista una imposibilidad material de cumplimiento o porque la ejecución del acto exija de los particulares actuaciones que resulten irreconciliables entre sí;

- e) Sean constitutivos de infracciones penales o se dicten como consecuencia de éstas;
- f) Sean contrarios al ordenamiento jurídico por que se adquieren derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;
- g) Sean dictados con el propósito de eludir el cumplimiento de una Sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; y,
- h) Así lo determine expresamente una Ley especial.

Asimismo, establece que los actos viciados de nulidad absoluta o de pleno derecho no se podrán sanear ni convalidar.

ii) Nulidad relativa o actos administrativos anulables.

Según Agustín Gordillo⁴, la nulidad relativa o actos administrativos anulables *"Son los que tiene vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares"*. Este tipo de actos al incurrir en vicios menos graves, pueden ser convalidados y subsanados (principio de mera anulabilidad).

Respecto a esta categoría de nulidad, la SCA en la sentencia pronunciada en el proceso contencioso administrativo de referencia 264-15, a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del día 22/07/2019, determinó que *"(...) la nulidad relativa o "anulabilidad" alude a cualquier vicio capaz de afectar la validez de un acto administrativo diferente a aquellos constitutivos de nulidad de pleno derecho -criterio residual-; además, se trata de vicios cuya alegación prescribe, sus efectos no son retroactivos y sus afectaciones al ordenamiento jurídico pueden ser subsanables."*

Asimismo, el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de Santa Tecla en la resolución pronunciada en el proceso de referencia 00066-18-ST-COPA-2CO de fecha 30/10/2018, señala que *"Un vicio anulable o de nulidad relativa, tiene como característica la prescriptibilidad de la acción judicial, y los actos administrativos que adolezcan del mismo devienen en firmes cuando no se hace uso de los medios procesales habilitados en forma y plazos que establece el legislador."*

En atención a lo anterior, la acción de denuncia de los actos anulables no tiene el carácter de imprescriptibilidad, por lo cual, el interesado debe de solicitar de forma oportuna su

⁴ Gordillo Agustín. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y otras obras. Tomo 8º. Teoría General del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Pág. 244.

anulación, en caso contrario, se puede convalidar el acto anulable por actos posteriores o por el simple transcurso del tiempo.

Respecto a la Nulidad Relativa, la LPA determina en el artículo 37 que se consideran relativamente nulos los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que no esté calificada como nulidad absoluta o de pleno derecho.

iii) Irregularidades no invalidantes

Como se ha mencionado anteriormente, una de las deficiencias que afectan la validez de los actos administrativos son las irregularidades no invalidantes; sin embargo, estas deficiencias no tienen la capacidad de generar la invalidez del acto administrativo.

En el artículo 38 de la LPA, se establece este tipo de irregularidades bajo la denominación de *“Vicios de forma y en cuanto al plazo”*, y se señala respecto a estas lo siguiente: *“Los vicios de forma sólo serán causa de nulidad del acto cuando afecten a requisitos formales indispensables, o cuando la ejecución del acto coloque al ciudadano en una situación de indefensión, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías (...)”*.

La SCA en la resolución emitida a las catorce horas con cuarenta y seis minutos del día 09/03/2018 en el proceso de referencia 292-2014, señaló *“El procedimiento administrativo es una herramienta que tiende a la protección de derechos y satisfacción de pretensiones (...) Para tal efecto, se configuran determinados mecanismos legales de depuración, que permiten garantizar el cumplimiento de dicho propósito; ejemplo de ello son las ilegalidades procesales que se invocan ante cualquier contravención que se pueda manifestar a lo largo del procedimiento administrativo, con el objeto de garantizar al administrado una posibilidad real de defensa.”* –el resaltado es propio–.

Sin embargo, agregó dicha Sala, para que los mecanismos de depuración –como lo son las ilegalidades procesales– no se conviertan en dilaciones indebidas al proceso, estas deben estar amparadas al principio de **relevancia o trascendencia**, antes señalado por este Tribunal. En razón de dicho principio *“(...) las ilegalidades invocadas deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desmejora material en la esfera jurídica del administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran.”* –el resaltado es propio–.

Por consiguiente, las ilegalidades procesales solo serán declaradas nulas cuando causen indefensión.

Desarrollado lo esencial del tema de la invalidez, sus elementos y consecuencias jurídicas, corresponde ahora analizar si los argumentos vertidos por la apoderada de la denunciada se encuentran comprendidos en algunos de los supuestos establecidos en los artículos 36, 37 y 38 de la LPA.

Así, alega que el artículo 97 inciso 2º de la LPA establece que *toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de tres días hábiles a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado*. No obstante, dijo que según consta en la notificación realizada, el auto de inicio del procedimiento fue emitido por este Tribunal Sancionador el día 31/07/2020; pero, dicha resolución ha sido notificada hasta el día 24/09/2020, casi dos meses después de haber sido emitida la resolución, incumpliendo con los plazos establecidos en la LPA.

Conforme con lo anterior, la ilegalidad denunciada por la proveedora se encuentra comprendida dentro del supuesto de *vicios de forma y en cuanto al plazo* descritos en el artículo 38 de la LPA.

Ahora bien, dichos vicios solo causarán la nulidad del acto cuando afecten a requisitos formales indispensables, o cuando su ejecución coloque al administrado en una situación de indefensión.

En ese orden, se advierte que la inobservancia a dicho plazo no ha provocado indefensión alguna en la esfera jurídica de la denunciada; pues según el auto de inicio, específicamente la letra b) del fallo (fs. 6 vuelto), se le concedió el plazo de cinco días hábiles para que presentara sus alegatos de defensa e incorporara la documentación que estimara conveniente; esta resolución fue notificada en fecha 21/09/2020 (fs. 9). En atención a ello, el día 01/10/2020 la apoderada de la denunciada ejerció, sin ningún tipo de obstáculo, su derecho de audiencia y defensa, ello queda de manifiesto a través del escrito presentado y la documentación agregada al mismo, lo cual consta a fs. 10-23.

En línea con lo esbozado, este Tribunal considera oportuno mencionar lo establecido por la SCA en la resolución de las catorce horas con cincuenta minutos del día 02/10/2017, en el proceso de referencia 241-14, donde señaló:

"(...) se evidencia que el procedimiento instruido para sancionar a la demandante fue el regulado en el artículo 24 de la LRSIHCP, e incluso aún y cuando dicha disposición regula

un término de cinco días hábiles para responder y presentar pruebas pertinentes, el Tribunal Sancionador únicamente confirió tres días de audiencia común y para presentar prueba. No existe duda que la autoridad demandada infringió la forma procesal al sancionar a la actora instruyendo el procedimiento regulado en el artículo 24 de la LRSIHCP y no el establecido en la LPC, de conformidad al artículo 30 inciso segundo de la LRSIHCP. (...) Sin embargo, **más que satisfacer meros formalismos**, este tribunal debe analizar sistemáticamente lo actuado y verificar si ha existido alguna violación a las garantías procesales invocadas por la demandante. **La violación de la forma procesal debe, de alguna manera, trascender a un efecto tal que genere una desprotección material en la esfera jurídica de las partes, entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran**"

"La inobservancia del procedimiento sancionador establecido en el artículo 30 inciso primero de la LRSIHCP, haría suponer que procede declarar la ilegalidad de las sanciones impuestas a la demandante de acuerdo con los argumentos que ha planteado. (...) No obstante, en el presente caso, según consta en el auto de inicio del procedimiento tramitado por el Tribunal Sancionador [literal (c) del numeral que antecede], la sociedad ahora denunciante sí tuvo conocimiento de la imputación que se le realizaba [infracciones atribuidas y posible sanción a imponer], tanto así que ejerció su derecho de defensa en congruencia con tal imputación, dentro del término probatorio concedido por la aludida autoridad."

"(...) aun cuando no se siguió el procedimiento formalmente indicado, la sociedad actora estuvo sometida a un verdadero procedimiento administrativo contradictorio en el que se garantizó su participación procesal a fin de ejercer sus derechos de defensa y de audiencia. (...) A partir de lo anterior, **la infracción a la mera forma procesal no trascendió materialmente al punto de provocar un daño comprobado a las garantías procesales de la demandante**". (Todos los resaltados son nuestros).

En ese orden de ideas, siguiendo el criterio jurisprudencial de la SCA y al haberse comprobado que la inobservancia procesal alegada por la denunciada no le provocó ninguna situación de indefensión ni obstaculización para el ejercicio de su derecho de audiencia y defensa, se concluye que tal aspecto no deriva en una nulidad de pleno derecho que tenga como resultado un acto ilegal.

En definitiva, ninguno de los argumentos planteados por la apoderada de la proveedora denunciada en su escrito –desarrollados en el presente apartado C– son suficientes para desvirtuar la infracción atribuida.

D. 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 publicación de la promoción contenida en *Facebook* el día 08/05/20019, fs. 3-4), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que en el establecimiento “

, propiedad de la proveedora denunciada, incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: “*Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes*” (...), por cuanto 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 duración o vigencia (fecha de inicio) 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, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó la promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el

administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

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

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

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

En el presente procedimiento y realizando un simil con lo dispuesto en el artículo antes relacionado, se tomarán en cuenta las ventas netas declaradas en el estado de resultado del 01/01/2019 al 31/01/2019 (fs. 21), la cual asciende a \$1,446,238.05 dólares.

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

b. Grado de intencionalidad de la infractora.

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

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

En el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, por no informar al consumidor la duración de la promoción referida, y ésta no se detalle por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Y es que, como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia. Por lo que se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de : _____, S.A. DE C.V., al haber omitido informar a los consumidores los requisitos antes mencionados, establecidos en la ley aplicable a las promociones y ofertas.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora es directa, pues se acreditó que se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la vigencia (fecha de inicio), 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

R
7
A

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 los 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 periodo que no corresponde y quitándoles la posibilidad de determinar el precio de lo ofrecido, impacto o afectación abstracta de los derechos del consumidor que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LPC-.

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

En el presente caso, este Tribunal estima que la falta de la información en relación con la vigencia (fecha de inicio) 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 la infractora.

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 la infractora 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 la infractora.

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 _____, S.A. DE C.V., no podría definirse

R
7
A

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 órgano pretende disuadir al infractor , S.A. DE C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra n) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

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

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora , S.A. DE C.V., pues se ha determinado que ésta incumplió con la obligación estipulada en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC,

consistente en realizar una promoción sin determinar la duración o vigencia (fecha de inicio) de la misma, circunstancias que pudo haber inducido a error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es equiparable a una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme 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 las conductas cometidas 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 el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

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

En línea con lo expuesto, es necesario señalar que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Por tanto, a la proveedora _____, S.A. DE C.V., se le impone una multa de TRES MIL QUINIENTOS DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,500.04), equivalentes a once salarios mínimos y quince días de salario mínimo urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 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) *Agréguese* la documentación presentada por la licenciada “ ” de López, la cual consta de fs. 10-23

b) *Sanciónese* a la proveedora “ ” S.A. DE C.V., con la cantidad de **TRES MIL QUINIENTOS DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,500.04), equivalentes a once salarios mínimos mensuales y quince días de salario mínimo 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.**

c) *Tómese nota* del lugar y medio técnico señalado por la licenciada de López para recibir notificaciones.

Notifíquese.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

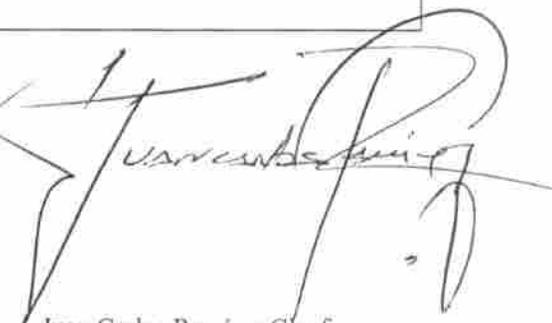
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: *“Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por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



José Leoisick Castro
Presidente



Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal suplente

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

IA/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador

