	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 22/03/2022 Hora: 08:30 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 100-2020</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Disma, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>A. Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor—LPC—, el 02/08/2019 se practicó inspección en el establecimiento denominado “<i>PREMIUM CENTER</i>”, , municipio y departamento de San Miguel, propiedad de la proveedora Disma, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada (02/08/2019) se levantó el acta correspondiente —fs. 3 y 4— en la cual se consignó que en un banner encontrado dentro del establecimiento de la proveedora denunciada, se publicó la promoción que se leía “<i>¡Descuentos! Carteras, juguetes, calzado y hogar, según el color de la viñeta del producto, la viñeta de color rosado indica normal, viñeta color rojo indica diez por ciento, viñeta color verde indica treinta por ciento, viñeta color morado indica cincuenta por ciento, viñeta color gris indica sesenta por ciento y viñeta color celeste indica setenta por ciento</i>”. En dicha promoción, se observó que no se determinó la vigencia de la misma. Al consultarle al dependiente del establecimiento que atendió a los delegados de la Defensoría de Consumidor, sobre la vigencia de la promoción, esta manifestó que la promoción tenía una vigencia de siete días, iniciando los días sábado y finalizando los viernes de cada semana ya que el porcentaje de descuento cambia, dicha información se daba a conocer de manera verbal a los consumidores.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que hoy se analiza, se constató que la vigencia de la referida promoción no se encontraba de manera completa en los medios publicitarios utilizados para dar a conocer las mismas en los medios exigidos por ley, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el o los establecimientos 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, puesto que éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de las ofertas.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>A. Tal como consta la resolución de inicio (fs. 9-10), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores <i>recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir</i>. Además, a la letra a) del artículo 16 de la LPC, al referirse a los requisitos de las promociones y ofertas, estipula que, entre otros aspectos, debe tener la posibilidad de comprensión directa.</p>			

También, se afirma una transgresión a lo regulado en el inciso primero del artículo 27 de la LPC, en lo concerniente al derecho de información: *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.

Por otra parte, en relación a la frase *“restricciones aplican”*, este Tribunal Sancionador, en la misma resolución final precitada, se refirió a ella en el sentido de que la misma debe ser evaluada considerando si: a) Con ello se han dejado por fuera condiciones esenciales de la contratación; y b) Las limitantes ulteriormente aplicadas modifican en forma sustancial la oferta principal anunciada en el medio publicitario de manera que ya no refleje las condiciones reales de la promoción. Consecuencia de lo anterior, las instituciones de autorregulación publicitaria y las tutelares de derechos del consumidor sostienen que el

anunciante tiene la obligación de incluir de forma inequívoca y perceptible -en su mensaje publicitario- las limitaciones o condiciones esenciales de la oferta realizada, de manera que no existan requisitos ulteriores no conocidos por los destinatarios y que limiten, modifiquen o contradigan las afirmaciones del mensaje publicitario principal.

Así, cuando un proveedor emplea la frase “*restricciones aplican*”, sin proporcionar un mecanismo que permita a los consumidores conocer y tener acceso a la información adicional esencial o relevante para la contratación de los bienes o servicios ofertados ; o bien, el proveedor, habiendo establecido el mecanismo anterior, incluye condiciones generales de contratación que modifican, alteran, des-naturalizan, limitan o crean cualquier clase de variación esencial en cuanto la oferta contenida en el anuncio original, y si dicho el mecanismo no puede calificarse de idóneo, o se establecen cualquier otra clase de barreras de acceso, pone en evidente desventaja al consumidor que ha sido atraído a la contratación basado en la promoción ofrecida.

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

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

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

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

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la sociedad **Disma, S.A. de C.V.**, pues en resolución de inicio de fs. 9-10, se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 11/08/2021(fs. 11).

Mediante el referido acto de comunicación, se garantizó el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa de la proveedora denunciada, confiriéndole la oportunidad procedimental de intervención en el presente procedimiento sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes podían hacer uso de los medios probatorios, así como ofrecer y/o solicitar las pruebas que estimaran convenientes, respetando los

aspectos establecidos en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–.

I. En fecha 18/08/2021 se recibió escrito firmado por el licenciado , manifestando actuar en calidad de apoderado de la proveedora **Disma, S.A. de C.V.**, dicha calidad se tiene por acreditada con base a los documentos agregados por el referido profesional, de fs. 25-29. En dicho escrito el apoderado alega:

A. Nulidad de pleno derecho.

Arguye que este Tribunal al haber dictado el auto de inicio prescindió totalmente del procedimiento legalmente establecido, para dar sustento a lo anterior hace una cita –en términos generales– de: la doctrina relacionada a lo que se entiende por caducidad del procedimiento administrativo sancionador, la regulación de la caducidad de conformidad con la Ley de Procedimientos Administrativos -en adelante LPA- (artículos 80 y 89 de la LPA), las implicaciones de la validez de los actos administrativos, el alcance del debido proceso en sus manifestaciones del derecho de audiencia, defensa y seguridad jurídica a partir de lo consignado en el artículo 11 de la Constitución de la República, y los efectos del silencio administrativo en los procedimientos iniciados de oficio (art. 114 número 2 de la LPA), los cuales constan en los fs. 14 al 17 vuelto.

B. Esbozado lo mencionado previamente, el apoderado de la proveedora hace sus conclusiones respecto al caso de mérito:

Que si una resolución no es emitida dentro del plazo legalmente establecido, cualquiera que sea, es absolutamente legal y nula, pues es el legislador y no la Administración Pública la que ha establecido los parámetros de predictibilidad que se relacionan con la seguridad jurídica y debido proceso, es decir, que no corresponde al Tribunal Sancionador decidir cuándo hace caso al legislador y cuándo no, en virtud que a este último sólo le corresponde interpretar y aplicar la ley, mas no reformularla ni inaplicarla.

Así, refiere que el presente procedimiento se inició por medio de inspección realizada el día 02/08/2019, realizada por los delegados de la Defensoría del Consumidor, basándose en esa inspección la Presidencia de la Defensoría del Consumidor presentó al Tribunal Sancionador denuncia el 21/01/2020, interponiéndose la denuncia más de cinco meses después de la inspección, por lo que a la fecha del auto de inicio (19/07/2021) y su notificación (11/08/2021), el plazo de los 9 meses regulados por la ley para la aplicación de la caducidad en el presente procedimiento sancionatorio, a su juicio, ya había sido superado.

En ese orden de ideas, enfatiza en que el artículo 80 de la LPA consigna que los plazos son perentorios tanto para el administrado como para la administración, trayendo su incumplimiento como consecuencia la caducidad. Además, destaca que ello deviene en un quebrantamiento a lo estipulado en los artículos 36 relacionados con el 80 y 89, todos de la LPA. Expone que el irrespeto a los plazos originó la indefensión por más de un año respecto de la situación de su mandante.

En virtud de los referidos alegatos, el apoderado de la proveedora denunciada señala la violación al principio de legalidad y seguridad jurídica, por lo que corresponde –según su dicho– la declaratoria de nulidad de pleno derecho por haber sido dictada en contra de ley expresa y dejar en indefensión a su mandante, específicamente señala la invalidez de dos actos: la admisión de la denuncia y decretar el inicio de proceso sancionador por el plazo caducado y no dictar resolución de inicio y finalización del proceso en el plazo

establecido por los artículos 36 letra b, 80,89, 114 número 2 de la LPA relacionado con el artículo 144 de la LPC.

2. En relación a los argumentos vertidos por la denunciada, este Tribunal estima conveniente hacer referencia los siguientes tópicos: la potestad sancionadora de la Administración Pública y el principio de seguridad jurídica (A); caducidad administrativa a nivel doctrinario y jurisprudencial (B); integración de las reglas procesales de la LPA (C); las irregularidades no invalidantes (D); aplicación al caso de mérito (E).

A. La potestad sancionadora de la Administración Pública y el principio de seguridad jurídica.

Al respecto, se debe mencionar que esta surge de la atribución conferida por el artículo 14 de la Constitución de la República, así se ha afirmado por la Sala de lo Constitucional en su sentencia de Inconstitucionalidad 8-97 de las doce horas del 23/03/2001, en la cual literalmente dice: *“que si bien es cierto que existe una potestad jurisdiccional, que exclusivamente es ejercida por el Órgano Judicial, dentro de la cual se encuentra la facultad de imponer penas según el Artículo 14 de la Constitución, también existe una potestad sancionadora de la Administración Pública, conferida en el mismo Artículo; en la actualidad se acepta dicha potestad dentro de un ámbito más genérico y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, del ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de este (...)”*.

Es así que se ha establecido que tanto el procedimiento sancionatorio como el proceso penal, devienen del mismo *ius puniendi* que, al ser uno, deben aplicarse los principios del derecho penal al proceso administrativo sancionador; muestra de esta afirmación es la aplicación del principio de legalidad, entendiéndose por éste como el principio fundamental del derecho público conforme al cual todo el ejercicio del poder público debería de estar sometido a la voluntad de la ley y no a la voluntad y el arbitrio de sus integrantes, es decir, asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no puedan ser sancionadas sino en virtud de la misma.

Acotando lo anterior, es preciso relacionar la aplicación del principio de seguridad jurídica tal como lo establece la Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad con referencia 15-99 de fecha 13/08/2002, mantiene que: *“-por seguridad jurídica se entiende la certeza que el individuo posee, en primer lugar, de que su situación jurídica no será modificada o extinguida más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Y, en segundo lugar, la certeza de que dichos actos respetarán lo establecido legalmente sin alterar el contenido esencial de la Constitución (...)”*.

Así mismo, la SCA en resolución con referencia 27-2010 de fecha 23/06/2019 determinó que *“el principio de seguridad jurídica regula la no perpetuidad de la persecución administrativa, siendo una limitante al ejercicio del ius puniendi del Estado, debiendo así, cumplir con los plazos previamente establecidos en la ley.”*

B. Caducidad administrativa a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Por otra parte, este Tribunal tiene a bien recordar la naturaleza y efectos de la caducidad administrativa que de acuerdo a la legislación nacional deberán aplicarse a casos donde haya transcurrido el plazo para que opere la misma. Tal como lo establece la doctrina del derecho procesal administrativo, la caducidad es una figura procesal que regula la terminación anormal o anticipada del procedimiento administrativo, que se

refiere a un hecho jurídico-procesal específico: el transcurso de un plazo procesal señalado por ley. Por ejemplo, transcurrido el plazo previsto para el ejercicio de un derecho, o la realización de un trámite, o la interposición de un recurso, la doctrina procesal establece que se entenderá por perdido el derecho, trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse. La caducidad también dará lugar a la terminación de un proceso, extinguiéndolo por el hecho de que no ha habido actividad procesal alguna en el plazo que establece la ley. En otros términos: en virtud del interés general, dentro del ordenamiento jurídico la caducidad se crea para que las acciones y recursos sean ejercidos dentro de un plazo concreto, de manera que los procedimientos no queden estancados indefinidamente, y que los derechos o potestades otorgados en términos favorables sean realmente aprovechados por sus titulares.

En el ámbito del derecho público administrativo y sobre el tema de la caducidad acaecida dentro de un procedimiento sancionador, la SCA en reciente jurisprudencia ha afirmado que la caducidad *es una figura jurídica de naturaleza netamente adjetiva, y la define como una forma de terminación del procedimiento administrativo por superación del plazo máximo para resolver, cuyo incumplimiento impide su prosecución y resolución final; es decir, supone, la terminación de un procedimiento sancionador sin una resolución sobre el fondo, cuando éste, se encuentra detenido durante un plazo excesivo de tiempo, sin que le sea notificada al administrado resolución expresa.* (Sentencia referencia 153-2014, de fecha 27-09-2019).

En dicha resolución la SCA sostiene que cuando la caducidad es producida exclusivamente por causa de la Administración Pública, imposibilita a que la autoridad, ante su propia inactividad, continúe instruyendo un procedimiento sancionatorio fuera del plazo legalmente establecido para ello. Es decir, que una vez iniciado un procedimiento si éste no concluye en el plazo legal, la consecuencia jurídica es que el mismo caduca, configurándose entonces una forma de darlo por finalizado.

C. Integración de las reglas procesales de la LPA.

Este Tribunal Sancionador, procurando que en todo procedimiento administrativo se respeten las reglas del Debido Proceso –proceso constitucionalmente configurado– y de acuerdo a los plazos procesales previamente establecidos en la LPA considera que al presente procedimiento sancionador debe aplicarse la obligación establecida en el artículo 89 inciso 2° que establece: *“El procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o por resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación (...)”*, teniendo en cuenta que el artículo 26 señala: *“Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables, o no procede su notificación (...)”*, relacionado con el artículo 97 inciso 1° el cual determina: *“Todo acto administrativo que afecte a derechos o intereses de las personas, tendrá que ser debidamente notificada en el procedimiento administrativo”*.

De acuerdo con dichos parámetros, este Tribunal Sancionador es del entendimiento, que **existe un máximo de 9 meses contados a partir del día siguiente de la notificación del auto de inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir resolución final.** Por otro lado, la misma LPA en su artículo 82 inciso 4° establece que: *“Si el plazo se fija por meses o años, estos se computaran de fecha a fecha (...)”*, es decir, el plazo de los 9 meses, debe computarse en días calendario. Una vez concluidos estos 9 meses la LPA regula los efectos legales del acaecimiento de la finalización de este plazo en su artículo 114

numeral 2, establece que: “En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en esta Ley”.

D. Las irregularidades no invalidantes.

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 iii) 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 el apoderado 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 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 (...)*”.¹

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

(i) Nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta.

¹ Trayter Jiménez, Joan Manuel. (2015). Derecho Administrativo. Parte General. 2º edición. Barcelona, España. Pág. 337.

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 manifestamente 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 las 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 porque 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 Gordillo², 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*

² Gordillo Agustín. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y otras obras. Tomo 8°. Teoría General del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Pág. 244.

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 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.

E. Aplicación al caso de mérito.

(i) En virtud de todo lo esbozado en el presente apartado (2) conviene hacer hincapié en el hecho que este Tribunal tiene la obligación de emitir resolución final en el plazo máximo de 9 meses, los cuales se

contabilizan a partir de la notificación del auto de inicio³, de conformidad con el artículo 89 inciso 2^o de la LPA, en relación con los artículos 26⁵ y 97 inciso 1^o del mismo cuerpo normativo. En ese sentido, lo afirmado por el apoderado de la proveedora, esto es, que la caducidad empieza a contabilizarse a partir del momento en que la Defensoría del Consumidor tiene conocimiento de la supuesta infracción es contrario a lo regulado por la LPA, y es que carecería de sentido que fuese así, pues desconfiguraría el esquema predeterminado por dicha ley, lo que implicaría un detrimento al principio de legalidad en materia sancionatoria, seguridad jurídica y al efectivo ejercicio del derecho de audiencia y defensa, ya que –bajo esta lógica– las etapas y plazos procesales transcurrirían sin que este ente colegiado –instructor del procedimiento– así como el denunciado tengan conocimiento del hipotético quebrantamiento a la ley.

En definitiva, y en virtud de las disposiciones citadas, este Tribunal ha seguido el procedimiento consignado por la LPA, otorgando las garantías del debido proceso –derecho de audiencia y defensa, igualdad, principio de aportación de la prueba, entre otros– por lo que no se configura la causal de nulidad de pleno derecho planteada por la proveedora (prescindir absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

(ii) Por otra parte, el apoderado de la proveedora señala como causal de nulidad de pleno derecho el incumplir con los plazos establecidos en el artículo 80 de 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* descrito en el artículo 36 y 80 de la LPA.

Al respecto, resulta conveniente mencionar el artículo 143 de la LPC que establece las causales por el cual se puede dar por iniciado un procedimiento administrativo sancionador, siendo así, el artículo 144 de la LPC establece el trámite respectivo de las denuncias que sean interpuestas por los consumidores si el caso fuera de naturaleza individual o por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor si este fuera de naturaleza difusa, por lo cual el artículo 144-A de la misma ley específicamente regula el procedimiento simplificado y reza: *“cuando se trate de denuncias de oficio, y los hechos estén claramente determinados, por haberse consignado en actuaciones de la Defensoría del Consumidor o probado con actuaciones de otras instituciones(...) el expediente podrá tramitarse en procedimiento simplificado”* asimismo el literal b) se establece que *“en el plazo de cinco días siguientes a la notificación del referido auto, el infractor podrá formular las alegaciones y presentar los documentos que estimen pertinentes”*. Aunando a lo anterior, el artículo 158 de la LPA establece el procedimiento simplificado y en su numeral dos se establece y reafirma el plazo de cinco días a partir de la notificación del acuerdo de iniciación, que el infractor deberá de hacer la aportación de alegaciones, documentos o informaciones que estimen convenientes, por lo cual este honorable Tribunal no realizó ningún acto en contra de las disposiciones legales establecidas en el marco jurídico salvadoreño, por ende, no se causó ninguna vulneración al derecho de defensa de la proveedora denunciada,

³ En el presente caso, el auto de inicio fue notificado el 11/08/2021, es decir, que el plazo máximo para emitir resolución final es el 11/05/2022.

⁴ *“El procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o por resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación (...)”*.

⁵ *“Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables, o no procede su notificación (...)”*.

⁶ *“Todo acto administrativo que afecte a derechos o intereses de las personas, tendrá que ser debidamente notificada en el procedimiento administrativo”*.

pues todas las actuaciones se realizaron en el plazo legal establecido, por lo cual se desestima la solicitud de la proveedora de declarar la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador.

(iii) Respecto a la errónea aplicación de la infracción en relación a los requisitos que describe el artículo 30 de la LPC, alegada por el apoderado de la proveedora, este Tribunal debe establecer la importancia que tienen los elementos de la duración o vigencia y las restricciones o condiciones, elementos que serán abordados de manera más amplia en el romano VI de la presente resolución.

(iv) Finalmente, respecto al argumento de ilegalidad en la introducción de los medios de prueba en la denuncia presentada por el presidente de la Defensoría del Consumidor, el apoderado de la proveedora denunciada, alega que la Defensoría del Consumidor ha establecido como medios de prueba los siguientes elementos: i) Acta de inspección SM0789/2019 y ii) cuatro fotografías tomadas durante la inspección.

En cuanto al acta de inspección expone que la misma no tiene relación con el auto de inicio del procedimiento administrativo, pues la notificada tiene como referencia acta No.0789 difiriendo en las letras SM y en el año 2019 de la presentada por el presidente de la Defensoría del Consumidor, por lo que considera que es relevante y pertinente por que la prueba ofertada es ilegal y este Tribunal la ha valorado; asimismo, en cuanto a las fotografías, las cuales fueron adjuntadas con la denuncia, señala que han sido tomadas durante la inspección, pero en el acta de inspección de fecha 02/08/2019 los inspectores han hecho constar que se tomó *“únicamente una fotografía al rotulo que contiene los diferentes descuentos según color de la viñeta (...)”* y suponiendo que las actas de los inspectores gozan del principio de veracidad, existe una discordancia entre lo afirmado en la inspección y lo ofrecido por el Presidente de la Defensoría del Consumidor, por lo que no se establece credibilidad a lo afirmado en la denuncia.

En relación a lo argumentado, en primer lugar, es necesario abordar el contenido material del acta de inspección y su relación con la denuncia presentada por el Presidente de la Defensoría del Consumidor. Cabe señalar, que el acta fue levantada el 02/08/2019 en el establecimiento denominado *“PREMIUM CENTER”*, y el contenido de los hallazgos de la misma fueron corroborados por los delegados de la Defensoría del Consumidor y la Sub gerente de la sucursal la señora _____; en la misma se hace constar que en el establecimiento denunciado se encontró un banner que contenía la promoción que se lee: *“¡Descuentos! Carteras, juguetes, calzado y hogar, según el color de la viñeta del producto, la viñeta de color rosado indica normal, viñeta color rojo indica diez por ciento, viñeta color verde indica treinta por ciento, viñeta color morado indica cincuenta por ciento, viñeta color gris indica sesenta por ciento y viñeta color celeste indica setenta por ciento”*, en la cual no se determinó la vigencia de la misma, y que esta era informada de manera verbal a los consumidores.

Con base a la inspección realizada, el Presidente de la Defensoría del Consumidor en el pleno ejercicio de sus funciones promovió denuncia en contra de la proveedora denunciada en relación a la infracción descrita en el artículo 43 letra n) de la LPC, pues en el contenido de la promoción no se encontraban los requisitos que exige el artículo 30 de la LPC; asimismo en aplicación del principio de verdad material, este Tribunal dio por valorados los documentos probatorios que posteriormente dieron lugar al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, pues según dicho principio *todas las actuaciones de la autoridad demandada se ampararan en la verdad material que resulte de los hechos investigados y conocidos*. En

ese orden de ideas, la Defensoría del Consumidor ejerce la facultad de inspección por medio de su Presidente, siendo su finalidad la de verificar el cumplimiento de las obligaciones a las que están sujetos los proveedores de acuerdo a la ley de la materia.

En concordancia con lo anterior, el artículo 19 del Reglamento de la LPC dispone que, para el cumplimiento de las funciones de vigilancia e inspección previstas en el artículo 58 letra f) de la LPC, la Defensoría puede actuar mediante empleados o funcionarios, quienes constatan el cumplimiento de las disposiciones de la ley. En ese sentido, el artículo 20 del referido Reglamento dispone que los empleados o funcionarios deben acreditar su intervención con la autorización que para tal efecto emita la Defensoría, la que actúa a través de su Presidente.

En línea con lo anterior, el acta de inspección goza de *presunción de certeza*, según lo regulado en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, la cual puede ser un elemento probatorio legal, pertinente y útil dentro de este procedimiento, pues como ya se mencionó todo lo redactado fue únicamente relacionado con el objeto de hallazgo y corroborado por la sub gerente y aunque el apoderado de la proveedora alega que la referencia contenida no es la misma con la denuncia, se ha verificado que *el contenido material del acta obedece específicamente a los hallazgos y hechos denunciados por el presidente de la Defensoría del Consumidor*.

Finalmente, en relación con las fotografías que se encuentran dentro del expediente administrativo de mérito y la relacionada en el acta de inspección (fs. 5), este Tribunal aclara que se ha valorado la fotografía que se vincula con el banner que contiene la promoción denunciada, pues, como se menciona en el acta a fs. 3 vuelto “(...) *el rótulo que contienen los descuentos según el color de la viñeta no informa la vigencia y restricciones(.)*”, por lo cual, los hechos analizados en la presente resolución son relacionados únicamente con la fotografía antes mencionada (fs. 5), dejando de lado las otras tres mencionadas pues tienen un fin ilustrativo, no probatorio.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

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

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

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

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

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

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

a) Acta N° 0789—fs. 3 — de fecha 02/08/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de la inspección realizada en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada, constató que se hacía efectiva la promoción verificada sin indicación de su vigencia.

b) Impresión de la fotografía tomada en relación a la promoción publicada por la proveedora, relacionada con el acta de inspección N° 0789, de fecha 02/08/2019, la cual se encuentra documentada a fs. 5, con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que se lee: “**¡Descuentos! Carteras, juguetes, calzado y hogar, según el color de la viñeta del producto, la viñeta de color rosado indica normal, viñeta color rojo indica diez por ciento, viñeta color verde indica treinta por ciento, viñeta color morado indica cincuenta por ciento, viñeta color gris indica sesenta por ciento y viñeta color celeste indica setenta por ciento**”.

Por consiguiente, pese a los alegatos presentados por parte del apoderado de la proveedora denunciada, la atribución de la infracción por falta de determinación de vigencia, no pudo ser desvirtuada. En relación a lo antes mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia, mantienen la certeza legal que ostentan.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

7
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.

R
D
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)⁷. En ese sentido, los artículos 16, 30 y 43 letra n) de la LPC se encuentran vinculados con el último concepto mencionado – *promoción de ventas*–.

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

⁷Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

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

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa;*
- b) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluirá la utilización de cláusulas abusivas; y*
- c) No condicionar la promoción u oferta a la entrega o no del recibo, copia o documento que acredite la operación.*

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tiene a bien aludir a lo que se ha dicho en derecho comparado. Al respecto, en la resolución de fecha 15/03/2006, en el caso identificado como N° 044-2006/CCD del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), la Comisión indicó que si bien *Ripley* incluyó una duración para la promoción anunciada ésta fue condicionada al agotamiento de una cantidad de unidades disponibles que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, 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.**

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

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, así como de los documentos que forman parte de la misma, en el caso concreto, la impresión de la fotografía de la publicación realizada por la proveedora denunciada relativa a la promoción que se lee: *“¡Descuentos! Carteras, juguetes, calzado y hogar, según el color de la viñeta del producto, la viñeta de color rosado indica normal, viñeta color rojo indica diez por ciento, viñeta color verde indica treinta por ciento, viñeta color morado indica cincuenta por ciento, viñeta color gris indica sesenta por ciento y viñeta color celeste indica setenta por ciento”* (fs. 3-8), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que **Disma, S.A. de C.V.**, incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes” (...)*”, por cuanto la proveedora realizó promociones sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal **al haber omitido consignar la vigencia de la misma.**

En conclusión, la referida omisión, pudo inducir a error a los consumidores en cuanto a la toma de sus decisiones de consumo, particularmente, respecto a la expectativa del beneficio ofrecido por las promociones.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3-8, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó promociones u ofertas especiales de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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

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

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda 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 29/04/2013).

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

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

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tales omisiones hayan sido producidas de manera dolosa. No obstante, a partir de los hechos probados y las circunstancias en que se dieron los mismos, ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ha existido un déficit de organización, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa la infracción. En otras palabras, la proveedora **Disma, 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 de la LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado

de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

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

a. Tamaño de la empresa.

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

A partir de la lectura del expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora **Disma, S.A. de C.V.**, en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 9-10). Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procedimental que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

No obstante, pese a que este Tribunal se ve impedido de computar y clasificar a la proveedora según los parámetros establecidos en el artículo 3 de la Ley MYPE, siempre debe cumplir su deber de resolver conforme a los principios que rigen el *ius puniendi*; por tanto, deberá hacer el cálculo de la sanción que corresponda a la infracción, sin obviar que **Disma, S.A. de C.V.**, es una persona jurídica y que esa condición es relevante, pues por mandato legal está constreñida especialmente al cumplimiento de obligaciones tributarias y de algunas otras específicas para los comerciantes sociales, como la relacionada al depósito de sus estados financieros en el Registro de Comercio. En tal sentido, se ha consultado la resolución emitida por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, de fecha 08/06/2021 en el cual se ha clasificado a la proveedora denunciada como "*gran contribuyente*", por lo cual, para efecto de cuantificación de la multa así será considerada.

b. Grado de intencionalidad del infractor. Grado de intencionalidad del infractor.

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

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

agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es la de realizar promociones y ofertas que cumplan con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que especifiquen las condiciones, precio y vigencia de las mismas.

c. *Grado de participación en la acción u omisión.*

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad —*PREMIUM CENTER*— se cometió la acción prohibida en el artículo 43 letra n) en relación con el artículo 30, ambos de la LPC, consistente en realizar promociones sin determinar su fecha de inicio, ni determinar elementos informativos más precisos con posibilidad de comprensión directa que hagan previsible la finalización de la misma, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirlas.

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 del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en realizar promociones u ofertas especiales sin la información mínima legalmente establecida en relación con el producto o servicio que se intentaba vender y esto es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida las promociones examinadas.

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

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

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

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

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en

específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

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

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

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a realizar promociones 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 duración de la promoción analizada, es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

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

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

Así, para el caso que nos ocupa, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha promoción y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente

consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por la proveedora **Disma, S.A. de C.V.**, no podría definirse objetiva e indubitadamente 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 a la infractora **Disma, S.A. de C.V.**, quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra n) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

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

En tal sentido, habiéndose verificado que la infractora es una persona jurídica que puede ser catalogada como *gran contribuyente* según en el análisis realizado en el romano VII literal a de esta resolución, que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una promoción que no cumplía los parámetros legalmente establecidos, pero considerando la imposibilidad para establecer a cuánto ascienden las utilidades generadas como consecuencia directa del aludido incumplimiento, y en vista que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la sola constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal, resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de aludido quebrantamiento.

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 considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora **Disma, S.A. de C.V.**, pues se ha determinado que ésta brindaba a los consumidores una información

incompleta que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, pues omitía indicar a los consumidores la vigencia de la referida promoción.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica es la de un *gran contribuyente*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia; que ésta incumplió con la obligación de realizar una promoción con los requisitos mínimos establecidos por ley; y que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación del aludido quebrantamiento.

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

Por tanto, a la proveedora **Disma, S.A. de C.V.**, se le impone: multa de CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,625.06), equivalentes a dieciocho meses y quince días de salario mínimo urbano 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 en el establecimiento “PREMIUM CENTER”, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

La multa total impuesta representa el **9.25%** dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción —doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; artículos 4 letra c), 16 letra a), 27 inciso 1°, 30, 40 inciso 2°, 43 letra n), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3°, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Sanciónese* a la proveedora **Disma, S.A. de C.V.**, con la cantidad de **CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,625.06)**, equivalentes a dieciocho meses y quince días de salario

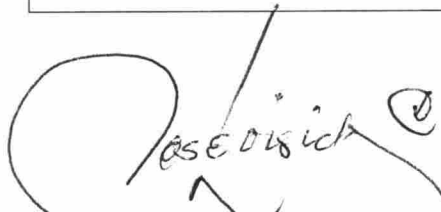
mínimo urbano en la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC, por realizar una promoción en el establecimiento “**PREMIUM CENTER**”, la cual no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

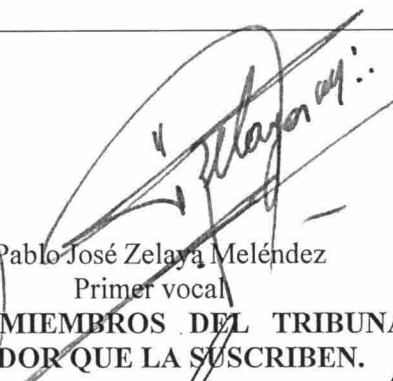
La multa anterior debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría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

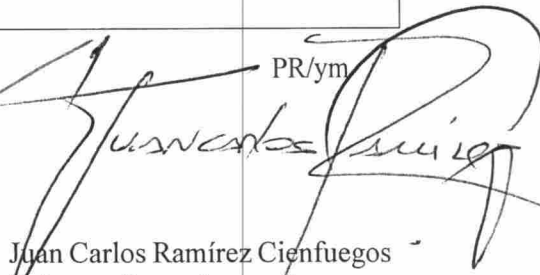
b) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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



José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

PR/ym

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


Secretario del Tribunal Sancionador.