


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

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 02/07/21 Hora: 09:20 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 648-20</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante Presidencia–		
Proveedora denunciada:	Tienda Morena, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado “<i>Super Tienda Morena Santa Tecla</i>”, ubicado en , —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 10/10/2019, se llevó a cabo una inspección a fin de verificar el cumplimiento a los requisitos de ley. Así, en relación a la promoción: “<i>Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!</i>”, publicada a través del usuario súper tienda morena en la red social <i>Facebook</i>, el día 09/10/2019, se observó que no poseía la vigencia de la promoción, por lo que al consultarle a la persona que atendió, expuso: que la vigencia de la promoción era del 08 al 31 de octubre del año 2019, información que se daba a conocer de forma verbal a los consumidores.</p> <p>En ese sentido, la Presidencia señaló que, en lo que concierne a la duración o vigencia de la misma, no estaban determinadas la fecha de inicio y finalización de la promoción, por lo cual no se hacía referencia a la temporalidad. Asimismo, que dicha información no constaba en la publicidad utilizada para dar a conocer a los consumidores o en los medios exigidos por la ley, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes, por lo cual, argumentó que la proveedora denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, pues en la promoción que puso a disposición de los consumidores, omitió información relevante respecto a las posibilidades que tiene de acceder a las mismas, de tal forma que no evitó que se generasen expectativas incorrectas como consecuencia de su desconocimiento.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 5–6), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante 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> <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: <i>en general, las características de los bienes y servicios puestos a</i></p>			

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 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 adelante SCA– 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 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 proveedora Tienda Morena, S.A. de C.V., pues en resolución de fs. 5–6, 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 08/03/2021 (fs. 9).

4. Al respecto, por medio de conducto oficial interno el día 16/03/2021, se recibió escrito (folios 10–13) firmado por la señora _____, en calidad de representante legal de la denunciada, circunstancia que acreditó con la documentación de fs. 43–56, y en su defensa manifestó lo siguiente:

i. Análisis de hechos fácticos

1. Señaló que la publicación de la oferta en la red social Facebook, se denominó “15% DE DESCUENTO EN MELAMINA DE HALLOWEEN”, no erróneamente como ha tratado de establecerse en la denuncia.

Indicó que la promoción antes referida, estuvo vigente durante el mes de octubre de 2019, lo anterior es fácil de apreciar si se ingresa a la plataforma virtual *Facebook*, en la misma se puede advertir que la fecha de promoción fue todo el mes de octubre; por lo tanto, la afirmación respecto a que dicha promoción carecía de tiempo de duración es errónea.

Agregó, que la interacción en las redes sociales es extremadamente dinámica, por lo cual, cualquier usuario puede advertir que la plataforma virtual de *Facebook* ofrece opciones para editar y re–editar las publicaciones.

Respecto a la captura de pantalla que realizaron los delegados de la Defensoría del Consumidor –en adelante DC– afirmó que esta correspondía al día 09/10/2019. Sin embargo, un día antes –el día 08/10/2019– se realizó otra publicación en la misma plataforma virtual a través del usuario de la denunciada, el cual contenía la leyenda: “EN EL MES DE OCUBRE 15% EN MELANINA DE HALLOWEEN”.

En razón de lo anterior, advierte que el error cometido –en la publicación– el día 09/10/2019, no fue constante durante todo el mes de octubre de ese mismo año. Para acreditar lo expuesto, la representante legal que adjunta la captura de pantalla de la publicación en la red social *Facebook* de la cuenta de la proveedora de fecha 08/10/2019; en la que consta que se publicó que la oferta era válida durante el mes de octubre.

2. Publicación de la oferta por medio de carteles

Respecto a las promociones que realiza la denunciada, señaló la señora _____ que ésta tiene por costumbre dar a conocer las mismas al público a través de hojas publicitarias, las cuales se colocan en lugares visibles y estratégicos para que los consumidores puedan advertirlos. Sin embargo, al haber transcurrido mucho tiempo desde que se realizó la promoción antes referida, dicho material fue desechado, por lo cual, para acreditar dicho extremo ofrece prueba testimonial –que será relacionada posteriormente–.

3. Cumplimiento de la oferta

Tal como consta en el acta de inspección (fs. 3), la información respecto a la duración de la oferta se daba a conocer a los consumidores de manera verbal –adicionalmente– por los asesores de venta –vendedores del establecimiento–. Asimismo, afirmó que no existían restricciones y condiciones aplicables a la promoción. Además, se consignó en la misma, que se estaba aplicando el descuento por medio del tiquete de venta.

En ese sentido, a su juicio, se comprueba que no existe publicidad engañosa –por parte de la denunciada– ni se ha menoscabado los derechos de los consumidores. Por el contrario, afirma que la oferta se aplicó sin ninguna restricción ni condición en favor de los consumidores.

ii. Análisis jurídico de la denuncia

1. Principio de Legalidad

Señala la representante legal de la denunciada, que del inciso segundo del artículo 40 de la LPC se puede advertir a su criterio –con certeza absoluta– que para que proceda el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio es necesario que exista un menoscabo al consumidor, por lo tanto, si este no existe, no es posible iniciar ningún procedimiento, caso contrario, supondría ir más allá de lo dispuesto por la ley.

Indicó que, aplicado lo anterior al presente caso, debió existir un menoscabo a los consumidores para que se iniciara este procedimiento en contra de la proveedora; en consecuencia, al haberse iniciado el mismo va en contra del principio de legalidad y culpabilidad.

2. Naturaleza jurídica del acta de inspección general de la DC y de la denuncia ante el TS.

Expresa la representante legal de la denunciada, que tanto el acta de inspección elaborada por los delegados de la DC (fs. 3) y la denuncia de la Presidencia, son actuaciones jurídicas y administrativas de mero trámite conforme a lo establecido en el artículo 103 de la LPC –citado textualmente–, en ese sentido, se entiende que solo impulsan el procedimiento administrativo y que no resuelven el fondo de la cosa o cuestión puesta a pleito.

iii. Silencio administrativo imputable a la Administración. Caducidad.

En orden de hechos –cronológico–, señaló lo siguiente:

1) Entre el acta de inspección y la presentación de la denuncia, transcurrieron 10 meses con cuatro días; 2) Entre la recepción de la denuncia y la admisión de la misma e inicio del procedimiento, transcurrieron catorce días; y 3) Entre el auto de inicio del procedimiento y la notificación del mismo a su representada, transcurrieron cuatro meses y ocho días.

Respecto a lo anterior, expresó que la LPA establece los plazos en los cuales dichas comunicaciones deben realizarse con plena validez, debido a que pasado dicho tiempo existen sanciones que impiden continuar con el procedimiento. Al respecto, cita textualmente el artículo 86 de la referida ley “*Art. 86 La Administración deberá dictar los actos de procedimiento, en los siguientes plazos: 1. Los de mero trámite, en cinco días.*”

Por otra parte, indicó que el artículo 114 de la LPA –citado textualmente– determina el alcance del silencio administrativo cuando el proceso administrativo sancionador ha iniciado de oficio, como es el de marras.

“2. 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 declara la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en esta ley.” –el resaltado es de la representante legal de la denunciada–.

Conforme a dicha disposición señala, que hubo silencio administrativo en las tres ocasiones antes citadas: 1) diez meses y cuatro días, entre el acta de inspección y la presentación de la denuncia, cuando debió tramitarse en 5 días por ser un acto de trámite; 2) catorce días, entre la presentación de la denuncia ante este Tribunal y la admisión de la misma e inicio del procedimiento sancionatorio, cuando debió tramitarse en 5 días; y 3) cuatro meses y ocho días, entre el inicio del procedimiento y la notificación del mismo cuando debió realizarse en 3 días, conforme a lo establecido en el artículo 97 de la LPA “*Todo acto administrativo que afecte a los derechos o intereses de las personas, tendrá que ser debidamente notificado en el procedimiento administrativo (...) Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de tres días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro de la resolución y, en su caso, los anexos que la acompañen*”.

En razón de los argumentos anteriores, señala que el procedimiento administrativo sancionador en contra de Tienda Morena, S.A. de C.V., fue objeto de silencio administrativo imputable a la Administración –tres ocasiones–; por lo tanto, el efecto del silencio administrativo es la caducidad del proceso administrativo sancionador.

iv. Ofrecimiento de medios probatorios

1. Prueba documental

Captura de pantalla de la publicidad en la red social Facebook, el día 08/10/2019, en la que consta que se publicó que la oferta era válida durante el mes de octubre, con lo cual comprueba que la oferta “15% DE DESCUENTO EN MELAMINA DE HALLOWEEN”, estuvo vigente todo el mes de octubre del año 2019, con lo cual se acredita, a su juicio, la exactitud del tiempo de duración de la oferta.

2. Prueba testimonial

Testimonio de la señora _____ y _____ con dichas declaraciones pretende probar que la oferta se publicó también en carteles y que la oferta duró todo el mes de octubre del año 2019.

V. VALORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA

A. En virtud de lo expuesto, en este apartado este Tribunal procederá con el análisis de lo argumentado por la representante legal de la proveedora.

i. Por orden, este Tribunal analizará el argumento relacionado al *romano i*, apartado A “**Análisis de hechos fácticos**”, de conformidad al principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República –en adelante Cn–, conforme al cual, se hacen las consideraciones siguientes:

I. En relación a la Potestad Sancionadora del Estado.

a. La Sala de lo Constitucional –en adelante SCN– en jurisprudencia –v.gr. la sentencia de fecha 13-VII-2011, en el amparo 16-2009- ha reconocido que el *derecho a sancionar* del Estado, entendido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como *ilícito* –esto es, en sentido amplio,

las conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos— no sólo se manifiesta mediante el juzgamiento de los delitos e imposición de penas por parte de los tribunales penales, sino también cuando las autoridades administrativas ejercen *potestades sancionadoras*.

En efecto, si bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Cn, corresponde única y exclusivamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas, la autoridad administrativa, amparada en el ejercicio de dicha potestad, puede sancionar “mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas”.

Así, sobre la base del artículo 79 de la LPC, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor— en adelante TSDC— tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas jurídicas o naturales, públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios, han provocado una lesión o daño en bienes o intereses—de orden colectivo o individual— considerados como fundamentales en la esfera jurídica del consumidor, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.

b. En ese orden, la potestad administrativa sancionadora de la que está investido este Tribunal, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a *partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución*; de tal forma que la valoración de los hechos e interpretación de las normas que éste ha de realizar se sujeta, en esencia, a una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción. Entre estos postulados pueden mencionarse: el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la garantía de prohibición de doble juzgamiento, entre otros, los cuales, en su conjunto, han sido denominados como el programa penal de la Cn.

Para efectos del análisis, la LPA establece en el artículo 3 que las actuaciones de la Administración Pública están sujetas entre otros principios al de legalidad, en el sentido que debe actuar con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, de modo que solo está habilitada para hacer aquello que este previsto en la ley y en los términos en que ésta lo determine, por lo tanto, toda actuación fuera de los márgenes determinados en ley es arbitraria.

2. Respecto al principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, el artículo 139 de la LPA, determina que la potestad sancionatoria además de estar sometida a los principios enunciados en el artículo 3 de la misma ley, está sujeta entre otros al de **reserva legal**—legalidad— “(...) *la potestad sancionadora de la Administración Pública se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley y siguiendo el procedimiento previsto para su ejercicio(...)*”, en ese sentido dicha potestad solo podrá ser ejercida cuando la ley le confiera a la Administración dicha competencia y en los términos que esta la habilite.

En sintonía con lo anterior la SCN, de fecha 20-I-2012, en el amparo 47-2009, sostuvo que este postulado constituye una garantía política del ciudadano, en el sentido de no ser sometido a sanciones que no hayan sido aprobadas previamente, evitando así los abusos de poder; asimismo, aparejado al principio de legalidad

se encuentra el de tipicidad, que exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas.

En ese sentido, el mencionado principio tiene implicaciones en el proceso de elaboración y aplicación de la LPC en la que se prevén las infracciones cometidas en la relación de consumo, en la medida en que éste impone las siguientes condiciones: i) la ley material en la que se regulan tales infracciones debe ser previa al hecho enjuiciado; ii) debe ser emitida exclusivamente por la Asamblea Legislativa y bajo el carácter de ley formal; iii) los términos utilizados en la disposición normativa han de ser claros, precisos e inequívocos para el conocimiento de la generalidad, lo cual comprende un mandato de determinación o taxatividad que ha de inspirar la tarea del legislador; y iv) la aplicación de la ley ha de guardar estricta concordancia con lo que en ella se ha plasmado, evitando comprender supuestos que no se enmarcan dentro de su tenor.

De las condiciones descritas en los romanos iii) y iv) del acápite anterior, se desprende el contenido del principio de tipicidad como manifestación del de legalidad, el cual ha sido regulado en el artículo 139 de la LPA, que determina que *“solo podrán sancionarse las infracciones e imponerse las sanciones previstas como tales en la ley, de manera clara, precisa e inequívoca. Las normas que establezcan infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica (...)”*, por lo tanto, para legalizar la actividad sancionadora de la Administración, en primer lugar, es necesario verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico. Una vez comprobada tal situación, se debe adecuar las circunstancias objetivas y personales determinantes de la infracción; este es el ejercicio inherente a la tipicidad, que este Tribunal realizará respecto a la infracción al artículo 43 letra n) de la LPC.

3. Respecto a lo anterior, este Tribunal hace las siguientes valoraciones –aplicables al caso–:

El artículo 43 letra n) de la LPC, determina que es una infracción grave *“Realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en esta ley (...)”*. Conforme a dicha disposición los proveedores al momento de realizar promociones u ofertas deben dar cumplimiento a lo regulado en la LPC.

En ese sentido, el artículo 16 de la LPC, determina los requisitos de las promociones u ofertas, prescribiendo: *“Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones u ofertas de bienes o servicios, y las cláusulas no negociables 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.”* –el resaltado es propio–.

Aunado a lo anterior, el artículo 30 de la LPC prescribe: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes y 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 las disposiciones citadas se colige, que en las promociones u ofertas la duración o vigencia se debe dar a conocer a los consumidores de forma clara y precisa. Además, esta debe de tener una redacción sencilla,

es decir, que sea de fácil comprensión para su destinatario. Y, finalmente, dicha información debe de constar ya sea en medios de publicidad o mediante carteles o avisos fijados en lugares visibles del establecimiento o en etiquetas adheridas a los bienes. Por consiguiente, los consumidores deben obtener toda la información que sea necesaria respecto a las promociones u ofertas, para que estos puedan tomar una decisión consciente sin ser inducidos a error respecto al beneficio o ventaja que obtendrán al acceder a la promoción u oferta, así como el periodo con el que contarán para acceder a las mismas.

Respecto al derecho de información la SCA en la resolución de las diez horas doce minutos del día 14-XI-2012, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 274-2009, señaló que *“Es de gran importancia que los consumidores tengan la información de forma inmediata ya que a falta de ésta puede hacer incurrir en error inducido por los proveedores.”*

Asimismo, en la referida sentencia la SCA estableció *“(…) esta Sala es del criterio que el consumidor debe estar debidamente informado ya que es un derecho que debe ser respetado y así erradicar las prácticas en las que los proveedores traten de llamar la atención para que compren sus productos omitiendo información clara y precisa para que estos no cometan un error al adquirir sus bienes o servicios.”*

En ese orden, en la práctica, para establecer la duración o 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–.

En el presente caso, solo procederemos a explicar la primera de las formas, es decir, el plazo cierto, que se entiende, 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.

Por otra parte, respecto a los medios exigidos por la ley que pueden ser utilizados para comunicar a los consumidores los aspectos antes señalados –duración o vigencia, entre otros–, el artículo 30 de la LPC determina que los proveedores pueden hacer uso de cualquier **medio de publicidad**, según la RAE la expresión **“medio”** hace referencia a: *“cosa que puede servir para un determinado fin”* y el término **“publicidad”** significa: *“Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”*

En ese sentido, los medios de publicidad son canales que utilizan los proveedores para mostrar sus productos o servicios, con el objetivo de persuadir a las personas para que los adquieran. En la actualidad, se pueden distinguir los siguientes medios publicitarios como los periódicos, revistas, radio, cine, televisión e internet –medios digitales como las páginas web y redes sociales–, etc.

-R 7
A

Independientemente del medio de publicidad elegido por el proveedor para divulgar y dar a conocer a los consumidores sus promociones y ofertas especiales, los mismos deben consignar los requisitos estipulados en el artículo 30 de la LPC, en otras palabras, si el proveedor opta por comunicar la misma promoción en diferentes medios publicitarios, a modo de ejemplo, en el periódico, redes sociales, página web o por medio de carteles o avisos fijados en el establecimiento, etc., en cada uno de los medios que utilice el proveedor, debe cumplir con lo regulado en la disposición citada, es decir, deberá consignar en el mismo las condiciones o restricciones, la duración o vigencia, el precio total, o cualquier otro elemento que sea determinante de la promoción y oferta.

En el presente caso, la promoción verificada por parte de la DC, fue la que se lee: “*Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!*”, la misma se publicó en la plataforma virtual de *Facebook* a través del usuario “*súper tienda morena*” en fecha 09/10/2019, en la misma no se estableció la duración o vigencia –inicio y finalización–, por lo cual, la referida promoción no poseía referencia alguna respecto a dicho requisito.

En razón de lo anterior, se omitió informar a los consumidores la fecha a partir de la cual la promoción antes referida podría ser efectiva –fecha de inicio y finalización–. Por otra parte, como consta en el acta de inspección de fs. 3, dicha información se deba a conocer a los consumidores de forma verbal.

Respecto a lo anterior, la representante legal de proveedora, señaló que la captura de pantalla que realizaron los delegados de la DC correspondía a la publicidad del día 09/10/2019 (fs. 4). Sin embargo, un día antes –el día 08/10/2019–, se realizó otra publicación en la misma plataforma virtual a través del usuario de la denunciada, el cual contenía la leyenda: “**EN EL MES DE OCTUBRE 15% EN MELAMINA DE HALLOWEEN**”.

Añadió que, de dicha publicación, se deducía que la promoción estuvo vigente durante el mes de octubre de 2019, lo cual podía ser apreciado si se ingresa a la plataforma virtual *Facebook*, en ese sentido la promoción si contenía la duración de la promoción. Para acreditar dicha circunstancia la representante legal ofreció como medio de prueba documental, la captura de pantalla de la publicación que según ella se lee: “**EN EL MES DE OCTUBRE 15% EN MELAMINA DE HALLOWEEN**”. Al respecto, este Tribunal advierte que la representante legal no aportó dicha captura, por lo que, al no haber sido incorporada en el presente procedimiento, los argumentos anteriores se basan en meros dichos.

No obstante lo anterior, este Tribunal considera oportuno aclarar los aspectos siguientes:

La representante de la denunciada considera que al consignarse en una promoción la referencia a un mes, verbi gracia, “**EN EL MES DE OCTUBRE**”, se cumple con el requisito de comunicar de la duración o vigencia de la promoción –fecha de inicio y finalización–, pues de dicha frase se puede advertir que la promoción fue efectiva todo el mes de octubre.

En ese sentido, la representante legal presume que los consumidores al ver la frase “*EN EL MES DE OCTUBRE*”, deducirán que la duración o vigencia de la promoción es desde el día 01/10/2019 hasta el día

31/10/2019, aun y cuando en el anuncio publicitario no se haga referencia de forma clara precisa y oportuna a la duración y vigencia –fecha de inicio y finalización–.

De lo anterior, este Tribunal en sus resoluciones –promociones y ofertas especiales de bienes y servicios– ha establecido que al consignar sólo una fecha o **referirse a un mes**, día festivo, período vacacional o celebración, entre otros; constituye un incumplimiento al requisito de duración o vigencia de las promociones y ofertas (artículo 30 de la LPC). Por lo cual, se debe determinar de forma clara, precisa y oportuna la fecha en que inicia la promoción y la fecha en la cual esta finaliza, con el fin que los consumidores tengan certeza del periodo durante el cual la promoción y oferta se encuentra vigente y estos podrán acceder a la misma.

Por otra parte, la representante legal ha reconocido que la publicación realizada en fecha 09/10/2019, en la cuenta “*Súper Tienda Morena*” incumplía, al no dar a conocer el requisito de la duración o vigencia de la promoción, al señalar que el error cometido –en la publicación– el día 09/10/2019, no fue constante durante todo el mes de octubre de 2019, pues según pretendía acreditar con la captura de pantalla de la publicación realizada en fecha 08/10/2019 –que no consta incorporada al expediente– se evidenciaba que la promoción estuvo vigente todo el mes de octubre.

Conforme al punto anterior, la representante de la denunciada considera que al constar en otra publicación el requisito de la duración o vigencia –según su criterio– la proveedora cumplió con la obligación de informar a los consumidores la información respecto a este requisito.

Respecto a tal argumento, conviene traer a cuenta lo que se mencionó previamente y es que **independientemente se haga en uno o más medios publicitarios, la promoción divulgada siempre debe efectuarse respetando el marco regulatorio consignado por la LPC y demás leyes.** En ese orden de ideas, la Presidencia denunció la promoción publicada mediante el usuario “*súper tienda morena*” en la plataforma virtual de *Facebook*, que se lee: “*Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!*”, del texto de la misma se advierte que ese anuncio no hace remisión expresa a otro anuncio publicitario, ni remite a los consumidores a que consulten otro anuncio para verificar la duración o vigencia de dicha promoción.

De tal manera que es imperioso para la proveedora detallar los requisitos mínimos legales de la promoción en tantos medios publicitarios utilice para darla a conocer, o en su defecto hacer una remisión explícita en la publicidad de dónde se encuentren dichos requisitos (no de forma verbal) lo cual debe ser asequible de consulta inmediata para los consumidores. Siendo inválida aquella idea de que a pesar de no hacer una remisión, se asuma que el hecho de haberlo efectuado en uno es una prerrogativa para que se deje de hacer en los otros, pues el legislador lo que pretende salvaguardar es el derecho a la información, y resultaría contrario a éste así como al de seguridad jurídica dar por sentado que los consumidores que se acercan al establecimiento ya conocen los términos de la promoción porque éstos han sido divulgados en otro u otros medios publicitarios distintos, sin que tal circunstancia sea advertida por el proveedor de forma explícita en el anuncio publicitario.

En ese sentido, aunque la proveedora hubiese publicitado la promoción en otro medio permitido por la ley y hubiera cumplido en la misma con los requisitos establecidos en la ley, esta circunstancia no la exime del deber de consignar la duración o vigencia de la promoción –fecha de inicio y finalización– en la publicación que realizó por medio de la plataforma digital de *Facebook* (fs. 4), que ha sido denunciada por la Presidencia.

Por otra parte, es preciso aclarar que al tener que realizar el consumidor un análisis deductivo para establecer la fecha de inicio de la promoción, significa que se ha omitido informar de una manera clara, precisa y oportuna la duración de la promoción, debido al hecho, que solo se consignó la fecha de finalización de la misma. Por consiguiente, lo anterior es atentatorio contra el derecho del consumidor de ser debidamente informado.

Cuando la duración o vigencia de la promoción u oferta no consta en el mismo medio publicitario –digital–, en avisos o carteles dentro del establecimiento, la información respecto a las promociones u ofertas es parcial, por lo cual, para acceder a la información completa los consumidores deben recurrir a otros medios, tales como: consultar a los dependientes del establecimiento, llamar por vía telefónica, pedir información por correo electrónico o por medio de mensajes en redes sociales, etc.

En razón de lo expuesto, este Tribunal advierte que la promoción u oferta –fs. 4– publicada mediante el usuario “*súper tienda morena*” en la plataforma virtual de *Facebook*, que se lee: “*Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!*”, no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 16 y 30 de la LPC.. Por consiguiente, la conducta es típica.

ii. Por otra parte, la representante legal de Tienda Morena, S.A. de C.V. señaló en el *romano ii, apartado A “Análisis jurídico de la denuncia”*, número 1. Que conforme al principio de legalidad y en virtud de lo regulado en el inciso segundo del artículo 40 de la LPC, debió existir un menoscabo a los consumidores para que se iniciara este procedimiento en contra de la denunciada; por lo tanto, al haberse iniciado el mismo se ha violentado el principio de legalidad y culpabilidad.

Al respecto, 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 los dispuesto en la LPC –artículo 43 letra n) de la LPC– pone en

peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

Por consiguiente, para imponer una sanción por la infracción al artículo 43 letra n) de la LPC, 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.*

Conforme a lo anterior, se advierte que no se ha violentado el principio de legalidad ni el de culpabilidad al iniciar el presente procedimiento.

iii. Con relación al argumento señalado en el *romano iii del apartado A “2. Naturaleza jurídica del acta de inspección general de la DC y de la denuncia ante el TS”*, la representante de la denunciada ha afirmó que tanto el acta de inspección como la denuncia son actos providencias de mero trámite conforme a lo establecido en el artículo 103 de la LPC.

Respecto a dicho argumento este Tribunal, hace las siguientes consideraciones:

1. El artículo 58 letra f) de la LPC, determina que la Defensoría tiene la competencia de realizar inspecciones; asimismo, el artículo 49 del Reglamento de dicha ley, establece que la Defensoría puede practicar de oficio las inspecciones que estime necesarias, y para la práctica de las mismas contará con personal técnico, el cual actuará previa delegación de la Presidencia de dicha institución.

Además, en el artículo 51 de dicho reglamento, se determina que *“En los casos que los empleados de la Defensoría practiquen diligencias en el ejercicio de sus funciones de inspección o auditorías y que de las mismas se advirtiere la existencia de incumplimientos que pudieran constituir infracciones a las leyes que corresponda aplicar a la Defensoría, tales elementos deberán ser remitidos a la Presidencia de la Defensoría para que, de ser procedente, presente la denuncia correspondiente ante el Tribunal Sancionador, adjunto a la documentación en que consten los mismos”*.

Respecto a las actas de inspección, la LPC regula lo siguiente: *“Actas. Art. 101.- A efecto de documentar y dar fe de actos que realicen durante el procedimiento, se asentarán actas que contendrán: la fecha, nombre y apellido de las personas que asistan y calidad en que actúan, constancia de inasistencia de quienes estaban obligado a intervenir e indicación de las diligencias realizadas y su resultado. Concluida la diligencia será*

leída el acta, firmarán todos los intervinientes y, cuando alguno no supiere o no pudiere firmar, lo hará alguien a su ruego; si alguno no quisiere firmar, se hará mención de ello”.

En virtud de las disposiciones antes citadas, las inspecciones que realizan los empleados de la Defensoría previa delegación correspondiente, son calificadas por la legislación como *“diligencias previas al inicio del procedimiento sancionatorio”* y la documentación en que constan las mismas recibe tal calificación, es decir, el acta de inspección; por lo tanto, éstas no tienen el carácter de ser actos definitivos o resolutorios, sino que éstas son el respaldo de la diligencia de inspección que se realiza, por lo cual las actas *“son el instrumento por medio del cual se documenta y se da fe de la actuación realizada por la DC”*, las mismas son emitidas por el personal técnico de la DC en el cumplimiento de sus funciones de inspección, quienes al advertir posibles transgresiones a la LPC y demás normativa aplicable al consumo, tienen la obligación legal de informar a la Presidencia, a quien le compete valorar si existen suficientes elementos para proceder a iniciar el procedimiento sancionatorio por medio de la interposición de la denuncia correspondiente, con base a lo que determina en el literal b) y d) e inciso tercero del artículo 143 letra d) la LPC.

Por consiguiente, el acto administrativo definitivo por medio del cual se dan por finalizadas las diligencias previas al inicio del procedimiento sancionatorio, es la decisión que adoptará la Presidencia respecto a la inspección documentada mediante el acta, a quien le corresponde la atribución de conformidad a la letra i) del artículo 69 de la LPC *“Requerir, en el caso de los literales b) y d) del art. 143, el inicio del procedimiento administrativo sancionador establecido en la presente ley (...)”*; y, le compete la decisión de iniciar o no el procedimiento respectivo por medio de la interposición de la correspondiente denuncia.

Conforme a los argumentos antes referidos, tanto al acta de inspección como la denuncia son diligencias previas al inicio del procedimiento.

2. Respecto al valor probatorio de las actas de inspección, es preciso señalar lo siguiente:

Los actos de la Administración Pública gozan de la presunción *iuris tantum*, lo que implica que los mismos son válidos y producen efectos desde la fecha de su emisión, a excepción que la ley determine lo contrario. El autor Joan Manuel Trayter Jiménez¹ respecto a dicha presunción manifiesta que *“(...) la Ley entiende que el acto administrativo, a priori, ha respetado los elementos o reglas jurídicas impuestas por el ordenamiento (subjetiva, objetivo, teleológico o final y formal). Es una presunción iuris tantum (de hecho) que debe ser destruida mediante los recursos previstos legalmente, demostrando su ilegalidad. Hasta que ello no ocurra el acto será aplicado e inmediatamente ejecutivo”*

Asimismo, la presunción *iuris tantum* implica que los actos emitidos por la administración gozan de validez, certeza y veracidad. En ese sentido, todos los actos administrativos se presumen válidos, sin embargo, esto no implica que los mismos no puedan ser impugnados cuando éstos incurran en vicios que afecten su validez; por lo tanto, la presunción *iuris tantum* que gozan dichos actos puede ser desvirtuada mediante los medios previstos en la ley para tal efecto.

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

En el presente caso, el documento base de la denuncia de la Presidencia es el acta de inspección SS02443–2019 (fs. 3). En la misma se documentó el supuesto incumplimiento al artículo 30 de la LPC.

Respecto a las actas de inspección, el artículo 101 de la LPC establece que las actas levantadas por la Defensoría del Consumidor –en adelante DC– tienen por objeto documentar y dar fe de los actos que realiza dicha institución en cumplimiento de las competencias establecidas en la LPC, verbigracia, el artículo 58 letra f) de la misma ley: *“Realizar inspecciones, auditorías y requerir de los proveedores los informes necesarios para el cumplimiento de sus funciones”*.

Asimismo, respecto a dichas actas el artículo 63 del Reglamento de la LPC –en adelante RLPC– establece que las mismas harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud y falsedad.

Es ese sentido, la SCA en la sentencia de fecha 19-IV-2008, emitida en el proceso contencioso administrativo 130-2006, determinó que no obstante no existía en la LPC una disposición que le otorgara valor probatorio a las actas de inspección *“lo cierto es que de conformidad al artículo 101 de dicha normativa, aquella goza de la presunción de certeza”*. Añadió, que por medio de dichas actas la DC daba fe sobre lo que había constatado en el establecimiento de la proveedora denunciada.

Asimismo, respecto a las inspecciones la SCA en la sentencia emitida en fecha 12-X-2020, emitida en el proceso contencioso administrativo 319–2016, señaló que *“las inspecciones realizadas por autoridad competente al tener una presunción iuris tantum gozan de presunción de veracidad”*.

En razón de lo anterior, las actas de inspección levantadas por los delegados de la DC –en cumplimiento de sus funciones– gozan de la presunción iuris tantum, es decir, de validez, certeza y veracidad.

No obstante, esa presunción de certeza que trae aparejada el acta de inspección, puede ser desvirtuada dentro del procedimiento sancionatorio por medio de la aportación de la prueba que demuestre su inexactitud y falsedad.

Es así, que la SCA en la resolución antes citada –fecha 12-X-2020, emitida en el proceso 319–2016– señaló respecto a las inspecciones que *“ su contenido admite prueba en contrario; esto implica, que el administrado tiene la oportunidad ulterior dentro del procedimiento sancionatorio para contradecir y discutir su contenido, trasladándose la verificación de los hechos argumentados por el administrado en razón del ejercicio de su derecho de defensa, y de este modo, puede aportar toda la prueba de descargo con la que refute la hipótesis planteada por la administración y desvirtuar posibles señalamientos, sin que ello signifique una carga procesal [cuando la administración presenta la prueba de cargo], pero si en una medida de contraposición a la teoría de la administración, que además garantiza su actividad probatoria en el desarrollo de una investigación.”*

Conforme a lo expuesto, el acta por medio de la cual se documentó el supuesto incumplimiento al artículo 30 de la LPC, por parte de la proveedora Tienda Morena, S.A. de C.V., goza de la presunción de certeza –presunción *iuris tantum*–.

Por lo tanto, los hechos que se consignan en el acta de inspección de fs. 3, se tienen por ciertos –presunción de certeza o *iuris tantum*– y por sí solos tienen el valor para establecer el incumplimiento al artículo 30 de la LPC por parte de Tienda Morena, S.A. de C.V.

iv. En referencia al punto señalado en el romano iii apartado A “Silencio administrativo imputable a la Administración. Caducidad.”

Señaló la representante legal de la denunciada que en el presente caso de conformidad al artículo 114 de la LPA, ha operado el silencio administrativo (caducidad), debido al acaecimiento de las siguientes circunstancias.

1) Pasaron diez meses y cuatro días, entre el acta de inspección y la presentación de la denuncia, cuando debió tramitarse en 5 días por ser un acto de trámite;

2) Pasaron catorce días, entre la presentación de la denuncia ante este Tribunal y la admisión de la misma e inicio del procedimiento sancionatorio, cuando debió tramitarse en 5 días;

3) Pasaron cuatro meses y ocho días, entre la emisión del inicio del procedimiento y la notificación del mismo cuando debió realizarse en 3 días de conformidad a lo establecido en el artículo 97 de la LPA.

Respecto a la circunstancia descrita en el **numeral 1)**, este Tribunal reitera a la denunciada que, conforme a lo establecido en el romano anterior, tanto el acta de inspección como la denuncia son diligencias previas al inicio del procedimiento, en ese sentido, el procedimiento inicia con la correspondiente notificación de la resolución que ordena el inicio del procedimiento sancionatorio.

Bajo la premisa anterior, estos no constituyen providencias de mero trámite, por lo cual, no les es aplicable el artículo 86 y 114 de la LPA.

Por otra parte, como se señaló, el acto por medio del cual se dan por terminadas las diligencias preliminares al inicio del procedimiento es la decisión que tomará el Presidente de la DC, respecto a requerir a este Tribunal el inicio del procedimiento sancionatorio, de conformidad al artículo 143 letras d) y d) de la LPC, la cual se materializa mediante la denuncia.

Respecto a la denuncia, es importante tener en cuenta lo prescrito en el artículo 107 de la LPC “*Las acciones para interponer denuncias por las infracciones a la presente ley, prescribirán en el plazo de tres años, contados desde que se haya incurrido en la supuesta infracción (...)*” –el resaltado es propio–.

En el presente caso, la supuesta infracción cometida por la proveedora fue documentada por medio del acta SS02443/2019 de fecha 10/10/2019 (fs. 3); posteriormente, la denuncia fue presentada en este Tribunal el día 14/08/2020 (fs. 2), por consiguiente, este Tribunal advierte que la denuncia fue presentada dentro del término que establece el artículo 107 de la LPC.

Respecto a las circunstancias descritas en los **numerales 2) y 3)**, la representante legal de la denunciada señaló que ha operado el silencio administrativo –caducidad–, debido a que la admisión de la denuncia interpuesta por la Presidencia no se realizó en el término de 5 días de conformidad al artículo 144 de la LPC.

Por otra parte, por el hecho que la resolución de inicio del presente procedimiento emitida en fecha 28/08/2020 (fs. 5–6) fue notificada a la proveedora hasta el día 08/03/2021 (fs. 9), cuando dicha notificación debió haberse realizado en el término de 3 días con base en el artículo 97 de la LPA.

Respecto a lo anterior, este Tribunal advierte que los supuestos alegados por la representante legal de la proveedora no configuran el supuesto del silencio administrativo –caducidad– determinado en el numeral 2 del artículo 114 de la LPA.

El artículo 114 de la LPA, establece que *“En los procedimientos iniciados de oficio, la expiración del plazo máximo establecido, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación de resolver. Vencido el referido plazo, se producirán los siguientes efectos: (...) 2) 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”* –el resaltado es propio–.

Dicha disposición deberá relacionarse de manera inevitable con el plazo para concluir el procedimiento regulado en la LPA en el artículo 89, el cual establece *“(...) El procedimiento administrativo deberá concluir por acto o resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación, haya sido ésta de oficio o a petición del interesado, salvo lo establecido en leyes especiales (...)”*.

De conformidad a las disposiciones citadas, el procedimiento administrativo sancionatorio deberá de concluir en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación por medio de resolución expresa debidamente notificada al administrado.

En ese sentido, el plazo de nueve meses contará a partir de la iniciación, es decir, a partir de la notificación de la resolución de inicio del procedimiento, con base a lo establecido en los artículos 158 numeral 1 de la LPA *“La iniciación se producirá por resolución del órgano competente en la que se especificará el carácter simplificado del procedimiento y será notificada a los interesados”* y el artículo 26 de la misma ley *“Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comunican a los interesados, excepto si únicamente producen efectos desfavorables o no procede su notificación o su publicación, en cuyo caso serán eficaces desde el momento de su emisión”*.

En el presente caso, el procedimiento inició con la notificación del auto de inicio de fs. 5–6, es decir en fecha 08/03/2021 (fs. 9), por consiguiente, a la fecha de emisión de la presente resolución no han transcurrido 9 meses desde su iniciación, por lo tanto, en el presente caso no procede declarar el silencio administrativo cuya consecuencia inmediata sería la caducidad de conformidad al artículo 114 numeral 2 de la LPA.

Por otra parte, respecto a la producción de los actos fuera del plazo establecido en la ley, es preciso tener en cuenta lo regulado en el artículo 38 de la LPA que determina que *“Los vicios de forma sólo serán causa de nulidad del acto cuando afecten a requisitos formales, o cuando la ejecución del acto coloque al ciudadano en una situación de indefensión, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías.*

En ese sentido, la SCA precisó *“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”* (SCA, Sentencia Definitiva, 213-2005, 26/05/2010).

Conforme a lo anterior, aunque la admisión de la denuncia se realizó en un plazo superior al establecido en el artículo 144 de la LPC; asimismo, la notificación de resolución de inicio –fs. 5 al 6– superó el plazo establecido en el artículo 97 inciso 2° de la LPA, dichos vicios de forma no han causado una trasgresión al derecho de defensa de la proveedora Tienda Morena, S.A. de C.V., porque a la denunciada se le ha dado la oportunidad de ejercer su defensa; garantía que ha sido ejercida dentro del procedimiento por medio del escrito de fs. 10–13, tal es el caso, que en este apartado se están analizando los argumentos de defensa de la misma.

v. Respecto a los medios probatorios ofrecidos por la representante legal de la denunciada, este Tribunal procederá al análisis de admisibilidad de las mismas conforme a lo siguiente:

i. En relación a la prueba documental, consistente en captura de pantalla de la publicidad en la red social Facebook, de fecha 08/10/2019, este Tribunal advierte que dicha prueba fue ofertada, sin embargo, la misma no ha sido incorporada dentro del presente procedimiento.

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

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

En el presente caso, con la prueba testimonial ofrecida, la proveedora pretende probar: **a)** que la promoción y oferta objeto de este procedimiento también fue publicada en carteles; y **b)** que la promoción y oferta estuvo vigente todo el mes de octubre del año 2019.

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

En ese orden, respecto de los hechos que se pretende probar con la deposición de las testigos ofertadas, se advierte que la declaración de las referidas testigos brindaría elementos que no pueden ser constatados materialmente a través del dicho de una persona.

En consecuencia, el testimonio de las señoras I

y I

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

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

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 43 letra n) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos–,

por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley.

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

a) Acta N° SS02443/2019 –fs. 3– de fecha 10/10/2019, por medio de la cual se establece que la DC, en virtud de la promoción publicada en la cuenta de Facebook “*súper tienda morena*” el día 09/10/2019, realizó inspección en el establecimiento “*Súper Tienda Morena Santa Tecla*” propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresión de fotografía de la captura de pantalla de la promoción publicada en la cuenta “*súper tienda morena*” el día 09/10/2019 –fs. 4–, relacionada con el acta N° SS002443/2019 –fs. 4– de fecha 10/10/2019, con la cual se establece el medio de comunicación y el incumplimiento de los requisitos legales mínimos con que fue dada a conocer a los consumidores la promoción que textualmente se lee: “*Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!*”.

En relación con el incumplimiento mencionado previamente, queda establecido que la proveedora no dio a conocer la vigencia o duración (fecha de inicio y finalización) de la promoción, ya que se consignaba únicamente: “*Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!*”, lo cual forma parte de los requisitos mínimos establecidos por ley.

Dado que la denunciada no desvirtuó la veracidad del acta de inspección y el anexo respectivo, se concluye que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos alegados en la denuncia, adquieren total certeza.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

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

En primer lugar, y desde una perspectiva tradicional del *marketing*, hay 4 componentes en la denominada *mezcla del marketing*, a saber: a) producto, b) precio, c) promoción y d) distribución. Ahora, dentro de la promoción se encuentra la publicidad y la promoción de ventas. (Kenneth E. Clow, 2010)². 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

²Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

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

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

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

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

Art. 30.- Cuando se 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”.*

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

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

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

pudiera incidir a la hora de tomar una decisión de consumo. Configurándose, en sentido material, un incumplimiento 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 duración o 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 duración o vigencia de una promoción se han distinguido básicamente dos formas –sin perjuicio que puedan vislumbrarse otros, es decir, no es una lista taxativa–: a) plazo cierto–determinado– y b) condicionante–determinable–.

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

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

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

Por consiguiente, estipular la duración o vigencia de una promoción a través de frases como “*hasta agotar existencias*” es un elemento que, por sí mismo, genera confusión a los consumidores que quieran gozar de aquélla (por la ambigüedad en la información), aun estando junto a una fecha de finalización –pues

su uso puede llegar a invalidar tal fecha-. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de que un consumidor quiera hacer valer una promoción y no pueda, porque el o los productos ya no se encuentran disponibles y, por ende, dejaría de estar vigente.

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

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la DC (fs. 3), así como de los documentos que forman parte de la misma (en el caso concreto, la captura de pantalla de la publicación de la promoción realizada en la cuenta del usuario “*súper tienda morena*” en la red social *Facebook* en fecha 09/10/2019, fs. 4), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora denunciada incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: “*Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes*” (...), por cuanto la proveedora realizó una promoción sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal **al haber omitido consignar duración o vigencia (fecha de inicio y finalización) de la promoción, debido a que solo se consignó la frase: “Melamina 15% descuento, ¡Dulce o Truco! 15% de descuento en Melamina de Halloween. ¡Te esperamos!”**.

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 la promoción.

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

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

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

En este sentido, la SCN 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 SCN de las doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

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

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

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tal omisión haya sido producida 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 Tienda Morena, S.A. de C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

VIII. 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 documentación financiera presentada por la proveedora Tienda Morena, S.A. de C.V., consistente en declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del periodo comprendido entre el mes de septiembre de 2019 al mes de julio del año 2020 (fs. 14-35); se comprobó que en el referido periodo la proveedora declaró un promedio de ventas mensuales de \$643,524.85.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora denunciada, cuenta con ingresos superiores a los establecidos por dicha ley, por lo que, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, procederá a considerar a la proveedora como una empresa de *tamaño mediana*, tomando en cuenta, además, que la misma se encuentra categorizada como **MEDIANO CONTRIBUYENTE**, por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), conforme a la competencia atribuida en el literal a) del artículo 23 del Código Tributario, que prescribe que son funciones básicas de la Administración Tributaria "(...) *El registro, control y clasificación de los sujetos pasivos en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la administración cumplir eficazmente con su gestión(...)*". En virtud de lo anterior, este Tribunal pretende guardar el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida..

b. Grado de intencionalidad del infractor.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o

negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

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

En el presente caso, tal como se refirió en la parte final del romano VII de esta resolución, se configuró una conducta *negligente* por parte de la proveedora, por no informar al consumidor la vigencia de la promoción referida, y ésta no se detalla por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Y es que, como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia.

Por otro lado, la denunciada ha aceptado de forma expresa y por escrito su responsabilidad en la comisión de la infracción que se le atribuye, reconociendo que el error no fue constante durante todo el mes de octubre.

En razón de lo anterior, se configura una conducta *negligente* por parte de Tienda Morena, S.A. de C.V., pues no dio cumplimiento a los requisitos mínimos estipulados por ley para realizar promociones y ofertas.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad —*Súper Tienda Morena, Santa Tecla*— se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la vigencia (fecha de inicio y finalización) de la misma, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirla.

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

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

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

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

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

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

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC — artículo 43 letra n) de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en realizar promociones u ofertas especiales sin la información mínima legalmente establecida en relación con el producto o servicio que se intentaba vender y esto es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la promoción examinada.

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

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

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

En este punto, debe recordarse que la 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) - 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).

2. 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 vigencia o duración de la promoción analizada (fecha de inicio y finalización) es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

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

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

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

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la promoción que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que las promociones se diseñan y efectúan con el objeto de generar ganancias (promoción de ventas, en términos precisos, tal como se desarrolló en el romano VII, 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 imposición de la sanción —multa—, este Tribunal pretende causar un efecto disuasivo en la infractora Tienda Morena, 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.

IX. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora Tienda Morena, S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta incumplió con la obligación estipulada en los artículos 16 letra a) en relación al 30 ambos de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la vigencia (fecha de inicio y finalización), circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica, para efectos de este procedimiento, es una empresa de tamaño mediana; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia, asimismo, la denunciada ha aceptado su responsabilidad en la comisión de la infracción que se le atribuye al incumplir con la obligación de realizar una promoción con los requisitos mínimos establecidos por ley; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 de la LPA, la aceptación de los hechos por parte de la infractora ha sido considerada por este Tribunal como una circunstancia atenuante para la determinación de la sanción.

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

misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Por tanto, a la proveedora Tienda Morena, S.A. de C.V., se le impone una multa de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR (\$3,650.04), equivalentes a doce meses de salario mínimo mensual 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—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 6% 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.

X. 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 Tienda Morena, S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR (\$3,650.04), equivalentes a doce meses de salario mínimo mensual 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 que no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

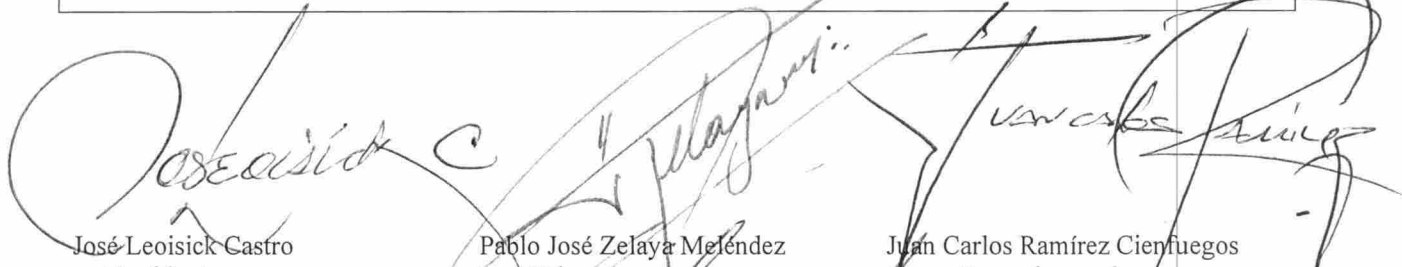
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

b) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

dispone: "La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)".



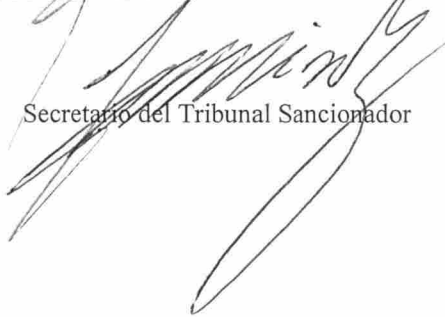
José Leoisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

JR/ym



Secretario del Tribunal Sancionador