

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 02/07/21 Hora: 09:28 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 1042-19</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante Presidencia–		
Proveedora denunciada:	Unión Comercial de El Salvador, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado “<i>Almacenes Tropigas Santa Ana</i>”, ubicado en</p> <p>—propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 09/11/2018, se llevó a cabo una inspección a fin de verificar el cumplimiento a los requisitos de ley. Así, en relación a la promoción: “<i>Almacenes Tropigas, llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...</i>”, anuncio publicitario publicado en la página 11 de El Diario de Hoy de fecha viernes 09/11/2018, se observó que ésta no poseía el período de vigencia aplicable a la misma, por lo que al consultarle a la persona que atendió, expuso: que inició el día 09/11/2018 y finalizaba el 11/11/2018; asimismo, se verificó por los delgados que dentro del establecimiento no se encontró de manera visible por medio de cartel u otro medio idóneo de forma escrita, la fecha de inicio de la promoción, manifestando la persona encargada que la fecha de inicio se daba a conocer de forma verbal a los consumidores.</p> <p>La Presidencia señaló que, en lo que concierne a la vigencia de la misma, no estaba determinada la fecha de inicio, y esta no se encontraba en la publicidad utilizada para dar a conocer la referida oferta 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 sociedad 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. 6–7), 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 y 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 sociedad Unión Comercial El Salvador, S.A. de C.V., pues en resolución de fs. 6–7, 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 07/10/2020 (fs. 10).

Al respecto, el día 14/10/2020 se recibió en este Tribunal, escrito (fs. 11–17) firmado por el licenciado en calidad de apoderado general judicial de la proveedora Unión Comercial de El Salvador, S.A. de C.V., personería que acredita mediante fotocopia certificada de testimonio de poder general judicial con cláusula especial de fs. 18–21.

En el referido escrito, el licenciado manifestó –en síntesis– que conforme a lo establecido en el artículo 30 de la LPC, la exigencia legal de información es “*la duración*” de las promociones, y no la “*vigencia*” de las mismas, como se señala en la denuncia.

En ese sentido, a su juicio, plantea los alcances de la exigencia legal de la “duración” de las promociones, según detalle a continuación:

A. Principio de tipicidad y conducta descrita en la norma

Como premisa básica, señala que la norma debe ser analizada a la luz del principio de tipicidad, respecto al cual la jurisprudencia –entre otras– sentencia de las catorce horas con treinta minutos del día 26/06/2018, emitida por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, en el proceso 00011-18-ST-COPA-2CO, ha establecido las premisas siguientes:

“La Administración Pública para imponer sanciones derivada del artículo 14 de la Constitución, donde se regula el ius puniendi del Estado, debe ser ejercida conforme a límites, directrices y orientaciones constitucionales. A estos propósitos, los principios del Derecho Administrativo Sancionador derivados del Derecho Punitivo del Estado, delimitan la potestad sancionadora en un marco en el que la Administración Pública debe obligatoriamente desenvolverse para garantizar los procedimientos sancionadores y sus eventuales sanciones sean conformes a la Constitución y a la ley.”

“Así, desde el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, la comprobación del irrespeto a los principios del Derecho Administrativo Sancionador trae como consecuencia la declaratoria de ilegalidad de la actuación de la Administración Pública”.

“En este sentido, el principio de tipicidad como derivación del principio de legalidad en materia punitiva, impone el límite a la Administración que únicamente pueda sancionar a una persona cuando exista previamente un tipo administrativo que describa de manera certera una conducta considerada ilegal”.

“Así, partiendo de la existencia de un tipo administrativo sancionador, durante el procedimiento la prueba debe estar dirigida a acreditar que la conducta que se investigó es conforme al supuesto de hecho contenido en la norma. Si en el procedimiento tal situación no es acreditada, el acto administrativo que impone la sanción carece de supuesto de hecho (elemento objetivo condicionante de validez del acto) y, asimismo, violaría el principio de tipicidad en el sentido que se ha impuesto una sanción por un hecho que no está contenido en el tipo infractor, pues el juicio de tipicidad hecho por la Administración Pública es erróneo, encajando hechos dentro del tipo administrativo que no se corresponden con el supuesto regulado en la ley”.

Respecto a lo anterior, expresó que, en el plano práctico o material, la tipicidad implica que existe identidad entre los componentes fácticos de la conducta que se atribuye al administrado y los elementos descritos para la norma jurídica.

En consecuencia, manifiesta que los hechos que se imputan al administrado deben encajar plenamente en la norma con base en la cual se le puede sancionar; y que, conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la SCA, los principios constituyen un límite en la configuración descriptiva de los ilícitos administrativos y a la vez, prescriben a la autoridad la obligación de verificar los extremos que determinan y hacen posible la aplicación de los supuestos típicos administrativos.

En ese sentido, agrega que, si el aplicador fundamenta el establecimiento de una supuesta conducta para la imposición de la multa en una norma en la cual los hechos ocurridos no han sido probados o no encajan plenamente en la norma, se vulnera el principio de legalidad y tipicidad. *“En otras palabras, no podrá haber sanción si la conducta atribuida al sujeto no puede ser subsumida en la infracción de las circunstancias objetivas y personales de la ilicitud y de imputabilidad, rechazando cualquier interpretación extensiva, analógica o inductiva. Así, la imposición de sanciones debe decidirse mediante una debida aplicación de las normas pertinentes que exige certeza respecto de los hechos sancionados. Esta certeza deberá comprobarla suficientemente el órgano sancionador con los medios probatorios que resulten conducentes, pertinentes y útiles para tal fin”.*

Por otro lado, señaló, con base en el artículo 139 de la LPA, que solo podrán sancionarse e imponerse las sanciones previstas como tales en la ley de manera clara, precisa e inequívoca.

Por consiguiente, indicó que bajo la premisa del principio de tipicidad, se debe analizar la exigencia legal de información establecida en el artículo 30 de la LPC, que prescribe la conducta típica relacionada a *“la duración”* de las promociones.

Respecto a lo anterior, manifestó que la información relacionada a la duración de la promoción implica que el consumidor conozca el tiempo durante el cual desplegará su eficacia, es decir, desde cuándo puede hacerse efectiva y cuándo finalizará la misma.

Por otra parte, agregó, que la razón de ser del artículo 30 de la LPC se deriva del derecho a la información; y que el conocimiento de la duración de la promoción implica que el consumidor comprenda cuándo podrá hacerse efectiva la misma, es decir, evitar:

1. Que el consumidor pretenda hacerla efectiva la oferta y la misma no esté aún disponible; o
2. Que el consumidor pretende hacerla efectiva y la misma haya expirado, sin que éste conozca la fecha.

Afirmó, que el momento inicial de la oferta queda establecido cuando ésta llega a su destinatario, y *si se cumplen tales requisitos, es decir, si el consumidor puede hacerle efectiva desde que la conoce*, se cumple la finalidad perseguida por la ley respecto a la información de su duración.

B. Supuestos fácticos atribuidos a Unión Comercial El Salvador, S.A. de C.V.

En el acta de fs. 3-4, se consignó que la inspección se realizó el día 09/11/2018, en el establecimiento propiedad de la denunciada *“Almacenes Tropigas Santa Ana”*; y que, respecto a la promoción *“Almacenes*

Tropigas, llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...”, encontrada en anuncio publicitario contenido en la página número 11, del periódico El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018, se señaló que las promociones eran “*válidas hasta el 11 de noviembre de 2018*”.

Respecto a lo anterior, el referido apoderado de la denunciada, señaló que se debe considerar lo siguiente:

1. Inicio de la promoción

Que en el acta de inspección relacionada se redactó en presencia del señor ‘ quien manifestó a los delegados de la Defensoría del Consumidor –en adelante DC– respecto a la promoción señalada, que ésta inició el día 09/11/2018 y finalizó el día 11/11/2018.

Lo anterior denota –a criterio del referido profesional– que la promoción era efectiva y se encontraba a disposición de los consumidores desde la misma fecha de la publicación en el periódico, es decir, desde el 09/11/2018.

Conforme a lo anterior, señaló que la promoción inició en la fecha de la publicación y circulación, es decir, el 09/11/2018. Por lo cual, afirma que no se perfila la supuesta afectación, relativa a que el consumidor pretenda hacer efectiva la promoción y la misma no estuviese disponible, debido a que desde el mismo día que circuló podría hacerse efectiva, es decir, desde el día en que todo consumidor tuvo acceso a la misma, pudo hacerla efectiva.

2. Finalización de la promoción

Al respecto, señaló que en el anuncio publicitario consta, que la promoción finalizaba el 11/11/2018, por ende, afirma que el cliente tenía conocimiento de la fecha en que ya no podría hacer efectiva la misma.

Indicó, que lo anterior, constituye un elemento clave de la información de la promoción, ya que el consumidor puede hacer efectiva la promoción desde que la misma circuló en el periódico y tuvo conocimiento de la misma, hasta la fecha de finalización consignada de forma expresa en el anuncio –fecha 11/11/2018–.

Por consiguiente, manifestó que la denunciada es respetuosa de los alcances y la importancia del derecho de información, la publicidad clara y la información en las promociones, ante lo cual, reitera que la referida promoción se cumplió a cabalidad –con el artículo 30 de la LPC–.

Agregó que lo expuesto denota que la denunciada brindó la información suficiente y relevante para el debido conocimiento de la duración de la promoción; y que en esos términos lo ha estipulado este Tribunal en antecedentes, entre ellos la sentencia de fecha 05/07/2010, expediente 271/2010:

“1) Un consumidor no obtiene información suficiente mediante un anuncio publicitario” “en estos casos la falta de información debe ser capaz de inducirlo a error o confusión, resultante de que el anuncio correspondiente no cuenta con la totalidad de la información relevante para la contratación o que el anuncio no permita percibir la existencia de otras condiciones de contratación relevantes o que desnaturalizan la oferta original. Así la capacidad de inducción a error se colige de la omisión de la información relevante.”

El apoderado continuó señalando, que se considera omisión de información suficiente a aquella capaz de inducir a error o confusión al consumidor, tal como se señala en la ya referida resolución:

“en estos casos la falta de información debe ser capaz de inducirlo a error o confusión, resultante de que el anuncio correspondiente no cuenta con la totalidad de información relevante para la contratación”.

Indicó, que la información debe ser analizada desde la perspectiva en que será recibida por un consumidor razonable; desarrollando que lo anterior ha sido recogido entre otros, en jurisprudencia de INDECOPI, señalándose que:

“los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información que sea relevante respecto de los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal, que aquélla puede ser conocida o concebible por un consumidor razonable usando la diligencia ordinaria. Así, lo que se debe informar depende de lo que un consumidor espera, y lo que el consumidor esperaría depende de qué es lo que se le informó. En consecuencia, de acuerdo al criterio establecido por la Sala, el cumplimiento de esta obligación se analiza en abstracto, es decir, tomando en cuenta lo que normalmente esperaría un consumidor razonable en las circunstancias que rodean la adquisición de un producto o la contratación de un servicio”. (Resolución N°102-97 en el Expediente N° 327-96-CPC).

En aplicación, de lo expuesto al caso en análisis, el apoderado advierte:

1. La información de la promoción era de fácil comprensión para un consumidor razonable, en ese sentido, el consumidor razonable esperaría que la promoción fuese efectiva al conocer la promoción, es decir, cuando ésta circuló –09/11/2018–.

2. El cliente pudo hacer efectiva la promoción desde que apareció publicado el anuncio, hasta la fecha de finalización contenida en el mismo, es decir el 11/11/2018.

C. Ausencia de afectación o menoscabo, principio de proporcionalidad.

Sumado a lo expuesto en apartados anteriores, el apoderado de la denunciada manifestó que, en respeto a la Constitución –en adelante Cn– y los principios garantistas de la potestad sancionatoria, no es posible sancionar por una actuación que no ha causado ningún daño o menoscabo a los consumidores.

Por consiguiente, agregó que es aplicable el principio de proporcionalidad regulado en el artículo 139 de la LPA, teniendo en cuenta que la finalidad sancionatoria no es represiva, sino disuasiva.

Afirmó, también, que en el presente caso, conforme a lo requerido en el artículo 40 de la LPC, los consumidores no han sufrido menoscabo o afectación, debido a que la promoción fue efectiva desde el día que apareció la publicación –09/11/2018–.

Finalmente, indicó que sancionar a la denunciada bajo estos términos violentaría el principio de proporcionalidad.

D. Ofrecimiento de prueba

Con el escrito en referencia, el apoderado de la denunciada anexa y singulariza la siguiente prueba documental, señalando su propósito de incorporación, pertinencia y utilidad conforme a los artículos 106 y 153 de la LPA.

Anexo 1 (folio 22), consistente en anuncio publicitario, contenido en la página número 11 del periódico El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018. Dicho anuncio determina los artículos en promoción, y señala que son válidos hasta el 11/11/2018.

Dicho medio probatorio, se incorpora con la finalidad de establecer que el 09/11/2018, se publicó la promoción, la cual coincide con la fecha señalada en el acta de inspección, respecto al momento en que fue efectiva la promoción para los consumidores; asimismo, consta la fecha de finalización.

Por consiguiente, señaló que dicha prueba es lícita, útil y pertinente para comprobar que no se configuró la infracción al artículo 30 de la LPC, debido a que el momento inicial de la oferta quedó establecido con su publicación cuando ésta llegó a su destinatario y se señaló claramente en la misma la fecha de finalización.

Anexo 2 (folio 23), consistente en informe de fecha 08/10/2020, emitido por la Jefe de la Unidad de Servicio al Cliente de UNICOMER, en el cual se establece que, Grupo Unicomer no recibió ninguna denuncia de clientes relacionada a la promoción "*Almacenes Tropigas, llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...*", la cual se publicó en la página número 11 del periódico El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018. Asimismo, que la sucursal "*Almacenes Tropigas Santa Ana*", no recibió ninguna denuncia de clientes relacionada a la promoción citada. Además, dicha información puede ser consultada mediante estadísticas registradas por la unidad de servicio al cliente de Unicomer –encargada de recibir, revisar y solucionar las denuncias interpuestas por los clientes ante la DC–.

En ese sentido, señaló que es prueba lícita, útil y pertinente para acreditar que no se perfila ningún daño a los consumidores, que se cumplió la finalidad de la información; por tanto, que, con base en el principio de proporcionalidad, no se debe sancionar a la denunciada.

En conclusión, señaló, con base a los argumentos expuestos, que no se ha configurado la infracción al artículo 30 de la LPC, debido a que el momento inicial de la oferta quedó establecido cuándo ésta llegó a sus destinatarios –consumidores–; asimismo, se señaló de forma clara la fecha de finalización. Por lo cual, en cumplimiento de los principios que informan la potestad sancionatoria –regulados en la LPA–, ante la ausencia de afectación o menoscabo al consumidor, considera que es procedente absolver a Unión Comercial El Salvador, S.A. de C.V.

Es conveniente señalar que lo argumentado por el apoderado de la denunciada, se encuentra estrechamente relacionado con la valoración de la prueba ofrecida, por lo cual los referidos argumentos serán analizados en los siguientes apartados.

V. VALORACIÓN DE ALEGATOS DENUNCIADA RELATIVOS A VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS Y OFRECIMIENTO DE PRUEBA

En virtud de lo expuesto, este Tribunal procederá con el análisis de lo argumentado por el apoderado de la proveedora, de conformidad al principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República –en adelante Cn–, según el cual, se hacen las consideraciones siguientes:

A. Principio de legalidad, análisis de tipicidad y conducta descrita en la norma

I. El artículo 79 de la LPC, establece que el Tribunal Sancionador de la DC –en adelante TSDC– tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas naturales o jurídicas, 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.

En ese orden, la potestad administrativa sancionadora de la que está investido el TSDC, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a *partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución*; es decir, que dicha potestad se enmarca en los mismos principios rectores en materia penal, pero con las particularidades propias de la actividad administrativa, 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. El primero de los principios de la potestad sancionadora de la Administración es el Principio de Legalidad, reconocido en el artículo 15 de la Cn, que prescribe: *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales previamente haya establecido la ley”*; en ese sentido, la imposición de una sanción administrativa solo procederá si una ley previa habilita su aplicación, por medio de un funcionario competente de conformidad a la misma ley.

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 consecuencia, dicha potestad solo podrá ser desplegada cuando la ley le confiera a la Administración dicha competencia y en los términos establecidos en la misma. En sintonía con lo anterior la SCN, en la resolución de fecha 20-I-2012, emitida 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 la arbitrariedad y 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 principio de tipicidad constituye una manifestación del de legalidad*, y el mismo 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 (…)”*.

En consonancia con lo anterior, la SCN ha determinado que el *ius puniendi* estatal está sujeto al denominado mandato de tipicidad, el cual implica que la inobservancia de la ley respecto a la protección de

bienes e intereses –individuales o colectivos– serán sancionados conforme a una ley que defina de forma clara, precisa e inequívoca los elementos básicos de cada infracción, es decir, los denominados elementos esenciales y elementos accidentales del tipo. En ese sentido, señaló que el principio de tipicidad se traduce “*en la confección de tipos de injusto –penales o administrativos sancionadores– que describan conductas socialmente dañosas en sus elementos objetivos y subjetivos y las conmine en forma abstracta con sanciones administrativas o penas, con lo cual aquello que no se encuentre dentro de este ámbito de elaboración exclusivamente legislativa cae fuera del ámbito de la punibilidad admisible constitucionalmente*” –Sentencia de fecha 16-IV-2018, emitida en el amparo 20-2016–.

Asimismo, afirmó que “*el requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es ilícita deben formular, describir, establecer y definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la mayor precisión posible o una determinación suficiente, de acuerdo al contexto de la regulación.*”

En razón de lo expuesto por la SCN, resulta importante destacar que el principio de legalidad contiene dos garantías: material y formal. La primera, hace referencia a que tanto las infracciones como las sanciones respectivas deben estar previstas y descritas en el ordenamiento jurídico administrativo, es decir, que esta reúna los requisitos de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*; y la segunda, consiste en la necesidad que la potestad sancionadora de la Administración se encuentre amparada por una ley en sentido formal. Lo que implica que ésta no puede crear por sí misma las infracciones y sanciones administrativas a través de un reglamento u ordenanza¹.

En ese sentido, en materia administrativa opera una reserva de *ley relativa*, debido a que es admisible la presencia de reglamentos u ordenanzas en el derecho administrativo sancionador, en virtud que resulta ilusorio y poco práctico exigir al legislador una previsión casuística exhaustiva como la que requiere esta materia².

Conforme a lo anterior, el mandato de tipicidad no implica que la norma que describa las conductas ilícitas en materia administrativa sancionadora tenga una precisión absoluta, al menos debe contener una descripción lo más completa posible de los elementos esenciales del tipo constitutivo de infracción, de lo contrario, la tipificación sería insuficiente.

Lo anterior, es un criterio que ha sido tomado de la misma SCN, la cual cita la sentencia de fecha 8-VII-2015, emitida en el proceso de Inc. 105-2012, en la cual afirmó que “*la precisión de la leyes penales –lo cual es también aplicable al Derecho Administrativo sancionador– es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa, pues la aspiración de absoluta precisión, rigor total o exactitud terminológica en este tipo de leyes es una utopía.*” –Sentencia emitida el 16-IV-2018, en el proceso de amparo 20-2016– (el resaltado es propio)

¹ Henry Alexander Mejía, Manual de Derecho Administrativo, Colección Ciencias Jurídicas N° 2, Editorial Cuscatleca, Año 2014, P. 286-287.

² Ibidem. P. 287.

Asimismo, en el mismo pronunciamiento la SCN precisó *“que el legislador penal no puede prever (y enlistar o enumerar de manera exhaustiva o casuística) todas las posibles conductas dañinas para un bien jurídico, es inevitable que en alguna medida recurra a descripciones, conceptos o términos relativamente indeterminados, cuya interpretación permite adaptar la ley a las circunstancias sociohistóricas de su aplicación, y al mismo tiempo, respetar la garantía de precisión suficiente en la tipificación de los delitos.”* –el resaltado es propio–.

Conforme a lo anterior, de forma recurrente, en la descripción de las conductas ilícitas en materia penal y administrativas se utilizan conceptos generales o indeterminados, por lo cual, en materia sancionatoria –penal y administrativa sancionatoria– se ha reconocido la utilización de conceptos jurídicos indeterminados.

En ese sentido, para dar cumplimiento al mandato de tipicidad la descripción de la conducta constitutiva de infracción administrativa debe contener elementos específicos perfectamente constatables para el aplicador de la ley, entre los cuales se encuentran: *“la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activos y pasivo de la infracción y el bien jurídico tutelado”*³.

En atención a los argumentos antes expuestos, la interpretación analógica de los conceptos genéricos contenidos en las normas jurídicas que establecen los ilícitos administrativos es permitida, lo que prohíbe el principio de legalidad es la interpretación extensiva o *in malam partem*, y la aplicación de la analogía –Sentencia de fecha 05-IV-2012, emitida en el proceso de casación 153 CAS-2004–.

En relación a lo anterior, la SCN estableció en la sentencia de fecha 07/X/2020, emitida en el amparo 354-20, que el *“principio de legalidad penal, en su aplicación, teniendo en cuenta que este consiste en la exigencia de que las normas penales se interpreten de acuerdo al principio de tipicidad, proscribiéndose en consecuencia la analogía y la interpretación extensiva perjudicial de las normas penales –Nullum crimen nulla poena sine lege stricta–”*.

Conforme a lo anterior, se vulnera el principio de tipicidad –por ende, el de legalidad– al interpretarse de forma extensiva o *in malam partem* la normativa –administrativa o penal–, o si se aplica la analogía.

En línea con lo anterior, es preciso determinar cuándo estamos ante una interpretación extensiva o *in malam partem* o aplicación de la analogía. Respecto a la primera, la Sala de lo Penal –en adelante SPN– en la sentencia de fecha 05-VI-2012, emitida en el proceso de Casación 153 CAS-2004, estableció *“(…) la interpretación de la norma (...) no puede sobrepasar los supuestos contemplados en el texto de la misma, caso contrario, se llegaría a una interpretación extensiva in malam partem. De ahí que, como ya se expresó, la interpretación gramatical o literal es la base necesaria, de la cual ha de partir el intérprete para determinar el sentido y alcance de la norma, aún en los casos en que debe complementarse dicha exégesis legal con base en otros métodos interpretación.”* Por consiguiente, precisó que la interpretación literal o gramatical, garantiza el respeto del contenido material del Principio de Legalidad.

Por otra parte, la prohibición de la aplicación de la analogía *“in peius”*, implica que no podrá aplicarse la norma administrativa, en supuestos parecidos o similares a los preceptos expresamente determinados. En

³ *Ibidem*. Pág. 292

consecuencia, solo puede aplicarse a las conductas que reúnan los elementos descritos en la infracción administrativa.⁴

Respecto al concepto de analogía, la SPN en la sentencia de fecha 07-VI-2000, emitida en el proceso de Habeas Corpus 153-2000, señaló *“la delimitación del concepto de analogía es particularmente importante, puesto que, al menos cuando ésta redunde en perjuicio del imputado analogía in malam partem, constituye una vía de aplicación de la ley contraria a la exigencia de certeza que encierra el principio de legalidad penal. Enciclopedia Jurídica Básica Volumen I. página 457”*.

En ese mismo pronunciamiento, la SNP determinó que era necesario distinguir entre la analogía de la interpretación, ya que a diferencia de aquella –analogía *in malam partem*–, aunque se trate de una interpretación extensiva que perjudique al reo es permitida en materia penal. En ese sentido, la diferencia entre interpretación –siempre permitida– y analogía –prohibida si perjudica al reo– es la siguiente: *“(…) mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su contenido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno, de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal (...)”*

En ese sentido, la administración pública no podrá instruir procedimientos por hechos que no estén determinados en la ley de forma precisa e inequívoca como infracción, es decir, que el hecho debe adecuarse al tipo administrativo, en consecuencia, no podrá aplicarse la norma a supuestos parecidos que no sean determinados dentro de la misma como infracción.

En conclusión, respecto al principio de legalidad se advierte que, 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, es decir, que la misma haya sido predeterminada en la norma jurídica con suficiente grado de certeza, por lo cual no pueden tener una formulación abierta o amplia (principio de tipicidad y taxatividad). 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 debe realizar la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria.

2. Habiendo determinado el contenido y aplicación del principio de legalidad en la tipificación de las infracciones administrativas, es preciso, establecer cómo habrán de interpretarse las normas jurídicas que establezcan infracciones administrativas.

El artículo 19 del Código Civil –en adelante CC– determina que *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”*

Asimismo, el artículo 20 del CC prescribe: *“Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”*

⁴ *Ibidem*. Pág. 294

Conforme a lo anterior, las palabras contenidas en las normas que establezcan las infracciones administrativas deberán ser analizadas, interpretadas y aplicadas conforme a su contenido, atendiendo el **uso común, racional y literal** de las palabras utilizadas en la misma.

Respecto a la interpretación, la SCN en la sentencia de fecha 16-IV-2018, emitida en el proceso de Amparo 20-2016, afirmó que *“la interpretación jurídica de una disposición legal o constitucional consiste en la atribución de un significado, elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación.”* Asimismo, expresó que *“ha reiterado que la formulación lingüística –el texto– de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido de sus disposiciones (Sentencias de fechas 4-II-97, 26-III-1999 Y 14-X-2013, pronunciadas en los procesos de Inc. 15-96,4-98,77-2013, respectivamente) y fija los extremos o límites últimos entre la interpretación jurídica y la manipulación distorsionadora del contenido de la disposición.”* –el resaltado es propio–. Conforme a lo anterior, la Administración Pública no solo es un mero aplicador del ordenamiento jurídico; por el contrario, cuando este ejerce la potestad sancionatoria debe interpretar las normas que aplicará al caso concreto.

En esa misma línea lo ha establecido la SCN, al precisar que *“si bien la Administración pública no ejerce jurisdicción (...) si participa en la aplicación del Derecho. Ahora bien, al realizar su rol de aplicador del Derecho, el órgano de la Administración competente debe hacer una labor de interpretación de las disposiciones relevantes para resolver el caso.”*– Sentencia de fecha 16-IV-2018, emitida en el proceso de Amparo 20-2016–.

En el mismo pronunciamiento, la SCN estableció respecto a la interpretación y dotación de contenido de los conceptos genéricos, que el mandato de tipicidad requiere que el tipo infractor sea descrito de forma precisa e inequívoca, lo que no implica exhaustividad en la descripción, en ese sentido, la utilización de términos genéricos no es atentatoria del principio de tipicidad, pues *“el aplicador del Derecho cuenta con herramientas que le permiten dotarlo de significado y determinar si los hechos que se atribuyen al supuesto infractor son subsumibles o no en la conducta descrita por el legislador.”*

En razón de lo expuesto, el TSDC tiene la competencia legal para interpretar las normas establecidas en la LPC, especialmente, aquellas en las cuales han sido previstas las infracciones a dicha normativa.

En consecuencia, en cada caso concreto el TSDC puede dotar de contenido aquellos términos genéricos e indeterminados que han sido plasmados por el legislador para describir la conducta ilícita administrativa, sin que dicha interpretación sea atentatoria del principio de tipicidad, por consiguiente, al de legalidad.

3. Habiendo delimitado este Tribunal el contenido y alcance del principio de legalidad, y la facultad de la administración respecto a la interpretación jurídica, es procedente analizar si en el presente caso se ha realizado una interpretación extensiva del artículo 30 de la LPC, que sea constitutiva de violación al principio legalidad.

En el presente caso se le atribuye a la denunciada la comisión de la supuesta infracción al artículo 43 letra n) de la LPC, que prescribe que es una infracción grave *“Realizar promociones y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en esta ley (...)”*.

La LPC determina en el artículo 16 de la LPC los requisitos que deben cumplir las promociones y ofertas, prescribiendo *“Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones y 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 establece que *“Cuando se tratara 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.”* –resaltado es propio–.

En la disposición citada, se establecen las obligaciones de los proveedores respecto a las promociones y ofertas especiales de bienes o servicios; en consecuencia, define de forma clara, precisa e inequívoca los elementos esenciales que deben cumplir las promociones y ofertas especiales.

De la interpretación gramatical y literal de dicha disposición –artículo 30 de la LPC–, se puede observar que la norma contiene términos genéricos o conceptos jurídicos indeterminados –*promociones, ofertas especiales, condiciones de las promociones, elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, medio de publicidad, etc.*– cuyo contenido no ha sido definido por el legislador.

En razón de lo anterior, este Tribunal al momento de aplicar dicha disposición al caso concreto, con fundamento en la facultad de interpretación de las normas jurídicas contenidas en la LPC y conforme a los artículos 19 y 20 del CC, procedió a interpretar el artículo 30 de la misma ley.

Es así que, este Tribunal partió de la interpretación gramatical o literal, para determinar el sentido y alcance del artículo 30 de la LPC. Por lo cual, la interpretación o contenido del cual se han dotado los conceptos genéricos de dicha disposición han sido considerados atendiendo el uso común, racional y literal de las palabras utilizadas en dicha norma.

Por consiguiente, en el apartado “configuración de la infracción” de esta resolución final, este Tribunal ha motivado la interpretación y dotación de contenido de las expresiones o términos consignados en el artículo 30 de la LPC –*promociones y ofertas especiales de bienes o servicios*–, con el fin de garantizar el principio de legalidad.

Respecto al término *“duración de las promociones”*, este Tribunal ha establecido el sentido y alcance de dicho término, considerando su connotación natural y común.

La Real Academia Española, estableció que la expresión *duración* significa: “*Tiempo que dura algo o que transcurre entre el comienzo y el fin de un proceso*”⁵. Por otra parte, según la misma academia, **vigencia** hace referencia a la “*cualidad de vigente*”⁶.

Es así, que este Tribunal considera que tanto el término *duración* como *vigencia* de las promociones hacen referencia al periodo de tiempo que transcurre entre el comienzo y finalización de las mismas, es decir, el periodo en que la promoción estará vigente para los consumidores quienes podrán acceder válidamente al beneficio que les reportan las promociones y ofertas –desde que inicia hasta que finaliza–.

Por consiguiente, en lo que respecta a la duración de las promociones o *vigencia* –como lo denomina este Tribunal en sus resoluciones–, 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 –inicio y finalización–.

Por otra parte, este Tribunal ha advertido que con frecuencia los proveedores al realizar las promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, para hacer referencia a la duración de las mismas consignan de forma indistinta “*promoción vigente*” o “*válido hasta*”, dichas expresiones hacen referencia a la *vigencia* o *calidad de vigente* de las promociones, en otras palabras, al periodo en que las mismas promociones y ofertas pueden ser accesibles para los consumidores.

En el presente caso, se puede observar que la misma proveedora denunciada en el anuncio publicitario incorporado a fs. 5, que contiene la promoción que se lee: “*Almacenes Tropigas, llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...*”, en la última línea del referido anuncio consignó “*(...) no aplica con otras regalías ni promociones vigentes, siendo válidos hasta el 11 de noviembre de 2018. Mayor información en sucursales*” –el resaltado es nuestro–, en ese sentido, la misma proveedora denunciada utiliza la expresión **vigencia** para referirse a la duración de las promociones.

Conforme a lo anterior, este Tribunal ha dotado de contenido y alcance la expresión genérica “*duración de las promociones*” establecido por el legislador en el artículo 30 de la LPC, lo cual es permitido en materia administrativa sancionatoria, y penal, conforme al criterio adoptado por la SCN y la SPN.

En ese sentido, ambas Salas han establecido que los conceptos jurídicos indeterminados y los términos genéricos pueden ser dotados de contenido por el operador jurídico –Administración Pública o Juzgador– que tiene la competencia legal para aplicar la disposición que los consigna. En consecuencia, se ha precisado que este tipo de interpretación no violenta el principio de legalidad.

Por otro lado, este Tribunal aclara que en la interpretación del artículo 30 de la LPC, no se ha utilizado el método teleológico que violenta de forma flagrante el principio de legalidad, sino que se ha aplicado el método de interpretación gramatical o literal, debido a que solo se ha dotado de significado la expresión

⁵ <https://dle.rae.es/duraci%C3%B3n>

⁶ <https://dle.rae.es/vigencia?m=form>

lingüística o término “duración de las promociones” contenido en dicha disposición, sin añadir por vía interpretativa ningún elemento ajeno al tenor gramatical de dicho precepto.

En línea con lo anterior, este Tribunal en calidad de intérprete de la disposición citada, solo ha determinado el sentido y alcance del artículo 30 de la LPC y, a su vez, ha establecido algunos de los supuestos fácticos en los que se aplica dicha norma, debido a que, del tenor literal de dicha disposición se entiende que la misma no es taxativa al establecer “*los elementos que la hagan determinable*”.

En razón de lo expuesto, este Tribunal no ha sobrepasado los presupuestos establecidos en el artículo 30 de la LPC, por el contrario, respetuoso del principio de legalidad en los casos que ha tenido conocimiento el TSDC, solo sancionado a los proveedores que hayan cometido alguno de los supuestos previstos en dicha disposición, sin añadir elementos fácticos a la infracción.

Por consiguiente, este Tribunal concluye que el argumento vertido por el apoderado de la proveedora denunciada no es atendible, debido a que al utilizar el término vigencia para explicar el sentido de la expresión duración, se ha interpretado el artículo 30 de la LPC, a partir de su tenor gramatical o literal para determinar el sentido y alcance del término “duración de las promociones” consignado en dicha disposición.

Aunado a lo anterior, como se expresó en párrafos previos, la misma proveedora denunciada utilizó la expresión **vigencia** para referirse a la duración de las promociones, al consignar en el anuncio publicitario los términos “*promociones vigentes*” y “*válido hasta*”.

Por lo tanto, este Tribunal declara *no ha lugar* la violación al principio de legalidad planteado por el apoderado de la denunciada por la utilización del término vigencia y no duración, contenido en el artículo 30 de la LPC.

B. Ausencia de afectación o menoscabo, principio de proporcionalidad y ofrecimiento de medios probatorios

1. Respecto a este punto, señaló el apoderado de la denunciada que en virtud de la Cn y los principios garantistas de la potestad sancionatoria –principio de proporcionalidad, artículo 139 de la LPA–, no es posible sancionar por una actuación que no ha causado ningún daño o menoscabo a los consumidores.

2. En relación con lo anterior, este Tribunal hace las siguientes valoraciones:

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

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.*

3. Respecto a la prueba ofertada por el apoderado de la denunciada, consistente en el Anexo 2, este medio de prueba ha de ser rechazado pues el mismo resulta inútil para establecer o no la configuración de la infracción al artículo 43 letra n) de la LPC, debido a que resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios –consumidores– 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.

Por otra parte, en relación a la prueba documental ofertada por el apoderado de la denunciada, consistente en el Anexo 1 (fs. 22), este Tribunal advierte que dicho anuncio publicitario es de igual contenido que el incorporado a fs. 5.

Respecto a lo anterior, es preciso tener en cuenta que conforme al principio de comunidad de la prueba, los medios probatorios aportados por alguna de las partes no pertenecen a la parte que la aporta sino al proceso, ni se debe pretender que la misma solo beneficie a la parte que los ha incorporado al proceso, en ese sentido, la Sala de lo Civil –en adelante SC– ha establecido en la sentencia emitida en fecha 15/02/2012, en el proceso de casación 73–CAC–2011, que “(...) las pruebas, una vez que son promovidas y aportadas al proceso, por el principio de la comunidad de la prueba, benefician o perjudican a ambas partes involucradas en el mismo, por lo tanto, no deben ser consideradas como de uso exclusivo de la parte que la promueve, ya que, una vez anexadas e incorporadas a las actas del proceso, las pruebas pertenecen a éste como un todo, entendiéndose como parte del proceso a ambas partes (demandado y demandante), así como también al Juez.”

Por consiguiente, en el presente caso cuando se haga referencia al anuncio publicitario que contiene la promoción que lee: “*Almacenes Tropigas llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...*”, este Tribunal hará referencia de forma indistinta tanto al anuncio publicitario de fs. 5 –ya incorporado al procedimiento– como al anuncio de fs. 22, por ser consignar ambos el mismo contenido.

VI. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

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

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

Así las cosas, 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 y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley.

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

a) Acta N° SA01606/2018 –fs. 3 al 4– de fecha 09/11/2018, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor –en adelante DC–, en virtud de la promoción publicada *en anuncio en el periódico de El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018 con número de página 11*, realizó inspección en el establecimiento “*Almacenes Tropigas Santa Ana*” propiedad de la proveedora denunciada.

b) Anuncio publicitario contenido en la página 11 del periódico El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018, –fs. 5–, relacionado con el acta N° SA01606/2018 –fs. 3 al 4– de fecha 09/11/2018, con el 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: “*Almacenes Tropigas llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...*”.

En relación con el incumplimiento mencionado previamente, queda establecido que la proveedora no dio a conocer a los consumidores la fecha de inicio de la promoción, ya que se consignaba únicamente: “*Almacenes Tropigas llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...válido hasta el once de noviembre de 2018*”, lo cual forma parte de los requisitos mínimos establecidos por ley (vigencia o duración).

Dado que la denunciada no desvirtuó la veracidad del acta de inspección y el anuncio 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, en complemento a lo ya desarrollado en el apartado V de esta resolución, 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)⁷. En ese sentido,

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

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

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

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

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

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

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

Antes de todo, es importante hacer la siguiente acotación: en relación con las promociones y ofertas, de acuerdo a la regulación contenida en la LPC, estas están sujetas a dos principios: el de veracidad y el de temporalidad. En ese orden de ideas, se ha venido sosteniendo que para que se tenga por establecida la configuración de la infracción prevista en el artículo 43 letra n) 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 trate de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes”.

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

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

En línea con lo anterior, en cuanto a las condiciones aplicables a las promociones y 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 vigencia, esta exigencia es prácticamente la esencia de estas propuestas de contratación, pues significa que el proveedor ofrece una ventaja extraordinaria al consumidor, la cual podrá ser gozada en un período de tiempo específicamente determinado o que puede ser determinable.

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

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

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

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

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

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

En este punto, es conveniente señalar que, en el caso que se analiza, la proveedora al realizar la promoción u oferta que se lee: “*Almacenes Tropigas, llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...*”, contenida en anuncio publicado en la página 11 del periódico El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018, no estableció la fecha en que inició la referida promoción, puesto que solo consignó la frase “*siendo válidos hasta el 11 de noviembre de 2018*”, omitiendo informar a los consumidores la fecha a partir de la cual la misma era efectiva. Por otra parte, como consta en el acta de inspección de fs. 3–4 dicha información se daba a conocer a los consumidores de forma verbal.

Por consiguiente, no obstante la proveedora ha señalado que el consumidor razonable puede deducir de la publicación que, la fecha de inicio de la promoción u oferta era la misma fecha en que se publicó en el medio de comunicación –periódico–, 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 y precisa la duración de la promoción, pues solo se consignó la fecha de finalización de la misma.

En razón de lo expuesto, cuando la duración o vigencia de la promoción u oferta no consta en el mismo medio publicitario, aviso o cartel dentro del establecimiento, la información respecto a las promociones y 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 o pedir información por correo, etc.

Bajo esta inteligencia, la promoción u oferta que se lee: “*Almacenes Tropigas, llegó la navidad llena de felicidad y mucho más...*”, no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 16 y 30 de la LPC, puesto que, no consignar la información de la duración o vigencia de la promoción –fecha de inicio– en el mismo medio publicitario constituye infracción al artículo 43 letra n) de la misma ley, pues los consumidores no tienen acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta como lo es la duración o vigencia (fecha de inicio) de la promoción.

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, así como de los documentos que forman parte de la misma (en el caso concreto, la publicación de la promoción contenida en anuncio publicado en la página 11 del periódico

El Diario de Hoy de fecha 09/11/2018, fs. 5 y 22), 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 la vigencia (fecha de inicio) de la promoción, debido a que solo se consignó la frase: “(...) válido hasta el once de noviembre de 2018.”**

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. 3–5, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó la promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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 Unión Comercial de El Salvador, 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 de la 46 LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

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

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

a. *Tamaño de la empresa.*

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: "*Microempresa: Persona natural*

o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores”.

A partir del análisis de los documentos que constan en el expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora Unión Comercial de El Salvador, S.A. de C.V., en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 6-7). Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora, a efectos de establecer la capacidad económica que tiene para asumir la multa.

Pese a lo antes indicado, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, de conformidad a los principios que rigen el *ius puniendi*, este Tribunal, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, procederá a considerar a la proveedora como una empresa de *tamaño grande*, tomando en cuenta que la misma se encuentra categorizada como **GRAN 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 a los consumidores la vigencia de la promoción referida –fecha de inicio–, y ésta no se detalle por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Y es que,

como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia.

En razón de lo anterior, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de Unión Comercial de El Salvador, 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 –*Almacenes Tropigas Santa Ana*– se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar la vigencia (fecha de inicio) de la promoción, 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 y 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 –como se ha expresado en el apartado V. B. 2. de la presente resolución–, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en realizar promociones y 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 y 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 y ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC –artículo 43 letra n) de la LPC– pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344–2010).

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, 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) 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 SCN 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 Unión Comercial de El Salvador, S.A. de C.V., no podría definirse objetiva e indubitadamente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la promoción anunciada.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la promoción que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que las promociones se diseñan y efectúan con el objeto de generar ganancias (promoción de ventas, en términos precisos, tal como se desarrolló en el romano 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 Unión Comercial de El Salvador, 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 y 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 al infractora Unión Comercial de El Salvador, 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) de la promoción, 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 según lo ha clasificado la DGII la de una empresa grande; que en razón del grado de intencionalidad de las conductas cometidas por la proveedora, no se acreditó el dolo sino negligencia; que ésta incumplió con la obligación de realizar una promoción con los requisitos mínimos establecidos por ley; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

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 Unión Comercial de El Salvador, S.A. de C.V., se le impone una multa de **CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DOLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR (\$5,625.06), equivalentes a dieciocho meses y quince días 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 y 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 9.25% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción –200 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 3º, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE:**

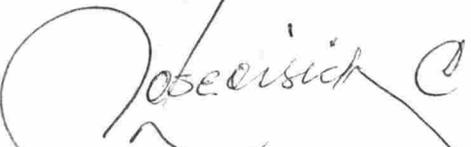
a) *Sanciónese* a la proveedora Unión Comercial de El Salvador, S.A. de C.V., con la cantidad **CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DOLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR (\$5,625.06), equivalentes a dieciocho meses y quince días de salario mínimo mensual urbano en la industria** —D.E. N° 6 del 21/12/2017, 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 el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

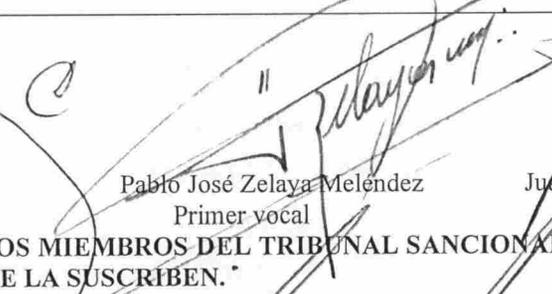
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

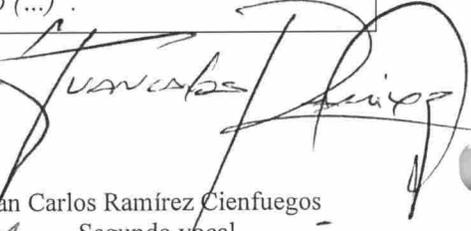
b) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

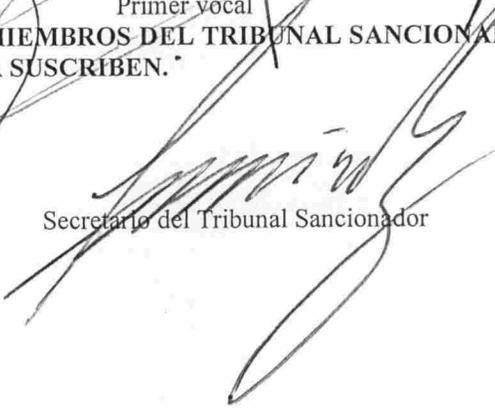

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

JR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador