

 <p>Defensoría del Consumidor</p>	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 21/05/21 Hora: 11:47 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 1035-19</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante la Presidencia—		
Proveedora denunciada:	, S.A de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante Presidencia—expuso en su denuncia que, en uso de sus competencias de vigilancia e inspección establecidas en el art. 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, el día 11/12/2018 practicaron inspección en el establecimiento denominado: _____, propiedad de la proveedora denunciada _____, con el fin de dar seguimiento a la denuncia recibida de un consumidor con número de referencia 3-0500-09-18-841, en la que se informó que el "el 6 de diciembre de 2018 se publicaron en un diario de circulación nacional publicidad que compara sus precios con otra farmacia, pero en sus precios no detallan el Impuesto al Valor Agregado (IVA) violentándose el art. 27 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor y constituyendo publicidad engañosa. El subtotal menos el descuento ofrecido no corresponde al valor total que indican".</p>			
<p>Al consultar al representante legal sobre dicha denuncia, manifestó que: en efecto los precios que aparecen en la publicación no incluyen IVA y esto se debió a un error involuntario, haciendo entrega de una fotocopia de la _____ publicada en el periódico La Prensa Gráfica el día sábado 08/12/2018 en la página 55, por medio de la cual manifiestan que fue un error involuntario el no detallar el valor del IVA en la publicación.</p>			
<p>Finalmente, la Presidencia señaló que la publicidad utilizada por la proveedora omitió brindar datos del Impuesto al Valor agregado (IVA) en los precios de los productos que incluyen en la publicidad, siendo dicha información relevante para el consumidor. Asimismo, expuso que las cantidades señaladas para cada producto en la simulación de factura de _____ no representan el precio final al que los ofrece la proveedora en realidad, pues debe de sumársele el 13% correspondiente al IVA; por último, acotó que la proveedora vulneró el derecho de la información de los consumidores e incurrió en publicidad ilícita o engañosa, al omitir brindar datos fundamentales respecto del precio de los productos al no incluir el IVA, generando la errónea percepción de la realidad publicitada.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>1. Tal como consta en auto de inicio (fs. 16 al 18) se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 31 letra b) de la LPC se considerará publicidad ilícita <i>la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o</i></p>			

Handwritten marks and initials, including a large 'A' and some illegible scribbles.

que, de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico.

Señaló, que lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, la cual, es calificada como 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.

2. Concerniente a la mencionada infracción, este Tribunal en resolución pronunciada el día 01/03/2012, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 801-2011, expresó que la publicidad engañosa o falsa puede ser agrupada de la siguiente manera: "(...) a) Presentar –total o parcialmente– datos falsos (es decir inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad). b) La publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de: (1) inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada; (2) producir confusión: cuando la información en la publicidad es contradictoria, oscura, desordenada o mezclada de forma que no puede reconocerse claramente la oferta publicitaria; y (3) producir un engaño: cuando se presenta de manera que aparente una verdad, es decir, una realidad distinta a la existente (...) el perjuicio al consumidor puede ser causado por: (...) (1) la falsedad de contenido material del anuncio, o por el engaño en su modo de presentación; y (2) Por la omisión de datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios (...)".

En relación al artículo 31 de la LPC -denominado publicidad engañosa o falsa-, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en resolución de fecha 28/05/2016, en el proceso con número de referencia 123-2011, expuso: "Lo anterior enfatiza las siguientes situaciones: (i) el cumplimiento de la presentación clara y veraz de la información de los bienes o servicios contenida en las ofertas, promociones y publicidad no es una facultad sino una obligación para quien publica; (ii) la información contenida debe corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados; (iii) los datos deben ser susceptibles de verificación, de confirmación y además suficientes; y, (iv) no deben generar dudas en el usuario de lo que está comprando o del servicio que está adquiriendo. Bajo esa lógica, se entenderá por publicidad engañosa o falsa, aquella que sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, por ser «total o parcialmente falsa incluso por omisión»".

Además, en la resolución de fecha 08/01/2016, en el proceso con número de referencia 344-2010, dicha Sala mencionó: "El análisis del contenido de dicha promoción debe realizarse de una forma integral, lo cual está referido a que además del contenido del mismo, se deben tomar en cuenta otros elementos tales como su estructura, tipografía y diseño, siempre y cuando ésta pueda influir o tener un impacto en el consumidor, ya que como se dijo anteriormente con la publicidad se trata de comunicar un mensaje, que tendrá un impacto social y económico en los consumidores, el cual dependerá de lo que se pretenda informar, recordar y persuadir, de acuerdo a lo que el proveedor desee llevar a cabo en el mercado. De ahí que, es obligación

de quien publica verificar que la información se brinde de una forma clara y veraz, garantizando así los derechos de los consumidores”.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

En fecha 09/11/2020, por medio de conducto oficial interno, se recibió escrito (fs. 22 al 25), firmado por [redacted] calidad de apoderada general judicial de la sociedad [redacted] S.A de C.V., por medio del cual contesta la audiencia conferida en resolución de las nueve horas con seis minutos del día 11/08/2020. Finalmente, señala lugar y medio para recibir notificaciones; además, agregó la documentación de fs. 26 al 28.

Mediante el referido escrito, la apoderada de la proveedora en el ejercicio de su derecho de defensa, manifestó –en síntesis– que, [redacted] S.A de C.V., sí incluyó en la publicidad del 06/12/2018 de forma tácita pero precisa, la información del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la prestación de Servicios (IVA); que el artículo 114, literal b) numeral 4 del Código Tributario, instituye la obligación de incluir en todas las operaciones gravadas el impuesto respectivo, pero no establece la obligación de realizar el detalle o desglose del mismo en las facturas o demás documentos que comprueben la compra.

Es conveniente señalar que lo argumentado por [redacted] se encuentra estrechamente relacionado con la valoración de la prueba ofrecida y el análisis de configuración de la infracción, por lo cual los referidos argumentos serán analizados en los siguientes apartados.

V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

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

Dicho esto, el 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 —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 g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad engañosa o falsa.

B. En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental consistente en:

1. Acta de inspección N° 03627 de fecha 11/12/2018 —fs. 3 al 4—, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.
2. Publicación realizada en la página 9 del periódico *La Prensa Gráfica*, de fecha 06/12/2018 (fs. 6), con la cual se establece el medio de comunicación con que fue dada a conocer a los consumidores la publicidad denominada “*PRECIOS INCOMPARABLES! Compruébalo tú mismo*” en la que se ofrece al público en general, productos con precios vigentes y verificables al 06/12/2018 según el siguiente detalle:

PRODUCTO	PRECIO
1 Avamys spray nasal, 120 dosis	\$31.43
1 Gelicart, 30 sobres	\$45.96
1 Geriatric Pharmaton, 100 capsulas	\$44.27
1 Nexium 40mg, 28 comprimidos	\$60.95
1 Systane Ultra Solución Oftálmica, 10 ml	\$14.83

3. Publicación realizada en la página 55 del periódico *La Prensa Gráfica*, de fecha 08/12/2018 (fs. 7), con la cual se establece que la proveedora reconoció haber omitido detallar el valor del IVA en el comprobante de pago que se mostró en la publicación realizada el día 06/12/2018.
4. Factura número 104670 (fs. 10), en la que consta que el precio nominal del producto Gelicart, 30 sobres en fecha 06/12/2018 era de \$51.93, precio al que se le aplicó un descuento equivalente al 30% del precio, por lo que el valor de venta efectivo fue de \$36.35, precio que es evidentemente menor al publicado por la proveedora en la página 9 del periódico *La Prensa Gráfica*, de fecha 06/12/2018, \$45.96 (fs. 6).

Finalmente, cabe aclarar que si bien la Presidencia proporcionó como prueba documental el documento denominado "*Estudios de Monitoreo de Precios al Cliente*" (fs. 8), la misma no será admitida ni valorada por este Tribunal, debido a que no se ha podido establecer la vinculación de los precios y descuentos establecidos en el documento con la fecha en la que ocurrieron los hechos denunciados. Además, las fotocopias de las facturas de fs. 9 y del 11 al 15, tampoco serán valoradas, ya que las mismas fueron emitidas en fecha diferente a la vigencia de la publicidad denunciada.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Es importante señalar que, desde una perspectiva meramente jurídica, específicamente en lo que a derecho sancionatorio se refiere, se abordará la temática de la publicidad. 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.

B. Dicho esto, en primer lugar, es importante definir lo que se entiende por publicidad, así: *es esencialmente una actividad de comunicación que forma parte del proceso y del sistema de comunicación y que apunta a promover la venta de un artículo, producto o servicio; a fomentar una idea o lograr cualquier otro efecto que desee conseguir el anunciante*. Una segunda definición determina que: *la publicidad se enmarca en el contexto de promoción y se define como un proceso de comunicación masiva diseñada para cambiar la actitud y comportamiento de sus receptores*. (Jorge Guido Sotomayor Pereira, 2018)¹.

En lo que a materia de comercio se refiere, la publicidad se usa a menudo para proporcionar información tanto a consumidores como a compradores empresariales. La información típica para consumidores incluye el horario de una tienda al detalle o minorista, la localización del establecimiento o, a veces, especificaciones más detalladas del producto. En materia de consumo, la publicidad es, por lo general, el principal vehículo de comunicación, y las otras herramientas promocionales (concursos, cupones, muestras) se diseñan para respaldar la campaña de publicidad. Tanto en la promoción de empresa a empresa como en la que se dirige a

¹ Jorge Guido Sotomayor Pereira, L. F. (2018). Medios publicitarios que influyen en el consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio. *Revista Killkana Sociales*, 179-186.

los consumidores, la clave para usar la publicidad con eficacia es verla como uno de los “rayos” de la “rueda” del esfuerzo promocional. (Kenneth E. Clow, 2010)².

Es bajo esta concepción que nuestra LPC, en los artículos 31 en relación al 43 letra g), sitúa el tema de la publicidad y su punibilidad –cuando exista contravenciones a la ley–, es decir, en un contexto en que sirva como canal de comunicación a los consumidores para conocer, por ejemplo, el horario de una tienda, la localización del establecimiento, el precio y características de un servicio o producto, entre otros. Siempre y cuando la misma no se enmarque en una promoción o, en términos más precisos, en la *promoción de ventas*; pues en cuyo caso, nos encontraríamos bajo los supuestos de los artículos 30 en relación al 43 letra n) de la LPC.

C. Ahora bien, asimismo es menester referirse a los medios publicitarios, los cuales pueden definirse como: *los canales que las empresas utilizan para enviar publicidad al consumidor*. Una segunda definición es la siguiente: *cualquier espacio donde se pueda ubicar un mensaje de la empresa –sea cual sea la forma en que se haya elaborado–*. Ahora bien, los medios publicitarios son convencionales cuando el mensaje es transmitido en medios de comunicación masivo (prensa; radio; televisión; exterior, donde se localizan, por ejemplo, las vallas, área, transportes públicos; etc.).

En dicho contexto, en la actividad publicitaria se distingue una triple función: (i) la de ser informativa; (ii) la de ser persuasiva; y, (iii) la de constituir un mecanismo de competencia. 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 puesto que 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.

D. Delimitado el tema de publicidad, corresponde ahora hacer el análisis para comprobar si ha existido vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, respecto de la conducta establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, con base en los elementos probatorios señalados en el numeral anterior, ha quedado comprobado que:

1. En fecha 06/12/2018, la proveedora, mediante publicación realizada en la página 9 del periódico *La Prensa Gráfica*, dio a conocer a los consumidores la publicidad denominada “*PRECIOS INCOMPARABLES! Compruébalo tú mismo*”, en la que se ofrece al público en general, productos con precios vigentes y verificables al 06 de diciembre de 2018.

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

2. Que según factura (fs. 10) el precio nominal del producto *Gelicart, 30 sobres* en fecha 06/12/2018 era de \$51.93 (sin descuento), precio mayor al publicado por la proveedora en la página 9 del periódico *La Prensa Gráfica*, en la misma fecha; es decir, \$45.96.
3. Que a la compra efectiva realizada en fecha 06/12/2018 por el producto *Gelicart, 30 sobres* se le efectuó un descuento de \$15.58, equivalente al 30% del precio (\$51.93), porcentaje que fue obtenido mediante la aplicación de la fórmula: $\$15.58 \times 100 / \$51.93 = 30\%$; por lo que finalmente el valor del producto fue de \$36.35.

Adicional a lo anterior, no se presentó prueba que sustentara los precios de venta, al día 06/12/2018, de los productos 1 Avamys spray nasal, 120 dosis; 1 Geriatric Pharmaton, 100 capsulas; 1 Nexium 40mg, 28 comprimidos; y, 1 Systane Ultra Solución Oftálmica, 10 ml.

Según los hechos descritos por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor en la denuncia (fs. 1 al 2), las cantidades señaladas para cada producto en la simulación de factura no representan los precios finales a los que la proveedora los ofrece en realidad, pues tales precios no incorporaban el IVA; es decir, que dichos precios debían ser mayores al sumárseles el 13% correspondiente al IVA.

No obstante lo anterior, la denunciante no presentó prueba que pudiera corroborar su dicho respecto a los productos Avamys spray nasal, 120 dosis; Geriatric Pharmaton, 100 capsulas; Nexium 40mg, 28 comprimidos; y, Systane Ultra Solución Oftálmica, 10 ml. Ahora bien, respecto al producto *Gelicart, 30 sobres*, con la factura de fs. 11, se evidenció que el precio de venta efectivo del producto en referencia (\$36.35), era menor al publicado (\$45.96).

En conclusión, desde la perspectiva planteada por la denunciante —en donde el precio de venta verificado podría ser mayor al publicado por la denunciada—, no se ha logrado acreditar el supuesto engaño a los consumidores.

Por consiguiente, considerando que la prueba analizada no permite sustentar los términos de la denuncia, ni los indicios han quedado comprobados, este Tribunal estima procedente *absolver* a la proveedora de la infracción atribuida, por la supuestamente haber realizado directamente la difusión de publicidad engañosa o falsa.

VII. 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; 40, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144-A y siguientes de la LPC; y 78 inciso tercero, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por la _____ en calidad de apoderada general judicial de la proveedora _____ S.A. de C.V., a quien se tuvo por parte en este procedimiento; así como la documentación que consta agregada de fs. 26 al 28. Además, *tomé nota* la Secretaría de este Tribunal de los medios y lugar señalados por la apoderada de la denunciada para recibir actos de comunicación; así como el nombre de las personas

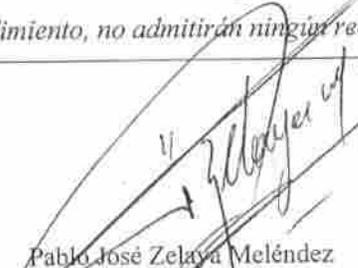
comisionadas para tal efecto. Téngase por contestada la audiencia conferida a
, S.A. de C.V., en los términos relacionados en la presente resolución.

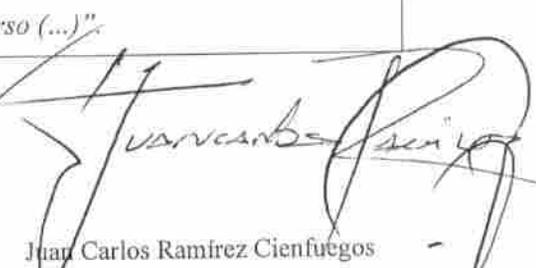
- b) *Desestimase* la presunta configuración de la infracción prevista en el artículo 43 letra g) de la LPC, por *realizar directamente la difusión de publicidad engañosa o falsa*.
- c) *Absuélvase a* S.A. de C.V. de la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, en relación a la denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, por las razones establecidas en el romano VII de esta resolución.
- d) *Notifíquese*.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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


José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

RC/ym


Secretario del Tribunal Sancionador