

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 25/06/2021 Hora: 14:29 p. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 2199-2019
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –la Presidencia–.		
Proveedora denunciada:	S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el día 12/04/2019, se practicó inspección en el establecimiento denominado</p> <p>ubicado en</p> <p>, municipio y departamento de San Miguel, propiedad de la proveedora denunciada,</p> <p>, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada se levantó el acta correspondiente —fs. 3-4— en la cual se consignó que, en el establecimiento de la proveedora se procedió a verificar la promoción que se lee: “¿Se te antoja algo DULCE? Agrega orden de quesadillas dulce 2 unidades por \$1.99 c/u. Mas sabor para elegir huevo con jamón”, publicado por medio de menú colocado en mueble de madera a la entrada del establecimiento de la proveedora, durante la inspección se pudo verificar que el precio de la publicación emitida por la proveedora no coincidía con el monto facturado en el sistema de registro de precios de productos donde se observa que el precio cobrado es de \$2.99 lo cual no coincide con el \$1.99 publicado por la proveedora en el menú de desayunos. Al consultarle a la persona que atendió en el establecimiento, expuso: que por error en el menú conocido como centro de mesa, el producto se ofrece a \$1.99, pero el precio correcto es \$2.99. Expuso la presidencia que se ha producido un engaño a los consumidores, ya que el precio con el que se ofrece es de \$1.99, cuando en realidad el producto tiene un valor de \$2.99.</p> <p>Señaló, que lo anterior daría lugar a la comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, el cual establece que son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: “g) Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el Art. 31 de la presente ley. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta”; y que de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa, de comprobarse dicha conducta, se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.</p> <p>Es así que en fecha 31/07/2020 este Tribunal inició el presente procedimiento administrativo sancionador con fundamento en los artículos 143 letra d), 144-A y siguientes de la LPC, por la</p>			

supuesta comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la misma ley, resolución que fue notificada a la proveedora el día 30/09/2020 según consta en acta de f. 17.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Tal como consta en auto de inicio (fs.12-14), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción grave establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, el cual establece como conducta sancionable: *“Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el Art. 31 de la presente ley. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta”*. Lo anterior, relacionado con lo previsto en el artículo 31 letra b) de la LPC que define como publicidad engañosa o falsa: *“La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a (...) ii) Precio completo o modo de fijación del mismo.”*. Como puede comprobarse, este artículo comprende diferentes tipos de publicidad engañosa o ilícita, siendo lo pertinente al presente caso la falta de precio real, el objetivo del Derecho de Consumo es armonizar las relaciones entre consumidores y proveedores, ocasionado por la disparidad informativa, en el caso de la publicidad tiene como fin facilitar información a los consumidores sobre los productos y servicios que ofrecen los proveedores y se entiende que la misma es un medio transversal que estructura a la sociedad desde una perspectiva comunicativa y directa en la vida cotidiana. En tal sentido, la publicidad es usada en las sociedades capitalistas como un instrumento para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen las empresas y, en esa medida, se ha convertido en una herramienta necesaria en una economía de libre mercado, por tantos es obligación de los proveedores promover una publicidad lícita y leal evitando inducir a error o a defraudar a los consumidores y competidores.

Este Tribunal, en reiteradas resoluciones se ha pronunciado respecto a la competencia que ostenta para ejercer la función dual de la que la LPC le ha dotado (art. 83 de la LPC), por un lado la potestad sancionadora frente a proveedores de bienes o servicios que cometan ilícitos administrativos regulados por la LPC, y por otro lado la finalidad tuitiva de derechos de los consumidores de los bienes o servicios, frente a conductas de proveedores que sean reprochables para el ordenamiento jurídico. Es así entonces que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, se centrará únicamente en el análisis de la posible comisión de la infracción administrativa regulada en la LPC –ya citada *ab initio*–, independientemente si la conducta objeto de la denuncia, pudiese dar lugar a la comisión de otro ilícito que sea competencia de otro órgano administrativo o jurisdiccional por la tutela de bienes jurídicos distintos a los que corresponde a este Tribunal.

En ese sentido, la publicidad difundida a través de cualquier medio, tiene la finalidad de que sus destinatarios piensen o actúen de determinada forma o para el caso de la publicidad con fines de consumo, se pretende inducir a los posibles compradores a que adquieran determinados bienes o servicios, presentando los mismos de una manera llamativa a su público, a través de distintas estrategias y valiéndose de diversas herramientas y medios, propios de la actividad publicitaria.

De lo anterior, se colige, que la LPC busca regular que los proveedores que pretenden difundir publicidad de bienes o servicios, atiendan a la normativa que rige dicha actividad, respetando los derechos de los consumidores, y por supuesto que la misma no contrarie al ordenamiento jurídico, siendo objeto de reproche toda aquella clasificada como ilícita, engañosa o falsa según lo consignado en el art. 31 de la LPC. Consecuentemente, a la luz de tal disposición, es considerada engañosa o falsa aquella publicidad cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. En otros términos, el fin último de la regulación en el tema en cuestión tiene por objeto prevenir los usos inadecuados de la publicidad que puedan ocasionar perjuicios económicos graves.

Una publicidad puede causar perjuicios graves cuando por ejemplo se ve transgredido el honor de una persona, su intimidad, el uso de su propia imagen sin previa autorización, entre otras conductas que puedan causar una afectación a su dignidad. Asimismo, es considerada ilícita aquella publicidad que pueda inducir a engaño o error al consumidor, que no contenga toda la información necesaria para la toma de una decisión asertiva de consumo, que provoca una desigualdad entre las partes intervinientes en la relación de consumo -proveedor y consumidor- la cual puede dejar este último en una situación asimétrica y de desventaja al no ofrecerle la información necesaria para que pueda tomar una decisión considerando todos los elementos legalmente establecidos.

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

En la misma sentencia se establece 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 publicidad que un proveedor de bienes o servicios difunde al público consumidor es objeto de control también a la luz de la LPC en aras de la protección de intereses de los consumidores frente a una relación en la economía de mercado, más propiamente en una relación de consumo y que la misma pueda conllevar a una afectación a los mismos, en razón del contenido de dicha publicidad, sin discriminar el tipo y medios de la misma,

que pueden ser de la más variable naturaleza (textos, imágenes, audiovisuales, entre tantos).

Es entonces que al acreditarse que una publicidad infringe la normativa que le regula, se configura la comisión de la infracción grave regulada en el art. 43 letra g) de la LPC y conllevaría la sanción imponible de acuerdo al art. 46 de la misma ley, siendo ésta la multa de hasta doscientos salarios mínimos urbanos en la industria.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora _____, S.A. de C.V., pues en resolución de fs. 12-14, 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 30/09/2020 (f. 17).

En línea con lo anterior, el día 09/10/2020 se recibió en este Tribunal, mediante conducto oficial interno, escrito firmado por el licenciado _____ en calidad apoderado general judicial y administrativo con cláusulas especiales de la proveedora _____, S.A. de C.V., en el que expuso los argumentos de defensa y que finalmente en resolución final se absolviera a su representada. Al respecto, es preciso mencionar, que en la resolución de inicio precitada, se le concedió a la proveedora un plazo de 5 días hábiles—contados a partir del día siguiente al de la notificación de dicha resolución—, para presentar por escrito su defensa, y al realizar el conteo de días hábiles, si la notificación se efectuó el día 30/09/2020, el plazo de defensa venció el día 07/10/2020 y el escrito fue presentado en las oficinas de la Defensoría del Consumidor a las *trece horas con veinticinco minutos del día 08/10/2020*, de tal suerte que el mismo fue presentado de manera *extemporánea*, razón por la que este Tribunal no valorará los argumentos vertidos en el mismo, y únicamente se incorporará al expediente administrativo conjuntamente con la documentación anexa (fs. 18-49).

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—en adelante LPA—, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC.

Al respecto, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, el cual literalmente establece: *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.*

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

B. Constan en el expediente administrativos los siguientes medios de prueba:

a) Acta de Inspección N° 0474—folio 3-4—, de fecha 12/04/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección en el establecimiento de la proveedora, en la cual se consignó que se procedió a verificar la promoción que se lee: "¿Se te antoja algo DULCE? Agrega orden de quesadillas dulce 2 unidades por \$1.99 c/u. Mas sabor para elegir huevo con jamón", publicado por medio de menú colocado en mueble de madera a la entrada del establecimiento de la proveedora, durante la inspección se pudo verificar que el precio de la publicación emitida por la proveedora no coincidía con el monto facturado en el sistema de registro de precios de productos donde se observa que el precio cobrado es de \$2.99 dólares, lo cual no coincide con el precio de \$1.99 dólares publicado por la proveedora en el menú de desayunos. Al consultarle a la persona que atendió en el establecimiento, expuso: que por error en el menú conocido como centro de mesa, el producto se ofrece a \$1.99, pero el precio correcto es \$2.99.

b) Impresión de tickets de compra y fotografías de la publicidad objeto de estudio del presente caso, que consistía en una imagen referente a la publicidad "¿Se te antoja algo DULCE? Agrega orden de quesadillas dulce 2 unidades por \$1.99 c/u. Mas sabor para elegir huevo con jamón" correspondiente al establecimiento comercial propiedad de la proveedora denunciada (f. 5-11), relacionadas con el acta de inspección N° 0474, con las que se acredita que el precio registrado es distinto al precio promocionado para el producto en cuestión y además se determina el medio publicitario mediante el que se daba a conocer a los consumidores el precio del alimento.

Con relación a la documentación antes relacionada, se advierte que esta no ha sido controvertida por la proveedora, no obstante haber tenido la oportunidad procedimental para hacerlo, por el contrario, fueron aceptados por la proveedora según lo manifestado, en el acta de inspección precitada. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia mantienen la certeza legal que ostentan.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Con base en los elementos probatorios antes señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial "¿Se te antoja algo DULCE? Agrega orden de quesadillas dulce 2 unidades por \$1.99 c/u. Mas sabor para elegir huevo con jamón", lo cual fue documentado por los inspectores de la Defensoría del Consumidor.

Además, se ha acreditado con la misma acta de inspección precitada (f. 3-4), que la acción de difundir la publicidad citada fue confirmada por el mismo empleado de la proveedora denunciada, según consta de su propio dicho, que “*por error involuntario*” el producto se publicita a un precio diferente al facturado.

Adicionalmente, y con fundamento en el art. 31 de la LPC, este Tribunal es del criterio que se considera publicidad engañosa o falsa, aquella publicidad cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico.

Este Tribunal concluye entonces, con fundamento en la prueba valorada ya citada, y el análisis expuesto en los apartados precedentes, que ha quedado acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionador, que la proveedora denunciada realizó la difusión de la publicidad que adolecía de falsedad y resultaba engañosa, al contener precios no acordes con los facturados, promoviendo en cierta manera un daño económico a los consumidores; con fundamento en lo dispuesto en el artículo 31 letra b) de la LPC. En consecuencia, probados los hechos denunciados, se establece la comisión de la infracción grave, regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC que prescribe: “*Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el Art. 31 de la presente ley. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta*”, siendo procedente imponer a la proveedora denunciada, _____, S.A. de C.V., la sanción correspondiente según el artículo 46 de la LPC.

En el presente caso queda evidenciado que la proveedora incurrió en la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, actuando con *negligencia* de su parte, al no haber actuado con el debido cuidado o diligencia en la atención de los requerimientos establecidos en la ley, particularmente, al realizar la difusión de una publicidad falsa.

En este punto, resulta relevante destacar que la LPC en la parte final del mismo artículo 43 letra g) establece que la responsabilidad respecto de la publicidad ilícita recae exclusivamente sobre quien haya ordenado su difusión, no sobre la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta, ni sobre el medio que la difunda, razón por la que no será objeto de análisis de responsabilidad a ninguna agencia o medios en los que se creó o difundió la publicidad objeto de la controversia.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra g) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 46 LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los

parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

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

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

a. Tamaño de la empresa.

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

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistentes en declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios de los meses de marzo de 2019 al mes de junio de 2020, declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019 y los estados financieros y estados de resultados correspondientes al año 2018 y 2019 (folios 30-49), se tomará en cuenta la declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y prestación de servicios, correspondiente al mes de abril del año 2018, por ser el mes de cometimiento de la infracción, comprobando que en el referido mes la proveedora declaró ventas mensuales de \$7,479,319.64 dólares de los Estados Unidos de América (folio 31).

Al constatar la información financiera de la proveedora (declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios de los meses de marzo de 2019 al mes de junio de 2020, declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019 y los estados financieros y estados de resultados correspondientes al año 2018 y 2019), con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora _____, S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, además se procedió a consultar listado de medianos y grandes contribuyentes, emitido por El Ministerio de Hacienda, con Referencia MH-DGII-2020-0164, vigente desde el 03/11/2020, verificando que dicha sociedad se encuentra registrada como un *gran contribuyente*, por lo que este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como tal, guardando 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 considerará este elemento en el sentido de analizar si la proveedora 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 órgano ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aun a título de simple negligencia o descuido. En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación de **negligencia grave** por parte de la proveedora pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, respecto de la publicidad que ordena difundir.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta **negligente grave** por parte de la proveedora, por ordenar la difusión de una publicidad falsa y que por tanto, no cumple con las normativas específicas de la materia. Siendo la propietaria del establecimiento comercial objeto de denuncia, la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es en el caso de la publicidad, por lo que, se configura plenamente una conducta de negligencia grave por parte de S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial, al haber ordenado difundir una publicidad a los consumidores, que no cumplía los requisitos mínimos establecidos en la ley aplicables a las mismas.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción del proveedor, es directa e individual, pues se acreditó que por mandato legal, en la comisión de la infracción regulada en el art. 43 letra g) de la LPC la responsabilidad administrativa por la misma, recae únicamente en quien ordena la difusión de la publicidad que resulte ilícita, no será responsable el medio de comunicación que la difunda ni la agencia de publicidad que contrate la pauta, por lo que la responsabilidad es única y exclusivamente de la proveedora denunciada, de S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial

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

Respecto de este parámetro, es necesario analizar el papel del consumidor como parte 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.

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 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. 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 conforme a la ley.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a ordenar publicidad de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC — artículo 43 letra g) — transgrede el derecho de los consumidores a ser protegidos de publicidad con fines lucrativos de los proveedores que ocasionen graves perjuicios para ellos, en el caso en específico, en la referente a actividades específicas reguladas en leyes especiales, como es el caso de la publicidad falsa, y si bien no se ha probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en ordenar la difusión de publicidad que contraría la normativa que lo regule, es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

En este punto debe recordarse que la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su jurisprudencia, ha afirmado que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, puede clasificar

las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador. Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

En congruencia con ello, se advierte que la infracción administrativa relativa a ordenar la difusión de publicidad ilícita –artículo 43 letra g) 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 ocho de enero de dos mil dieciséis, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

Es por ello que este Tribunal reconoce que, al existir una estrecha relación del deber constitucional del Estado salvadoreño de velar por la protección e integridad de los ciudadanos y el deber constitucional que tiene la Defensoría del Consumidor de proteger los intereses de los consumidores en el ámbito económico –para el caso en concreto, el rubro publicitario dentro de las actividades económicas– en nuestro país, debe, en aplicación del principio de proporcionalidad, realizar una ponderación de la gradualidad de la cuantificación de la multa pecuniaria acorde con la afectación ocasionada a los consumidores, tomando en cuenta que la difusión de la publicidad ordenada por la proveedora ocasionó un potencial daño económico al difundir precios inexactos.

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

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

intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por el proveedor denunciado no podría definirse objetivamente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la publicidad ilícita.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por el proveedor como consecuencia de la publicidad que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que la publicidad persigue el objeto de generar ganancias, es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las campañas publicitarias buscan generar ganancias, así como lo expresó el mismo proveedor a los delegados de la Defensoría del Consumidor al momento de realizar la inspección: “¿Se te antoja algo DULCE? Agrega orden de quesadillas dulce 2 unidades por \$1.99 c/u. Mas sabor para elegir huevo con jamón”; por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que el proveedor efectivamente obtuvo un beneficio con la publicidad examinada.

Aunado con lo anterior, aunque no se han comprobado cuantitativamente las ganancias derivadas exclusivamente de la implementación de la publicidad analizada, imponer una multa basada estrictamente en este criterio sería desproporcional si se compara con el impacto generado en los consumidores alcanzados por el mensaje difundido a través de la publicidad en estudio.

f. Finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción.

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir a la infractora

S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial

, quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra g) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores, para que en un futuro adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC y normativa conexas en la difusión de publicidad que involucre a mujeres.

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 verificar que la publicidad que ordene para sus comercios, cumpla con las normas especiales de conformidad con lo dispuesto en la LPC y marco jurídico aplicable a dicha actividad, es decir, la multa a imponer busca potenciar el cumplimiento de las obligaciones que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de campañas publicitarias bajo los parámetros legales es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

En tal sentido, habiéndose verificado que la infractora es una persona jurídica que ha sido catalogada como una *Gran Contribuyente*, que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una campaña publicitaria que no cumplía los parámetros legalmente establecidos, pero considerando la imposibilidad para establecer a cuánto ascienden las utilidades generadas como

consecuencia directa del aludido incumplimiento, y en vista que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular sino que basta con la sola constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal, resulta entonces razonable la imposición de una sanción proporcional a la verificación de aludido quebrantamiento.

En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente establecer una multa dentro del margen legal establecido por haberse establecido la inobservancia de lo previsto en el artículo 43 letra g) en relación con el artículo 31 letra b), ambas disposiciones de la LPC por parte de una persona natural conforme al grado de gravedad de la infracción cometida.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica -artículo 146 inc. 4º de la LPC- y habiendo considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial

”, pues se ha determinado que ordenó la difusión de publicidad que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, es decir, que se trataba de una publicidad ilícita, específicamente publicidad falsa.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer a la proveedora una multa dentro del margen estipulado por ley como consecuencia para la comisión de las infracciones de tal gravedad –hasta doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria según el artículo 46 de la LPC–.

Para ello, se ha tenido en cuenta que en este procedimiento, la proveedora atendió el requerimiento de información financiera que fue efectuado por esta autoridad sancionadora; aspecto que será considerado para modular decrecientemente la sanción que se impondrá. Respecto al tamaño de la empresa, se ha considerado que la proveedora posee la condición de *gran contribuyente* de acuerdo a la documentación que consta agregada al presente expediente. Además, se ha constatado la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC en relación al artículo 31 letra b) de la misma ley, por haber ordenado la difusión de una publicidad ilícita, específicamente de publicidad falsa. Así también se ha acreditado, el grado de intencionalidad –*negligencia grave*– y el peligro potencial de la conducta cometida, al tratarse de una afectación a los intereses económicos de los consumidores.

Por tanto, y siendo que la proveedora S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial cuenta con la capacidad suficiente para afrontar

con solvencia sus obligaciones de corto y largo plazo, sin comprometer las operaciones del negocio, este Tribunal con fundamento en toda la prueba valorada y el análisis vertido en la presente resolución, le impone una multa de TREINTA MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$30,417.00), equivalentes a cien meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b), ambos de la LPC, por ordenar la difusión de una publicidad que no cumplía las exigencias legalmente establecidas según se ha acreditado en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 50% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción –doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria–, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 31 letra b), 40, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144-A y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Sanciónese* a la proveedora S.A. de C.V., propietaria del establecimiento comercial “”, con la cantidad de **TREINTA MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$30,417.00)**, equivalentes a *cien meses de salario mínimo mensual urbano en la industria*—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, por ordenar la difusión de publicidad que no cumplía las exigencias legalmente establecidas, conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

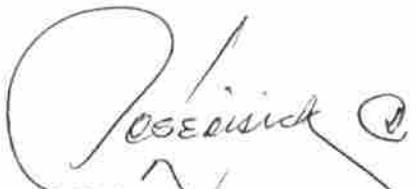
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

b) *Notifíquese.*

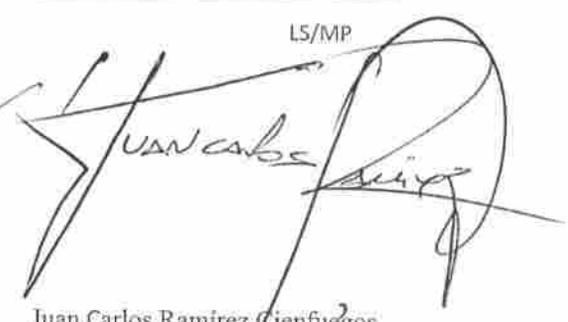
INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: *“Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se 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 Leoistick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


LS/MP
Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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


Secretario del Tribunal Sancionador