

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 13/06/2022 Hora: 08:28 a.m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 1777- 2021
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>A. Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el 21/07/2019, se practicó inspección en el establecimiento denominado “Men’s Fashion Plaza Mundo”, ubicado en</p> <p style="text-align: right;">municipio de Soyapango,</p> <p>departamento de San Salvador, propiedad de la proveedora Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada (21/07/2019) se levantó el acta correspondiente — fs. 3— en la que se verificó la promoción comercial en atención a denuncia interpuesta por el consumidor con el número de caso AVUIM 008-2019 en la cual manifiesta “Hoy 20 de julio de 2019 pasé por la tienda Men’s Fashion en Plaza Mundo, por la promoción de camisas a \$15.99, y cuando pregunté no tenían, es un engaño”. Al consultarle a la persona que atendió sobre la referida publicidad esta manifestó que dicha promoción nunca se manejó en el establecimiento y que los precios que se manejan dentro del establecimiento son redondos, sin embargo, durante la inspección se encontró un acrílico en el cual se leía el siguiente anuncio “Camisas desde \$15* aplica sobre mercancía seleccionada. No es acumulable con otras promociones y/o descuentos. Consulta la vigencia en la caja de esta sucursal”. En relación al referido anuncio la encargada del establecimiento indicó que las camisetas que aplicaban al precio \$15.99 están identificadas con viñeta roja y que la vigencia de la promoción se daba a conocer de manera verbal a los consumidores cuando estos realizaban la consulta.</p> <p>Así, la Presidencia aseveró que, en el caso que hoy se analiza, se constató que la vigencia de la promoción no se encontraba en la publicidad utilizada para dar a conocer la misma en los medios exigidos por ley, como anuncios publicitarios o a través de anuncios fijados en el o los establecimientos o etiquetas adheridas a los bienes. En razón de las circunstancias anteriores, aseguró que la sociedad denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, puesto que éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			

A. Tal como consta la resolución de inicio (fs. 9-10), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores *recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir*. 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.

También, se afirma una transgresión a lo regulado en el inciso primero del artículo 27 de la LPC, en lo concerniente al derecho de información: *en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna*.

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

En relación con lo antes apuntado, el artículo 43 letra n) de la LPC determina que el realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley, es una conducta calificada como infracción grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

B. Con respecto a la mencionada infracción, este Tribunal, en resolución pronunciada el día 05/07/2010, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 271-2010, ha afirmado que: *“La naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, su carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción”*.

En ese sentido, las promociones y ofertas especiales que se transmiten a través de cualquier medio publicitario, tienen la finalidad de presentar los bienes o servicios en condiciones favorables para el consumidor, induciéndolo a tomar determinada decisión con sentido de urgencia, bajo la perspectiva de percibir una *ventaja económica* dentro de un *tiempo limitado*.

De lo anterior, se colige, que la LPC busca regular que los proveedores consignen, en el medio publicitario que se utilice para dar a conocer la promoción u oferta, *una indicación clara de la duración o del tiempo en la que dicha promoción estará vigente; debiendo indicar, además, a qué productos o servicios aplica la promoción u oferta, la cantidad mínima de productos disponibles, si existen o no restricciones, en qué consisten, y, en general, cualquier dato relevante previamente*

establecido, que indique en qué condiciones será cumplida, información *que es de suma importancia para los consumidores al momento de acceder a la promoción u oferta.*

En otros términos, la finalidad de la regulación en el tema en cuestión tiene por objeto el minimizar la desigualdad entre las partes intervinientes en la relación de consumo -proveedor y consumidor- la cual puede dejar a este último en una situación asimétrica y de desventaja al no ofrecerle la información necesaria para que pueda tomar una decisión informada, es decir, considerando todos los elementos legalmente establecidos.

Por otra parte, en relación a la frase "*restricciones aplican*", este Tribunal Sancionador, en la misma resolución final precitada, se refirió a ella en el sentido de que la misma debe ser evaluada considerando si: a) Con ello se han dejado por fuera condiciones esenciales de la contratación; y b) Las limitantes ulteriormente aplicadas modifican en forma sustancial la oferta principal anunciada en el medio publicitario de manera que ya no refleje las condiciones reales de la promoción. Consecuencia de lo anterior, las instituciones de autorregulación publicitaria y las tutelares de derechos del consumidor sostienen que el anunciante tiene la obligación de incluir de forma inequívoca y perceptible -en su mensaje publicitario- las limitaciones o condiciones esenciales de la oferta realizada, de manera que no existan requisitos ulteriores no conocidos por los destinatarios y que limiten, modifiquen o contradigan las afirmaciones del mensaje publicitario principal.

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

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

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

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

Del mismo modo, en sentencia definitiva del 8-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo 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 **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, pues en resolución de inicio de fs. 9-10, se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 02/03/2022 (fs. 11).

Mediante el referido acto de comunicación, se garantizó el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa de la proveedora denunciada, confiriéndole la oportunidad procedimental de intervención en el presente procedimiento sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes podían hacer uso de los medios probatorios, así como ofrecer y/o solicitar las pruebas que estimaran convenientes, respetando los aspectos establecidos en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–.

En fecha 09/03/2022 se recibió escrito firmado por el licenciado manifestando actuar en calidad de apoderado general judicial con cláusula especial de la proveedora **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, (fs. 14 al 17), dicha calidad se tiene por acreditada con base a los documentos agregados por el referido profesional, de fs. 19 al 23.

En dicho escrito el apoderado, manifiesta que, respecto a la inspección realizada en el establecimiento de su mandante y los hallazgos encontrados, se puede afirmar que para que exista una verdadera afección al derecho a la información al consumidor, este tuvo que haber sido *engañado con falsa información y sin aplicación de descuentos o promociones al momento de que el consumidor adquiriera el producto.*

Asimismo, recalca que los Delegados de la Defensoría del Consumidor debieron de constatar que las condiciones y especificaciones que se mostraron en la publicidad, habían sido totalmente

aplicadas y que en ningún momento se veía afectado el consumidor, ya que todo lo estipulado dentro de la publicidad de la promoción era claro, veraz y completo, por tanto no existe ninguna situación de afectación a la voluntad del consumidor ni incerteza jurídica que se pudiese haber visto dañada o intentar pretender que fue engañado, cuando incluso para mayor aclaración del consumidor estas promociones son diferenciadas con viñetas de colores específicos.

En relación a lo anterior, atribuye una errónea interpretación por parte del Presidente de la Defensoría del consumidor en su denuncia, al suponer que como se le daba al consumidor la información de forma verbal, la misma, no se encontraba en otros tipos de avisos o adheridos en etiquetas de bienes, sin embargo, manifiesta que dicha situación nunca fue probada por los Delegados de la Defensoría del Consumidor, es decir no se verificaron en otro medio, como por ejemplo redes sociales en donde pudieron haber comprobado si realmente su representada establecía fechas de inicio y de finalización de promociones o cualquier otra información necesaria para determinar si cumplía o no con los requisitos de ley.

Señaló el apoderado que la presente denuncia debe ser considerada improcedente y falsa ya que la persona encargada del establecimiento denunciado, aclaró a los Delegados de la Defensoría del Consumidor que dentro del establecimiento no se manejaban ese tipo de promociones; asimismo, manifiesta que dentro del establecimiento se encontró un **anuncio publicitario** que mencionaba *“Camisas desde \$15* Aplica sobre mercancía seleccionada. No acumulable con otras promociones y/o descuentos. Consulta vigencia en la caja de esta sucursal”*. Manifestó la necesidad de diferenciar los conceptos de publicidad y promoción, concluyendo que en el caso en comento, los hallazgos encontrados en el establecimiento se trataba de una publicidad no de una promoción, por lo cual la intención de su representada era dar a conocer la existencias de camisas desde \$15.00, por lo cual no se resaltaba una promoción, siendo este el caso, la publicidad no requiere necesariamente una fecha de inicio y ejemplifica que *se puede hacer una publicidad una semana antes sobre la promoción de un producto o servicio que se venda hacia los consumidores, porque la finalidad de la publicidad es dar a conocer el producto y sus beneficios*.

Finalmente, expone que los inspectores realmente hicieron mención a que verificaron el acrílico “anuncio publicitario”, que se encontraba en el establecimiento y es ahí donde resulta evidente que en ningún momento dicha publicidad era una “Promoción”, por lo que resulta incongruente intentar sancionar a su representada, asimismo, manifiesta que según lo manifestado por el Tribunal Sancionador en diversas resoluciones sobre las promociones, lo dispuesto en la ley son indicaciones de cumplir con los requisitos legales y deben establecerse fecha de inicio y finalización, por lo cual en el presente caso la referida información se daba a conocer a los consumidores de manera verbal,

y aunque este no es el medio más idóneo, sí se cumplía con la obligación de informar a los consumidores interesados en adquirir los productos.

Respecto al escrito antes relacionado, este Tribunal debe advertir:

1. Que de conformidad con el artículo 58 letra f) de la LPC, es competencia de la Defensoría del Consumidor, realizar inspecciones, auditorías y requerir de los proveedores los informes necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Las inspecciones, desde luego, deben practicarse en los establecimientos, por ser éstos los lugares donde se realizan las actividades de comercialización de bienes y servicios, objeto principal de las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores.

En ese orden de ideas, la Defensoría del Consumidor ejerce la facultad de inspección por medio de su Presidente, siendo su finalidad la de verificar el cumplimiento de las obligaciones a las que están sujetos los proveedores de acuerdo a la ley de la materia. La competencia de esta facultad es en todo el territorio nacional, situación que a juicio del legislador resulta sumamente difícil –por no decir imposible– que el Presidente la realice directamente. Es por ello que, la referida ley, en el artículo 63 inciso segundo, habilita llevar a cabo dicha función, como cualquier otra cuya competencia corresponda al Presidente, por medio de los empleados de la Defensoría que se designen.

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

En línea con lo anterior, esta acta de inspección goza de *presunción de certeza*, según lo regulado en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, y se colige con lo anterior, que, en el acta de inspección, firmada por la encargada de la sucursal “*Men’s Fashion Plaza Mundo*”, –fs. 3– la promoción *Camisas desde \$15* aplica sobre mercancía seleccionada. No es acumulable con otras promociones y/ o en descuentos. Consulta la vigencia en la caja de esta sucursal*” no determinaba la vigencia de la referida promoción. Más adelante se abordará de los elementos de la promoción.

2. En cuanto a los argumentos planteados por el apoderado de la proveedora denunciada, este Tribunal debe hacer las siguientes consideraciones:

i) El presente procedimiento administrativo fue iniciado en virtud del incumplimiento a lo dispuesto a los artículos 4 literal c), 16 literal a), 27 inciso primero y 30 de la LPC, el cual da origen

a la infracción contemplada en el artículo 43 letra n), por no brindar información completa, precisa y veraz, clara y oportuna que determine las características, productos y servicios a adquirir, por lo que mediante la inspección realizada en fecha 21/07/2019 se constató que en la promoción publicada no se establecía el periodo de duración de la referida promoción –fecha de inicio y fecha de finalización de la misma–, asimismo, según denuncia de consumidor, la misma no era clara sobre la cantidad de producto ofertado al público por lo cual la información resulta confusa para los mismos, dicho esto es necesario establecer que, según el diccionario de la lengua española, se entiende por “duración” el: “*Tiempo que dura algo o que transcurre entre el comienzo y el fin de un proceso*”¹.

De esta manera, y a partir del significado de la palabra duración, se advierte que la misma está compuesta por un comienzo y fin; por consiguiente, dichos elementos deben ser consignados por los proveedores al momento de efectuar promociones. Claro está, que tal exigencia debe realizarse respetando los derechos de los consumidores y obedeciendo las obligaciones estipuladas en la LPC; asimismo, resulta importante establecer dentro de estas las *restricciones o condiciones* sobre la que versa la promoción, pues en estas se definen los elementos necesarios para que el consumidor pueda acceder a los bienes objetos de la oferta. Al respecto, cabe destacar los ya citados artículos 4 letra c) y 16 letra a) de dicha ley, en los cuales se regula que la información proporcionada por los proveedores debe ser **completa, precisa, veraz, clara y oportuna con posibilidad de comprensión directa**.

En ese sentido, resulta imperioso destacar, nuevamente, que es obligación de los proveedores consignar siempre la duración o vigencia de la promoción –fecha de inicio y fecha de finalización–, pues ello evitaría cualquier tipo de ambigüedad en la comunicación de la información, a la vez que se da cumplimiento a las características que ésta debe cumplir –artículos 4 letra c) y 16 letra a) ambos de la LPC–; lo que se traduce en seguridad jurídica para los consumidores.

ii) En cuanto a la diferencia y correcta aplicación de la palabra publicidad y promoción, según la Real Academia Española, se define como publicidad “*al conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender las noticia de las cosas o de los hechos y a la divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores*”, y define como promoción “*al conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas*”, respecto a los referidos conceptos, se debe establecer que ambos están profundamente relacionados, puesto que dentro del ámbito del comercio, y como estrategia comercial, los proveedores adoptan este tipo de elementos para dar a conocer a la población consumidora sobre los productos o servicios que ofrecen y así poder obtener utilidades, en el caso de las promociones, estas se auxilian de la misma

¹ Puede verse en <https://dle.rae.es/duraci%C3%B3n?m=form>

publicidad, pues es el conjunto de medios que se emplean para divulgar la misma y así tener más alcance a los consumidores; siendo este el medio conductor para dar a conocer la promoción, los proveedores se encuentran obligados a cumplir con las disposiciones que establece la LPC, en su función protectora del derecho de información de los consumidores, por lo cual no se puede excusar la negligencia de la proveedora denunciada en virtud de que la promoción publicada y denunciada por un consumidor, es considerada por parte de la misma como una publicidad, pues la misma va encaminada a incrementar sus utilidades mediante una oferta o ventaja ofrecida a los consumidores, dentro de la cual no se estableció el periodo de duración.

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

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

Establecido lo anterior, es menester señalar que los argumentos planteados por el apoderado de la proveedora denunciada no pudieron desvirtuar los hechos atribuidos a la misma.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

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

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

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

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0001541 —fs. 3— de fecha 21/07/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de la inspección realizada en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada, constató que se hacía efectiva una promoción que no contenía vigencia o período de duración, es decir fecha de inicio y fecha de finalización de la misma.

b) Impresión de fotografías en las que consta la promoción inspeccionada, relacionada con el acta N° 0001541, de fecha 21/07/2019 —fs. 7 al 8—, con las cuales 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: *“Camisas desde \$15* aplica sobre mercancía seleccionada. No es acumulable con otras promociones y/o en descuentos. Consulta la vigencia en la caja de esta sucursal”*, en la cual no se detalla la vigencia de la misma.

c) Impresión de reporte denominado “Reporte de existencias familia-marca-item-sku” con fecha de emisión 07/21/2019 de fs. 4-6, en el cual se detallan la cantidad de productos en existencia y en los cuales no se encontró ningún producto con el precio de \$15.00.

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

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

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

En primer lugar, y desde una perspectiva tradicional del *marketing*, hay 4 componentes en la denominada *mezcla del marketing*, a saber: a) producto, b) precio, c) promoción y d) distribución. Ahora, dentro de la promoción se encuentra la publicidad y la promoción de ventas. (Kenneth E. Clow, 2010)². En ese sentido, los artículos 16, 30 y 43 letra n) de la LPC se encuentran vinculados con el último concepto mencionado –*promoción de ventas*–.

La promoción de ventas consiste en todos los incentivos ofrecidos a los clientes y miembros del canal para estimular las compras de productos, la cual adopta dos formas: la promoción para consumidores y la 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).

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

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

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

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

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, se observó que, **ante la percepción del consumidor, la duración para la promoción anunciada no se encontraba planteada con la claridad que exige el principio de veracidad, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a información relevante y necesaria para adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.**

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

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, así como de los documentos que forman parte de la misma, en el caso concreto, la página impresa de la foto de la promoción publicada mediante cartel dentro del establecimiento, por parte de la proveedora denunciada, relativa a la promoción: *“Camisas desde \$15* aplica sobre mercancía seleccionada. No es acumulable con otras promociones y/o descuentos. Consulta la vigencia en la caja de esta sucursal”* (fs. 3, 7-8), este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes” (...)*, por cuanto la proveedora realizó una promoción sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal **al haber omitido consignar de la vigencia de la promoción, pues no se consignó en la misma la fecha de inicio y finalización.**

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, 7-8, 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 Sala de lo Constitucional, doce horas del 17/12/1992).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

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

subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la SCA, a las 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.

En el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tales omisiones hayan sido producidas de manera dolosa. No obstante, a partir de los hechos probados y las circunstancias en que se dieron los mismos, ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ha existido un déficit de organización, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa la infracción. En otras palabras, la proveedora **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

D. Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el art. 142 inciso final de la LPA –Autoría–, debe destacarse que en el caso concreto existe una sinergia de la actuación de personas físicas con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica señalada como infractora, pues solo a partir de tal comprensión se entiende la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos protegidos por el tipo infractor en análisis.

A partir de dicha premisa y de la utilización de un criterio funcional económico, se ha podido establecer que para la realización de promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC, es necesaria la actuación de personas físicas (entendiendo como tales a toda persona que actúe por cuenta de la empresa y que tenga capacidad para comprometerla jurídicamente; en definitiva, cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho).

Por consiguiente, puede entonces afirmarse la tipicidad de la conducta de la persona jurídica señalada en el presente procedimiento administrativo sancionador, por la verificación de la conducta señalada como infracción administrativa, en atención a lo que consta en la documentación que corre agregada al expediente y, además, su responsabilidad o culpabilidad, puesto que para la configuración del tipo infractor ha sido necesaria la concurrencia de una multiplicidad de personas físicas capaces de elaborar, proponer, aprobar y poner a disposición de los consumidores las promociones u ofertas especiales sin cumplir los requisitos u obligaciones determinados en la normativa de consumo. Y, además, en la inspección correspondiente se han podido identificar las personas enmarcadas como dependientes en la estructura empresarial de la misma, quienes han

corroborado y llevado a cabo comportamientos que son subsumibles en el correspondiente tipo, no por cuenta propia, sino en nombre de la sociedad con la cual tienen una relación de dependencia, puesto que han corroborado la falta de correspondencia de la promoción puesta a disposición de los consumidores con lo establecido en la legislación aplicable, es decir, la LPC.

Conforme a lo expuesto, se ha verificado la ocurrencia de un hecho objetivamente típico por parte la persona jurídica para imputar a esta última una infracción administrativa, la cual ha necesitado del concurso de una serie de intervinientes dentro del contexto de la sociedad señalada como presunta infractora, volviéndola responsable, puesto que el hecho constitutivo de infracción aparece en el contexto social, se visualiza socialmente como obra de la persona jurídica, y sólo tiene sentido como acto de dicha empresa y solo así se legitima el sentido preventivo y la correspondiente sanción en cumplimiento de lo establecido en el art. 142 inciso final de la LPA.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

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

Así, con base a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, este Tribunal tomará en cuenta los siguientes aspectos: 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, 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, consistente en: declaración y pago del impuesto sobre la renta de los años 2019 y 2020 –fs. 28 al 32–, copia de formularios de la declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y prestación de servicios del periodo de julio del 2019 a diciembre de 2021 (fs.33 al 88), y estados financieros y de resultados de los años 2019 y 2020 (fs. 24-26), se tomará en cuenta la declaración de renta del año 2019 –año en que se cometió la infracción- en el cual se obtuvo un total de rentas gravadas por el monto de **\$566,756.71**.

Al constatar la información financiera de la proveedora, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, encaja en los parámetros establecidos por la ley y se concluye que la proveedora es clasificada como *pequeña empresa*, por lo cual, para efectos de cuantificación de la multa así será considerada, 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 considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Así, en reiteradas ocasiones este Tribunal ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aun a título de simple negligencia o descuido. En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es la de realizar promociones y ofertas que cumplan con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que especifiquen las condiciones, precio y vigencia de las mismas.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad —“*Men’s Fashion Plaza Mundo*”— se cometió la acción prohibida en el artículo 43 letra n) en relación con el artículo 30, ambos de la LPC, consistente en realizar una promoción sin determinar su vigencia o duración, 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.

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

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

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

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

De este modo, a través de la publicidad comercial se informa al público en general, de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de transacción de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios. La publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor que puedan ser vinculados con aquello que se ofrece. Finalmente, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia, pues constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación

y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias. De acuerdo a lo anterior, la publicidad comercial resulta ser un elemento esencial para que el sistema económico funcione adecuadamente. Es por ello que las afirmaciones que se consignan en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a realizar promociones y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en la LPC, en relación a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo al acreditarse la omisión de los criterios legalmente establecidos en la promoción de venta sometida a estudio.

En el presente caso, este Tribunal estima que la falta de la información en relación con la vigencia de la promoción analizada, es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

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

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

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

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la promoción que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que las promociones se diseñan y efectúan con el objeto de generar ganancias (promoción de ventas, en términos precisos, tal como se desarrolló en el romano *VI*, letra *B*), es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las promociones buscan generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la promoción examinada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora **Operadora Factory 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 u ofertas especiales de conformidad con lo dispuesto en la LPC, es decir, la multa a imponer busca potenciar

el cumplimiento de las obligaciones de información que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de las promociones con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

En tal sentido, habiéndose verificado que la infractora es una persona jurídica que puede ser catalogada como *pequeña empresa* (conforme a lo establecido en la letra a. de este apartado), que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una promoción que no cumplía los parámetros legalmente establecidos, pero considerando la imposibilidad para establecer a cuánto ascienden las utilidades generadas como consecuencia directa del aludido incumplimiento, y en vista que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la sola constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal, resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de aludido quebrantamiento.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica -artículo 146 inc. 4° de la LPC-, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, pues se ha determinado que ésta brindaba a los consumidores una información incompleta que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, pues omitía indicar la vigencia de la referida promoción.

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–.

Respecto al tamaño de la empresa, se ha considerado que la proveedora posee la condición de *pequeña empresa*, tal como se estableció en la letra a. del romano anterior. Además, se ha constatado el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 16 letra a) y 30 ambos de la LPC (en los términos expuestos en la presente resolución), quebrantando 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 conforme lo establece el art. 4 de la LPC. Así también se ha acreditado, el grado de intencionalidad –*negligencia*– y el peligro potencial de la conducta cometida.

Por tanto, a la proveedora **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, se le impone: multa de TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO CON OCHENTA Y SIETE

CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,495.87), equivalentes a once meses con quince días de salario mínimo urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en el establecimiento “*Men’s Fashion Plaza Mundo*”, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa total impuesta representa el **5.75%** dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción—doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

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

a) *Sanciónese* a la proveedora **Operadora Factory El Salvador, S.A. de C.V.**, con la cantidad **TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,495.87)**, *equivalentes a once meses y quince días de salario mínimo urbano en la industria*—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC, por realizar una promoción en el establecimiento “*Men’s Fashion Plaza Mundo*” la cual no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

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.*

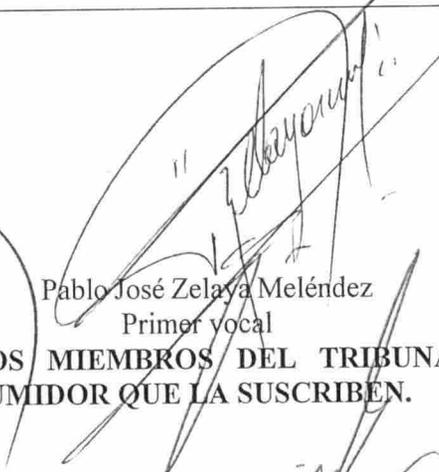
INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la LPA, según el cual: “*Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la*

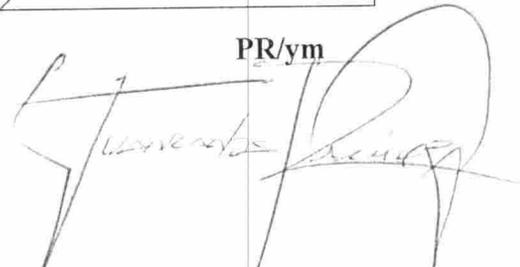
entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.”; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: “La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)”.



José Leisick Castro
Presidente

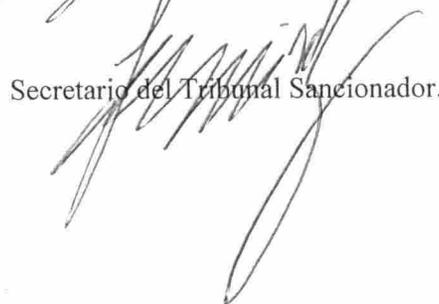


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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



Secretario del Tribunal Sancionador.

PR/ym