

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 27/10/2022 Hora: 11:12 a.m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 597-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado "<i>Dispensa de Don Juan Escalón Norte</i>", ubicado en _____, municipio y departamento de San Salvador –propiedad de la proveedora denunciada–, en fecha 12/12/2019 se llevó a cabo una inspección por motivos de un aviso de infracción que se generó ya que un consumidor manifestó que la proveedora tiene en promoción en tienda virtual y en folletería de ofertas impresas el 3 pack de Té Lipton en presentación de 2.5 litros en oferta a \$3.65, pero al llegar al supermercado le indicaron que no tenían de ese producto y desconocían de la oferta; por tal motivo se llevó a cabo dicha inspección donde se constató que en el pasillo 18, en las góndolas no poseen la presentación de té antes mencionado; además, manifestó la persona encargada que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor que desde hace tres meses aproximadamente no cuentan con la presentación de "3 pack"; asimismo, se constató que no había en el establecimiento cartilla de ofertas y promociones, manifestando dicha persona que también utilizan otros medios para publicidad, ya sea redes sociales o volanteo en puntos estratégicos. Anexa captura de pantalla del mencionado anuncio publicitario contenida en la red social <i>Facebook</i> por el usuario "<i>La Dispensa de Don Juan SV</i>", de fecha 12/12/2019.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>I. Tal como consta en auto de inicio (fs. 6-8), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor–LPC–, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores <i>recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir</i>; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho a <i>ser protegidos contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el inc. 4º del artículo 31 de esta ley</i>. Además, el inciso primero del artículo 27 de la LPC, al referirse al derecho de información establece que <i>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</i>.</p> <p>Sostiene, que de conformidad con la letra b) del artículo 31 de la LPC se considerará publicidad ilícita <i>la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter</i></p>			

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.

Señaló, que lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, la cual, es calificada como grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

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

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

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

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

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

I. El día 16/06/2022 se recibió escrito firmado por la licenciada , quien actúa en calidad de apoderada de la proveedora, lo cual demuestra a través de copia certificada por notario de testimonio de escritura pública de poder otorgado a su favor (fs. 16-20). Mediante dicho escrito, adjunta documentación la cual consta de fs. 16-22, señala medio técnico para recibir notificaciones, comisiona personas a efectos de recibir notificaciones, y contesta en sentido negativo el traslado conferido por este Tribunal por medio de resolución de fs. 6-8; exponiendo, en síntesis, los siguientes argumentos:

A. Que tanto la inspección como la denuncia se han fundamentado en la existencia de una supuesta publicidad engañosa dada a conocer por medio de la red social *Facebook* ofrecida por el usuario “*La Despensa de Don Juan SV*”, de lo cual no se ha acreditado que dicho usuario de *Facebook* sea propiedad de su mandante. Alega, que ni siquiera se ha proporcionado por algún medio la publicación completa de la supuesta oferta que permita contemplar que efectivamente existe dicho usuario y que a su vez permita ver la publicación completa que contiene la supuesta publicidad.

Señala, que la publicación pudo haber contenido más especificaciones que las que aparentemente están en la captura de pantalla, como por ejemplo, que se pueda apreciar que la misma corresponde a un establecimiento de su mandante, si dicha publicación contiene especificaciones respecto a qué establecimiento ofrece la supuesta promoción o si esta promoción es válida únicamente por compras en línea, o alguna información adicional que permita tener certeza de la existencia real de dicha publicación, y, sobre todo, que dicho usuario sea propiedad indudablemente de su mandante.

Concluye, sosteniendo que no existe prueba que su mandante haya realizado publicidad engañosa, pues no se ha acredita que efectivamente existió dicha publicidad ni que efectivamente sea la proveedora propietaria del perfil de *Facebook* aludido; por lo que –según su dicho– al no haber existido la supuesta publicidad de “*3 pack de Té Lipton en presentación de 2.5 litros a \$3.65*” es natural que los empleados de su representada manifiesten desconocer la oferta.

B. Que en lo que concierne al tema de la responsabilidad objetiva, según el artículo 40 de la LPC, al presentar la Presidencia una denuncia en contra de su poderdante tiene la obligación de evidenciar el daño real y cierto en los derechos de los consumidores que se estiman vulnerados, presupuesto indispensable a los propósitos de que este Tribunal oportunamente imponga la sanción respectiva.

Destaca que, en el presente caso, el menoscabo al consumidor no fue comprobado en modo alguno por parte de la Presidencia, pues –según su dicho– no se estableció el incumplimiento de la promoción indicada.

Aunado a lo anterior, arguye que el artículo 40 de la LPC no sólo exige la concurrencia de un menoscabo al consumidor, sino que el infractor haya actuado con dolo o culpa, esto es, la existencia de un nexo de culpabilidad.

C. Por último, hace referencia en que, si se llegase a estimar la existencia de un nexo de culpabilidad en el actuar de su mandate y el perjuicio ocasionado al consumidor, este Tribunal debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad y razonabilidad al momento de determinar la multa que se imponga con base en el artículo 49 de la LPC. Para dar sustento a dicho alegato, cita diversa jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, así como de doctrina.

2. Ahora bien, los alegatos vertidos por la denunciada –a efecto de desvirtuar los hechos atribuidos– se encuentran vinculados al tema de valoración de la prueba; por ello, éstos serán abordados en el romano V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA de la presente resolución.

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

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

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

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

a) Acta N° SS3140/2019—fs. 3 al 4— de fecha 12/12/2019, por medio de la cual se establece que, en dicha fecha, la Defensoría del Consumidor, en virtud de verificar el cumplimiento de la ley, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada y verificó la publicidad en comento.

b) Impresión de captura de pantalla de la publicidad contenida en la página de la red social *Facebook* “*La Despensa de Don Juan SV*” (fs. 5), relacionada con el acta N° SS3140/2019 –fs. 3 al 4– de fecha 12/12/2019, con la cual se establece el medio de comunicación y la forma con que fue dada a conocer a los consumidores la publicidad objeto de estudio.

3. A. Ahora bien, respecto a la impresión de captura de pantalla la proveedora alega que tanto la inspección como la denuncia se han fundamentado en la existencia de una supuesta publicidad engañosa dada a conocer por medio de la red social *Facebook* ofrecida por el usuario “*La Despensa de Don Juan SV*”, de lo cual no se ha acreditado que dicho usuario de *Facebook* sea propiedad de su mandante. Alega, que ni siquiera se ha proporcionado por algún medio la publicación completa de la supuesta oferta que permita contemplar que, efectivamente, existe dicho usuario y que a su vez permita ver la publicación completa que contiene la supuesta publicidad.

Señala, que la publicación pudo haber contenido más especificaciones que las que aparentemente están en la captura de pantalla, como por ejemplo, que se pueda apreciar que la misma corresponde a un establecimiento de su mandante, si dicha publicación contiene especificaciones respecto a qué establecimiento ofrece la supuesta promoción o si esta promoción es válida únicamente por compras en línea, o alguna información adicional que permita tener certeza de la existencia real de dicha publicación, y, sobre todo, que dicho usuario sea propiedad indudablemente de su mandante.

Concluye, sosteniendo que no existe prueba que su mandante haya realizado publicidad engañosa, pues no se ha acreditado que efectivamente existió dicha publicidad ni que efectivamente sea la proveedora propietaria del perfil de *Facebook* aludido; por lo que –según su dicho– al no haber existido la supuesta publicidad de “*3 pack de Té Lipton en presentación de 2.5 litros a \$3.65*” es natural que los empleados de su representada manifiesten desconocer la oferta.

B. Sobre lo esbozado por la proveedora, conviene hacer referencia, nuevamente, en lo estipulado en el artículo 106 inc. 6° de la LPA que 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”.

En ese orden de ideas, es menester enfatizar en que el acta de inspección se trata de un documento oficial que data un hecho, por lo que su valor probatorio es conforme a la prueba tasada, es decir, que goza de una certeza objetiva. Aunado a ello, el ya citado artículo 341 del CPCM, determina el valor probatorio de los instrumentos públicos, en cuanto a que *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.*

Dicho lo anterior, en el caso de mérito los delegados de la Defensoría fueron atendidos por el señor _____, en su carácter de sub gerente, y en dicha acta, entre otras cosas, consta lo siguiente: “(...) *Se le hizo saber a la persona que nos atendió que se anexará a la presente acta una captura de pantalla en la cual se observa la publicidad motivo de verificación, de la red social Facebook por parte de 'La Despensa de Don Juan SV', la captura se realizó a las doce horas con cuarenta y seis minutos del día doce de diciembre de dos mil diecinueve; siendo esta impresa y anexada (sic)*”. En ese sentido, vale aclarar que la referida acta fue firmada por el señor _____, es decir, que al constar la firma del mismo está de acuerdo con el contenido de ésta.

Por otra parte, en lo que respecta al contenido de la publicidad el sub gerente manifestó: “(...) *que desde hace tres meses aproximadamente no cuentan con la presentación '3 pack'*”; además, consta en el acta lo siguiente: “(...) *también se le consultó si dentro del establecimiento poseían cartillas de ofertas o promociones manifestándonos que no, verificando en las áreas en donde las saben colocar y no habían; manifestándonos que utilizan otros medios ya sean estos por redes sociales o volanteo en puntos estratégicos con mayor afluencia de consumidores para dar a conocer sus ofertas o promociones (sic)*”.

En definitiva, advierte este Tribunal que el acta de inspección fue firmada por uno de los dependientes de la proveedora –y con ello todas las aseveraciones que se efectúan en la misma– y conforme con lo estipulado en el artículo 379 del Código de Comercio (CCom.), “*Los actos de los dependientes obligan a sus principales en todas las operaciones que tuvieren a su cargo, en razón del puesto que ocupan frente al público*”. En otras palabras, los funcionarios de la Defensoría dieron a conocer el motivo de la inspección, esto es, en virtud de una publicidad anunciada en redes sociales, de la cual se anexó impresión, sin que en ningún momento el sub gerente negara la existencia tanto del perfil como de la información contenida en la captura de pantalla, es más, dio validez a tales hechos al firmar el acta de inspección.

Ahora bien, la proveedora pone en duda –a través de meros dichos– que sea la propietaria de dicho perfil; sin embargo, como ya fue mencionado previamente, un dependiente suyo firmó el acta de inspección donde se hacía referencia a dicho perfil; por lo que, si la proveedora pretende deslindarse del mismo, debió presentar la prueba que estimara conveniente para probar tal extremo, en virtud del valor probatorio –en razón del valor

tasado— de la cual goza el acta de inspección. En consecuencia, 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

I. Delimitado los elementos de la infracción del artículo 43 letra g) de la LPC (romano III de la presente resolución), corresponde ahora hacer el análisis, conforme a los hechos probados (romano V), para comprobar si ha existido vulneración a las disposiciones de la LPC.

A. Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V., divulgó un anuncio publicado por medio de tienda virtual el cual dice: “3 pack de Té Lipton en presentación de 2.5 litros en oferta a \$3.65”; pero, al llegar al supermercado le indicaron que no tenían de ese producto y desconocían de la oferta, y se constató que en el pasillo 18, en las góndolas no poseen la presentación del té antes mencionado; además, la persona encargada manifestó que desde hace tres meses, aproximadamente, no cuentan con dicha presentación.

B. Por su parte, la proveedora alegó lo siguiente:

Que en lo que concierne al tema de la responsabilidad objetiva, según el artículo 40 de la LPC, al presentar la Presidencia una denuncia en contra de su poderdante tiene la obligación de evidenciar el daño real y cierto en los derechos de los consumidores que se estiman vulnerados, presupuesto indispensable a los propósitos de que este Tribunal oportunamente imponga la sanción respectiva.

Destaca que, en el presente caso, el menoscabo al consumidor no fue comprobado en modo alguno por parte de la Presidencia, pues —según su dicho— no se estableció el incumplimiento de la promoción indicada.

Aunado a lo anterior, arguye que el artículo 40 de la LPC no sólo exige la concurrencia de un menoscabo al consumidor, sino que el infractor haya actuado con dolo o culpa, esto es, la existencia de un nexo de culpabilidad.

En virtud de lo anterior, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) romano I ambos 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 es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de que la publicidad sea engañosa o falsa según lo estipulado en la misma LPC, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 31 de la LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la publicidad, ya que el solo hecho de constatar la falta de veracidad en la misma causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el producto ofrecido 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 publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) ambos 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 publicidad engañosa o falsa; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la publicidad. 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-*.

Así, es pertinente señalar que la infracción administrativa analizada aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo.

En el presente caso, este Tribunal estima que al haberse ofrecido un producto cuya existencia no se encontraba en el establecimiento es capaz de generar engaño en los consumidores.

C. De lo anterior, se advierte que la publicidad carecía de datos precisos que permitiera a los consumidores discernir la existencia del producto mencionado en la publicidad, es decir, que la falta de claridad en cuanto a la existencia o no del producto implica una inseguridad jurídica para los consumidores

en atención a lo ofertado por la proveedora. De esta manera, se comprueba que la publicidad en referencia con la omisión de los elementos antes referidos es capaz de persuadir e inducir a error al consumidor; por lo que se trata de una publicidad engañosa.

En consecuencia, se tiene por establecida la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC *“Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley”, en relación con el artículo 31 letra b) romano I (disponibilidad) de dicha ley “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: i) Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: (...) disponibilidad”.*

2. Ahora bien, establecida la conducta ilícita, es importante hacer referencia al tema de culpabilidad –a la vez que se da respuesta a lo alegado por la proveedora en relación a este tema– 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).

7
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 Sala de lo Contencioso Administrativo, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

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

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

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

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

No obstante lo anterior, de conformidad al listado que puede visualizarse en el siguiente link: <https://www.mh.gob.sv/wp-content/uploads/2021/06/700-DGII-AV-2021-22550.pdf>, de fecha 06/06/2021, emitido por el Ministerio de Hacienda en el link <https://www.mh.gob.sv/documentos-y-publicaciones-varias/>, Operadora del Sur, S.A. de C.V., se encuentra clasificada como **GRANDE CONTRIBUYENTE**, siendo a la fecha de su emisión la información disponible y actualizada de registro de contribuyentes con las categorías de Grandes, Medianos y Otros; en consecuencia, para los efectos de la cuantificación de la multa correspondiente, será considerada como tal, no siendo aplicable la clasificación de la ley Mype.

Finalmente, respecto del presente criterio de tamaño de empresa, es conveniente señalar lo sostenido por la SCA mediante la resolución de las catorce horas con cincuenta y un minutos del día 21/12/2018 en el procedimiento bajo referencia 485-2013: “(...) el tamaño de la empresa como uno de los criterios de dosimetría punitiva, debe ser entendido como un criterio de la capacidad económica que tiene el proveedor infractor para asumir una sanción por la infracción atribuida y para que la misma resulte realmente disuasiva respecto a la conducta infractora; en otras palabras, este criterio sirve para que se imponga una sanción que no sea tan alta, que le signifique tal perjuicio en el desarrollo normal las actividades comerciales de un proveedor; pero que tampoco sea tan baja en comparación con los ingresos económicos de la empresa, para que prefieran pagar la multa sobre cambiar sus conductas infractoras (...)”.

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 publicidad que cumpla con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que no sea engañosa o falsa.

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 — *Despensa de Don Juan Escalón Norte* — se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o falsa.

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 consignen 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 publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) romano I ambos 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 es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de que la publicidad sea engañosa o falsa según lo estipulado en la misma LPC, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 31 de la LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la publicidad, ya que el solo hecho de constatar la falta de veracidad en la misma causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el producto ofrecido al público.

En este punto, tal como ya se relacionó en el romano VI, letra B. de esta resolución, 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); y, para el caso en concreto, la infracción al artículo 43 letra g) de la LPC, es considerada una infracción de peligro abstracto, sin que sea necesaria una afectación concreta.

Por tanto, tal como se afirmó anteriormente, 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 publicidad engañosa o falsa; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la publicidad.

Lo anterior, en vista que la infracción administrativa analizada aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo.

En el presente caso, este Tribunal estima que al haberse ofrecido un producto cuya existencia no se encontraba disponible en el establecimiento es capaz de generar engaño en los consumidores.

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 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 la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V., no podría definirse objetiva e indubitadamente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la publicidad 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 publicidad falsa que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que la publicidad se diseña y efectúa con el objeto de generar ganancias, 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 publicidad 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 DEL SUR, S.A. DE C.V., 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 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 publicidad 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 la publicidad con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

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— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados ampliamente en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V., pues se ha determinado que ésta incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, al haberse ofrecido un producto cuya existencia carecía en el establecimiento, circunstancia que pudo haberlos inducido a error.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica es la de una *gran contribuyente*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora no se acreditó el dolo sino negligencia; que ésta incumplió con las obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación del aludido quebrantamiento.

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

Por tanto, a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V., se le impone una multa de **CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,475.06)**, equivalentes a dieciocho salarios mínimos urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el **9%** 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 2º de la Constitución de la República; artículos 4 letra c) y d), 27 inciso 1º, 31, 40 inciso 2º, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3º, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Téngase* por agregado el escrito y la documentación presentada por el apoderado de la proveedora la cual consta de fs. 12-22.

b) Sanciónese a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V., con la cantidad de CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,475.06), equivalentes a dieciocho salarios mínimos urbanos 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 realizar publicidad engañosa o falsa, conforme al análisis expuesto en el romano VI y VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

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

c) Tome nota la Secretaría de este Tribunal del medio técnico señalado, así como de las personas comisionadas por la proveedora a efecto de recibir notificaciones.

d) Notifíquese.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

José Leoisick Castro
Presidente

Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

IA/ym

Secretario del Tribunal Sancionador