

Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), protegiendo los datos personales de las partes que intervinieron en el presente proceso, así como datos confidenciales, según lo establecido en el Artículo 6 letras "a", "f" y "g", y 24 de la LAIP

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 10/02/2023 Hora: 08:17 Lugar: San Salvador.	Referencia: 363-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante la denunciante o la presidencia–.		
Proveedora denunciada:	JSH de 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 15/06/2019 se practicó inspección en el establecimiento denominado “Benihana”, ubicado _____, municipio y departamento de San Salvador, propiedad de la proveedora JSH de El Salvador, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada (15/06/2019) se levantó el acta correspondiente —fs. 4 al 5— y se verificó la publicidad que se lee: “<i>¡Fin de semana para celebrar! Por tiempo limitado, solicita este excelente banquete para 6 personas: 3 platos de carne, 3 platos de pollo, 6 sopas y ensaladas, 6 arroz frito y bebida. Por solo \$9.95 *No disponible con otras promociones o descuentos *Valido del 14 al 16 de junio</i>”, publicada en la página de Facebook de la proveedora, por aviso interpuesto consumidor. Según lo manifestado por la persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor, por error involuntario la promoción fue publicada en Facebook con un precio de \$9.95 cuando su precio real corresponde a \$49.95, por lo que se le preguntó a la encargada si ante tal situación se había hecho la publicación de una <i>fe de errata</i> para advertir a los consumidores del error en el precio, a lo cual respondió que al momento de la inspección aún no había hecho ese tipo de publicación. En virtud de lo anterior, la Presidencia adujo que la publicación realizada por la proveedora en su página de Facebook, contraviene lo dispuesto en el artículo 4 letra c), en relación al artículo 24, y 27, todos de la LPC.</p> <p>En consecuencia, en fecha 06/06/2022 se emitió la resolución de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador por la posible comisión de la infracción contemplada en el artículo 43 letra g) de la LPC.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>I. Tal como consta en auto de inicio (fs. 12-13), 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 <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</i></p>			

establecidos en el inc. 4º del artículo 31 de esta ley. Además, el inciso primero del artículo 27 de la LPC, al referirse al derecho de información establece que *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.*

De conformidad con la letra b) del artículo 31 de la LPC se considerará publicidad ilícita ***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.***

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

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

En relación al artículo 31 de la LPC -denominado publicidad engañosa o falsa-, la Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante 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

A. Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.**, pues en resolución de inicio de fs. 12-13, 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 14/06/2022 (fs. 14).

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 22/06/2022 se recibió escrito y documentación anexa presentado por el licenciado fs. 17 a 21, en calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, calidad que comprueba mediante documentación de fs. 22 al 24. Mediante dicho escrito contesta la denuncia en sentido negativo, en esencia, por considerar no ser totalmente ciertos los hechos señalados en la denuncia, por las razones siguientes:

Alega que no existe contravención a los artículos 44 literal c), 16 literal a), 27 inciso primero y 30; por consecuencia no se configura el daño real al consumidor o particular (...). Al entrar a analizar el presente caso observamos que la promoción puesta al público específicamente a los consumidores que literalmente decía: “fin de semana para celebrar; por tiempo limitado ¡solicita este excelente banquete para seis personas(...) por solo \$9.95(...)”, vemos que esta redactada de una forma directa, precisa, veraz y oportuna; ya que su redacción es completamente clara y sencilla, capaz de ser comprensible a todos los consumidores, Y NO ESTÁ DE MÁS DENUNCIAR LA FALENCIA QUE POSEEN LAS PRUEBAS AGREGADAS EN LA DEMANDA COMO PRUEBAS DE CARGO PUESTO QUE LAS REFERIDAS CAPTURAS NO CONSTAN EN SU TEXTO, NI CON FECHA DE CUANDO FUERON TOMADAS NI HORA NI MUCHO MENOS ALGUNA REFERENCIA QUE PERMITA DETERMINAR DE QUÉ CUENTA DE FACEBOOK FUERON

TOMADAS, NITAMPOCO DE SI SE HICIERON EN LEGAL FORMA SIGUIENDO EL PROCEDIMIENTO PREVIAMENTE ESTABLECIDO PARA UNA PRUEBA DE UN PROCESO SANCIONATORIO. Y así mismo se manifiesta que se interrogó a personal de mi mandante respecto de la promoción, pero no se hace ver que dichas personas tenían el conocimiento de la promoción ni tampoco si dichas personas estaban autorizadas para poder hablar sobre la misma en nombre de mi mandante, teniendo los requisitos suficientes de ley para poder representarlas, que desde ya hago del conocimiento de este tribunal que no la poseían, puesto que los empleados de restaurante, son ejecutores del servicio en punto de venta. No así parte del personal de mercadeo, ni tampoco de publicidad, para saber o tener conocimiento de si una promoción esta puesta o colocada en alguna red social, por todo lo anterior no se observa la condición maliciosa o de mala fe que pueda llegar a ocasionar el engaño al momento de adquirir el producto, es por tanto que consideramos que dicha publicidad no es contraria a la disposición del artículo 4 literal c) de LPC.

Respecto a los argumentos vertidos por el apoderado de la proveedora denunciada, estos serán desarrollados en el apartado VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN, por estar conectados estrictamente a la prueba valorada por este tribunal.

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 –en adelante 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 g) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0001302 —fs. 4 a 5— de fecha 15/06/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de verificar el cumplimiento de la ley, realizó inspección en el establecimiento denunciado, a raíz de aviso de infracción interpuesto por un consumidor, cuyos hallazgos constan descritos en el acta referida.

b) Impresiones de captura de pantalla de fs. 6 a 9, en la cual se lee el intento hacer efectiva la oferta publicitada por parte de la proveedora.

c) Impresiones de captura de pantalla de fs. 10 a 11, en la cual se lee "*¡Fin de semana para celebrar! Por tiempo limitado, solicita este excelente banquete para 6 personas: 3 platos de carne, 3 platos de pollo, 6 sopas y ensaladas, 6 arroz frito y bebida. Por solo \$9.95 *No disponible con otras promociones o descuentos *Valido del 14 al 16 de junio*", debidamente firmadas y estampadas con el sello que se lee: **J.S.H. DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V.**

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Delimitado los elementos de la infracción contenida en el 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 establecer si ha existido o no vulneración a las disposiciones de la LPC.

A) Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.**, publicitaba en la página de Facebook de Benihana, la siguiente promoción: "*¡Fin de semana para celebrar! Por tiempo limitado, solicita este excelente banquete para 6 personas: 3 platos de carne, 3 platos de pollo, 6 sopas y ensaladas, 6 arroz frito y bebida. Por solo \$9.95 *No disponible con otras promociones o descuentos *Valido del 14 al 16 de junio*"; sin embargo, según aviso de consumidor dicho banquete tenía un precio de \$49.95, evidenciándose que la publicidad presenta una realidad distinta a la existente.

Analizado lo anterior, este Tribunal advierte que lo ofertado por la proveedora denunciada era contraria a la realidad de lo ofrecido en la sucursal a los consumidores, pues el precio anunciado y el precio real son

distintos, produciéndose con ello un engaño a los consumidores al presentarse una realidad distinta a la ofrecida, en cuanto al precio de banquete.

B) Respecto a los alegatos vertidos por la parte proveedora, en primer lugar, es menester aclarar que, por medio del auto de inicio del presente procedimiento (fs. 12-13), se estableció el objeto de debate del caso de mérito, esto es, el cometimiento o no de la infracción prevista en el artículo 43 letra g) de la LPC, por realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley, especialmente por *difusión de publicidad falsa* establecida en el artículo 31 letra b) de la LPC, en relación a la obligación consignada en el artículo 27 de la misma ley; lo anterior, en vista que la proveedora ha asegurado que «no existe contravención a los artículos 44 literal C), 16 literal A), 27 inciso primero y 30; por consecuencia no se configura el daño real al consumidor o particular (...).

Además, señaló que *“NO ESTÁ DE MÁS DENUNCIAR LA FALENCIA QUE POSEEN LAS PRUEBAS AGREGADAS EN LA DEMANDA COMO PRUEBAS DE CARGO PUESTO QUE LAS REFERIDAS CAPTURAS NO CONSTAN EN SU TEXTO, NI CON FECHA DE CUANDO FUERON TOMADAS NI HORA NI MUCHO MENOS ALGUNA REFERENCIA QUE PERMITA DETERMINAR DE QUÉ CUENTA DE FACEBOOK FUERON TOMADAS, NI TAMPOCO DE SÍ SE HICIERON EN LEGAL FORMA SIGUIENDO EL PROCEDIMIENTO PREVIAMENTE ESTABLECIDO PARA UNA PRUEBA DE UN PROCESO SANCIONATORIO. Y así mismo se manifiesta que se interrogó a personal de mi mandante respecto de la promoción, pero no se hace ver que dichas personas tenían el conocimiento de la promoción ni tampoco si dichas personas estaban autorizadas para poder hablar sobre la misma en nombre de mi mandante...”*

I) En cuanto a lo asegurado por el abogado, relativo a que *“no se configura el daño real al consumidor o particular”*: 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— este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que dicha infracción 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). *Se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva 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 ventajosas 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 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. Por lo cual se tipifica dicha conducta, siendo obligación del proveedor dar a los consumidores información clara, veraz, completa y oportuna, siendo que no realizó ningún acto reparatorio para evitar la confusión entre los consumidores, como consta en la prueba relacionada.

II) Respecto a la validez de la prueba alegada: la LPC establece que las inspecciones realizadas por las autoridades competentes tienen plena validez y certeza jurídica. Esto significa que los resultados de una inspección y los informes generados a partir de ella son considerados pruebas válidas en un proceso legal, 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, en acta de inspección N° 0001302 de fs 4-5, se estableció el hecho de dicha publicación, en la cual se constató que efectivamente dicha promoción había sido publicitada por medio de la redes sociales; además, que la persona encargada manifestó que *"...por error involuntario la promoción fue publicada con un precio erróneo de nueve dólares con noventa y cinco centavos en la red social Facebook..."* lo cual constituye un hecho del cual tiene certeza este tribunal por constar en dicho documento público, que goza de la validez antes relacionada.

Respecto de la idoneidad de la persona que rindió la declaración concerniente a la promoción relacionada, según consta en dicha acta de inspección, se trata de la Gerente de dicho establecimiento; y, dado que el artículo 379 del Código de Comercio (CCom.) establece que: *"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"*, la proveedora, siendo responsable por los actos de sus empleados o dependientes, no puede deslindarse de la afirmación realizada por la Gerente durante la diligencia.

En consecuencia, 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 impresión de captura de pantalla de la promoción colocada en la página de Facebook de la proveedora) este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora incurrió en la conducta establecida en el artículo 31 letra b) de la LPC: *"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 (...)”, por cuanto realizó una promoción transgrediendo el derecho de información de los consumidores, es decir, realizó la conducta ilícita consistente en la ***difusión de publicidad falsa***.

Por consiguiente, 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) de dicha ley, siendo procedente imponer la sanción respectiva a la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.**, conforme a lo consignado en el artículo 46 de la LPC, previo análisis de los parámetros establecidos en el artículo 49 de la LPC.

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*”.

A partir de la documentación presentada por la proveedora la cual consta a fs. 28, consistente en Estado de Resultados del 01/01/2019 al 31/12/2019, se advierte que en dicho periodo la proveedora declara que tuvo ingresos por ventas de **\$997,944.21**.

Al constatar la información financiera de la proveedora antes relacionada, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que los ingresos de **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.** se encuentra comprendido dentro de los parámetros de la Ley Mype, por lo cual podemos establecer que cuenta con la

capacidad económica de una "*Pequeña empresa*", por consiguiente, para los efectos de la cuantificación de la multa, será considerada como tal.

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 — *Benihana* — 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.

R 7 A

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 de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se hubiera probado la configuración de un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción consiste en que 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.*

En ese orden, 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.

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 o servicios publicitados, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Así, para el caso que nos ocupa, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha publicidad y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por el infractor que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.** no podría definirse objetiva e indubitablemente 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 los empresas o proveedores los define el ánimo de lucro y que la publicidad busca 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 a imponer, este órgano pretende disuadir a la infractora **JSH de El Salvador, 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 **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.** pues se ha determinado que ésta incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) de la LPC, al haberse divulgado una *publicidad falsa*, circunstancia que indujo a los consumidores a engaño o error.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es una infracción grave, la cual es sancionable con multa de hasta 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 pequeña empresa*, según en el análisis realizado en el literal *a* del romano VII; 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 la obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales, resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la verificación de los aludidos quebrantamientos.

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

Por tanto, a la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.** se le impone una multa de TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$ 3,495.87), equivalentes a once meses con quince días de 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 **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) y d), 27 inciso 1°, 31, 40 inciso 2°, 43 letra g), 46, 49, 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) *Téngase por agregado* el escrito firmado por el licenciado _____ en calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, y documentación que agrega de fs. 17 al 35.

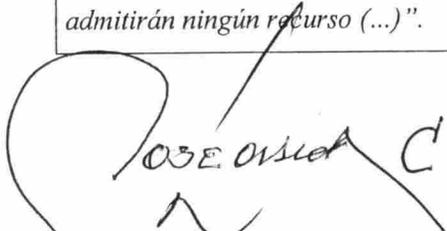
- b) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.** en los términos relacionados en la presente resolución.
- c) *Sanciónese* a la proveedora **JSH de El Salvador, S.A. de C.V.** con la cantidad de TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$ 3,495.87), *equivalentes a once meses con quince días de 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.

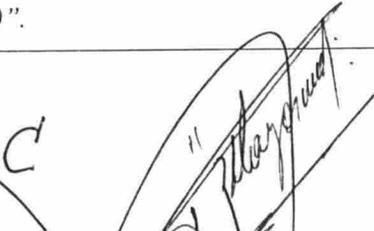
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

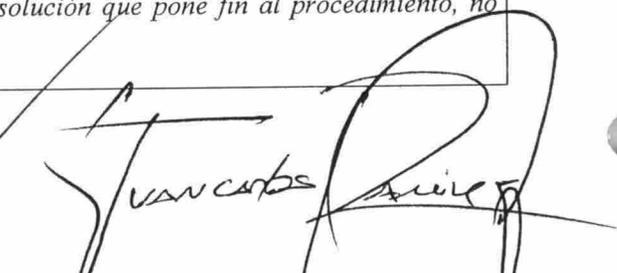
d) *Notifíquese.*

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 (...)”*.

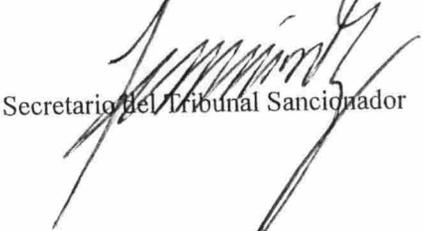

José Loisick Castro
Presidente


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.

LM/ym


Secretario del Tribunal Sancionador