	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 08/02/2023 Hora: 08:17 Lugar: San Salvador.	Referencia: 364-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante la denunciante o la presidencia–.		
Proveedora denunciada:	OD El Salvador Limitada 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 16/06/2019 se practicó inspección en el establecimiento denominado “Office Depot Tienda Los Héroes”, ubicado en _____ municipio y departamento de San Salvador, propiedad de la proveedora OD El Salvador Limitada de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada (16/06/2019) se levantó el acta correspondiente —fs. 3 al 4— y se verificó la publicidad que se lee: “<i>¡Nuevo celular Samsung Galaxy A20! ¿Ya tienes el tuyo? #LoHiceConOfficeDepot. Celebrar al mejor papá del 14 al 16 de junio Celular Galaxy A20 Art. No. 31460 De: \$64.90-A: \$59.90. Promoción válida del 14 al 16 de junio de 2019</i>”, publicada en la página de Facebook de la proveedora, por aviso interpuesto consumidor quien manifestó “<i>Buenas tardes quiero denunciar que en Office Depot están abusando de los derechos del consumidor publicando ofertas falsas, en estos momentos estoy en la sucursal Los Héroes y me dicen que ese producto no lo tienen, que no saben porque lo han publicado</i>”. Según lo manifestado por la persona que atendió a los delegados de la Defensoría del Consumidor, manifestó que decidieron dar de baja dicha publicación el día 15/06/2019, al percatarse que no les había ingresado la orden del producto al establecimiento, Así mismo manifestó que por no contar con existencia del producto a disposición de los consumidores no había realizado ninguna venta del mismo.</p> <p>En virtud de lo anterior, la Presidencia adujo que la publicación realizada por la proveedora sobre la venta de celular Samsung Galaxy A20, es contraria a la realidad ofertada, pues dicho producto no se encontraba a disposición de los consumidores, por lo cual existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) en relación al artículo 24 y 27 de la LPC. En consecuencia, en fecha 31/05/2022 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. 7-8), 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</i></p>			

los productos y servicios a adquirir; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho a ser protegidos contra la publicidad engañosa o falsa en los términos 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 **OD El Salvador, Limitada de C.V.**, pues en resolución de inicio de fs. 7-8, 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 22/06/2022 (fs. 9).

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–.

B. En fecha 29/06/2022 se recibió escrito y documentación anexa presentado por el licenciado
quien manifiesta actuar en calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, calidad que comprueba mediante documentación de fs. 17 al 19.

En el referido escrito el apoderado manifiesta en esencia que contesta dicha denuncia en sentido negativo, y formula –en síntesis– los alegatos siguientes: *el principio de taxatividad, determinación o certeza en el Derecho Administrativo Sancionador exige que la ley describa una conducta (acción u omisión), de sus “elementos esenciales o de “forma genérica” pero que sea “constatable por el aplicador de la ley”, lo que implica que la tipificación de una infracción administrativa al menos debe identificar o definir la conducta objetiva, verificable o constatable por el aplicador, sin que esta pueda ser atribuida vía interpretación.*

Así alega que la tipificación *es compatible con una técnica legislativa que tipifique infracciones o determine sanciones mediante remisiones normativas, las que consisten en enlaces, conexiones o referencias explícitas de una disposición legal hacia otra del mismo cuerpo normativo o de otro del mismo rango u otros distintos, en los que se complementa la descripción de la conducta prohibida o de la sanción.*

También agrega: *en conclusión, en la resolución de la orden de inicio del procedimiento sancionador simplificado, con relación a la denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor contra mi mandante, hace remisión incorrecta a la disposición legal en cuanto a la infracción del artículo 43 letra g) de la LPC con referencia a la obligación en el artículo 27 de la LPC.*

Así mismo asegura: *con el planteamiento anterior, al aplicarlo a nuestro caso en concreto, según lo establece la LPA en su artículo 158, cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento simplificado considere que existe elementos de juicio suficientes para calificar la infracción de leve -estamos ante un caso supuesto de una infracción grave-, cuando los hechos estén determinados por constar suficientemente en actuaciones administrativas o cuando el interés público así lo requiera, la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento simplificado que se sustancia de acuerdo a lo que establece la ley. Existe un error de aplicación de la Ley, ya que se ha sustanciado la presente en un procedimiento simplificado, y ello quebrantaría y originaría un quebranto a la seguridad jurídica de mi mandante y violación a la ley expresa.*

Y por último dice que: *de pronunciarse resolución en la que se podría imponer una posible sanción o multa, se infringirían los derechos constitucionales de mi representada, específicamente los de legalidad, en su vertiente de la Tipicidad y Seguridad Jurídica comprendidos en los Arts. 17, 27 y 86 de la Constitución por lo que solicito que no se proceda con la imposición de la sanción.*

C. Respecto a los alegatos vertidos por la parte proveedora este Tribunal considera necesario hacer las siguientes consideraciones:

Específicamente en lo que a la tipicidad e interpretación concierne, en la sentencia pronunciada a las diez horas con cuatro minutos del día 16/04/2018, en el proceso de amparo con número de referencia 20-2016, se dijo: *"(...) que la interpretación jurídica de una disposición legal o constitucional consiste en la atribución de un significado elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. Esta Sala ha reiterado que la formulación lingüística -el texto- de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido de sus disposiciones (Sentencias de fechas 4-II-97, 26-III-1999 y 14X-2013, pronunciadas en los procesos de Inc. 15-96, 4-98 y 77-2013, respectivamente) y fija los extremos o límites últimos entre la interpretación jurídica y una manipulación distorsionadora del contenido de la disposición".*

Además, destacó que: *"(...) la precisión de las leyes penales -lo cual es también aplicable al Derecho administrativo sancionador- es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa, pues la aspiración de absoluta precisión, rigor total o exactitud terminológica en ese tipo de leyes es una utopía. En otras palabras, el requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es ilícita deben formular, describir, establecer o definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos*

palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la mayor precisión posible o una determinación suficiente, de acuerdo con el contexto de regulación”.

En esa línea, se expuso: “(...) que el legislador penal está obligado a garantizar tanto la igualdad de las personas ante la ley como la protección efectiva de bienes jurídicos, de manera que la técnica legislativa debe superar una tensión irremediable entre, por una parte, el carácter general (no individual) y prospectivo (dirigido a conductas futuras) de la ley y, por otra, el mandato de taxatividad. Dicho de otro modo, como el legislador penal no puede prever (y enlistar o enumerar de manera exhaustiva o casuística) todas las posibles conductas dañinas para un bien jurídico, es inevitable que en alguna medida recurra a descripciones, conceptos o términos relativamente indeterminados, cuya interpretación permita adaptar la ley a las circunstancias sociohistóricas de su aplicación y, al mismo tiempo, respetar la garantía de precisión suficiente en la tipificación de los delitos”.

Concluyó señalando que “si bien el mandato de tipicidad requiere que las conductas sancionables hayan sido previstas por el legislador de manera precisa e inequívoca, ello no debe ser entendido como una exigencia de exhaustividad en su descripción”.

De esta manera, a partir de la interpretación sistemática de la LPC, en aplicación de las disposiciones generales de cumplimiento para los proveedores, encontramos la obligación de los proveedores de informar a los consumidores de forma clara, veraz, completa y oportuna regulada en el artículo 27 de la LPC, misma que está íntimamente relacionada con el artículo 31 letra b) de la LPC, que establece como conducta ilícita la **difusión de publicidad engañosa o falsa**, por tratarse de protección del derecho a la información, la cual se adecua a la conducta ilícita descrita en el apartado I de la presente resolución –artículo 43 letra g) de la LPC–, a través de la cual se da cumplimiento a la finalidad de la LPC consistente en garantizar los derechos e intereses de los consumidores, en busca de promover un equilibrio entre las partes en las relaciones de consumo y fomentar un ambiente de confianza y transparencia en el mercado, por tanto, este Tribunal concluye que **no existe transgresión alguna al principio de legalidad en cuanto compete a la tipicidad y seguridad jurídica alegada**.

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 uno 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° 0001303 —fs. 3 a 4— de fecha 16/06/2019, 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, en la cual se lee "¡Nuevo celular Samsung Galaxy A20! ¿Ya tienes el tuyo? #LoHiceConOfficeDepot. Celebrar al mejor papá del 14 al 16 de junio Celular Galaxy A20 Art. No. 31460 De: \$64.90-A: \$59.90. Promoción válida del 14 al 16 de junio de 2019".

c) Impresiones de fotografías de orden de compra en la cual se detalla el nombre del producto y fecha en que se solicitó de fs. 5.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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 o no vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora OD El Salvador Limitada de C.V., publicitaba en su página de Facebook "Office Depot El Salvador" la siguiente promoción: *"¡Nuevo celular Samsung Galaxy A20! ¿Ya tienes el tuyo? #LoHiceConOfficeDepot. Celebrar al mejor papá del 14 al 16 de junio Celular Galaxy A20 Art. No. 31460 De: \$64.90 A: \$59.90. Promoción válida del 14 al 16 de junio de 2019"*, pues según denuncia de un consumidor, dicho producto no estaba disponible, por lo cual se puede producir un posible engaño a los consumidores ya que a publicidad presenta una realidad distinta a la existente.

Analizado lo anterior, este Tribunal advierte que la promoción ofertada por la proveedora denunciada era contraria a la realidad de lo ofrecido en la sucursal a los consumidores, pues no se encontró a su disposición el producto anunciado mediante la publicidad antes relacionada, produciéndose con ello un engaño a los consumidores al presentarse una realidad distinta a la ofrecida, al generarse una expectativa a los consumidores respecto de la disponibilidad del producto.

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 **OD El Salvador, Limitada 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, la 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 en disco de fs. 20, con contenido consistente en declaración de impuesto sobre la renta de los años 2019 al 2021, se tomará en cuenta el total de rentas gravadas de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2019, cuyo monto asciende a un total de rentas gravadas por la cantidad de **\$12,632,953.79**

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 **OD El Salvador, Limitada de C.V.** superan los parámetros establecidos en la referida ley, por lo cual al hacer el análisis de su información financiera y ver su clasificación según el Ministerio de Hacienda, podemos establecer que esta cuenta con la capacidad económica de un "*gran contribuyente*", 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 doloso 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 — *Office Depot Tienda Los Héroes* — 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 consignan en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar 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 directa o indirecta 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 **OD EL Salvador, Limitada 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 **OD El Salvador, Limitada 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 **OD El Salvador Limitada 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 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 un *gran contribuyente*, 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 las obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales; y que, además, la proveedora, de forma expresa y por escrito aceptó los hechos e infracción atribuida, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 156 de la LPA, siendo 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 **OD El Salvador, Limitada de C.V.**, se le impone una multa de CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$ 5,320.89), equivalentes a diecisiete 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 **8.75 %** 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 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 firmado por el licenciado _____, en calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, y documentación que agrega de fs. 12 al 20.
- b) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a la proveedora **OD El Salvador, Limitada de C.V.**, en los términos relacionados en la presente resolución.
- c) *Sanciónese* a la proveedora **OD El Salvador, Limitada de C.V.**, con la cantidad de **CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$ 5,320.89)**, *equivalentes a diecisiete 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 de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

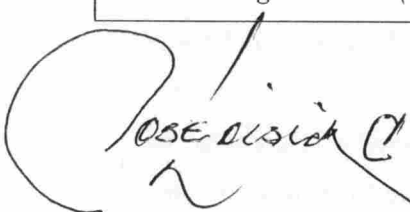
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo

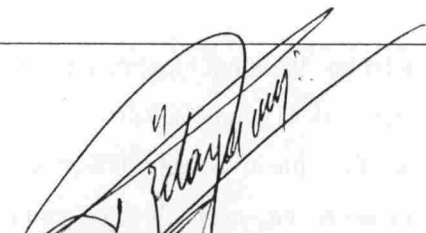
comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**

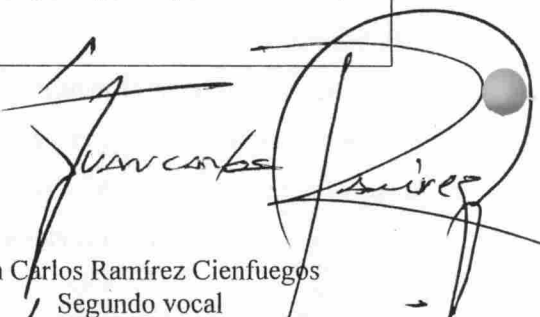
d) *Notifíquese.*

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


José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

LM/ym


Secretario del Tribunal Sancionador