

168-14

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las catorce horas con treinta y un minutos del día veintiséis de octubre de dos mil dieciséis.

El presente procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia 168-14, se inició por denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor contra _____, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 143 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC— por la presunta comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 de la referida ley, siendo que en aplicación al principio *el juez conoce el derecho aplicable* este Tribunal calificó preliminarmente la conducta atribuida a dicha sociedad proveedora y admitió la denuncia por la infracción contenida en el artículo 42 letra e) en relación al artículo 30 de la LPC; no obstante, en el romano III Calificación del hecho, del auto de admisión, erróneamente se consignó que la denunciante había atribuido a la proveedora la infracción establecida en el artículo 44 literal g) de la LPC.

I. I. La Presidencia de la Defensoría del Consumidor señaló que un consumidor interpuso denuncia en la que mencionaba que en una valla publicitaria había una promoción referente al producto pizza, cuya información no era clara. En virtud de ello, en fecha ocho de febrero de dos mil doce delegados de la Defensoría del Consumidor realizaron tres inspecciones; en la primera inspección se hicieron presentes en la _____, en el municipio de Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, con el objetivo de constatar lo expuesto por el consumidor en su denuncia, según consta en el acta y sus anexos de folios 3 al 5.

El texto de la promoción contenida en la valla es el siguiente:

*"Enamórate con _____ Mejores ingredientes. Mejor Pizza. 2x1
Todas las pizzas. Lunes a Jueves. Domicilio _____ Restricciones aplican
válido domicilio y para llevar."*

La segunda inspección —acta y sus anexos de folios 6 al 9— fue realizada en el establecimiento denominado _____ ubicado en _____

_____ municipio de Santa Tecla, departamento de La Libertad, propiedad de la proveedora denunciada, por medio de la cual se constató que en dicho lugar no se encontraba colocado rótulo, banner o letrero relacionado con la referida promoción, y que ésta

se da a conocer por medio de hojas volantes que se distribuyen casa por casa en la zona circundante al establecimiento, las cuales contienen la misma información que la valla publicitaria. Al preguntarle al encargado de dicho establecimiento sobre la promoción, éste les informó que su vigencia era desde el miércoles uno de febrero al miércoles veintinueve de febrero del año dos mil doce, aplicaba solo para pizza grande, pizza gigante y pizza fiesta, y que las restricciones de la promoción se dieron a conocer por medio de las redes sociales, radio y televisión.

Finalmente, la tercera inspección -acta agregada a folios 10-, se efectuó en el establecimiento denominado _____ ubicado en _____ en el municipio de Antigua Cuscatlán, departamento de La Libertad, propiedad de la proveedora denunciada, en la cual también se verificó que no se encontraba colocado rotulo relacionado a la promoción, manifestándoles la persona que los atendió que la promoción aplicaba solo en restaurantes servicio a domicilio que están ubicados en _____

En consecuencia, manifestó que los hechos anteriores configuran la infracción tipificada en el artículo 43 letra g) en relación a los artículos 4 letra a), 16 letra a), 27 inciso primero y 31 de la LPC, por realizar publicidad engañosa o falsa, debido a que la "Promoción 2x1" ofrecía que todas las pizzas de la marca _____ estaban —como su nombre lo indica— al dos por uno de lunes a jueves, creando en el consumidor la expectativa de que por la compra de cada pizza, en cualquiera de los establecimientos de la proveedora, se le entregaría otra sin pagar más.

Sin embargo, según lo verificado mediante las actas de inspección, la denunciada omitió informar que la promoción solo aplicaba en pizzas gigantes, grandes y fiesta y en restaurantes servicio a domicilio ubicados en _____

Agrega, que si bien en la publicidad de la oferta se colocó la frase "restricciones aplican", estas condiciones no tendrían que desnaturalizar la oferta principal, la cual consistía en que todas las pizzas estarían al dos por uno de lunes a jueves, lo cual según lo verificado por medio de las actas no es verdadero.

No obstante lo anterior, y en aplicación al principio *el Juez conoce el derecho aplicable*, conforme al cual el operador jurídico realiza un proceso cognoscitivo e interpretativo que supone la aplicación de la norma jurídica al hecho controvertido, este

Tribunal advirtió que al realizar el estudio de admisibilidad de la denuncia que dio origen al presente procedimiento sancionador, la supuesta conducta atribuida a la proveedora denunciada no se adecuaba a lo denunciado por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor como realización de publicidad engañosa o falsa, sino que por tratarse de una promoción de bienes, la misma pudiera suponer la comisión de la *infracción establecida en el artículo 42 letra e) en relación al artículo 30 de la LPC*, por no informar a los consumidores sobre las condiciones y la duración de la promoción u oferta, por medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento; lo que, de comprobarse, supondría la imposición de la sanción prevista en el artículo 45 de la referida ley.

2. Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora denunciada, quien en esencia negó los hechos atribuidos, manifestando —por medio de su apoderado— que no controvierte que delegados de la Defensoría del Consumidor realizaron inspección en dos establecimientos de su propiedad, tal como fue expuesto en la denuncia.

Además, señaló que la publicidad que se difundió en su momento ofreciendo la promoción de pizzas al dos por uno, no era más que un accionar publicitario a fin de atraer más clientes a la empresa, ya que en esa época se encontraba realizando acciones de crecimiento y expansión en el país.

Mencionó que como franquicia se encuentra sectorizada de forma territorial, por lo que muchas veces las promociones existentes en un establecimiento no son las mismas en otro, lo cual se debe a motivos de índole publicitario, como el tipo de personas que habitan en una zona determinada, si el local está adentro de un centro comercial o no, el tipo de clientes, Etc.

Asimismo, argumentó erróneamente que la supuesta conducta que la Presidencia de la Defensoría del Consumidor le atribuyó en la denuncia era la obstaculización de las funciones de información, vigilancia e inspección de la Defensoría del Consumidor, acción que no corresponde con la descrita en el artículo 44 literal g) de la LPC, citada erróneamente tanto en la resolución de admisión como en el escrito de la denunciada, cuya acción infractora es la de establecer cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión. Sobre los hechos denunciados expuso que realizan propaganda casa por casa entregando hojas volantes en las que aparecen las diferentes promociones y que éstas varían según la sucursal.



Además, las promociones también son dadas a conocer por medio de anuncios en televisión y radio, lo cual considera que es más efectivo ya que en éstos se informa del producto, de las promociones y ofertas que se brindan y los horarios en los que aplican, y que al momento en que un cliente solicita alguna promoción se le explica en que consiste la misma, por lo que considera que si cuentan con mecanismos idóneos para informar al público.

En razón de lo expuesto concluyó que no ha transgredido el derecho de información de los consumidores, pues la publicidad contenía la información necesaria, es decir, los días en que aplicaba la promoción y que solo era válida para llevar y a domicilio, y que tal como lo explicó no en todas las sucursales se tenía a disposición la promoción, por lo que solicita que sobre la base de la sana crítica este Tribunal la absuelva de la infracción atribuida.

II. Habiendo concluido el trámite que señala la ley, sin que quede pendiente pruebas que practicar, de conformidad a lo estipulado en el artículo 147 de la LPC, se hacen las consideraciones siguientes:

Sobre la infracción al artículo 42 letra e) de la LPC, en relación al artículo 30 de la misma normativa.

A. Respecto de la infracción al artículo 42 letra e) en relación al artículo 30 de la LPC, por no informar al consumidor sobre las condiciones y duración de las promociones y ofertas especiales de bienes y servicios por cualquier medio de publicidad o mediante avisos y carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes, de conformidad al principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República, se debe destacar que mediante sentencia pronunciada a las trece horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de agosto de dos mil quince, en el proceso de inconstitucionalidad número 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013, publicada en el Diario Oficial número 165, Tomo 408, de fecha diez de septiembre de dos mil quince, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia falló: "*Declárese inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, (...) porque al utilizar una fórmula de tipificación aparente y residual de las infracciones leves, en realidad no describe ninguna conducta de la que deban abstenerse sus destinatarios, sino que la materia de prohibición se determinaría hasta el momento de aplicación de la norma, con lo cual el legislador incumple el mandato de tipificación, certeza o taxatividad derivado del principio de legalidad y de esa manera contradice el art. 15 Cn.*".

Además, determinó que *el principio de tipicidad, 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 una conducta objetiva, verificable o "constatable" por el aplicador, (...), sin que esta pueda ser "construida" por vía de la interpretación.

En ese orden de ideas, la Sala en mención señaló que la fórmula "*cualquier infracción a la presente ley*" no describe un comportamiento objetivo o verificable que pueda adecuarse o subsumirse en ella, sino que solo establece una calificación jurídica o valorativa que puede ser atribuida a alguien dependiendo del criterio de aplicación del órgano competente.

Por tanto, al decir que la infracción leve es la infracción que no es grave o muy grave, *no implica la tipificación de ninguna conducta, pues únicamente se trata de una definición formal o aparente*, que resulta demasiado indeterminada; en consecuencia, impide que los destinatarios de la disposición, a partir del texto del tipo sancionador, puedan predecir o conocer de antemano qué conductas pueden ser consideradas como infracción leve o cuáles serán las consecuencias de su actuación.

Por consiguiente, con la citada declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, dicha disposición queda excluida de la referida normativa, en razón del vacío advertido; y, por consiguiente en observancia al principio de legalidad y seguridad jurídica establecidos en la Constitución de la República, este Tribunal se encuentra imposibilitado de conocer de la misma, en razón que dicha disposición fue *declarada inconstitucional, de un modo general y obligatorio*.

B. La tipicidad de una conducta implica fundamentalmente que la misma se encuentre considerada como infracción de manera expresa en la ley, y sólo en dicho caso éste Tribunal puede conocer sobre el fondo de la pretensión del denunciante, realizar la valoración de la prueba presentada, y sancionar o absolver según corresponda, en aplicación del principio de legalidad.

Tomando en cuenta todo lo anterior, para que éste Tribunal pueda pronunciarse sobre la antijuridicidad de la conducta denunciada, es necesario que la misma coincida con alguna de las infracciones establecidas en los arts. 42, 43 y 44 de la LPC, lo cual requiere realizar el análisis de tipicidad.

En el presente caso, dada la inconstitucionalidad del art. 42 letra e) de la LPC (declarada con posterioridad al inicio de este procedimiento), bajo cuyo tipo sancionador se

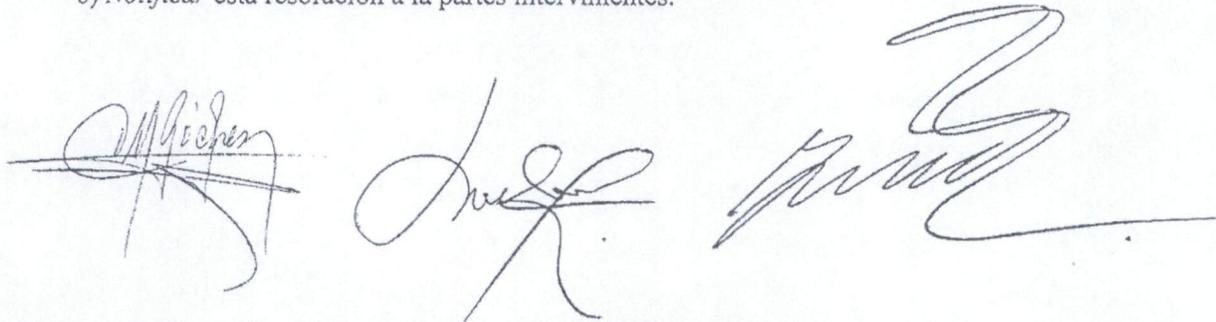
había calificado preliminarmente la conducta antijurídica atribuida a la denunciada, no subsiste el elemento de la tipicidad originalmente considerado, pues dicha conducta ya no quedaba subsumida o adecuada a la descripción de algún tipo administrativo sancionador previsto en la Ley de Protección al Consumidor, a la fecha en que ocurrieron los hechos denunciados.

Por consiguiente, al no existir en la Ley una descripción exacta de la conducta atribuida a la denunciada que pueda considerarse infracción, no es posible analizar la antijuridicidad de la misma, y valorar si está o no amparada en una causa de justificación, como el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita, o el estado de necesidad; por lo tanto, es procedente dictar sobreseimiento en favor de la denunciada respecto de la supuesta infracción al artículo 42 letra e) en relación con el artículo 30, ambos de la LPC.

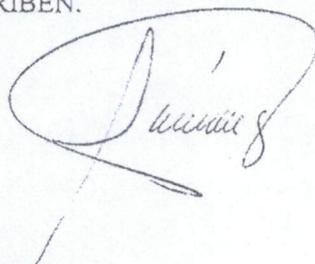
III. Por tanto, de conformidad a lo antes expuesto y a los artículos 101 inciso segundo, 11, 14 y 86 de la Constitución de la República; 147 de la Ley de Protección al Consumidor; este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Sobreseer* definitivamente a _____ en el presente procedimiento respecto de la infracción al artículo 42 letra e) en relación al incumplimiento al artículo 30 de la LPC, debido a que la misma fue declarada inconstitucional.

b) *Notificar* esta resolución a la partes intervinientes.



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



H