

\*Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAI), 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 "j", "k" y "l" de la LAI

 <b>Defensoría del Consumidor</b>	<b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b>	Fecha: 27/01/2021 Hora: 11:12 a.m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 483-2020
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:			
<b>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</b>			
<p>J. El día 21/04/2020 se recibió escrito de denuncia y anexos presentados por la Presidencia en aplicación del artículo 143 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor -LPC-, constando de un total de 4 fs:</p> <p>Para realizar el análisis de la denuncia recibida este Tribunal Sancionador hizo notar que en fecha 14/03/2020 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 593 que estableció el Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19 (en adelante, Decreto de Emergencia o Decreto N° 593) que fue posteriormente reformado mediante el Decreto Legislativo N° 599 vigente a partir del 20/03/2020. Dicha reforma versó sobre el art. 9 del Decreto de Emergencia, el cual regula el régimen de suspensión general de plazos judiciales y administrativos. Este régimen general fue modificado para exceptuar de manera expresa a los procedimientos, plazos y sanciones previstos en la LPC promovidos en el marco de la emergencia nacional de la pandemia por COVID-19. Es por ello que, a pesar de la suspensión general de plazos administrativos, este Tribunal Sancionador consideró que se encontraba habilitado legalmente para proceder a realizar el análisis liminar de la denuncia presentada por el Presidente de la Defensoría del Consumidor en los términos solicitados.</p> <p>Por otro lado, y en virtud de las modificaciones normativas a las que estuvo sujeta el estado de emergencia nacional, este Tribunal aclaró que a pesar que el Decreto de Emergencia se le asignó una vigencia inicial hasta el 12/04/2020, el Decreto Legislativo N° 622 de fecha 12/04/2020 prorrogó su vigencia y la de sus reformas posteriores por cuatro días más, es decir, hasta el día 16/04/2020. Sucesivamente, ese mismo día fue emitido el Decreto Legislativo N° 631, el cual prorrogó nuevamente su vigencia y la de sus reformas por 15 días más, teniendo como consecuencia que el Decreto N° 593 y sus reformas, se encontraban vigentes a la fecha en que se efectuó el auto de inicio; por tal motivo se procedió a conocer los hechos consignados en la denuncia del presente expediente sancionador.</p>			

2. La Presidencia expuso, que en virtud de la emergencia mundial del COVID-19, y las posibles implicaciones en la salud y economía del país, aunado a las funciones de vigilancia e inspección que se establece en el art. 58 letra f) de la LPC, el día 15/04/2020 se realizó inspección en el establecimiento denominado " \_\_\_\_\_", ubicado en \_\_\_\_\_, casa número \_\_\_\_\_, San Salvador —propiedad de la proveedora denunciada—, a fin de verificar la promoción denominada "*Mascarillas Quirúrgicas!! Caja trae 50 mascarillas quirúrgicas (se vende solo caja)!! Envío solo en San Salvador. Antiguo Cuscatlán, San Benito, Escalón, Santa Elena, Santa Tecla. Pedidos al whatsapp 7538-1140*", la cual se encontraba publicada en su página de la red social Facebook. Al consultar a la persona encargada respecto a la publicidad aludida expuso: que a través de la red social estaba ofreciendo la caja de 50 mascarillas quirúrgicas, cuyo precio era de \$55.00, dicho precio se hacía del conocimiento de los consumidores por medio de un chat en línea. Agregó, que hasta el momento de la inspección no había realizado ninguna venta del producto.

Asimismo, en el acta se hizo constar que durante la inspección no se encontraron existencias del producto ofrecido en la publicidad, manifestando la denunciada que el producto aún no había sido enviado por su distribuidor, por lo que no lo estaba comercializando.

Señala la Presidencia, que la publicidad utilizada por la proveedora contiene datos totalmente falsos, desajustados de la realidad, ya que no poseía existencias del producto ofrecido.

En virtud de lo anterior, la Presidencia adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores *recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir*; 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*.

Sostiene, que 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.

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 muy 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.

3. A. El día 14/05/2020 se recibió escrito firmado la denunciada.

(fs. 11-13), mediante el cual agrega documentación (fs. 14-39), contesta en sentido negativo el traslado conferido mediante resolución de inicio, expone argumentos de fondo, y plantea un cambio de calificación jurídica que, en síntesis, es bajo los siguientes motivos:

Que se le imputa la infracción que hace referencia al artículo 4 letra d) de la LPC, el cual hace una remisión expresa a lo regulado en el inciso 4º del artículo 31 de la LPC, y éste se refiere a venta a plazos, por lo que existe una incongruencia entre los hechos denunciados y calificación jurídica consignada, pues en ninguna de las pruebas demuestra que ella estaba ofertando bienes para venta a plazos.

Aunado a lo anterior, menciona, que según los elementos fácticos y jurídicos contenidos en la denuncia hay un doble juzgamiento y una imputación hasta cierto punto desmedida y no proporcional a los actos, "por la tipificación de un acto dos ocasiones", ya que primero se hace referencia a la violación de derechos de los consumidores prevista en el artículo 27 de la LPC, el cual ante su infracción establece que ésta será catalogada como tipo leve, prevista en el artículo 41 y 42 letra g) de la LPC, el cual de conformidad a las normas procesales reconoce un tipo de proceso simplificado; y luego en el desarrollo de la denuncia se hace alusión a la publicidad ilícita, engañosa o falsa, siempre bajo los mismos argumentos del previsto en el artículo "27 inciso" de la LPC, generándose con ello inseguridad jurídica de las normas en supuesta vulneración, así como el juzgamiento desproporcional de la norma aplicable.

En ese sentido pide que se analice sobre una supuesta violación a lo previsto en el

artículo 27 de la LPC en relación al artículo 42 letra g) de dicha ley, los cuales versan sobre el derecho a la información y no como erróneamente se presentó en la denuncia, esto es, respecto a publicidad engañosa o falsa.

B. En virtud de lo anterior este Tribunal considera oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

(i) Que conforme con lo dispuesto en la letra a) del artículo 83 de la LPC es facultad del Tribunal Sancionador instruir los procedimientos sancionatorios en materia de protección al consumidor; y de tal competencia se deriva la facultad de calificar el tipo de infracción al que se adecua la descripción de los hechos denunciados previo a la imposición de cualquiera de las sanciones señaladas en la LPC (artículo 83 letra b)-, para que el análisis a efectuar sea coherente con la atribución sancionatoria que se le ha conferido. En ese orden de ideas, en aplicación al aforismo *lura novit curia* mediante el cual el operador jurídico realiza un proceso cognoscitivo e interpretativo que supone la aplicación de la norma jurídica al hecho controvertido.

(ii) Dicho lo anterior, la proveedora señala que existe incongruencia entre lo denunciado y lo tipificado por la presidencia de la Defensoría, pues el artículo 4 letra d) de la LPC hace una remisión a lo consignado en el inciso 4º del artículo 31 de la LPC, el cual se refiere a ventas a plazos. Las disposiciones legales mencionadas determinan lo siguiente:

*"Derechos básicos de los consumidores. Art. 4.- Sin perjuicio de los demás derechos que se deriven de la aplicación de otras leyes, los derechos básicos de los consumidores son los siguientes: (...) d. Ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el Inc. 4º del art. 31 de esta ley".*

*"Publicidad ilícita, engañosa o falsa. Art. 31.- (...) Para que la publicidad relativa al precio de los bienes ofrecidos en venta a plazos no se considere engañosa, deberá expresar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos según las cuotas publicadas. En la publicidad, en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de venta a plazos deberá, en todo caso, indicarse el tipo de interés, así como la tasa efectiva anual. En caso de que se hubiera estipulado un tipo de interés ya sea fijo o variable, en el contrato se establecerá el pago total, según el tipo de interés vigente en el momento de la celebración del mismo, haciendo constar expresamente como se ha calculado".*

Así, pues, se advierte que si bien es cierto en dichos artículos retoman el tema de publicidad engañosa o falsa, lo hacen en el contexto de ventas a plazos, situación que no es aplicable al asunto de mérito; pues, en todo caso, la publicidad hace referencia a ventas con entrega diferida. Por consiguiente, y para el presente procedimiento, dichas disposiciones no serán analizadas en relación con la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC.

(iii) Asimismo, la denunciada expuso que según los elementos fácticos y jurídicos contenidos en la denuncia hay un doble juzgamiento y una imputación hasta cierto punto desmedida y no proporcional a los actos, "por la tipificación de un acto dos ocasiones", ya que primero se hace referencia a la violación de derechos de los consumidores prevista en el artículo 27 de la LPC, el cual ante su infracción establece que ésta será catalogada como tipo leve, prevista en el artículo 41 y 42 letra g) de la LPC, el cual de conformidad a las normas procesales reconoce un tipo de proceso simplificado; y luego en el desarrollo de la denuncia se hace alusión a la publicidad ilícita, engañosa o falsa, siempre bajo los mismos argumentos del previsto en el artículo 27 de la LPC, generándose con ello inseguridad jurídica de las normas en supuesta vulneración, así como el juzgamiento desproporcional de la norma aplicable.

En ese sentido pide que se analice sobre una supuesta violación a lo previsto en el artículo 27 de la LPC en relación al artículo 42 letra g) de dicha ley, las cuales versan sobre el derecho a la difamación y no como erróneamente se presentó en la denuncia, esto es, respecto a publicidad engañosa o falsa.

En primer lugar, este Tribunal considera oportuno aclarar a la proveedora que la Presidencia de la Defensoría únicamente ha denunciado por el posible cometimiento de la infracción consignada en el artículo 43 letra g) de la LPC, utilizando como base para su imputación los artículos 4 letras c) y d), 27 inciso 1º y 31 letra b) todos de la LPC (fs. 1 vuelto); por lo que, en ese orden de ideas, no puede hablarse de un doble juzgamiento.

En segundo lugar, resulta oportuno examinar las otras disposiciones legales citadas por la Presidencia de la Defensoría en las cuales, según lo expuesto por la proveedora, encajan en otro tipo infractor, el cual también será examinado -vale aclarar que la denunciada no se refirió al artículo 4 letra c) de la LPC mencionado por la Presidencia; sin embargo, este Tribunal hará un análisis integral-.

*"Derechos básicos de los consumidores. Art. 4.- Sin perjuicio de los demás derechos que*

se deriven de la aplicación de otras leyes, los derechos básicos de los consumidores son los siguientes: (...) c. Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de contratación”.

“Obligación general de información. Art. 27.- 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, según corresponda, especialmente en los siguientes aspectos:

- a) El origen, composición y finalidad;
- b) La calidad, cantidad, peso o medida, en su caso, de acuerdo a las normas internacionales expresadas de conformidad al sistema de medición legal o con indicación de su equivalencia al mismo;
- c) El precio, tasa o tarifa y en su caso, el importe de los incrementos o descuentos, los impuestos que correspondan y los costos adicionales por servicios, accesorios, financiamiento, prórroga del plazo u otras circunstancias semejantes;
- d) Fecha de caducidad de los bienes perecederos; y
- e) Las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles”.

“Publicidad ilícita, engañosa o falsa. Art. 31.- (...) b) La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: (...)”. Específicamente la Presidencia señaló las del romano I, haciendo énfasis en la disponibilidad (fs. 2).

“Infracciones leyes. Art. 42.- Son infracciones leves, las acciones u omisiones siguientes: (...) g) No proporcionar en castellano, de forma clara, completa, veraz y oportuna, toda la información sobre las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, las garantías con las cuales se amparan las obligaciones y la documentación exigida por la ley, reglamentos y normas técnicas aplicables al tipo de bien o servicio, o las

explicaciones que el consumidor le requiera en relación con el bien o servicio que se le ofrece”

*“Infracciones graves. Art. 43.- Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) g) Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el Art. 31 de la presente ley. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difundió, ni la agencia de publicidad que contrató la pauta”.*

De las disposiciones citadas previamente, específicamente en lo que respecta al artículo 4 letra c) y 27 inciso 1º ambos de la LPC, éstas se refieren al derecho de información de manera general. Y, como bien señala la denunciada, la vulneración a tales disposiciones es reprochable a través del artículo 42 letra g) del mismo cuerpo normativo, siempre y cuando no exista un supuesto de hecho más concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador a través del artículo 31- y para el caso de mérito la letra b)- ha estipulado circunstancias específicas por las cuales el derecho de información puede ser quebrantado, esto es, por medio de la publicidad ilícita, y ante tal vulneración consignó la infracción determinada en el artículo 43 letra g) de la LPC.

En ese orden de ideas, implica que cuando exista vulneración al derecho de información en un contexto diferente al de la publicidad las disposiciones transgredidas serán las atinentes a las del derecho de información de manera general -artículos 4 letra c) y 27 inciso 1º de la LPC-, trayendo como consecuencia punitiva la infracción regulada en el artículo 42 letra g) de la LPC, siempre y cuando no exista una disposición legal más específica que reproche el supuesto analizado; por otro lado, cuando sea dentro de un contexto relacionado a la publicidad (circunstancia específica, a pesar a que se refiera al mismo derecho de información) las disposiciones quebrantadas son las relativas a la publicidad ilícita -artículos 4 letra d), cuando proceda, y 31 de la LPC-, teniendo como infracción ante su incumplimiento el artículo 43 letra g) de la LPC.

Dicho esto, en el caso en concreto la Presidencia denunció el hecho que la proveedora a través de una publicidad comunicó a los consumidores que disponía de mascarillas quirúrgicas; sin embargo, al realizar inspección se determinó que no tenía disponibles; por lo que, para la denunciante, existe publicidad engañosa. Para fundamentar su imputación hace referencia a los artículos 4 letras c) y d), 27 inciso 1º y 31 letra b) romano I, todos de la LPC.

Ahora bien, y tal como se ha puntualizado en párrafos anteriores, los artículos 4 letras d) y 27 inciso 1º, enmarcan el derecho a la información de manera general (cuando no sea respecto de una publicidad); por lo que estas disposiciones si bien tutelan el mismo derecho lo hacen desde lo abstracto. Por otra parte, y tal como se señaló *supra*, la letra d) del artículo 4 hace referencia a la publicidad en la venta a plazos, supuesto de hecho que no es aplicable a las circunstancias denunciadas. En consecuencia, estas disposiciones (artículos 4 letras c) y d), y 27 inciso 1º) no serán consideradas en el desarrollo de la presente resolución, por no guardar relación de manera precisa con el supuesto de hecho denunciado.

Mención aparte merece el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, el cual se refiere a la publicidad engañosa o falsa, y que para determinar tal cualidad deberá considerarse ciertas características, dentro de las cuales se estipula la disponibilidad del bien o servicio. En ese sentido, este Tribunal advierte que tales disposiciones (artículo 31 letra b) romano I y 43 letra g) ambos de la LPC), así como las argumentaciones jurídicas esbozadas por la Presidencia en su denuncia, sí resultan oportunas y totalmente aplicables al hecho denunciado.

Por consiguiente, y en virtud de lo desarrollado en el presente apartado, este Tribunal declara *sin lugar* el cambio de calificación jurídica solicitado por la denunciada, asimismo, se aclara que el estudio del presente caso se centrará exclusivamente en las siguientes disposiciones: artículos 31 letra b) romano I y 43 letra g) ambos de la LPC.

### III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

1. Tal como consta en auto de inicio (fs. 5-7), se advujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 31 letra b) 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.*

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 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 antítesis»".

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 pretende informar, recordar y persuadir, de acuerdo a lo que el proveedor desea 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. El día 14/05/2020 se recibió escrito firmado la denunciada (fs. 11-13), mediante el cual contesta en sentido negativo el traslado concedido mediante resolución de inicio, y, en síntesis, expone lo siguiente:

*Que en ningún momento ofreció a los consumidores productos que no existan en el mercado o que no se puedan poner a disposición del público consumidor en las condiciones pactadas con ellos, o en general productos que no se puedan adquirir por su parte, ya sea de forma local o extranjera.*

*Que dada la situación de emergencia nacional decretada por la pandemia del COVID-19 todos los insumos médicos se han escaseado lo cual ha vuelto más complicado su adquisición tanto para proveedores como público consumidor, pero que a través de su página en la red social Facebook hicieron del conocimiento a sus seguidores que el producto “mascarillas quirúrgicas” se tendría a disposición de los consumidores oportunamente, y que solamente serían entregadas en las zonas geográficas estipuladas, debiendo hacerse el respectivo pedido a través del número de contacto de WhatsApp (señalado en la publicidad). Lo anterior en razón que el proveedor de esos insumos le había manifestado que el producto sería entregado en fecha 20/04/2020, es decir, el producto estaba en camino; por ello, los inspectores no lo encontraron. También, arguye, que al momento de realizar la publicación no contaba con los productos físicamente en el establecimiento; sin embargo, únicamente era cuestión de tiempo para tenerlos.*

*Como acto de buena fe, expresa, que posteriormente, y sin que se le fuera pedido, ella eliminó la publicidad que es objeto de denuncia. Destaca, por otra parte, que desde 2017 se encuentra en dicho rubro como comerciante individual, sin que, a la fecha existe reclamo alguno de parte de sus clientes.*

*Que a los delegados les faltó investigar más, específicamente respecto a que las existencias del producto en ese momento no eran porque su persona no hubiese adquirido el producto oportunamente a otro proveedor, sino más bien a factores externos que salen de su control; así como el hecho que en la publicación se les indica a los clientes que la modalidad*

de compra es vía WhatsApp no en tienda. Según su dicho, tal circunstancia se les hizo del conocimiento a los inspectores, esto es, que desde el día 3 de abril se anunció el cierre de las instalaciones y que solamente tomarían pedidos para ser entregados posteriormente, lo cual reiteró a través de múltiples publicaciones.

Acota, además, que las condiciones a raíz de la pandemia traen como consecuencia retrasos en cuanto a la movilización y entrega oportuna de toda clase de productos, y que a las personas que consultaron por WhatsApp se les dijo que únicamente que estaban anotando pedidos y posteriormente se coordinaría la entrega en cuanto el producto se encontrara disponible.

Además, y en lo que concierne a la configuración de la infracción, presentó la siguiente prueba documental:

1. Hoja de cotización número MR-110-2020 (fs. 17) de fecha 08/04/2020, firmada por el representante legal de la proveedora S.A. DE C.V., en relación a los productos: mascarillas quirúrgicas, con la que pretende probar que antes de realizar la publicación del anuncio ya había requerido la orden de compra.
2. Tres capturas de pantalla de publicaciones realizadas a través de la red social Facebook (fs. 18-20), en fechas: 03/04/2020, 05/04/2020 y 07/04/2020; con la que pretende probar que desde el día 03/04/2020 anunció el cierre de las instalaciones, y que únicamente se estaría tomando pedidos por medio de WhatsApp, para ser entregados posteriormente.

B. Ahora bien, los alegatos vertidos por la denunciada se encuentran vinculados a la configuración de la infracción consignada en el artículo 43 letra g) de la LPC; por ello, éstos serán abordados en el romano VIII ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN de la presente resolución.

#### V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3º de la Ley de Procedimientos Administrativos, 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 Código Procesal Civil y Mercantil 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° SS0758/2020—fs. 3—de fecha 15/04/2020, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor, en virtud de la publicidad divulgada a través de la red social *Facebook* el día 14/04/2020, realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora denunciada.

b) Impresión de captura de pantalla de la publicidad efectuada por la proveedora, relacionada con el acta N° SS0758/2020—fs. 3—de fecha 15/04/2020, con la cual se establece el medio de comunicación con que fue dada a conocer a los consumidores la publicidad que textualmente se lee: "Mascarillas Quirúrgicas!! Caja trae 50 mascarillas quirúrgicas (se vende solo caja)!! Envío solo en San Salvador, Antiguo Cuscatlán, San Benito, Escalón, Santa Elena, Santa Tecla. Pedidos al whatsapp 7538-1140".

#### 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 vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, pues, la Presidencia sostiene que la proveedora

divulgó un anuncio publicado por medio de la red social *Facebook*, el cual literalmente dice: "Mascarillas Quirúrgicas!! Caja trae 50 mascarillas quirúrgicas (se vende solo caja)!! Envío solo en San Salvador, Antiguo Cuscatlán, San Benito, Escalón, Santa Elena, Santa Tecla. Pedidos al whatsapp 7538-1140"; pero, al realizar inspección se determinó que no tenía disponibles, por lo que hay publicidad engañosa.

Por su parte, la proveedora realizó ciertos alegatos con la finalidad de desvanecer la infracción atribuida, las cuales serán analizadas por este Tribunal:

*Que en ningún momento ofreció a los consumidores productos que no existan en el mercado o que no se puedan poner a disposición del público consumidor en las condiciones pactadas con ellos, o en general productos que no se puedan adquirir por su parte, ya sea de forma local o extranjera.*

Sobre dicho alegato, resulta imperioso destacar el hecho que lo denunciado por la

Presidencia es que la proveedora anunciara que tenía mascarillas quirúrgicas cuando no era así; mas no un impedimento de adquisición de dicho producto. Por lo que tal alegato no es suficiente para desvirtuar la imputación.

*Que dada la situación de emergencia nacional decretada por la pandemia del COVID-19 todos los insumos médicos se han escaseado lo cual ha vuelto más complicado su adquisición tanto para proveedores como público consumidor, pero que a través de su página en la red social Facebook hicieron del conocimiento a sus seguidores que el producto "mascarillas quirúrgicas" se tendría a disposición de los consumidores oportunamente, y que solamente serían entregadas en las zonas geográficas estipuladas, debiendo hacerse el respectivo pedido a través del número de contacto de WhatsApp (señalado en la publicidad). Lo anterior en razón que el proveedor de esos insumos le había manifestado que el producto sería entregado en fecha 20/04/2020, es decir, el producto estaba en camino; por ello, los inspectores no lo encontraron. También, arguye, que al momento de realizar la publicación no contaba con los productos físicamente en el establecimiento; sin embargo, únicamente era cuestión de tiempo para tenerlos.*

Respecto a este punto, y al efectuar un análisis a la publicidad objeto de denuncia, no existe alguna advertencia o enunciado que indique al consumidor que las mascarillas estarían disponibles de manera oportuna —es decir, que estaban en espera de ser entregadas a la denunciada— sino que podían efectuar pedidos vía *WhatsApp*. Asimismo, es importante destacar que la misma proveedora afirma no sólo en su escrito, sino también en el acta de inspección, que al momento de realizar la publicidad no contaba con las mascarillas.

*Que a los delegados les faltó investigar más, específicamente respecto a que las existencias del producto en ese momento no eran porque su persona no hubiese adquirido el producto oportunamente a otro proveedor, sino más bien a factores externos que salen de su control; así como el hecho que en la publicación se les indica a los clientes que la modalidad de compra es vía *WhatsApp* no en tienda. Según su dicho, tal circunstancia se les hizo del conocimiento a los inspectores, esto es, que desde el día 3 de abril se anunció el cierre de las instalaciones y que solamente tomarían pedidos para ser entregados posteriormente, lo cual reiteró a través de múltiples publicaciones.*

En relación a que los inspectores debieron investigar más para determinar que la falta de existencia del producto se debía a factores externos, dicho alegato no es suficiente para

desvirtuar la imputación, pues el reproche estriba en el hecho de ofrecer un producto con el cual no se contaba sin que ello fuese advertido a los consumidores.

En cuanto a que se anunció el cierre de las instalaciones desde el 03/04/2020 y que únicamente tomarían pedidos para ser entregados posteriormente, vale decir que son publicaciones de días previos al anuncio publicitario con un margen de diferencia de más de 5 días, aunado a que no existe una remisión a dichos anuncios o una mención expresa de tal circunstancia; además, no se estipula una fecha o un rango para la entrega del producto, aspecto que es indispensable que esté consignado en el anuncio y no presuponer que es algo sabido por el consumidor.

*Que las condiciones a raíz de la pandemia irían como consecuencia retrasos en cuanto a la movilización y entrega oportuna de toda clase de productos, y que a las personas que consultaron por WhatsApp se les dijo que únicamente que estaban aceptando pedidos y posteriormente se coordinaría la entrega en cuanto el producto se encontrara disponible.*

Concerniente a lo anterior, se reitera que el reproche estriba en el hecho de ofrecer un producto con el cual no se contaba sin que ello fuese advertido a los consumidores, más no las causas que conllevaron la falta de existencia del producto. Respecto a que se les informaba a los consumidores que se entregaría el producto en cuanto estuviera disponible, estas son circunstancias como consecuencia de la publicidad (ampliación de la información); sin embargo, lo denunciado es en sí misma la publicidad por la omisión señala previamente. Por consiguiente, dichos alegatos no son suficientes para desvirtuar la imputación.

En definitiva se ha comprobado que la denunciada, por medio del anuncio publicitario divulgado a través de *Facebook*, ofrecía mascarillas quirúrgicas a los consumidores sin tener a disposición dicho producto; que si bien es cierto ya había realizado el pedido a su proveedora y que estaba a la espera de su entrega, tal circunstancia no fue advertida a los consumidores — estableciendo, por ejemplo, la fecha a partir de la cual estaría disponible el producto —, no siendo suficiente para desvirtuar la imputación que lo manifestara a los consumidores vía *WhatsApp*, pues es información esencial que debe ser consignada en la publicidad, tal como se estipula en el artículo 31 letra b) romano I.

En consecuencia, se tiene por establecida la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC "Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley", en relación con el artículo 31 letra b) romano I (disponibilidad)

de dicha ley "La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: i) Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como: (...) disponibilidad".

#### 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 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 éstos: 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, la reincidencia o incumplimiento reiterado, 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, consistentes en: declaración

del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal del año 2019 (fs. 25), y declaraciones y pagos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del período comprendido entre el 02/09/2019 al 02/03/2020 (fs. 25-39). Se tomará en cuenta el promedio de ventas mensuales de \$7.547,10 dólares de los Estados Unidos de América, obtenido de las ventas reportadas por la proveedora entre el mes de septiembre del año 2019 al mes de marzo del año 2020.

Al constatar la información financiera de la proveedora —antes relacionada—, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mypc, este Tribunal concluye que la proveedora cuenta con ingresos los cuales se equiparan a los de una micro empresa, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una micro empresa.

**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 cumplan con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que no sea engañosa o falsa.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, al consignar que tenía a disposición de los consumidores mascarillas quirúrgicas, cuando no tenía disponible las mismas; más aún cuando previo a divulgar el anuncio sabía que la fecha de entrega de las mismas estaba estipulada para el 20/04/2020, sin que de alguna forma lo advirtiera a los consumidores. Y es que, 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. Por lo que se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de

*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 — se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o falta, específicamente en cuanto a ofrecer un producto del cual no tenía disponible.

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

En el presente caso, este Tribunal estima que al haberse ofrecido mascarillas quirúrgicas en el anuncio publicitario sin que la proveedora tuviera disponibilidad de las mismas es capaz de generar engaño en los consumidores.

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

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

Así, para el caso que nos ocupa, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha publicidad y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por

, no podría definirse objetiva e indubitablemente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la promoción anunciada.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la 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 diseñó y efectúa con el

objeto de generar ganancias, es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las promociones buscan generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la publicidad examinada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora

..... 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. 4º de la LPC — y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC — desarrollados en el apartado anterior —, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora ..... , pues se ha determinado que ésta incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) romano I de la LPC, al haberse ofrecido mascarillas quirúrgicas en el anuncio publicitario cuando no tenía disponibilidad de las mismas, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es equiparable a 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 natural cuya

capacidad económica es la de una micro empresa, que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora no se acreditó el dolo sino negligencia, que ésta incumplió con las obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en un particular, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de los aludidos quebrantamientos.

Por otra parte, cabe mencionar, que la proveedora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber de prestar colaboración en la entrega de la documentación que le ha sido requerida y contestando cada una de las etapas del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el artículo 17 número 5 de la LPA.

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, se le impone una multa de MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO DÓLARES CON DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,825.02), equivalentes a seis meses de salario mínimo urbano 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 3% 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) *Agréguese* la documentación presentada por la señora

, la cual consta de fs. 11-39.

b) *Declárese no ha lugar* el cambio de calificación jurídica solicitado por la denunciada, por los motivos expuestos en la presente resolución.

c) *Sanécese* a la proveedora

, con la cantidad de MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO DÓLARES CON DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1,825.02), equivalentes a seis meses de salario mínimo mensual urbanos en el sector de 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 VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

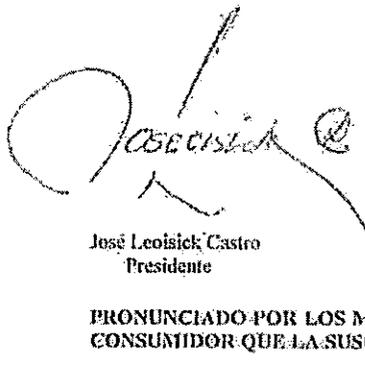
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal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

*Notifíquese.*

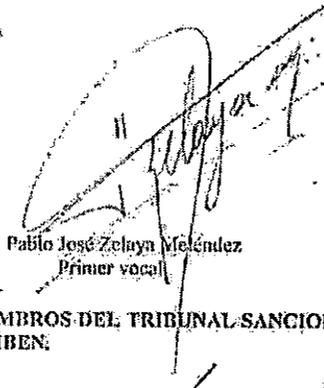
#### INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: "Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en

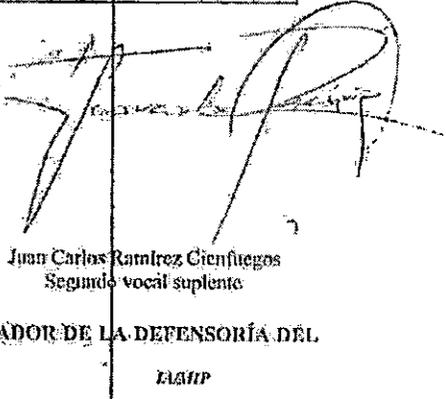
cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma."; En relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: "La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán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



José Leoisick Castro  
Presidente



Pablo José Zeluya Meléndez  
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal suplente

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

IASHP



Secretario del Tribunal Sancionador