

industria.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Tal como consta en auto de inicio (fs. 8-9), se le imputa al proveedor denunciado la comisión de la infracción grave establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, el cual establece como conducta sancionable: *“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 difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta”*. Lo anterior, relacionado con lo previsto en el artículo 31 letra a) de la LPC que define como publicidad ilícita: *“La publicidad que atente contra la dignidad de la persona, o vulnere el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en la constitución, especialmente en lo que se refiere a la mujer, juventud, infancia o grupos minoritarios. Se entenderán incluidos en la previsión anterior, los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando, particular y directamente su cuerpo o partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Especial Integral para una vida Libre de Violencia para las Mujeres”*. Como puede comprobarse, este artículo comprende dos supuestos diferenciados de publicidad ilícita relacionados con la utilización de la imagen de la mujer: la utilización particular y directa del cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto; y la existencia de un trato vejatorio de la mujer.

A. La utilización particular y directa del cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto.

Para que se produzca este supuesto de publicidad ilícita, deben concurrir tres elementos:

1. La utilización de la imagen femenina de forma captatoria de la atención de los destinatarios. La imagen de la mujer debe focalizar el interés, siendo el que en mayor medida atraiga la atención del público destinatario.

2. La utilización de la imagen de la mujer como “mero objeto” (cosificación). Este elemento dependerá en gran medida del papel que juegue la imagen de la mujer en el contexto del anuncio. Se dará cuando el cuerpo de la mujer o las partes del mismo se utilicen como un elemento puramente decorativo que no desempeñe ningún rol activo en la acción publicitaria.

3. La desconexión entre la imagen femenina y el producto promocionado. Se exige a este respecto que la desconexión sea total y absoluta.

B. La existencia de un trato vejatorio de la mujer.

Este supuesto se produce cuando se asocia la imagen de la mujer a comportamientos estereotipados. En virtud del mismo, podrían reprocharse como tales los anuncios que presentan

estereotipos sexistas, como por ejemplo y de manera meramente ilustrativa el de las mujeres como “amas de casa”, “responsables exclusivos de las tareas del hogar” o incluso niñas “jugando con muñecas”.

No obstante, no basta la representación de una mujer desarrollando un trabajo o labor tradicionalmente asociado con el sexo femenino, sino que debe de transmitirse de cualquier manera que la labor es propia o exclusiva del género femenino. Por tanto, además de la actividad desarrollada por la mujer, *debe atenderse al mensaje transmitido en su conjunto por el anuncio.*

En otros términos, para que el precepto resulte vulnerado no solamente habrá de analizarse las imágenes presentadas en el anuncio, sino que habrá que ponerlas en relación con el mensaje que se transmita a los destinatarios del mismo, apreciando las características específicas y concretas del supuesto. Es decir, deberá analizarse si el mensaje de la publicidad es denigrante discriminatorio y/o vejatorio al asociar a la mujer con comportamientos estereotipados.

C. Relación con la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.

En concordancia con el texto mismo del artículo 31 letra a) de la LPC, y conforme se pronunció en el auto de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito, es necesario analizar la normativa conexas que resulta aplicable para el caso en específico, sobre la publicidad. El artículo 3 de la Constitución de la República establece que: “*Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión (...)*”. Partiendo de este derecho fundamental, se establece la igualdad que toda persona merece en el ejercicio de sus derechos, sin hacer diferencia o restricciones por su origen, sexo o creencia, y por consiguiente marca la línea de respeto y tutela que asimismo tienen todas las personas en el marco del ejercicio de sus derechos y obligaciones.

En ese contexto, y más específicamente en el ámbito publicitario, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, en su artículo 8 letra g) menciona acerca de la publicidad de tipo sexista lo siguiente: “*Es cualquier forma de publicidad que trasmite valores, roles, estereotipos, actitudes, conductas femeninas y masculinas, lenguaje verbal y no verbal, que fomente la discriminación, subordinación, violencia y la misoginia*”. El legislador hace referencia puntualmente a la protección de la mujer en los distintos medios y manifestaciones de publicidad emitidos por los diferentes actores (proveedores), con el propósito de regular las expresiones que puedan resultar atentatorias a las mujeres, que puedan fomentar conductas de carácter denigrantes y estereotipando al género femenino como un objeto, creando en las personas receptoras de estos anuncios una imagen errónea y desnaturalizada en lo referente a lo que realmente representa la mujer en la sociedad, y que además no tienen conexión con el fin publicitario.

En concordancia con lo anterior, el artículo 55 de la misma ley en comento, establece como

expresiones de violencia contra las mujeres: “*Exponer a las mujeres a un riesgo inminente para su integridad física o emocional*”, y como se mencionó en la resolución de inicio de este proceso sancionatorio, el realizar actos como el que es objeto de señalamiento en esta resolución, puede incitar a realizar acciones en perjuicio de la integridad de las mujeres.

D. Normas de conducta en la publicidad reguladas en el Código de Autorregulación Publicitaria.

Cabe destacar que el Código de Auto Regulación Publicitaria de El Salvador, regula las normas básicas que deben regir la actividad publicitaria, y en el Título II –Normas de Conductas Generales, Capítulo I se contempla: “*Respetabilidad. Art.4. Toda actividad publicitaria debe caracterizarse por el respeto a la dignidad de la persona (...). El anuncio no debe favorecer o estimular ninguna clase de discriminación.* (resaltado es propio), así también el Art.9 inciso 2° de la misma normativa establece: “*La participación de las mujeres en las piezas publicitarias en general, deberá respetar la integridad de la misma*”.

En relación con lo anterior, y según lo ha establecido el Consejo Nacional de Publicidad, la industria publicitaria en El Salvador, está llamada a la práctica de autorregulación en el giro de sus actividades, y quede infringir la normativa legal aplicable, los responsables pueden ser objeto de la determinada consecuencia jurídica para ello.

E. Bien jurídico tutelado.

Este Tribunal, en reiteradas resoluciones se ha pronunciado respecto a la competencia que ostenta para ejercer la función dual de la que la LPC le ha dotado (art. 83 de la LPC), por un lado la potestad sancionadora frente a proveedores de bienes o servicios que cometan ilícitos administrativos regulados por la LPC, y por otro lado la finalidad tuitiva de derechos de los consumidores de los bienes o servicios, frente a conductas de proveedores que sean reprochables para el ordenamiento jurídico. Es así entonces que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, se centrará únicamente en el análisis de la posible comisión de la infracción administrativa regulada en la LPC –ya citada *ab initio*–, independientemente si la conducta objeto de la denuncia, pudiese dar lugar a la comisión de otro ilícito que sea competencia de otro órgano administrativo o jurisdiccional por la tutela de bienes jurídicos distintos a los que corresponde a este Tribunal.

En ese sentido, la publicidad difundida a través de cualquier medio, tiene la finalidad de que sus destinatarios piensen o actúen de determinada forma o para el caso de la publicidad con fines de consumo, se pretende inducir a los posibles compradores a que adquieran determinados bienes o servicios, presentando los mismos de una manera llamativa a su público, a través de distintas estrategias y valiéndose de diversas herramientas y medios, propios de la actividad publicitaria.

De lo anterior, se colige, que la LPC busca regular que los proveedores que pretenden difundir publicidad de bienes o servicios, atiendan a la normativa que rige dicha actividad, respetando los derechos de los consumidores, y por supuesto que la misma no contraríe al ordenamiento jurídico, siendo objeto de reproche toda aquella clasificada como ilícita, engañosa o falsa según lo consignado en el art. 31 de la LPC. Consecuentemente, a la luz de tal disposición, es considerada ilícita aquella publicidad que no cumpla con las normativas que regulen determinados bienes, productos, **actividades** o servicios. En otros términos, el fin último de la regulación en el tema en cuestión tiene por objeto prevenir los usos inadecuados de la publicidad que puedan ocasionar perjuicios graves a grupos minoritarios como en el que nos referimos que tienden a denigrar la imagen de la mujer y a usar lenguaje de doble sentido, que incluso pueda resultar nocivo para todas aquellas personas que estén expuestas a recibir el mensaje publicitario, aunque no sean parte del grupo objetivo al que la misma estaba dirigida según la intención de su difusor.

Una publicidad puede causar perjuicios graves cuando por ejemplo se ve transgredido el honor de una persona, su intimidad, el uso de su propia imagen sin previa autorización, entre otras conductas que puedan causar una afectación a su dignidad. Asimismo, es considerada ilícita aquella publicidad que pueda inducir a engaño o error al consumidor, que no contenga toda la información necesaria para la toma de una decisión asertiva de consumo, que provoca una desigualdad entre las partes intervinientes en la relación de consumo -proveedor y consumidor- la cual puede dejar este último en una situación asimétrica y de desventaja al no ofrecerle la información necesaria para que pueda tomar una decisión considerando todos los elementos legalmente establecidos.

En este punto, este Tribunal considera oportuno citar la resolución de fecha 13/03/2019 con referencia 7-2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la que consideró: *“El derecho de consumo parte de la necesidad de proteger a los consumidores debido a la creciente vulnerabilidad de éstos en las relaciones generadas en la economía de mercado contemporánea”*.

En la misma sentencia se establece que: *“la LPC desarrolla un régimen especial de protección sobre la base de las asimetrías económicas e informativas existentes entre los proveedores de bienes y servicios frente a los consumidores, estos últimos, enmarcadas en una natural y clara situación de desventaja con respecto a los primeros”*. Es así que la publicidad que un proveedor de bienes o servicios difunde al público consumidor es objeto de control también a la luz de la LPC en aras de la protección de intereses de los consumidores frente a una relación en la economía de mercado, más propiamente en una relación de consumo y que la misma pueda conllevar a una afectación a los mismos, en razón del contenido de dicha publicidad, sin discriminar el tipo y medios de la misma, que pueden ser de la más variable naturaleza (textos, imágenes, audiovisuales, entre tantos).

Es entonces que al acreditarse que una publicidad infringe la normativa que le regula, se configura la comisión de la infracción grave regulada en el art. 43 letra g) de la LPC y conllevaría la sanción imponible de acuerdo al art. 46 de la misma ley, siendo ésta la multa de hasta doscientos salarios mínimos urbanos en la industria.

IV. CONTESTACIÓN DEL PROVEEDOR DENUNCIADO

El día 13/04/2021 se recibió escrito firmado por el proveedor Raúl Antonio Flores Morán, quien, en síntesis, expuso lo siguiente:

Que los inspectores no se identificaron o acreditaron como tal al momento de efectuar la inspección. Además, manifiesta que no le dieron lectura al acta.

Respecto a este alegato, conviene enfatizar en que los delegados sí se identificaron tal como consta en el acta de inspección –la cual fue firmada por el proveedor– en donde relacionan el número de acuerdo y su respectiva fecha que los acredita como delegados. Asimismo, en la referida acta los inspectores hicieron constar que le dieron lectura y dejaron copia de ésta al denunciado. Por consiguiente, según los documentos que consta en el expediente, lo expresado por el señor Raúl Antonio Flores Morán no ha sido acreditado.

Argumenta que en ningún momento estaba discriminando a la mujer, ya que es una “simple publicidad normal” y que no considera que atenta contra la mujer que aparecía en la publicidad, pues es “una simple modelo en traje de baño bajada de internet” que colocó la persona encargada de elaborar la publicidad.

Referente a dicho alegato, y con base en lo expuesto en el romano anterior –infracción atribuida y elementos de la infracción–, el proveedor no ha establecido la vinculación entre la imagen de una mujer en bikini y la relación que ésta guarda respecto de los servicios prestados (lavado de autos).

V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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 una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”. (Los resaltados son nuestros).

Dicho esto, el art. 106 inc. 6° de la LPA dispone: “Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario”.

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil 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 n) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos– se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta de Inspección N°SA0444/2019—folio 3—, de fecha 13/03/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección en el establecimiento del proveedor, con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos de ley.

b) Impresión de fotografías de la publicidad objeto de estudio del presente caso (fs. 4-7), difundida por medio de *banners* en el establecimiento comercial propiedad del proveedor denunciado “*Car Wash y Multiservicios Flores*”, que consistía en imágenes donde se hallaba una mujer semi desnuda como mero objeto, totalmente desvinculado con los servicios que ofrece dicho establecimiento.

Con relación a la documentación antes relacionada, se advierte que esta no ha sido

controvertida por el proveedor, no obstante haber tenido la oportunidad procedimental para hacerlo, por el contrario, fueron aceptados por el proveedor según lo manifestado por él mismo en su escrito de contestación, así como el reconocimiento de la difusión de la imagen publicitaria en su establecimiento. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia mantienen la certeza legal que ostentan.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Con base en los elementos probatorios antes señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que el proveedor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial “*Car Wash y Multiservicios Flores*”, en fecha 13/03/2019 difundió a través de *banners* dentro del establecimiento la publicidad objeto de estudio.

B.I. Habiéndose acreditado la difusión de la publicidad objeto de análisis, por parte del proveedor denunciado, corresponde determinar si el contenido de la misma, adolecía de ilicitud. Al respecto, la publicidad consistía en dos *banners* en los cuales se hallaba una mujer semi desnuda, del cual es pertinente hacer el desglose:

“*Car Wash y Multiservicios Flores*”: Es el nombre del establecimiento comercial que lo publicita, propiedad del proveedor denunciado.

Banners en los cuales se hallaba una mujer semi desnuda (bikini), tomando como punto de partida que se trata de un establecimiento destinado a la actividad comercial consistente en el lavado de vehículos automotriz, y que es un hecho público y notorio que los empleados que llevan acabo dicha actividad no lo realizan con la vestimenta mostrada en la imagen –incluso en algunos negocios utilizan uniformes–, se concluye que la imagen expuesta por el proveedor no guarda, en absoluto, relación con los servicios prestados. Por consiguiente, resulta evidente que el uso de este tipo de publicación tiene como finalidad captar, a través del morbo, la atención de los destinatarios al mostrar a la mujer como un atractivo sexual.

2. Adicionalmente, y con fundamento en el art. 31 de la LPC, este Tribunal es del criterio que se considera ilícita la publicidad que contenga un trato vejatorio a la mujer, este supuesto se produce cuando se asocia la imagen de la mujer a comportamientos estereotipados. En virtud del mismo, podrían reprocharse como tales, los anuncios que presentan estereotipos sexistas, como por ejemplo y de manera meramente ilustrativa el de las mujeres como “amas de casa”, “responsables exclusivos de las tareas del hogar” o incluso niñas “jugando con muñecas”.

No obstante, no basta la representación de una mujer desarrollando un trabajo o labor tradicionalmente asociado con el sexo femenino, sino que debe de transmitirse de cualquier manera

que la labor es propia o exclusiva del género femenino. Por tanto, además de la actividad desarrollada por la mujer, *debe atenderse al mensaje transmitido en su conjunto por el anuncio.*

En otros términos, para que el precepto resulte vulnerado no solamente habrá de analizarse las imágenes presentadas en el anuncio, sino que habrá que ponerlas en relación con el mensaje que se transmita a los destinatarios del mismo, apreciando las características específicas y concretas del supuesto. Es decir, deberá analizarse si el mensaje de la publicidad es denigrante discriminatorio y/o vejatorio al asociar a la mujer con comportamientos estereotipados.

3.El anuncio objeto de análisis se enmarca en los supuestos de publicidad por la utilización particular y directa del cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto, pues en dicha publicidad se observa:

i) La utilización de la imagen femenina de forma captatoria de la atención de los destinatarios, ya que los *banners* expuestos por el proveedor se centran en la imagen de la mujer en bikini lo que focaliza el interés de los destinatarios, siendo el que en mayor medida atrae al público.

ii) La utilización de la imagen de la mujer como “mero objeto” (cosificación). Tal como se mencionó previamente, la actividad realizada por el proveedor –lavado de vehículo automotriz– no guarda relación con la imagen de una mujer en bikini; implica, pues, que el cuerpo de la mujer se está utilizando como un elemento puramente decorativo, debido a que no desempeña ningún rol activo en la acción publicitaria.

iii) La desconexión entre la imagen femenina y el producto promocionado. En el sentido en que se ha venido esbozando en la presente resolución, debido a la actividad comercial del proveedor y la imagen utilizada en la publicidad se aprecia una desconexión total y absoluta entre una y otra.

C.Este Tribunal concluye entonces, con fundamento en la prueba valorada ya citada, y el análisis expuesto en los apartados precedentes, que ha quedado acreditado en el presente procedimiento administrativo sancionador, que el proveedor denunciado ordenó la difusión de la publicidad que adolecía de ilicitud, al utilizar particular y directamente el cuerpo de la mujer como mero objeto desvinculado del producto; con fundamento en lo dispuesto en el artículo 31 letra a) de la LPC. En consecuencia, probados los hechos denunciados, se establece la comisión de la infracción grave, regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC que prescribe: “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 difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta”, siendo procedente imponer al proveedor denunciado, señor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, la sanción correspondiente según el artículo 46 de la LPC.

D. Ahora bien, establecida la conducta ilícita, es importante hacer referencia al tema de culpabilidad, así:

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

Cabe destacar que una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que «[e]l gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva» [Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

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

Ahora bien, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que la difusión de la publicidad que adolecía de ilicitud, al utilizar particular y directamente el cuerpo de la mujer como mero objeto desvinculado del producto haya sido producida de manera dolosa. No obstante, a partir de los hechos probados y las circunstancias en que se dieron los hechos, ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte del proveedor, pues ha existido un déficit de organización, de modo que su conducta es reprochable cuando no se toman las medidas suficientes para impedir que se cometa la infracción. En otras palabras, el proveedor Raúl Antonio Flores Morán no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

En este punto, resulta relevante destacar que la LPC en la parte final del mismo artículo 43 letra g) establece que la responsabilidad respecto de la publicidad ilícita recae exclusivamente sobre quien haya ordenado su difusión, no sobre la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta, ni sobre el medio que la difunda, razón por la que no será objeto de análisis de responsabilidad a ninguno de los medios en los que se difundió la publicidad objeto de la controversia.

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 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, 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 del análisis de los documentos que constan en el expediente administrativo, no es posible encajar al proveedor Raúl Antonio Flores Morán en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (folios 8-9). Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador el proveedor infractor ha mostrado una conducta procesal que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora, a efectos de establecer la capacidad económica que tiene para asumir la multa.

Consecuentemente, este Tribunal se ve impedido de clasificar al proveedor de conformidad a los parámetros del artículo 3 de la Ley MYPE. Pese a lo antes indicado, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, de conformidad a los principios que rigen el *ius puniendi*, se realizará una interpretación *pro administrado*, por lo que, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar al proveedor como un *micro empresario*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

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 órgano 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 de **negligencia grave** por parte del proveedor pues como propietario del establecimiento, es el principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, respecto de la publicidad que ordena difundir por los diversos medios de comunicación, más aún cuando se trata de una dirigida a un público consumidor tan amplio y que involucra a la mujer en dicha actividad, que además cuenta con parámetros específicos legalmente establecidos, para aquellas actividades publicitarias que las involucran.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta **negligente grave** por parte del proveedor, por ordenar la difusión de una publicidad que involucra a la mujer como mero objeto desvinculado del producto, y que por tanto, no cumple con las normativas específicas de la materia. Siendo el propietario del establecimiento comercial objeto de denuncia, el principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es en el caso de la publicidad, por lo que, se configura plenamente una conducta de negligencia grave por parte del señor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial “*Car Wash y Multiservicios Flores*”, al haber ordenado difundir una publicidad a los consumidores, que no cumplía los requisitos mínimos establecidos en la ley aplicables a las mismas.

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 del proveedor, es directa e individual, pues se acreditó que por mandato legal, en la comisión de la infracción regulada en el art. 43 letra g) de la LPC la responsabilidad administrativa por la misma, recae únicamente en quien ordena la difusión de la publicidad que resulte ilícita, no será responsable el medio de comunicación que la difunda ni la agencia de publicidad que contrate la pauta, por lo que la responsabilidad es única y exclusivamente del proveedor denunciado, señor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial “*Car Wash y Multiservicios Flores*”.

d. Impacto en los derechos del consumidor y naturaleza del perjuicio ocasionado.

Respecto de este parámetro, es necesario analizar el papel del consumidor como parte 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.

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 puesto que 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 conforme a la ley.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a ordenar publicidad de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC — artículo 43 letra g)— transgrede el derecho de los consumidores a ser protegidos de publicidad con fines lucrativos de los proveedores que ocasionen graves perjuicios para ellos, en el caso en específico, en la referente a actividades específicas reguladas en leyes especiales, como es el caso de la publicidad que involucre a mujeres, 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 ordenar la difusión de publicidad que contraría la normativa que lo regule, es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

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 ordenar la difusión de publicidad ilícita –artículo 43 letra g) 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 ocho de enero de dos mil dieciséis, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

Es por ello que este Tribunal reconoce que, al existir una estrecha relación del deber constitucional del Estado salvadoreño de velar por la protección e integridad de los ciudadanos y el deber constitucional que tiene la Defensoría del Consumidor de proteger los intereses de los consumidores en el ámbito económico –para el caso en concreto, el rubro publicitario dentro de las actividades económicas– en nuestro país, debe, en aplicación del principio de proporcionalidad, realizar una ponderación de la gradualidad de la cuantificación de la multa pecuniaria acorde con la afectación ocasionada a los consumidores, que la misma causaba una afectación al público femenino al utilizarla como mero objeto desvinculado del producto

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 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 del infractor 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 el infractor que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la

infracción cometida por el proveedor denunciado no podría definirse objetivamente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la publicidad ilícita.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por el proveedor como consecuencia de la publicidad que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que la publicidad persigue el objeto de generar ganancias, es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las campañas publicitarias buscan generar ganancias.

Aunado con lo anterior, aunque no se han comprobado cuantitativamente las ganancias derivadas exclusivamente de la implementación de la publicidad analizada, imponer una multa basada estrictamente en este criterio sería desproporcional si se compara con el impacto generado en los consumidores alcanzados por el mensaje difundido a través de la publicidad en estudio. De tal suerte, que es preciso tener en consideración para la determinación de la sanción, la gravedad del impacto que genera en los consumidores alcanzados y, en general, en la sociedad salvadoreña, un mensaje que incluye el cuerpo de la mujer como mero objeto desvinculado del producto, como el propuesto en el anuncio objeto de análisis en el presente procedimiento sancionatorio, más aún, en un contexto como el que nos ocupa en la realidad nacional salvadoreña en donde la mujer es víctima de numerosos ataques, que no deben ni pueden seguirse normalizando.

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

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir al infractor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial “*Car Wash y Multiservicios Flores*”, 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 de las mujeres, para que en un futuro adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC y normativa conexas en la difusión de publicidad que involucre a mujeres.

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 verificar que la publicidad que ordene para sus comercios, cumpla con las normas especiales de conformidad con lo dispuesto en la LPC y marco jurídico aplicable a dicha actividad, es decir, la multa a imponer busca potenciar el cumplimiento de las obligaciones que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de campañas publicitarias bajo los parámetros legales es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

En tal sentido, habiéndose verificado que el infractor es una persona natural que ha sido

catalogado como un *micro empresario*, que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una campaña publicitaria que no cumplía los parámetros legalmente establecidos, pero considerando la imposibilidad para establecer a cuánto ascienden las utilidades generadas como consecuencia directa del aludido incumplimiento, y en vista 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 sola constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal, que el anuncio contenía un mensaje que exponía a la mujer como mero objeto desvinculado del producto, resulta entonces razonable la imposición de una sanción proporcional a la verificación del aludido quebrantamiento.

En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente establecer una multa dentro del margen legal establecido por haberse establecido la inobservancia de lo previsto en el artículo 43 letra g) en relación con el artículo 31 letra a), ambas disposiciones de la LPC por parte de una persona natural conforme al grado de gravedad de la infracción cometida.

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 considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer al infractor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial "*Car Wash y Multiservicios Flores*", pues se ha determinado que ordenó la difusión de publicidad que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, es decir, que se trataba de una publicidad ilícita, específicamente en perjuicio para las mujeres.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y de conformidad con lo regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA este Tribunal Sancionador ha decidido imponer al proveedor una multa dentro del margen estipulado por ley como consecuencia para la comisión de las infracciones de tal gravedad -hasta doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria según el artículo 46 de la LPC-.

Para ello, se ha tenido en cuenta el tamaño de la empresa, se ha considerado que el proveedor posee la condición de *micro empresario*-por presunción-. Además, se ha constatado la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC en relación al artículo 31 letra a) de la misma ley, por haber ordenado la difusión de una publicidad ilícita, específicamente que utilizaba el cuerpo de la mujer como mero objeto desvinculado del producto. Así también se ha acreditado, el grado de intencionalidad -*negligencia grave*- y el peligro potencial de la conducta cometida, al tratarse de un hecho público y notorio.

Por tanto, y siendo que el proveedor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial “*Car Wash y Multiservicios Flores*”, cuenta con la capacidad suficiente para afrontar con solvencia sus obligaciones de corto y largo plazo, sin comprometer las operaciones del negocio, este Tribunal con fundamento en toda la prueba valorada y el análisis vertido en la presente resolución, le impone una multa de NOVECIENTOS DOCE DÓLARES CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$912.51), equivalentes a tres meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra a), ambos de la LPC, por ordenar la difusión de una publicidad que no cumplía las exigencias legalmente establecidas según se ha acreditado en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 1.5% 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; 31 letra a), 40, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144-A y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Téngase* por agregada la documentación presentada por el proveedor, la cual consta a folios 13-16.

b) *Sanciónese* al proveedor señor RAÚL ANTONIO FLORES MORÁN, propietario del establecimiento comercial “*Car Wash y Multiservicios Flores*”, con la cantidad de **NOVECIENTOS DOCE DÓLARES CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$912.51)**, equivalentes a *tres meses de salario mínimo mensual urbano 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 ordenar la difusión de publicidad que no cumplía las exigencias legalmente establecidas, conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

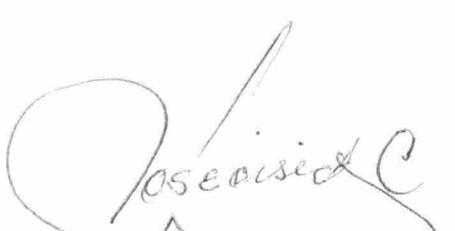
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

General de la República para su ejecución forzosa.

c) *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



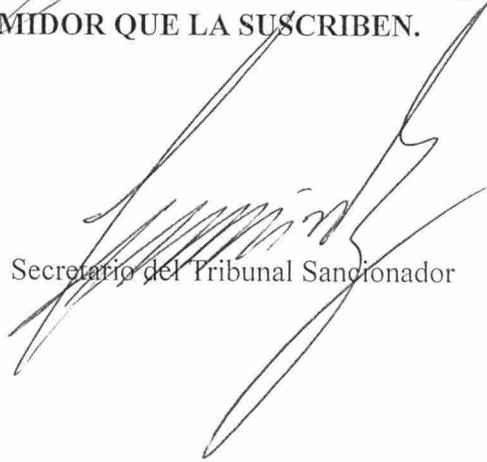
Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Lidia Patricia Castillo Amaya
Segunda vocal

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

IA/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador