

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

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 21/07/2020 Hora: 14:26 Lugar: San Salvador.	Referencia: 474-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	S.A. de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS			
La Presidencia de la Defensoría del Consumidor expuso en su denuncia que, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 2 letra d) del Decreto N° 593 y en uso de sus competencias de vigilancia e inspección establecidas en el art. 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, el día 29/03/2020 practicaron inspecciones en los establecimientos denominados: y " ", ambos propiedad de la proveedora denunciada l S.A. de C.V. Como resultado de las diligencias realizadas se levantó el acta de inspección SS0687/2020 (folio 8) y acta de inspección SS0688/2020 (folio 18), en las cuales se documentó que fueron encontrados a disposición de los consumidores <i>13 galones de Alcolgel Antibacterial, sin agua, sin toalla, marca Manitas Limpias, todos en presentación de 1 galón, los cuales se encontraban siendo ofrecidos a un precio superior al regulado por la Defensoría del Consumidor</i>, tal como se especifica en los Anexos UNO denominados "Formulario para constatación de precio máximo de venta regulado (productos que incumplen)" (folios 9 y 19), documentos en los que se detalla que el precio de venta de cada galón individual del producto era de \$48.75, cuando el precio regulado al momento de las inspecciones era de \$18.11 para el ámbito general de esa presentación, según Acuerdo N° 31, emitido por la Defensoría del Consumidor, vigente desde el 26/03/2020 al 13/04/2020.			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
Tal como consta en auto de inicio (folios 41-46) se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, por: "Ofrecer, comercializar o vender, bienes o servicios a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor". Dicha disposición además determina que: "Incurrirán en la referida infracción proveedores habituales o eventuales de dichos productos, así como cualquier persona natural o jurídica que realice alguna de dichas acciones, en establecimientos comerciales, lugares públicos o privados, o mediante comercio electrónico.". Dicha infracción se relaciona directamente con el ejercicio de la competencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante DC— del artículo 58 letra c) de la LPC: "Fijar y modificar los precios máximos de los bienes intermedios y			

finales de uso o de consumo y de los servicios en caso de emergencia nacional, calamidad pública o desastre, siempre que se trate de productos y servicios esenciales (...)” y al Acuerdo N° 31, emitido por la DC en fecha 26/03/2020, en el cual se fijan y modifican los precios máximos de mascarillas y alcohol gel.

El término «ofrecer» a que hace referencia la ley, puede entenderse como el hecho de tener una diversidad de productos dentro de un establecimiento con el ánimo de invitar al consumidor que los adquiera para su uso o consumo, no siendo necesario que los mismos hayan sido vendidos a determinados consumidores, sino que basta con haberlos puesto a disposición éstos.

Como consecuencia, la conducta ilícita tiene lugar cuando dentro de esa variedad de bienes que se *ofrecen, comercializan o venden* al consumidor en un determinado establecimiento se verifican productos, cuyo precio se encuentra controlado por la autoridad competente (DC), pero los precios de los mismos superan los precios máximos fijados por la DC en el marco de una *emergencia nacional, calamidad pública o desastre natural*, resultando entonces el comerciante en incumplimiento de ley.

Por lo anterior, en el caso particular, este Tribunal deberá analizar la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de la declaratoria de emergencia nacional que habilita a la DC para la fijación y modificación de precios máximos; (ii) la existencia de un instrumento por medio del cual la DC haya fijado los precios máximos de productos que guardan relación con los hechos denunciados; y (iii) que los productos que se ofrecen, comercializan o venden a los consumidores en establecimientos comerciales –por cuenta de proveedores habituales o eventuales–, cuenten con un precio superior al fijado por la DC; lo que, en caso de configurarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 47 de la LPC.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

En fecha 13/05/2020 se recibió escrito de folios 55-57, firmado por la licenciada ... en calidad de Directora Vicepresidenta y representante legal de la proveedora S.A. de C.V. personería que si bien no adjunta a su escrito, consta relacionada en la razón de auténtica emitida por la notario licenciada ..., por medio del cual contesta la audiencia conferida en resolución de las catorce horas con treinta minutos del día 03/04/2020 y agrega la documentación de folios 58-74.

A. Mediante el referido escrito, la representante de la proveedora en el ejercicio de su derecho de defensa, manifestó que la Presidencia de la DC omitió aplicar el principio de buena fe al no considerar ni investigar otros factores que pudieron incidir en el precio de venta del producto *Alcogel Antibacterial, marca Manitas Limpias, en presentación de 1 galón*, tales como el precio de adquisición, el cual fue de \$34.51 por unidad, lo que implicaba que aun con cualquier descuento operado por el proveedor del mismo, este precio era mayor del precio de venta máximo establecido por la DC, considerando ilógico

que su mandante vendería ese producto a un precio de \$18.11, es decir a un precio por debajo de su costo de adquisición, lo cual asegura hubiese constituido “dumping” —figura que existe cuando las ventas se realizan a precios inferiores a los fijados por la misma empresa en el propio mercado, cuando esos precios son distintos a los de los diversos mercados de exportación o *cuando son inferiores al precio de fábrica*—, una práctica anticompetitiva que señala es sancionada por la Ley de Competencia.

Además, alega que la Presidencia de la DC pretende sancionar a su representada por conductas que no ha realizado o que no le son atribuibles, sobre la base que: a) la denunciada conocía el procedimiento de revisión, fijación y modificación del precio máximo que se debía seguir ante la DC; al respecto aclara que dicho procedimiento no le corresponde a su mandante, ya que es atribuible al fabricante o propietario del mismo, acotando que el producto objeto de reclamo lo adquirió del fabricante, tal como consta en la factura emitida por _____, S.A. de C.V. —folio 73—; y, b) la denunciada realizó en ocasiones anteriores el procedimiento de revisión, fijación y modificación de precios máximos, lo cual sostiene es completamente falso, para lo cual adjunta el escrito presentado por _____ S.A. de C.V. ante la DC (folio 74), razones por las cuales considera se desestima el fundamento de dolo alegado por la denunciante.

B. Ahora bien, respecto de los alegatos presentados por _____ S.A. de C.V. este Tribunal procederá a pronunciarse a continuación:

a. Sobre el alegato mediante el cual se intenta argumentar la falta de competencia de

S.A. de C.V. en el procedimiento de revisión, fijación y modificación del precio máximo, este Tribunal advierte que el Acuerdo N° 31 de fecha 26/03/2020, establece literalmente en el numeral 4 que: *“El precio máximo de cada uno de los productos detallados en este Acuerdo, podrá modificarse de forma oficiosa por la Defensoría del Consumidor o a solicitud de los proveedores ante esta, siempre y cuando estos últimos demuestren causas que así lo acrediten.”* (el resaltado es nuestro).

En ese sentido, el término *proveedores* al que hace alusión el Acuerdo N° 31, incluye a *toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa (...)* (el resaltado es nuestro), conforme a la definición consignada en el artículo 3 letra b) de la LPC; por consiguiente, la proveedora denunciada no se encontraba excluida de tal facultad como pretende hacer ver su representante legal.

b. Sobre el alegato que la DC omitió aplicar el principio de buena fe al no considerar ni investigar otros factores que pudieron incidir en el precio de venta del producto Alcolgel Antibacterial, marca Manitas Limpias, en presentación de 1 galón, tales como el precio de adquisición, el cual fue de \$34.51 por unidad, este Tribunal considera que dicho principio no opera ante el hallazgo evidente de

incumplimiento realizado por los inspectores y documentado en el acta de inspección pertinente, puesto que la norma es clara al determinar la tipología de acciones que constituyen infracciones y que están sujetas a fiscalización por el órgano competente. Este Tribunal tampoco considera legalmente necesario que la DC realice una investigación exhaustiva sobre si la Farmacia imputada había adquirido el producto de un determinado proveedor u otro, a un precio superior a regulado como máximo para venta al público, pues se pretendía fiscalizar y verificar el cumplimiento de todas las acciones realizadas por los demás actores económicos de la cadena de producción y suministros del bien esencial cuyo precio se encontraba controlado al momento de verificados los hechos. Este Tribunal recuerda que la DC trabaja mediante planes de inspección que tienen por objetivo verificar el cumplimiento de determinada normativa, la cual puede tener como sujeto obligado a varios tipos de comerciantes, siendo válido, legítimo y legal que enmarque sus acciones a una determinada acción y determinado tipo de actor económico. Por tanto, este Tribunal no encuentra rompimiento de la buena fe por parte de la DC, ya que limitar la fiscalización a un tipo infractor y un tipo de establecimiento mercantil determinado es una decisión válida, legal y legítima de la administración pública, debido al uso discrecional, estratégico y eficiente de sus competencias de investigación y sus recursos.

c. Sobre el alegato esgrimido que es ilógico que [redacted], S.A. de C.V. vendería ese producto a un precio de \$18.11, es decir a un precio por debajo de su costo de adquisición, lo cual asegura hubiese constituido “dumping”, una práctica anticompetitiva que señala es sancionada por la Ley de Competencia, este Tribunal tiene a bien recordar que al momento de verificados los hechos estaba vigente el régimen de emergencia, tal como se ha fundamentado en el auto de inicio del presente expediente. Es decir, que se trata de una situación de legalidad extraordinaria y transitoria que afecta el normal desenvolvimiento del mercado y sus reglas, ya que la facultad de control de precios que opera en razón del decreto legislativo de estado de emergencia, precisamente tiene por objeto y finalidad intervenir en la configuración libre de los precios, estableciendo un techo máximo que no puede ser sobrepasado, no pudiéndose configurar la practica anticompetitiva del dumping, ya que el mercado se ve distorsionado de manera legal y transitoriamente por la vigencia de la emergencia nacional sanitaria. Como consecuencia, este Tribunal desestima el alegato de que [redacted] S. A. de C.V. podía cometer otra infracción concurrente al cumplir con el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, por: “Ofrecer, comercializar o vender, bienes o servicios a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor”, el cual se vincula con el ejercicio de la competencia de la DC del artículo 58 letra c) de la LPC.

Adicionalmente, este Tribunal tiene a bien recordar a la proveedora, la obligación que como comerciante posee de *ejercer sus actividades de acuerdo con la ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, sin perjudicar al público ni a la economía nacional (...)*, conforme a lo estipulado en el

artículo 488 inciso primero del Código de Comercio. Y es que, las reformas a las disposiciones de la LPC antes referidas, obedecen al contexto actual de estado de emergencia que vive nuestro país y que fueron ejecutadas para evitar las distorsiones de mercado tales como el acaparamiento y *alzas injustificadas de precio*, ello por el súbito agotamiento de los productos para la higiene y desinfección cuyo uso es necesario para los consumidores en la prevención del contagio de COVID-19, situación que no consta en el presente caso, ya que, según lo denunciado, la proveedora ofrecía el producto alcohol gel a un precio de venta de cada galón individual del producto de \$48.75, cuando el precio regulado al momento de las inspecciones era de \$18.11 para el ámbito general de esa presentación, según el Acuerdo N° 31 de la DC.

V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante LPA—, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC.

Al respecto, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, el cual literalmente establece: *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.*

Además, 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”.*

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

a) Acta SS0687/2020 de fecha 29/03/2020 —folio 8— y Anexo UNO denominado Formulario para constatación de precio máximo de venta regulado (productos que incumplen) —folio 9—, por medio de los cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento “

” propiedad de la proveedora, así como los hallazgos de productos que estaban siendo comercializados a precios superiores al precio máximo fijado por la DC, conforme al detalle siguiente:

Producto	Marca	Descripción del producto	Cantidad/ Unidad de medida	Precio Regulado	Precio ofrecido al público	Existencia de Productos
----------	-------	--------------------------	-------------------------------------	--------------------	----------------------------------	-------------------------------

Alcogel Antibacterial	Manitas Limpias	Envase plástico	1 galón	\$18.11	\$48.75	9 galones
--------------------------	--------------------	-----------------	---------	---------	---------	-----------

b) Acta SS0688/2020 de fecha 29/03/2020 —folio 18— y Anexo UNO denominado Formulario para constatación de precio máximo de venta regulado (productos que incumplen) —folio 19—, por medio de los cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento

propiedad de la proveedora, en la que verificó que la misma tenía a disposición de los consumidores productos con precios superiores al precio máximo fijado por la DC, conforme al detalle siguiente:

Producto	Marca	Descripción del producto	Cantidad/ Unidad de medida	Precio Regulado	Precio ofrecido al público	Existencia de Productos
Alcogel Antibacterial	Manitas Limpias	Alcogel Antibacterial sin agua-sin toalla	1 galón	\$18.11	\$48.75	4 galones

c) Actas de fechas 29/03/2020 (folios 11-13 y 21-23) con las cuales se acredita que la DC ordenó y ejecutó la inmovilización de los productos objeto del hallazgo porque se encontraron a un precio superior a los especificados en el acuerdo N° 31 emitido por la misma, vigente desde el 26/03/2020 y por consiguiente, vigente a la fecha de las inspecciones realizadas (29/03/2020).

d) Impresiones de fotografías vinculadas con las actas SS0687/2020 y SS0688/2020 (folios 14-16 y 24-25, respectivamente), con las cuales se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo.

e) Tiquetes de caja debidamente sellados del producto alcohol gel —marca Manitas Limpias— en presentación de 1 galón, cuyo precio de venta al público reflejaba \$48.75 a la fecha de las inspecciones (folios 7 y 17).

f) Fotocopia certificada por notario de formulario único N° 19DS000U83370 emitido por S.A. de C.V. en fecha 25/03/2020 a nombre de , S.A. de C.V., con la cual se acredita que la denunciada adquirió la cantidad de 10 unidades del producto *Alcogel Manitas Limpias en presentación de 1 galón* a un precio de venta de \$34.51 cada uno (folio 73).

g) Fotocopia certificada por notario de escrito presentado por , S.A. de C.V. en fecha 25/03/2020, en el que consta la solicitud de cambio de precio de alcohol gel marca Manitas Limpias de 120 ML en frasco dosificador, de un precio público de \$2.54 al precio máximo regulado en el listado de \$2.47, ante la DC en su calidad de fabricante del producto (folio 74).

Respecto de la documentación relacionada en las letras f) y g), se advierte que con la misma, S.A. de C. V. pretende controvertir la infracción atribuida por considerar que no tenía facultad para solicitar la revisión, fijación y modificación de precio ante la DC; sin embargo, este Tribunal no otorga mérito a lo argüido por ésta, ya que, tal como se aclaró en la letra **B** del romano IV de la presente resolución, la denunciada no estaba exenta de cumplir y ejecutar tal facultad, ya que al ser de aquellos *establecimientos que operan en la adquisición, almacenamiento, conservación, elaboración de preparaciones magistrales, dispensación y venta de medicamentos, productos naturales, vitamínicos y otros que ofrezcan acción terapéutica dirigida al público en general* —definición de según el artículo 13 de la Ley de Medicamentos— podría haber solicitado ante la DC la revisión, fijación y modificación del precio del producto *Alcogel Antibacterial, marca Manitas Limpias, en presentación de 1 galón*, al tener causa que le legitimaba para seguir dicho procedimiento, considerando que el precio de dicho producto en esa presentación no se encontraba incluido en el listado de precios máximos de alcohol gel de marcas específicas y que el precio al cual adquirió el producto directamente del fabricante (\$34.51) era superior al precio máximo de venta establecido en el ámbito general (\$18.11); por tanto, dicha prueba documental no desvirtúa la infracción atribuida a la proveedora denunciada.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Como marco general, es necesario tomar como referencia:

1. Que el día 30/01/2020, la Organización Mundial de la Salud —en adelante OMS—, declaró el brote del nuevo Coronavirus (COVID-19) como una emergencia de salud pública de importancia internacional;
2. Que la OMS realizó la divulgación de diferentes consejos relevantes a efectos de evitar la propagación del COVID-19, resaltándose la trascendencia en practicar la higiene de manos, al considerar que son la principal vía de transmisión de gérmenes durante la atención sanitaria, siendo por tanto la medida de protección básica más importante contra el nuevo coronavirus: *el lavado de manos con frecuencia con un desinfectante de manos a base de alcohol o con agua y jabón*, ya que con ello se combate el virus si se encuentra en las manos, conforme a lo consignado en la página web oficial de dicha institución, recomendaciones que fueron aceptadas por el Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional;
3. Que el día 11/03/2020, la OMS declaró el actual brote de Coronavirus (COVID-19) como Pandemia Global, debido al elevado número de casos fuera de China que dieron positivo al mismo; y,
4. Que el día 14/03/2020, se declaró en El Salvador, a través del Decreto Legislativo N° 593 “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19”, estableciendo, en el literal

d) del artículo 2, como medida inmediata para la atención a la referida emergencia, entre otras, *el conferir a la Defensoría del Consumidor la competencia para fijar y modificar motivadamente los precios máximos para los artículos, bienes, suministros o servicios que tengan relación directa con la prevención, tratamiento, contención y atención de la pandemia por COVID-19.*

B. Que en ese contexto, en cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo del Decreto N° 593 y a la competencia establecida en el artículo 58 letra c) de la LPC, la DC emitió el día 26/03/2020 el Acuerdo N° 31, a través del cual –para el caso que nos ocupa–: a) fijó y modificó los precios máximos de producto alcohol gel en el listado de diversas marcas específicas, entre ellas, la presentación de 60 ml y 120 ml de la marca *Manitas Limpias*; y, b) fijó y modificó el precio máximo de alcohol gel de ámbito general, cuyas marcas no estaban detalladas en el numeral 1 del Acuerdo N° 31, así:

Producto	Cantidad	Unidad	Precio máximo (\$) al consumidor final (IVA incluido)	Nota
Alcohol gel	1	Galón (3785.41 Mililitros)	\$18.11	6/ Precio máximo fijado en el Acuerdo N° 28 y modificado en el N° 31.

Lo anterior, a efectos de garantizar que en el estado de emergencia nacional por la pandemia por COVID-19, los consumidores pudieran obtener dichos productos básicos a precios accesibles, en virtud de los incrementos constantes en el precio de los mismos, salvaguardando el derecho constitucional a la salud, prevaleciendo el interés público de la población ante cualquier interés de carácter privado.

C. Así, con base en los elementos probatorios señalados en el romano V de la presente resolución, ha quedado comprobado que el día 29/03/2020, en los establecimientos comerciales denominados ' y " , la proveedora

S.A. de C.V. *ofreció bienes a precios superiores al precio máximo fijado por la DC mediante el Acuerdo N° 31, para el producto alcohol gel de ámbito general, en relación al artículo 58 letra c) de la LPC*; específicamente, al tener a disposición de los consumidores, un total de 13 galones de *Alcogel Antibacterial*, sin agua, sin toalla, marca *Manitas Limpias*, todos en presentación de 1 galón, los cuales eran *ofrecidos a un precio de \$48.75 por unidad, cuando el precio máximo de venta fijado por la DC al momento de las inspecciones era de \$18.11 para el ámbito general de esa presentación.*

Asimismo, ha quedado desacreditado el principal argumento de defensa de la denunciada, en el que afirmaba que no le era atribuible la facultad de solicitar la revisión, fijación y modificación de precio del producto *Alcogel Antibacterial de la marca Manitas Limpias en presentación de 1 galón*, conforme a las razones expuestas en la parte final del numeral 2 del romano V de esta resolución; en consecuencia,

al no desvirtuar

, S.A. de C.V. la *presunción de certeza* de la que gozan las actas

de inspección de la DC, se tiene por acreditada la infracción atribuida por la denunciante.

Aunado a lo anterior, este Tribunal ha valorado que la conducta ilícita regulada en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, se materializa por el solo hecho de *ofrecer bienes o productos a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la DC*, es decir, al poner a disposición de los consumidores los productos sin que necesariamente se haya realizado una transacción comercial de venta de los mismos, tal como se señaló en el romano III de la presente resolución, al desarrollar los elementos de la infracción.

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º del Código Civil, según el cual: *"Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...) "*, así como a lo estipulado en el inc. 3º del mismo artículo: *"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa"*, y a lo señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: *"Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio"*, este Tribunal concluye, que en el presente caso la denunciada actuó de manera negligente en la gestión de su negocio, ya que como propietaria del establecimiento tiene la obligación principal de verificar y únicamente poner a disposición del consumidor aquellos productos que cumplan los requisitos y condiciones exigidas por la ley para su comercialización, lo cual no hizo, al ofrecer el producto Alcogel Antibacterial, sin agua, sin toalla, marca Manitas Limpias en presentación de 1 galón, a un precio de \$48.75, siendo el precio correcto de \$18.11 para el ámbito general de esa presentación.

En virtud de ello, la denunciada debe ser acreedora de la sanción correspondiente conforme a lo consignado en el artículo 47, previo análisis de los parámetros establecidos en el artículo 49 por el cometimiento del ilícito tipificado en el artículo 44 inciso segundo numeral 3), todos de la LPC.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción muy grave contenida en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, la que se sanciona con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria —artículo 47 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 de la documentación presentada por la proveedora, consistentes en declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios de los meses de septiembre a diciembre del año 2019 y de enero a marzo del año 2020 (folios 58-64), declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019 (folios 65 y 66), y los estados financieros y estados de resultados correspondientes al año 2019 (folios 67-72), se tomará en cuenta la declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y prestación de servicios, correspondiente al mes de marzo del año 2020, por ser el mes de cometimiento de la infracción, comprobando que en el referido mes la proveedora declaró ventas mensuales de \$9,259,862.05 dólares de los Estados Unidos de América (folio 64); y un promedio de ventas mensuales de \$7,821,344.01 dólares de los Estados Unidos de América, obtenido de las ventas reportadas entre el mes de septiembre del año 2019 y marzo del año 2020.

Al constatar la información financiera de la proveedora (Declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios de los meses de septiembre a diciembre del año 2019, y de enero a marzo del año 2020, declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019 y los estados financieros y estados de resultados del referido año), con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, los cuales se equiparan a los de un gran contribuyente (declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019, folios 65 y 66), por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como *gran contribuyente*.

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.

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, ha quedado evidenciada una actuación negligente por parte de la proveedora —desvirtuando la intencionalidad en la conducta atribuida por las razones referidas en la presente resolución— pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable en dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, para el presente caso, de *ofrecer*, comercializar o vender bienes o servicios de conformidad a los precios máximos fijados por la DC para los bienes intermedios y finales de uso o de consumo y de los servicios, en caso de emergencia nacional, calamidad pública o desastre, siempre que se trate de productos y servicios esenciales (...).

Por lo que, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la S.A. de C.V., por no haber atendido con la debida diligencia su negocio, incumpliendo su obligación como comerciante.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir del 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 los establecimientos de su propiedad —

" y "

— se omitió dar cumplimiento al Acuerdo N° 31 emitido por la DC en relación a la competencia conferida a la misma en el artículo 58 letra c) de la LPC, al *ofrecer 13 unidades del producto Alcolgel Antibacterial, sin agua, sin toalla, marca Manitas Limpias en presentación de 1 galón a un precio superior al precio máximo fijado por la DC*, los cuales pudieron ser ofrecidos a los consumidores al precio máximo de venta de alcohol gel de ámbito general para esa presentación, el cual es de \$18.11 por galón.

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

En el caso concreto, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a *ofrecer, comercializar o vender, bienes o servicios a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor (...)* —artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC— pone en riesgo inminente el derecho a la salud, puesto que, si bien no se configuró un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que configura la infracción ocasionó una afectación directa sobre el último eslabón de la cadena de valor del mercado de medicamentos del sector privado, es decir, los consumidores finales, ya que al ofrecer el alcohol gel a un precio superior al máximo fijado por la DC, se dificulta el poder adquisitivo de tal producto y en consecuencia, la práctica de la higiene de manos, medida con la cual se previene el contagio del COVID-19.

Y es que, de conformidad a lo establecido por la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia definitiva de referencia 416-2011, pronunciada a las quince horas con catorce minutos del día 21/12/2018: "*en las infracciones 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”, la infracción cometida al artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC constituye una infracción de peligro abstracto.

Es por ello que este Tribunal reconoce que, al existir una estrecha relación del deber constitucional del Estado salvadoreño de velar por la salud de los ciudadanos y el deber constitucional que tiene la DC de proteger los intereses de los consumidores en el marco del “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19” decretado 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 en el goce de su derecho a la salud.

e. Posible beneficio que obtiene el infractor y la gravedad del daño causado.

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, debemos tener en cuenta el posible beneficio que la proveedora pudo haber obtenido, en caso de haberse concretado la venta del producto objeto de hallazgo, a partir del excedente del precio al que éste era ofrecido en relación al precio máximo fijado por la DC, y además, las circunstancias o el contexto en que se cometió la infracción, es decir, dentro de un estado de emergencia nacional declarado.

Así, para el caso que nos ocupa, de la lectura de las Actas de Inspección y Formularios para constatación de precio máximo de venta regulado (productos que incumplen), se observó que el precio de mercado ofrecido por la proveedora para el producto alcohol gel, marca Manitas Limpias, en presentación de 1 galón era de \$48.75, siendo \$18.11 el precio de venta máximo regulado por la DC para dicha presentación en el ámbito general; por lo que, podemos concluir que, de concretarse la venta de parte de la proveedora, el beneficio que pudo haber obtenido de la venta del mismo es de \$30.64 por cada galón de alcohol gel, lo cual constituye un total de \$398.32 por los 13 galones encontrados en los establecimientos objeto de inspección.

Ahora bien, en el presente caso se observa la concurrencia de situaciones en las que puede estimarse un posible beneficio ilícito generado por la infracción, pero éste resulta sustantivamente inferior al daño ocasionado por la infracción. En esta situación, una multa basada estrictamente en el beneficio potencial podría resultar desproporcionadamente baja con relación a la gravedad del daño generado por la infracción. Y es que, se ha comprobado que la infracción cometida es capaz de afectar la salud de los consumidores en el contexto de una crisis mundial.

Cabe precisar entonces que en el caso de mérito la multa a imponer tomará en cuenta no solo la cuantía del posible beneficio ilícito que obtendría la proveedora en el caso de que efectivamente hubiera vendido los productos objeto de hallazgo, el cual ascendería a la cantidad de \$398.32, sino que, en su defecto, se optará por calcular la multa sobre la base del daño potencial causado por la comisión de la infracción.

En otros términos, en el presente caso el posible beneficio ilícito generado por la infracción podría ser calculado a partir del hallazgo documentado, sin embargo, ese dato no sería el más idóneo pues resultaría sustantivamente inferior al daño ocasionado por la infracción y porque la venta del referido producto no se realizó. Sin embargo, se ha podido establecer a partir de la inspección realizada por la DC, que la proveedora se encontraba ofreciendo productos a un precio superior al fijado legalmente, en el marco de una pandemia, la cual ha sido catalogada como crisis a escala mundial, por lo cual este Tribunal estima que el daño potencial ocasionado en la vida y la salud de los consumidores es grave y debe ser tomado en consideración como criterio para la determinación de la multa, pues se ha evidenciado un quebrantamiento al límite máximo permitido al agente económico para competir en beneficio del consumidor.

Y es que, la fijación de precios autorizada por las normas citadas, define un elemento de la actividad de comercialización de ese producto con el objeto de no generar un perjuicio en contra de los consumidores, cuya afectación perjudica la economía en general. En ese sentido, se tiene que el Estado interviene fijando precios, por estricto interés público de protección a los consumidores, los cuales de otro modo se ven afectados, generándose también un perjuicio para todo el sistema económico y de salud.

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

Mediante la imposición de la sanción —multa—, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo en la infractora S.A. de C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) 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.

Y es que, todo proveedor que ofrezca, comercialice o venda bienes intermedios y finales de uso o de consumo y servicios, se encuentra en la obligación de hacerlo conforme al precio máximo fijado por la DC en caso de emergencia nacional, calamidad pública o desastre; siempre que se trate de productos y servicios esenciales, como lo es en el presente caso el producto *alcohol gel*, todo con el fin de salvaguardar el interés general.

g. 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, procede a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora S.A. de C.V.

Para tal efecto, respecto al *tamaño de empresa*, se han considerado las declaraciones y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y prestación de servicios, comprobando que la proveedora declaró un promedio de ventas mensuales de \$7,821,344.01 dólares de los Estados Unidos de América, obtenido de las ventas reportadas entre el mes de septiembre del año 2019 y marzo del año 2020, por lo que se ha considerado como una empresa de tamaño grande, según lo relacionado en la letra *a.* de este apartado.

Además, se efectuó la modulación de la multa máxima, en razón del *grado de intencionalidad* de la conducta cometida (ya que para el caso no se acreditó el dolo en la infracción cometida, sino negligencia).

También se tomó en cuenta el *beneficio potencial* que pudo obtener la proveedora durante la situación de emergencia sanitaria declarada en nuestro país, en caso de haberse concretado la venta del producto objeto de hallazgo, esto en virtud del excedente que representa el precio al que era ofrecido el producto respecto del precio fijado por la DC, ya que el porcentaje por arriba del precio fijado al que se encontraba ofreciendo el producto *Alcogel Antibacterial de la marca Manitas Limpias en presentación de 1 galón* era del 169.2%, valor que resulta de calcular el sobreprecio mediante la fórmula: $(\$48.75/\$18.11)-1*100$, equivalente a \$30.64 por cada galón individual de alcohol gel.

Aunado a ello, este Tribunal considera necesario destacar que —en el presente caso— para la ponderación de la multa se tomó en cuenta *la gravedad de la conducta realizada por la proveedora, ejecutada dentro del contexto de “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19”* en el que se encuentra nuestro país, en donde el alza del precio del producto alcohol gel —suministro médico esencial— fue contraproducente para los habitantes de El Salvador y generó un impacto negativo en la salud y en la economía familiar de los mismos, ya que las probabilidades de cortar la cadena de transmisión del COVID-19 se ven reducidas ante la dificultad de obtener el producto alcohol gel al precio regulado por la DC, ocasionando una alta probabilidad de contagio del virus COVID-19.

VIII. PRONUNCIAMIENTO RELATIVO A LA MEDIDA CAUTELAR

Mediante resolución de inicio del presente procedimiento, a las catorce horas con treinta minutos del día 03/04/2020, este Tribunal resolvió: c) *Confírmese* la medida provisional decretada por la Defensoría del Consumidor consistente en la inmovilización de trece productos de “*Alcogel Antibacterial sin agua, sin toalla, marca Manitas Limpias, todos en presentación de 1 galón*”, consignados en los Anexo UNO —folios 9 y 19— de las actas de inspección SS0687/2020 y

SS0688/2020 —folios 8 y 18—, mientras la Defensoría del Consumidor lleva a cabo la fijación del precio máximo de venta del producto alcohol gel “Manitas Limpias” en la presentación de 1 galón en el ámbito de marcas en específico.

Al respecto, es necesario señalar que, según lo verificado en los acuerdos N° 35 de fecha 14/04/2020 y N° 38 de fecha 08/05/2020 —disponibles en el sitio www.defensoria.gob.sv—, durante la tramitación del presente procedimiento y a la fecha en que se emite la presente resolución, la DC no ha establecido el precio máximo de venta del producto *“Alcogel Antibacterial sin agua, sin toalla, marca Manitas Limpias, todos en presentación de 1 galón”*, por lo que el mismo no ha sido incorporado en el listado de precios fijados para marcas en específico, en consecuencia, resulta aplicable para tal producto, el precio fijado para dicha presentación en el ámbito general, que asciende a \$18.11 por unidad.

En congruencia con lo anterior, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 78 inciso tercero de la LPA: “Las medidas provisionales podrán dejarse sin efecto o modificarse durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”; en este estado del procedimiento es procedente *dejar sin efecto* la medida cautelar confirmada en los términos supra relacionados.

Finalmente, se recuerda a la proveedora denunciada, que, mientras se encuentre vigente el estado de emergencia nacional y por consiguiente la competencia de la DC de fijar y modificar precios según lo establecido en el artículo 58 letra c) de la LPC en relación con el artículo 44 inciso segundo numeral 3), de la misma ley, le queda prohibido ofrecer, comercializar o vender bienes a precios o cantidades superiores al máximo fijado por ésta.

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; 40, 44 inciso segundo numeral 3), 47, 49, 83 letra b), 144-A y siguientes de la LPC; y 78 inciso tercero, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

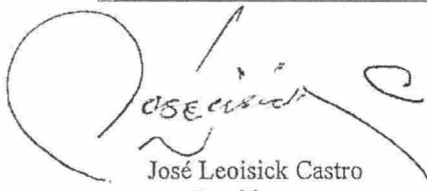
- a) *Sanciónese* a la sociedad proveedora _____, S.A. de C.V., con la cantidad de **OCHO MIL DOSCIENTOS DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON DIECINUEVE CENTAVOS DE DÓLAR (\$8,212.19)**, equivalentes a *veintisiete meses* de salario mínimo mensual en la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, 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 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, por *ofrecer bienes o servicios a los consumidores a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor*, conforme al análisis expuesto

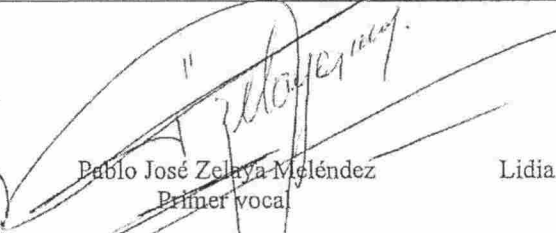
en el romano VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

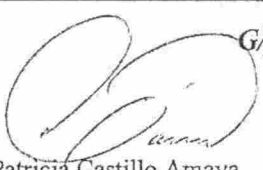
- b) Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**
- c) *Dejar sin efecto* la medida cautelar decretada en la resolución de inicio de folios 14-16, por los motivos expuestos en el romano VIII de la presente resolución, reiterando a la proveedora denunciada, que mientras se encuentre vigente el estado de emergencia nacional y por consiguiente la competencia de la DC de fijar y modificar precios según lo establecido en el artículo 58 letra c) de la LPC en relación con el artículo 44 inciso segundo numeral 3), de la misma ley, le queda prohibido ofrecer, comercializar o vender bienes a precios o cantidades superiores al máximo fijado por ésta.
- d) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

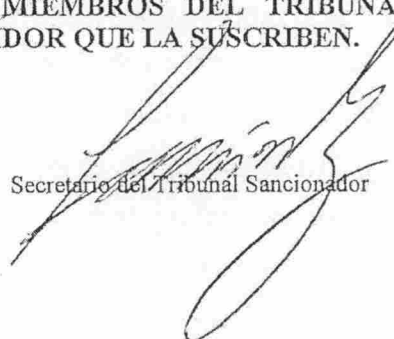
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: *"Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por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

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


Secretario del Tribunal Sancionador