

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", "T" y 24 de la LAIP

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 15/11/2022. Hora: 09:41 a. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 1773-2021.
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en adelante, la Presidencia o la denunciante.		
Proveedora denunciada:	TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS.			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, en fecha 26/11/2019 practicó inspección en el establecimiento denominado “TIGO SUCURSAL MULTIPLAZA”, ubicado en _____, municipio de Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, propiedad de la proveedora denunciada, motivada por un aviso de infracción interpuesto por consumidor, en el cual éste último, en esencia, denunció que: “la publicidad de TIGO en la página web www.tigo.com.sv de teléfonos móviles con oferta vigente, al llamar para contratarlo son otras condiciones las contratadas a las ofrecidas en la página web; por ejemplo, manifiesta que el Samsung Galaxy A70 a \$45.99 por 18 meses plazo, en la oferta no aparecen los términos y condiciones, al momento de llamar atención al cliente para adquirirlo le dicen que ya no está vigente que el precio es de \$70.00”.</p> <p>En esa línea, durante la referida inspección, se observó publicidad en hojas volantes que se leía textualmente: “Blue Week, aprovecha hasta un 80% de descuento. Los mejores smartphones a los mejores precios, Samsung Galaxy S10 + 15GB \$61.99 mensuales Prima \$300.00, Antes \$500; Huawei Y9 prime 2019, 10 GB \$35.99 mensuales Antes \$41.99; Samsung Galaxy A70 12 GB \$45.99 mensuales, antes \$61.99 LTE 4G, al reverso de la hoja se encuentran más precios de aparatos telefónicos... Adquirí el tuyo ya, tenés hasta el 01 de diciembre o mientras duren existencias”. Al respecto, la persona que atendió a los delegados de la Defensoría manifestó que esta es una oferta especial que forma parte de la campaña “Blue week” y que estas ofertas son válidas en tienda, por teléfono y en la página web, respecto a la vigencia de la promoción, indicó que esta inició el día 22/11/2019 y finalizó el 01/12/2019 y que las restricciones de la citada promoción se encuentran en la hoja volante, misma que se agregó como anexo a la denuncia de mérito.</p> <p>Asimismo, la Presidencia destacó que durante la inspección en comento, la persona que atendió a los inspectores de la Defensoría del Consumidor puntualizó, además, que la fecha de inicio de la promoción solo se comunicaba verbalmente a los consumidores, ya que la publicidad solo estipula la fecha de finalización del referido beneficio promocional. Asimismo, se hacía indicación en el texto promocional de una duración estipulada hasta el día 01/12/2019 o “mientras duren existencias”, sin especificar a los consumidores la cantidad de productos disponibles para dicha oferta.</p>			

Por otra parte, la Presidencia afirmó que, en el establecimiento no se observó durante la inspección que la fecha de inicio de la vigencia de la promoción o las unidades disponibles para su otorgamiento, constaren publicados por ninguno de los medios exigidos por la ley –es decir, mediante anuncios publicitarios, avisos fijados dentro del local, o bien, por etiquetas adheridas a los bienes, ello, pese a que, el beneficio promocional inició el día 22/11/2019 y finalizó el día 01/12/2019, sino que únicamente se comunicaba verbalmente a los consumidores. En tal sentido, aseguró que dicha omisión, era susceptible de generar afectación en la esfera económica de los consumidores, puesto que se les podía generar la expectativa de un beneficio económico en virtud de la promoción, sin que tuvieran la posibilidad real de acceder a la misma, ya que podría estar fuera de vigencia.

En razón de las anteriores circunstancias, la Presidencia aseguró en su denuncia, que la sociedad denunciada vulneró el derecho a la información de los consumidores, pues éstos no tenían acceso completo y oportuno a elementos determinantes de la oferta, en contravención a lo regulado en los artículos 4 letra c), 16 letra a), 27 y 30 de la LPC.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Tal como consta en auto de inicio (fs. 10-12), se adujo que existe una contravención a lo dispuesto en el artículo 4 letra c) de la LPC, el cual establece que es un derecho básico de los consumidores *recibir de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir*. Además, a la letra a) del artículo 16 de la LPC, al referirse a los requisitos de las promociones y ofertas, estipula que, entre otros aspectos, debe tener la posibilidad de comprensión directa.

También, se afirma una transgresión a lo regulado en el inciso 1º del artículo 27 de la LPC, en lo concerniente al derecho de información: *en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna*.

Además, en cuanto a la información de las promociones, el artículo 30 de la LPC determina: *“Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes”*.

En relación con lo antes apuntado, el artículo 43 letra n) de la LPC determina que el realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en dicha ley, es una conducta calificada como infracción grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

B. Con respecto a la mencionada infracción, este Tribunal, en resolución pronunciada el día 05/07/2010, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 271-2010, ha afirmado que: *“La naturaleza y esencia de*

las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, su carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción”.

En ese sentido, las promociones y ofertas especiales que se transmiten a través de cualquier medio publicitario, tienen la finalidad de presentar los bienes o servicios en condiciones favorables para el consumidor, induciéndolo a tomar determinada decisión con sentido de urgencia, bajo la perspectiva de percibir una *ventaja económica* dentro de un *tiempo limitado*.

De lo anterior, se colige, que la LPC busca regular que los proveedores consignen, en el medio publicitario que se utilice para dar a conocer la promoción u oferta, *una indicación clara de la duración o del tiempo en la que dicha promoción estará vigente; debiendo indicar, además, a qué productos o servicios aplica la promoción u oferta, la cantidad mínima de productos disponibles, si existen o no restricciones, en qué consisten, y, en general, cualquier dato relevante previamente establecido, que indique en qué condiciones será cumplida, información que es de suma importancia para los consumidores al momento de acceder a la promoción u oferta.*

En otros términos, la finalidad de la regulación en el tema en cuestión tiene por objeto el minimizar la desigualdad entre las partes intervinientes en la relación de consumo -proveedor y consumidor- la cual puede dejar a este último en una situación asimétrica y de desventaja al no ofrecerle la información necesaria para que pueda tomar una decisión informada, es decir, considerando todos los elementos legalmente establecidos.

En este punto, este Tribunal considera oportuno traer a cuenta la resolución de fecha 13-03-2019 con referencia 7-2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA) 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 estableció 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 referida Sala define a la asimetría informativa como *aquella característica intrínseca de cualquier transacción económica, en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro.*

Del mismo modo, en sentencia definitiva del 08-07-2011 con referencia 315-A-2004, emitida por la SCA definió a la asimetría informativa como un *elemento intrínseco de las relaciones contractuales entre productores o proveedores y consumidores, determina que en todo caso el consumidor está sometido a una condición de vulnerabilidad que rebasa su autonomía y voluntad real para contratar, circunstancia que, en definitiva, justifica la aplicación de un principio protectorio con el fin de restablecer el equilibrio contractual y asegurar el respeto de los derechos del consumidor.*

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA.

Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la sociedad TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., pues en resolución que antecede (fs. 10-12), se le concedió el plazo de 5 días hábiles contados desde el siguiente día de su correspondiente notificación, para incorporar por escrito sus argumentos de defensa y presentar o proponer la práctica de los medios probatorios que estimara convenientes. Tal notificación se realizó directamente en las instalaciones de su establecimiento, en fecha 14/09/2022, según se hizo constar en el acta respectiva (fs. 13).

Mediante el referido acto de comunicación, se garantizó el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa de la proveedora denunciada, confiriéndole la oportunidad procedimental de intervención en el presente procedimiento sancionatorio, dentro del cual los sujetos intervinientes podían hacer uso de los medios probatorios, así como ofrecer y/o solicitar las pruebas que estimaran convenientes, respetando los aspectos establecidos en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM–.

Al respecto, el día 23/09/2022 se recibió escrito con documentación anexa, rubricado por el licenciado _____, actuando en calidad de apoderado general judicial con cláusulas especiales de la sociedad TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V. (fs. 16-32).

En el citado escrito, primero, se refirió brevemente a su acreditación para intervenir en este procedimiento, posteriormente, efectuó una breve reseña de las actuaciones acaecidas dentro del procedimiento, y finalmente, contestó en sentido negativo la imputación atribuida a su representada, alegando esencialmente el cumplimiento de todos los requisitos señalados por la normativa aplicable, las cuales están detalladas en el artículo 30 de la LPC y que resumió en: **a)** condiciones de la oferta, **b)** el precio, y **c)** elementos que hagan determinable la duración.

Así pues, respecto al primer elemento, *a) condiciones de la oferta*, aseguró que las limitaciones de la promoción estaban completamente detalladas en el volante agregado a la denuncia, específicamente, en un recuadro blanco al reverso de la misma. En cuanto al segundo elemento, *b) el precio*, sostuvo que tal requisito se vio satisfecho al colocar el precio mensual de los paquetes en promoción. Y acerca del tercer requerimiento, *c) elementos que hagan determinable la duración*, adujo que se dio cumplimiento al mismo, al establecer en dos lugares distintos, que las ofertas duraban hasta el uno de diciembre, y que de igual forma, se estableció el plazo de los servicios ofertados. En ese orden, reforzó su argumento con la aclaración concerniente a que la oferta estuvo vigente desde que la publicidad comenzó a circular; es decir, no era una publicidad a futuro, sino en presente, por lo que la fecha de inicio no tenía relevancia, ya que lo único que les interesaba a los consumidores, era saber hasta qué día podrían contratar los bienes, al precio preferencial publicitado.

Consiguientemente, luego de su argumentación relativa al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, alegó la falta de tipicidad de la conducta señalada en la denuncia, y en tal sentido,

añadió que en el romano **III.** de la resolución de inicio se relacionó la falta de determinación de la cantidad de productos aplicables a la promoción como una infracción a la LPC, al respecto, argumentó que, de la lectura del artículo 30 de la LPC, no se aprecia que la circunstancia antes mencionada sea una exigencia impuesta por el legislador, no existe una tipificación de una obligación cuyo incumplimiento conlleve a la imposición de una sanción, por lo tanto, no puede exigírsele a los administrados que la cumplan, ni mucho menos sancionarlos por su desatención. Adujo además, que la pretensión de que los proveedores detallen exactamente el número de bienes que están en oferta, no solo es una exigencia no comprendida en la ley, sino que, para compañías como su representada, es de imposible cumplimiento por la naturaleza del negocio, por tener muchas sucursales, y la fluctuación en la adquisición de dispositivos de parte de los consumidores; y aun cuando se pudiese establecer, por ejemplo, que son 100 equipos en oferta, sería imposible actualizar ese dato a medida se vayan comercializando.

Finalmente, señaló lugar y correo electrónico como medio técnico para recibir actos de comunicación, y autorizó a los señores _____ y _____, para que conjunta o separadamente puedan retirar, recibir y/o darse por notificados de cualquier escrito, resolución, documentación, esquila y otros de la misma naturaleza relativas al presente procedimiento.

En cuanto a los argumentos de defensa planteados por el apoderado de la proveedora denunciada, es importante delimitar que, esencialmente, se refieren a que la promoción en análisis actual, con el texto: *"Blue Week, aprovecha hasta un 80% de descuento. Los mejores smartphones a los mejores precios, Samsung Galaxy S10 + 15GB \$61.99 mensuales Prima \$300.00, Antes \$500; Huawei Y9 prime 2019, 10 GB \$35.99 mensuales Antes \$41.99; Samsung Galaxy A70 12 GB \$45.99 mensuales, antes \$61.99 LTE 4G, al reverso de la hoja se encuentran más precios de aparatos telefónicos... Adquirí el tuyo ya, tenés hasta el 01 de diciembre o mientras duren existencias"*, que fue difundida mediante hojas volantes, a su criterio, cumplía a cabalidad con todos los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, por cuanto estaban determinados los tres elementos que tal disposición exige, los cuales son: **a)** condiciones de la oferta, **b)** el precio, y, **c)** elementos que hagan determinable la duración.

En tal sentido, el apoderado de la sociedad denunciada se refirió en términos generales a los dos primeros requisitos establecidos por la norma: condiciones de la oferta y precio, con el propósito de establecer la forma en que ambos fueron debidamente cubiertos en la promoción en estudio. No obstante, considerando que la antes referida promoción únicamente fue denunciada por la inobservancia del tercer elemento, esto es, por omitir en su contenido elementos que permitan a los consumidores determinar sus alcances de duración, será únicamente sobre este aspecto que sus argumentos serán abordados, ya que respecto del precio y condiciones no hay *conducta punible atribuida*.

Acerca de la falta de determinación de la vigencia y de las unidades disponibles, el licenciado _____ aseguró que tales elementos estaban claramente delimitados, puesto que "(...) ya que

se estableció en dos lugares distintos, que las ofertas duraban hasta el uno de diciembre. De igual forma, se estableció claramente, el plazo de los servicios ofertados. Sobre este punto, es dable aclarar que la oferta estuvo vigente desde que la publicidad comenzó a circular; es decir, no era una publicidad a futuro, sino en presente, por lo que la fecha de inicio no tenía relevancia, ya que lo único que les interesaba a los consumidores, era saber hasta qué día podían contratar a los precios publicitados (...)".

A partir de lo anterior, arguyó la falta de tipicidad de la conducta, por presuntamente no existir transgresión al artículo 30 de la LPC, y finalmente, aseguró que el control de inventario de productos disponibles para una promoción constituye una exigencia no comprendida en la ley, que para compañías como su representada es de imposible cumplimiento y por la imposibilidad de actualización el dato de inventario cuando se comercializan los productos.

Sin embargo, este Tribunal advirtió que el licenciado en sus argumentos de defensa, expresamente reconoció que la promoción denunciada carecía de indicación de fecha de inicio y de la determinación de las unidades de productos disponibles para dar cumplimiento a tal oferta. Para justificar tal omisión, aseguró que tal información carecía de relevancia para los consumidores por tratarse de una publicidad en tiempo presente, y no futura, y argumentó que, el único aspecto relevante para los consumidores era conocer hasta qué fecha podían contratar los servicios a los precios preferenciales publicitados. Sin embargo, fuera de exponer sus apreciaciones acerca de la relevancia de la información del inicio de la vigencia de la promocional, no logró demostrar el efectivo cumplimiento del requisito establecido en los artículos 16 letra a) y 30 de la LPC, relativos a la *concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa* y de informar al consumidor *los elementos que la hagan determinable, específicamente, la duración por cualquier medio de publicidad*, por lo cual, este Tribunal deberá desestimar sus argumentos de defensa, puesto que la obligación estatuida por el legislador en las disposiciones *supra* mencionadas, fija de forma expresa una obligación específica y taxativa, al estatuir que las promociones deben tener la posibilidad de comprensión directa y contener la duración de las mismas. Así, la duración, en su significado común, conlleva intrínsecamente la determinación del tiempo que transcurre entre el comienzo y el fin de algo.

Finalmente, respecto a la existencia de productos disponibles para dar cumplimiento a la oferta, también elimina la posibilidad de comprensión directa respecto de la duración de la oferta puesta a disposición, puesto que el consumidor puede tener la percepción de la existencia de un beneficio que ya no se encuentra disponible por haberse agotado el inventario de artículos destinados a tal fin.

En otras palabras, el apoderado de la proveedora denunciada centró sus argumentos es restar valor a los requisitos establecidos por la normativa aplicable, pese a que su cumplimiento no es discrecional. De la misma forma, tácitamente reconoció que no estaban determinados en la promoción denunciada, por lo cual, este Tribunal debe declararlos sin lugar y desestimar su petición de absolver a TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., debido a que la proveedora no logró desvirtuar la conducta típica atribuida.

V. HECHOS PROBADOS/VALORACIÓN DE PRUEBA.

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la LPA, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; a excepción de la prueba documental, la cual se realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada uno le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”*. (Los resaltados son nuestros).

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

Además, el artículo 341 del CPCM determina el valor probatorio de los instrumentos, así: *“Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica”*. (Los resaltados son nuestros).

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad. El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.*

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0002925/2019 —fs. 3— de fecha 26/11/2019, por medio de la cual se estableció que la Defensoría del Consumidor realizó inspección en el establecimiento denominado *“TIGO SUCURSAL*

MULTIPLAZA”, y se consignó que “(...) se procedió a consultarle a la persona que atendió sobre dicha promoción y oferta, a lo cual se nos manifestó que es una oferta especial que forma parte de la campaña “Blue Week”, esta oferta es válida en tienda, por teléfono y en la página web. Se nos hizo entrega de una hoja volante donde se detallan las condiciones y restricciones de la oferta, así como la fecha de finalización de esta, respecto a la fecha de inicio se nos informó que fue el día veintidós de noviembre del presente año, esta información se da a conocer de manera verbal, no se observó por ningún medio idóneo dicha información (...)”, con lo cual, se comprueba que la promoción que se lee: **“Blue Week, aprovecha hasta un 80% de descuento. Los mejores smartphones a los mejores precios, Samsung Galaxy S10 + 15GB \$61.99 mensuales Prima \$300.00, Antes \$500; Huawei Y9 prime 2019, 10 GB \$35.99 mensuales Antes \$41.99; Samsung Galaxy A70 12 GB \$45.99 mensuales, antes \$61.99 LTE 4G, al reverso de la hoja se encuentran más precios de aparatos telefónicos... Adquirí el tuyo ya, tenés hasta el 01 de diciembre o mientras duren existencias”** tenía incompleta la información relativa a su periodo de duración, pues se omitía fijar la fecha de inicio de la misma, además, que tal información no constaba señalizada en el establecimiento por cualquiera de los medios complementarios exigidos por la ley —es decir, mediante anuncios publicitarios, avisos fijados dentro del local, o bien, por etiquetas adheridas a los bienes—. En el mismo sentido, tampoco se hacía determinación clara de las unidades destinadas al cumplimiento del beneficio promocional, pese a consignarse en el texto de la promoción en referencia la frase: *“mientras duren existencias”*, como otra posible forma de finalización, sin hacer mención de las unidades disponibles para cumplir la oferta.

b) Hoja volante —fs. 9— conteniendo la promoción cuyo texto prescribe: **“Blue Week, aprovecha hasta un 80% de descuento. Los mejores smartphones a los mejores precios, Samsung Galaxy S10 + 15GB \$61.99 mensuales Prima \$300.00, Antes \$500; Huawei Y9 prime 2019, 10 GB \$35.99 mensuales Antes \$41.99; Samsung Galaxy A70 12 GB \$45.99 mensuales, antes \$61.99 LTE 4G, al reverso de la hoja se encuentran más precios de aparatos telefónicos... Adquirí el tuyo ya, tenés hasta el 01 de diciembre o mientras duren existencias”**, la cual fue entregada a los delegados de la Defensoría del Consumidor, por parte del personal de la proveedora denunciada durante el desarrollo de la inspección, tal como se consignó en el acta bajo referencia número 0002925/2019. Con la referida hoja se comprueba el contenido de la promoción en análisis, sus condiciones y restricciones, además, que la misma carecía de indicación de la fecha de inicio y de las unidades disponibles para cubrir la promoción.

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada anteriormente, se advierte que ésta no fue desvirtuada por la proveedora. En razón de lo mencionado, se concluye, que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos afirmados en la denuncia adquieren total certeza.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

A. Ahora bien, este Tribunal estima conveniente realizar ciertas delimitaciones conceptuales en lo que al tema de promoción concierne, y cuáles son las circunstancias propias que configuran el cometimiento de la infracción establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

Sobre el mismo, es importante señalar que, desde una perspectiva meramente jurídica, específicamente en lo que a derecho sancionatorio se refiere, se abordarán la temática de promoción. Claro está, que dicho tópico puede ser abordado desde diversas áreas del conocimiento; por lo que este análisis no pretende inmiscuirse en otro tipo de observaciones que no sean las estrictamente necesarias para dotar de contenido jurídico a la regulación punitiva que efectúa la LPC.

En primer lugar, y desde una perspectiva tradicional del *marketing*, hay 4 componentes en la denominada *mezcla del marketing*, a saber: a) producto, b) precio, c) promoción y d) distribución. Ahora, dentro de la promoción se encuentra la publicidad y la promoción de ventas. (Kenneth E. Clow, 2010)¹. En ese sentido, los artículos 16, 30 y 43 letra n) de la LPC se encuentran vinculados con el último concepto mencionado – *promoción de ventas*–.

La promoción de ventas consiste en todos los incentivos ofrecidos a los clientes y miembros del canal para estimular las compras de productos, la cual adopta dos formas: la promoción para consumidores y la promoción comercial. Para el caso que nos concierne, la promoción para consumidores se refiere a los incentivos que se ofrecen directamente a los clientes existentes o a los posibles clientes de la empresa. La promoción para consumidores está dirigida a aquellos que realmente usan el producto, es decir, los usuarios finales. Una de las metas principales de un programa de promociones dirigidas a los consumidores es persuadirlos de dar el último paso y efectuar la compra. (Kenneth E. Clow, 2010).

Asimismo, es importante señalar las dos categorías más generales de promociones para consumidores, a saber: a) las que se hacen para fortalecer la franquicia y b) las que se hacen para generar ventas.

Para el análisis que concierne a este procedimiento, las promociones que se hacen para generar ventas se centran en las **ventas inmediatas**, más que en el valor capital de marca o en la lealtad, por medio de descuentos, cupones, reembolsos, devoluciones, premios y otros incentivos. (Kenneth E. Clow, 2010).

Por consiguiente, **es desde esta perspectiva, promoción de venta, que deberán estudiarse los supuestos que dan cabida a la acción típica consignada en el artículo 43 letra n) de la LPC.**

B. Delimitado conceptualmente el ámbito de conocimiento de la infracción objeto de estudio, corresponde ahora referirse a algunos de los supuestos determinados en la ley que dan origen a la misma.

Antes de todo, es importante hacer la siguiente acotación: en relación con las promociones y ofertas, de acuerdo a la regulación contenida en la LPC, estas están sujetas a dos principios: el de veracidad y el de temporalidad. En ese orden de ideas, se ha venido sosteniendo que para que se tenga por establecida la configuración de la infracción prevista en el artículo 43 letra n) de la LPC, se debe tener como premisa que la naturaleza y esencia de las ofertas y promociones es reportar una ventaja comparativa al consumidor, y su **carácter extraordinario es lo que permite que el comprador tenga un incentivo para llevar a cabo la transacción.** De esta manera, se ha entendido que no existe ninguna ventaja si los bienes son vendidos o los

¹Kenneth E. Clow, D. B. (2010). *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. México: Pearson Educación.

servicios prestados en las condiciones habituales y, por ende, no se estaría en presencia de una promoción y oferta.

Dicho lo anterior, los artículos 16 y 30 de la LPC, principalmente, determinan los aspectos obligatorios que los proveedores deben informar al momento de efectuar promociones y ofertas especiales de bienes o servicios.

En ese sentido, el artículo 16 establece lo siguiente:

“Requisitos de las promociones y ofertas.

Art. 16.- Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones y ofertas de bienes o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente, relativas a tales bienes o servicios, deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa;*
- b) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluirá la utilización de cláusulas abusivas; y*
- c) No condicionar la promoción u oferta a la entrega o no del recibo, copia o documento que acredite la operación.*

En caso de duda sobre el sentido de la promoción u oferta, se entenderá a favor del consumidor”.

Por su parte, el artículo 30 estipula:

“Información de promociones

Art. 30.- Cuando se tratase de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes”.

De manera general, y sin que ello comprenda todos los supuestos que la ley y la casuística puedan arrojar, se proceden a explicar los que en la praxis suelen darse con frecuencia. Posteriormente (C), se harán las consideraciones necesarias en el caso concreto.

I. En cuanto a las condiciones, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 letra a) de la LPC, según el cual: *“Todo proveedor al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones de las promociones y ofertas de bienes y servicios (...) debe cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa”.*

En línea con lo anterior, en cuanto a las condiciones aplicables a las promociones u ofertas especiales, es importante considerar lo sostenido por este Tribunal mediante la resolución de las 08:41 horas del día 06/01/2009, en relación a la utilización de la frase “restricciones aplican”; en la que señaló puntualmente que *“(…) dicha frase tiene como sustento la inviabilidad de dar a conocer tales limitantes en el marco de la brevedad propia de los anuncios publicitarios. El problema de las remisiones hacia fuentes informativas distintas del anuncio examinado, implica cargas para el consumidor al verse obligado a adoptar medios*

distintos a la publicidad original para poder obtener parte de la información relevante para la oferta; debiendo considerarse además la factibilidad de acceso a la misma por parte de los consumidores de acuerdo al segmento de mercado al que pertenecen.”

Respecto de dicha resolución, la SCA confirmó la legalidad de la misma mediante resolución 274-2009 de fecha 14/11/2012, en la que además sostuvo: “(...) que un anuncio publicitario debe poseer la información necesaria para que los consumidores no tengan que recurrir a otra clase de medios para complementar la información inicial, por lo tanto al tener que recurrir a esta acción significa que se ha omitido informar de una manera clara y adecuada a lo ofertado por la proveedora, por los argumentos expuestos es que esta Sala considera que la conducta por la actora es atentatoria al derecho de ser debidamente informado el consumidor”.

2. En relación al precio total o los elementos que lo hagan determinable, conlleva a que debe estar lo suficientemente clara la cantidad que el consumidor pagará por la prestación de un servicio o la adquisición de un producto, máxime en aquellos casos en que se da la facilidad de pago a plazos, pero donde únicamente se determinan las cuotas que se deberán cancelar, mas no se indica el tiempo ni el valor total que los consumidores sufragarán. Lo anterior, supondría una desventaja informativa para el consumidor, lo que pudiera incidir a la hora de tomar una decisión de consumo. Configurándose, en sentido material, un incumplimiento de la proveedora respecto a esta exigencia.

Ahora, en la práctica también se utiliza la modalidad de promoción y oferta estableciendo porcentajes de descuentos, dicho elemento hace determinable el valor que el consumidor pagará por un bien o prestación de servicio; por consiguiente, no implicaría una inobservancia a este requisito.

3. En lo que respecta a la vigencia, esta exigencia es prácticamente la esencia de estas propuestas de contratación, pues significa que la proveedora ofrece una ventaja extraordinaria al consumidor, la cual podrá ser gozada en un período de tiempo específicamente determinado o que puede ser determinable.

En ese orden, en la práctica, para establecer la vigencia de una promoción se han distinguido básicamente dos formas –sin perjuicio que puedan vislumbrarse otros, es decir, no es una lista taxativa–: a) plazo cierto–determinado– y b) condicionante–determinable–.

a) Se entiende a plazo cierto, cuando se estipula una fecha de inicio y de finalización. Ahora bien, muchos proveedores suelen consignar sólo una fecha o referirse a un mes, día festivo, período vacacional o celebración, entre otros; lo cual, devendría en un incumplimiento de este requisito. A manera de ejemplo, las expresiones como: “*Válido hasta el 31 de agosto*”, “*Válido a partir del 1 de septiembre*”, “*Válido sólo este mes*”, “*Válido sólo este día*”, no serían suficientes para tener por cumplida dicha exigencia, pues en la primera no se consigna la fecha de inicio; en la segunda, la de finalización; y, en las últimas dos, no tienen ninguna fecha. Se hace énfasis, nuevamente, en que deben tener fecha de inicio y finalización para que sea conforme a la LPC.

b) Se entiende vigencia bajo condición, cuando la promoción subsiste mientras no se dé un supuesto de hecho específico –estipulada en ella– que le pone fin a la misma. Ejemplo de lo anterior es la muy utilizada frase: “*Hasta agotar existencias*”. No obstante, esta última forma debe ajustarse a los requisitos y principios establecidos en la LPC para poder considerarse válida.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tiene a bien aludir a lo que se ha dicho en derecho comparado. Al respecto, en la resolución de fecha 15/03/2006, en el caso identificado como N° 044-2006/CCD del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), la Comisión indicó que si bien *Ripley* incluyó una duración para la promoción anunciada ésta fue condicionada al agotamiento de una cantidad de unidades disponibles que se encontraba indeterminada luego de un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado. En consecuencia, la Comisión observa que, **ante la percepción del consumidor, la duración para la promoción anunciada no se encontraba planteada con la claridad que exige el principio de veracidad, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a información relevante y necesaria para adoptar una decisión de consumo adecuadamente meditada y, en consecuencia, satisfactoria a sus intereses.**

Por consiguiente, estipular la vigencia de una promoción a través de frases como “*hasta agotar existencias*” es un elemento que, por sí mismo, genera confusión a los consumidores que quieran gozar de aquélla (por la ambigüedad en la información), aun estando junto a una fecha de finalización –pues su uso puede llegar a invalidar tal fecha–. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de que un consumidor quiera hacer valer una promoción y no pueda, porque el o los productos ya no se encuentran disponibles y, por ende, dejaría de estar vigente.

De ahí que, para estos casos, se vuelve necesario acompañar esta frase con otros elementos informativos más precisos que hagan previsible la finalización de la promoción; y, sobre todo, que sean claros y concretos, con posibilidad de comprensión directa, tal como se colige de lo señalado en los artículos 16 letra a) en relación al artículo 30 ambos de la LPC.

C. Con base en los elementos probatorios previamente señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, así como de los documentos que forman parte de la misma (en el caso concreto, la publicación de la promoción contenida en una hoja volante entregada durante el desarrollo de la inspección realizada en el establecimiento denominado “TIGO SUCURSAL MULTIPLAZA” en fecha 26/11/2019 que contenía la promoción con el texto siguiente: “*Blue Week, aprovecha hasta un 80% de descuento. Los mejores smartphones a los mejores precios, Samsung Galaxy S10 + 15GB \$61.99 mensuales Prima \$300.00, Antes \$500; Huawei Y9 prime 2019, 10 GB \$35.99 mensuales Antes \$41.99; Samsung Galaxy A70 12 GB \$45.99 mensuales, antes \$61.99 LTE 4G, al reverso de la hoja se encuentran más precios de aparatos telefónicos... Adquirí el tuyo ya, tenés hasta el 01 de diciembre o mientras duren existencias*” (fs. 9), este Tribunal estableció en este procedimiento, que existe prueba suficiente para determinar que en la promoción *supra* relacionada, la proveedora denunciada

incumplió la obligación regulada en el artículo 30 de la LPC: *“Cuando se tratara de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes” (...)*”, por cuanto la proveedora realizó una promoción sin brindar la información mínima requerida, es decir, incumplió la obligación establecida en la referida disposición legal, ya que **no comportaba en su contenido la información relativa a la fecha de inicio y al mismo tiempo, no brindaba información sobre las unidades disponibles para para cumplir la oferta dirigida a consumidores.**

En conclusión, las referidas omisiones pudieron inducir a error a los consumidores en cuanto a la toma de sus decisiones de consumo, particularmente, respecto a la expectativa del beneficio ofrecido por la promoción.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, sobre la base de los hechos probados con los documentos agregados a fs. 3 y 9, se concluye que la proveedora, efectivamente, realizó la promoción u oferta especial de bienes, en contravención a lo dispuesto en la LPC. Lo anterior, configura la conducta ilícita establecida en el artículo 43 letra n) de la LPC.

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 17/12/1992).

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 29/04/2013).

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 SCA, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

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 tales omisiones hayan sido producidas de manera dolosa. No obstante, a partir de los hechos probados y las circunstancias en que se dieron los mismos, ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, 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, la proveedora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., no acreditó una correcta organización a efectos de impedir la concurrencia del ilícito.

D. Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el art. 142 inciso final de la LPA –Autoría–, debe destacarse que en el caso concreto existe una sinergia de la actuación de personas físicas con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica señalada como infractora, pues solo a partir de tal comprensión se entiende la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos protegidos por el tipo infractor en análisis.

A partir de dicha premisa y de la utilización de un criterio funcional económico, se ha podido establecer que para la realización de promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC, es necesaria la actuación de personas físicas (entendiendo como tales a toda persona que actúe por cuenta de la empresa y que tenga capacidad para comprometerla jurídicamente; en definitiva, cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho).

Por consiguiente, puede entonces afirmarse la tipicidad de la conducta de la persona jurídica señalada en el presente procedimiento administrativo sancionador, por la verificación de la conducta señalada como infracción administrativa, en atención a lo que consta en la documentación que corre agregada al expediente

y, además, su responsabilidad o culpabilidad, puesto que para la configuración del tipo infractor ha sido necesaria la concurrencia de una multiplicidad de personas físicas capaces de elaborar, proponer, aprobar y poner a disposición de los consumidores las promociones u ofertas especiales sin cumplir los requisitos u obligaciones determinados en la normativa de consumo. Y, además, en la inspección correspondiente se han podido identificar las personas enmarcadas como dependientes en la estructura empresarial de la misma, quienes han corroborado y llevado a cabo comportamientos que son subsumibles en el correspondiente tipo, no por cuenta propia, sino en nombre de la sociedad con la cual tienen una relación de dependencia, puesto que han corroborado la falta de correspondencia de la promoción puesta a disposición de los consumidores con lo establecido en la legislación aplicable, es decir, la LPC.

Conforme a lo expuesto, se ha verificado la ocurrencia de un hecho objetivamente típico por parte la persona jurídica para imputar a esta última una infracción administrativa, la cual ha necesitado del concurso de una serie de intervinientes dentro del contexto de la sociedad señalada como presunta infractora, volviéndola responsable, puesto que el hecho constitutivo de infracción aparece en el contexto social, se visualiza socialmente como obra de la persona jurídica, y sólo tiene sentido como acto de dicha empresa y solo así se legitima el sentido preventivo y la correspondiente sanción en cumplimiento de lo establecido en el art. 142 inciso final de la LPA.

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 n) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 46 de la LPC); por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, según sea el caso.

A continuación, se concretará cada uno de ellos, en lo aplicable al presente caso:

a. Tamaño de la empresa.

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: "*Microempresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través*

de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores”.

Al constatar la documentación presentada por la proveedora, consistente en formularios de declaración y pago del impuesto sobre la renta correspondiente a los ejercicios fiscales comprendidos desde 2019 hasta 2021, este Tribunal constató al cierre del ejercicio fiscal 2019, año que será considerado para la determinación de la capacidad económica de la infractora, por corresponder al año de los hechos denunciados, que la sociedad proveedora como resultado de sus actividades comerciales propias de su giro, obtuvo rentas gravadas hasta por la cantidad de \$ 390,331,821.18 dólares.

De ahí que, del análisis de la información financiera de TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., según lo establecido en el art. 3 de la Ley MYPE, este Tribunal concluye que la denunciada, percibió ingresos resultantes de su actividad económica durante el año de cometimiento de la infracción que no son equiparables a una micro o pequeña empresa. Aunado a lo anterior, se consultó el listado actualizado de la clasificación de contribuyentes realizado el 08/06/2021, por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda en el cual se asignó a la proveedora denunciada como “*gran contribuyente*”, por lo tanto, para los efectos de la cuantificación de la multa, será considerada como una gran empresa.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Así, en reiteradas ocasiones este Tribunal ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso 2º de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aún a título de simple negligencia o descuido.

En el presente caso, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de la proveedora, por no informar a los consumidores la fecha de inicio de la promoción denunciada en el caso en autos, y además, colocar la frase “*mientras duren existencias*” sin informar específicamente a los consumidores las unidades de cada producto ofertado disponibles para la promoción, con lo cual se omitió proporcionar a los consumidores todos los elementos informativos necesarios para hacer determinable la misma, puesto que esta información no se detalló en ningún medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes. Y es que, como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora es directa e individual, pues se acreditó que en el

establecimiento de su propiedad —*TIGO SUCURSAL MULTIPLAZA*— se cometió la acción prohibida en el artículo 30 de la LPC, consistente en realizar promociones sin determinar con precisión la vigencia, pues se omitió la determinación de la fecha de inicio, y adicionalmente, se puntualizó que podía finalizar en una fecha determinada el día 01/12/2019, o bien, al agotarse las unidades disponibles por medio de la frase “*mientras duren existencias*”, pero sin determinarse específicamente las cantidades de productos disponibles para la promoción, circunstancia que pudo haber inducido a error a los consumidores al momento de requerirla.

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

El papel del consumidor es esencial para el desarrollo de una economía social de mercado. En efecto, la competencia no es otra cosa que la pugna entre competidores por captar la preferencia del mayor número de consumidores; razón por la cual, la decisión libre del consumidor va a ser determinante en el resultado final de esta lucha. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor.

Esta función que cumple el consumidor dentro del mercado, por un lado, exige al Estado que, mediante un rol promotor, genere las condiciones para que los proveedores brinden al consumidor información veraz acerca de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Por otro lado, los consumidores, conscientes del papel que cumplen en la economía y de la trascendencia del mismo para el correcto funcionamiento del proceso competitivo, deben tener un comportamiento activo, requiriendo de los proveedores mayor y mejor información, a fin de que éstos mejoren la calidad de sus productos y/o servicios y, en consecuencia, contribuyan al desarrollo de los mercados y a la consolidación del sistema económico.

La obligación de brindar información veraz se sustenta en el hecho de que ésta repercute en una mayor transparencia en el mercado, lo que a su vez facilita al consumidor la adopción de decisiones de consumo adecuadas a sus intereses, generando de este modo una mayor competencia entre los agentes económicos.

Por otra parte, en el mercado, los agentes económicos cuentan con una herramienta principal a través de la cual informan a los consumidores sobre la existencia de sus bienes y/o sus servicios. Ella es la actividad publicitaria, la misma que consiste en dar a conocer sus ofertas y persuadir a los consumidores para que contraten las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la actividad publicitaria igualmente resulta ser una herramienta para reducir la asimetría informativa existente entre los consumidores y los proveedores de bienes y/o servicios, dado que procura que los destinatarios de la publicidad tomen sus decisiones de consumo basados en la satisfacción de sus necesidades y/o el ajuste a sus intereses.

De este modo, a través de la publicidad comercial se informa al público en general, de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de transacción de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios. La publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor

que puedan ser vinculados con aquello que se ofrece. Finalmente, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia, pues constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias. De acuerdo a lo anterior, la publicidad comercial resulta ser un elemento esencial para que el sistema económico funcione adecuadamente. Es por ello que las afirmaciones que se consignen en cada uno de los elementos publicitarios necesitan ser veraces.

En el caso concreto, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, en contravención a lo dispuesto en la LPC — artículo 43 letra n) de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, y si bien no se 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 realizar promociones u ofertas especiales sin la información mínima legalmente establecida en relación con el producto o servicio que se intentaba vender y esto es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la promoción examinada.

La infracción administrativa atribuida a la parte actora es la realización de promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC. Tal como se señaló *supra*, a partir del artículo 30 de la LPC la proveedora está obligada a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de la falta de la información mínima requerida por la ley para la realización de la promoción u oferta especial, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 30 LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la promoción, ya que el solo hecho de constatar la falta de información completa y veraz sobre la promoción causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el contenido de la promoción ofrecida al público.

En este punto, debe recordarse que la SCA, en su jurisprudencia, ha afirmado que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, puede clasificar las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador.

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en

específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

En congruencia con ello, se advierte que la infracción administrativa relativa a realizar promociones u ofertas especiales en contravención a lo dispuesto en la LPC -artículo 43 letra n) de la LPC- pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores, derivada de la realización de la promoción u oferta especial; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la promoción. Así, *la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto: basta constatar la mera realización de la promoción sin cumplir con las condiciones mínimas requeridas legalmente para generar el riesgo de que los consumidores consideren que se está ofreciendo un producto o servicio con características ventajas o beneficios que en realidad no posee, durante un período que no corresponde y quitándoles la posibilidad de determinar el precio de lo ofrecido, impacto o afectación abstracta de los derechos del consumidor que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LPC.*

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a realizar promociones y ofertas especiales de bienes y servicios en contravención a lo dispuesto en la LPC, en relación a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la LPC, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo al acreditarse la omisión de los criterios legalmente establecidos en la promoción de venta sometida a estudio.

En el presente caso, este Tribunal estima que la falta de la información en relación con la vigencia de la promoción denunciada, especialmente, respecto a su fecha de inicio de la promoción, y en cuanto a su finalización, al establecer la frase "*mientras duren existencias*" sin determinar las unidades disponibles destinadas para dar cumplimiento a la oferta promocional, es capaz de generar error en los consumidores por haberse constatado la omisión del contenido mínimo relevante para acceder a la misma.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14/01/2016, en la que señala que uno de los factores de

dosimetría punitiva es: "(...) el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho". Conforme a ello, deberíamos tener en cuenta el volumen de ingresos de la infractora por la comercialización 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 promoción y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., no podría definirse objetiva e indubitablemente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la promoción anunciada.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la promoción que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto que las promociones se diseñan y efectúan con el objeto de generar ganancias (promoción de ventas, en términos precisos, tal como se desarrolló en el romano *VI*, letra *B*), es decir, es un hecho notorio que a las empresas las define el ánimo de lucro y que las promociones buscan generar ganancias, por lo cual se tendrá por acreditado el extremo relativo a que la proveedora efectivamente obtuvo un beneficio con la promoción analizada, aspecto que será tomado en consideración para la determinación de la sanción.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra n) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

Además, es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción —multa— busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa, máxime cuando todo proveedor de bienes y servicios se encuentra en la obligación de realizar promociones u ofertas especiales de conformidad con lo dispuesto en la LPC, es decir, la multa a imponer busca potenciar el cumplimiento de las obligaciones de información que tiene todo proveedor, las cuales implican la realización de las promociones con las que pretende incrementar sus ventas bajo los parámetros legales, es decir, con el fin de salvaguardar el interés general de los consumidores.

En tal sentido, habiéndose verificado que la infractora es una persona jurídica que no puede ser catalogada como una micro o pequeña empresaria por no encajar en los parámetros para las mismas que proporciona el artículo 3 de la Ley PYME, que además es considerada por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda como una *gran contribuyente*, que pretendía obtener ganancias a partir de la realización de una promoción 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, resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación de aludido quebrantamiento.

En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa proporcional a la inobservancia de lo previsto en los artículos 16 letra a) y 30 ambos de la LPC por parte de una persona jurídica, por tanto, pese a que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias obtenidas por la proveedora como consecuencia directa de la implementación de la promoción ilícita, sí se ha logrado acreditar el incumplimiento a una de sus obligaciones legales.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta *idónea, necesaria y proporcional* para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de las conductas prohibidas por parte de los sujetos infractores resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Este Tribunal, en uso de la sana crítica -artículo 146 inc. 4º de la LPC- y habiendo considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora proveedora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., pues se ha determinado que ésta, ofrecía a los consumidores una promoción que no se ajustaba a los parámetros legalmente establecidos, dado que omitía indicar a los consumidores la fecha de inicio del beneficio promocional, y además, establecía la frase “mientras duren existencias” como una posible forma de finalización, sin determinación de la cantidad de productos destinados al beneficio promocional, situación que constituyó el hallazgo del caso *sub judice*.

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 a la proveedora 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, respecto al tamaño de la empresa, se ha considerado que la proveedora posee la condición de *gran contribuyente* de acuerdo a la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda. Se

ha constatado el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 16 letra a) y 30 ambos de la LPC (en los términos expuestos en la presente resolución), quebrantando el derecho de los consumidores a recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir conforme lo establece el artículo 4 de la LPC. Así también se ha acreditado, el grado de intencionalidad *–negligencia–* y el peligro potencial de la conducta cometida.

Por tanto, a la proveedora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V. se le impone una multa de CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,475.06), equivalentes a dieciocho meses de salario mínimo urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC por realizar promociones u ofertas especiales de bienes y servicios, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 9% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción *–doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria–*, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2º de la Constitución de la República; artículos 4 letra c), 16 letra a), 27 inciso 1º, 30, 40 inciso 2º, 43 letra n), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3º, 112, 139 y 154 de la LPA; y 63 del Reglamento de la LPC, este Tribunal **RESUELVE**:

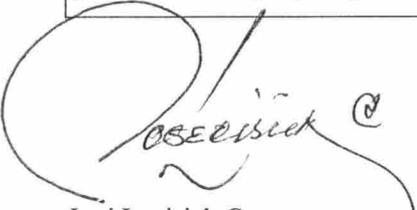
- a) *Sanciónese* a la proveedora TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., con la cantidad de **CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$5,475.06)**, equivalentes a dieciocho salarios mínimos mensuales urbanos en el sector de la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra n) de la LPC, por realizar la promoción: *“Blue Week, aprovecha hasta un 80% de descuento. Los mejores smartphones a los mejores precios, Samsung Galaxy S10 + 15GB \$61.99 mensuales Prima \$300.00, Antes \$500; Huawei Y9 prime 2019, 10 GB \$35.99 mensuales Antes \$41.99; Samsung Galaxy A70 12 GB \$45.99 mensuales, antes \$61.99 LTE 4G, al reverso de la hoja se encuentran más precios de aparatos telefónicos... Adquirí el tuyo ya, tenés hasta el 01 de diciembre o mientras duren existencias”*, la cual no se ajustaba a los criterios legalmente establecidos, conforme al análisis expuesto en el romano VI. de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

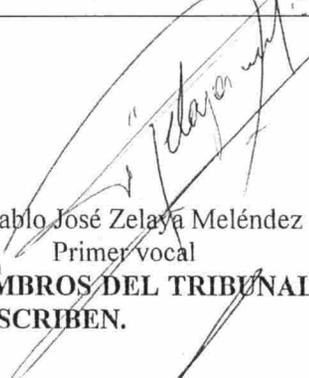
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

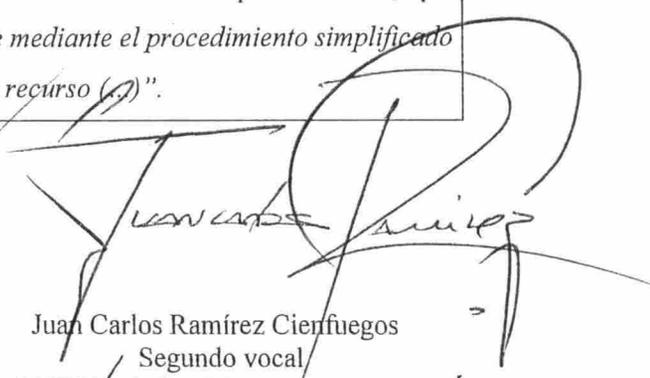
b) *Notifíquese.*

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 (...)”*.

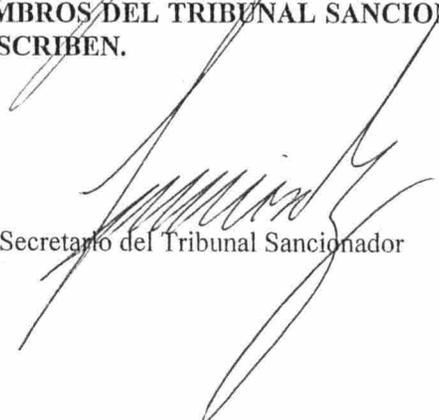

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

VR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador