

"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, 24 de la LAIP

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 06/07/2023 Hora: 08:53 a. m. Lugar: San Salvador.	Referencia: 1838-21
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Laboratorios Ópticos Unidos, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>I. La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado "<i>Óptica Deluxe</i>" ubicado en municipio de Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad —propiedad de la proveedora denunciada—, en fecha 22/11/2019, se llevó a cabo una inspección, con el objeto de verificar la publicidad del día 14/11/2019, a través del usuario de la proveedora en la red social Facebook, observándose un anuncio publicitario con la siguiente leyenda "<i>Black Month 30% Off, en toda la tienda. Restricciones aplican. Promoción válida hasta el 30 de noviembre. No aplica promoción sobre promoción</i>".</p> <p>Se le consultó a la persona encargada del establecimiento sobre cuáles restricciones y/o condiciones eran aplicables a la publicidad; y de qué forma se daban a conocer a los consumidores. Manifestando que las condiciones es que no aplican para lentes de sol y accesorios como: lentes de contacto, soluciones para lentes de contacto, limpiadores de gafas y franelas; además solo se aplicaba por la compra de aro y lente de anteojos tipo premium que son aquellos de tipo multifocal, con antirreflejante y transición que protege los rayos del sol, toda esta información se daba a conocer de forma verbal, más no escrita, verificando que al interior del establecimiento no se informaba sobre las condiciones y restricciones de la publicidad, por ninguno de los medios determinados por la ley.</p> <p>Según la denunciante, existía incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 inciso primero de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, al referirse al derecho de información establece que "<i>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 (...)</i>", y que la anterior conducta daría lugar a la comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, la cual, es calificada como grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de 200 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria; lo anterior, en vista que la publicidad contiene datos falsos, puesto que <i>no aplicaba en toda la tienda, pese a que el texto del anuncio publicitario así lo afirmaba</i>, mismo que presentaba datos</p>			

completamente desajustados a la realidad, produciéndose con ello, una falsa expectativa a los consumidores al momento de valorar la decisión de compra.

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

I. Tal como consta en auto de inicio (fs. 6-8), 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 del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir*; asimismo, la letra d) de la misma disposición establece que los consumidores tienen derecho a *“ser protegidos contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el inc. 4º del artículo 31 de esta ley”*. Además, el inciso primero del artículo 27 de la LPC, al referirse al derecho de información establece que *“en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna”*.

De conformidad con la letra b) del artículo 31 de la LPC se considerará publicidad ilícita *la publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico*.

Lo anterior daría lugar a la infracción establecida en el artículo 43 letra g) de la LPC, al realizar directamente la difusión de publicidad engañosa, la cual, es calificada como grave, y de acuerdo con el artículo 46 de la misma normativa se sancionaría con multa hasta de 200 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

2. Concerniente a la mencionada infracción, este Tribunal en resolución pronunciada el día 01/03/2012, en el procedimiento clasificado bajo la referencia 801-2011, expresó que la publicidad engañosa o falsa puede ser agrupada de la siguiente manera: *“(...) a) Presentar –total o parcialmente– datos falsos (es decir inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad). b) La publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de: (1) inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada; (2) producir confusión: cuando la información en la publicidad es contradictoria, oscura, desordenada o mezclada de forma que no puede reconocerse claramente la oferta publicitaria; y (3) producir un engaño: cuando se presenta de manera que aparente una verdad, es decir, una realidad distinta a la existente (...) el perjuicio al consumidor puede ser causado por: (...) (1) la falsedad de contenido material del anuncio, o por el engaño en su modo de presentación; y (2) Por la omisión de datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios (...)”*.

En relación al artículo 31 de la LPC -denominado publicidad engañosa o falsa-, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en resolución de fecha 28/05/2016, en el proceso con número de referencia 123-2011,

expuso: “Lo anterior enfatiza las siguientes situaciones: (i) el cumplimiento de la presentación clara y veraz de la información de los bienes o servicios contenida en las ofertas, promociones y publicidad no es una facultad sino una obligación para quien publica; ii) la información contenida debe corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados; (iii) los datos deben ser susceptibles de verificación, de confirmación y además suficientes; y, (iv) no deben generar dudas en el usuario de lo que está comprando o del servicio que está adquiriendo. Bajo esa lógica, se entenderá por publicidad engañosa o falsa, aquella que sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, por ser «total o parcialmente falsa incluso por omisión»”.

Además, en la resolución de fecha 08/01/2016, en el proceso con número de referencia 344-2010, dicha Sala mencionó: “El análisis del contenido de dicha promoción debe realizarse de una forma integral, lo cual está referido a que además del contenido del mismo, se deben tomar en cuenta otros elementos tales como su estructura, tipografía y diseño, siempre y cuando ésta pueda influir o tener un impacto en el consumidor, ya que como se dijo anteriormente con la publicidad se trata de comunicar un mensaje, que tendrá un impacto social y económico en los consumidores, el cual dependerá de lo que se pretenda informar, recordar y persuadir, de acuerdo a lo que el proveedor desee llevar a cabo en el mercado. De ahí que, es obligación de quien publica verificar que la información se brinde de una forma clara y veraz, garantizando así los derechos de los consumidores”.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 144-A y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora, quien compareció mediante escrito presentado en este Tribunal en fecha 19/10/2022 (folios 12-14), por medio del cual evacuó la audiencia conferida en resolución de inicio (fs. 6-8), adjuntó documentación de fs. 15-23, cumplió requerimiento de información tributaria y ejerció su derecho de defensa.

En su escrito, la denunciada señaló -en síntesis-, por medio de su apoderado general judicial, el licenciado que: la proveedora se allana a los hechos denunciados, manifestando que la obligación de establecer (las condiciones) fue omitida sin malicia alguna, sino por una omisión sin dolo, ya que consideró que el anuncio, al contener la leyenda “restricciones aplican”, estaba cumpliendo la normativa aplicable, no siendo el fin ulterior el engaño al consumidor. Reconociendo lo anterior invoca el art. 156 de la Ley de Procedimientos Administrativos -en adelante LPA-, a efectos de reducir la posible sanción.

Finalmente, en relación a la posible sanción, dentro de los parámetros para determinar la multa, respecto de la naturaleza del perjuicio causado, menciona que la administración tiene el deber procesal de evidenciar estos parámetros, resaltando que no hay un daño patrimonial a los consumidores.

Los argumentos expuestos por e' serán desarrollados en los romanos VI y VII de la presente resolución, asimismo la aceptación de los hechos será valorada como un atenuante en el cómputo de la sanción.

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”* (resaltados son propios).

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

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

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad.*

El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.

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

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

a) Acta N° 0002893 —fs. 3-4— de fecha 22/11/2019, por medio de la cual se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección, con el objeto de verificar la publicidad del día 14/11/2019, a través del usuario de la proveedora en la red social Facebook, observándose un anuncio publicitario con la siguiente leyenda **“Black Month 30% Off, en toda la tienda. Restricciones aplican. Promoción válida hasta el 30 de noviembre. No aplica promoción sobre promoción”**.

En dicha diligencia, al consultarse a la persona encargada del establecimiento sobre cuáles restricciones y/o condiciones aplicables a la promoción y de qué forma se daban a conocer a los consumidores. Manifestando que las condiciones es que no aplican para lentes de sol y accesorios como: lentes de contacto, soluciones para lentes de contacto, limpiadores de gafas y franelas; además solo se aplicaba por la compra de aro y lente de anteojos tipo premium que son aquellos de tipo multifocal, con antirreflejante y transición que protege los rayos del sol, toda esta información se daba a conocer de forma verbal a los consumidores, verificando que al interior del establecimiento no se informaba sobre las condiciones y restricciones de la promoción, por ninguno de los medios determinados por la ley. En consecuencia, se identificó que la publicidad contiene datos falsos, puesto que la promoción **no aplicaba en toda la tienda, pese a que el texto del anuncio publicitario así lo afirmaba**, produciéndose con ello, una falsa expectativa a los consumidores al momento de valorar la decisión de compra.

b) Impresión de la fotografía de la publicidad del día 14/11/2019, a través del usuario de la proveedora en la red social Facebook (fs. 5).

Por consiguiente, respecto a la documentación relacionada previamente, se advierte que esta no ha sido controvertida por la proveedora; al contrario, mediante escrito de fs. 12-14, se allanó a los hechos denunciados. 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. Delimitado los elementos de la infracción del artículo 43 letra g) de la LPC (romano III de la presente resolución), corresponde ahora hacer el análisis, conforme a los hechos probados (romano V de la presente resolución), para comprobar si ha existido vulneración a las disposiciones de la LPC.

Así, pues, la Presidencia sostiene que se llevó a cabo una inspección, con el objeto de verificar la publicidad del día 14/11/2019, a través del usuario de la proveedora en la red social Facebook, observándose

un anuncio publicitario con la siguiente leyenda *“Black Month 30% Off, en toda la tienda. Restricciones aplican. Promoción válida hasta el 30 de noviembre. No aplica promoción sobre promoción”*. En dicha diligencia, al consultarse a la persona encargada del establecimiento sobre cuáles restricciones y/o condiciones aplicables a la promoción y de qué forma se daban a conocer a los consumidores. Manifestando que las condiciones es que no aplican para lentes de sol y accesorios como: lentes de contacto, soluciones para lentes de contacto, limpiadores de gafas y franelas; además solo se aplicaba por la compra de aro y lente de anteojos tipo premium que son aquellos de tipo multifocal, con antirreflejante y transición que protege los rayos del sol, toda esta información se daba a conocer de forma verbal a los consumidores, verificando que al interior del establecimiento no se informaba sobre las condiciones y restricciones de la promoción, por ninguno de los medios determinados por la ley.

En consecuencia, se identificó que la publicidad contiene datos falsos, puesto que la promoción *no aplicaba en toda la tienda, pese a que el texto del anuncio publicitario así lo afirmaba*, lo cual es susceptible de producir confusión, puesto que la información publicitaria es contradictoria.

De lo anterior, se advierte que la publicidad omitía información relevante capaz de inducir a error o engaño a los consumidores, ya que carecía de datos precisos que permitiera a los consumidores conocer las condiciones completas y de manera cierta para poder adquirir los bienes ofertados, esto debido a que *la proveedora detalló en la publicidad que la promoción era aplicable en todos los productos de la tienda; no obstante, la misma estaba sujeta a varias restricciones que tampoco fueron debidamente especificadas (fs. 3-5)*, lo que pudo inducir al consumidor a crearse una falsa expectativa de los bienes a adquirir, lo cual deviene en contradictorio y engañoso para el público consumidor. De esta manera, se puede concluir que la publicación realizada por la proveedora denunciada se trataba de publicidad engañosa.

En consecuencia, se tiene por establecida la infracción estipulada en el artículo 43 letra g) de la LPC *“Realizar directamente, u ordenar la difusión de publicidad ilícita establecida en el art. 31 de la presente ley”*, en relación con el artículo 31 letra b) romano I (disponibilidad) de dicha ley *“La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: iii) condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios”*.

Sin perjuicio del razonamiento precedente, el reconocimiento de la comisión de la conducta ilícita, será objeto de valoración por parte de este Tribunal como un elemento que justifica la imposición de una sanción atenuada en el presente caso, en aplicación de lo reglamentado en el artículo 156 de la LPA: *“Si iniciado un*

procedimiento sancionador, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda. Esta circunstancia será considerada una atenuante para la determinación de la sanción (...) ”, tal como se valorará en el acápite

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA.

B. 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 de la Constitución 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 el mismo 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 las conductas sancionables.

Ahora bien, en el presente caso ha quedado establecido el cometimiento de la infracción de manera culposa por parte de la proveedora, pues ésta no atendió con la debida diligencia su negocio, incumpliendo su obligación de informar a los consumidores con la debida veracidad sobre los productos que comercializa, conforme a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LPC.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra g) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 46 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*".

A partir de la documentación presentada por la proveedora, consistente en la declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019, 2020 y 2021, se tomará en cuenta el volumen de ingresos correspondiente a la

declaración de renta del ejercicio fiscal del año 2019, correspondiente al año en que sucedieron los hechos denunciados, el cual asciende al monto de \$2,100,434.71 dólares de los Estados Unidos de América (fs. 18).

Cabe mencionar, que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia buena voluntad en el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber presentado la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

Por lo anterior, con los tipos de empresas establecidos en los parámetros del artículo 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora, cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como una *mediana empresa*, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida. Adicionalmente la infractora se encuentra catalogada como un mediano contribuyente por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda¹.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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

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

En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, este Tribunal determinó una actuación *negligente* por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es la de realizar publicidad que cumpla con los parámetros legalmente establecidos, esto es, que no sea engañosa o falsa.

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 mediante el usuario de la proveedora en la red social Facebook, se observó un anuncio publicitario a través del cual se cometió la acción prohibida en el artículo 31 letra b) de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa o falsa.

¹ <https://www.mh.gob.sv/wp-content/uploads/2021/06/700-DGII-AV-2021-22551.pdf>

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 publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) ambos de la LPC— transgrede el derecho de los consumidores a recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir; por lo que este Tribunal reafirma que la acción que define la infracción es capaz de ocasionar un perjuicio en el colectivo de consumidores a quienes iba dirigida la publicidad examinada.

Conforme con la delimitación típica realizada, la imposición de la multa respectiva obedece a la constatación de que la publicidad sea engañosa o falsa según lo estipulado en la misma LPC, es decir, basta con advertir que se incumple alguna de las condiciones esenciales exigidas por el art. 31 de la LPC.

En consecuencia, resulta indiferente comprobar si se ha causado un perjuicio concreto a la esfera jurídica de los destinatarios de la publicidad, ya que el solo hecho de constatar la falta de veracidad en la misma causa un perjuicio potencial capaz a inducir a error o confusión sobre el producto ofrecido al público.

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

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

En congruencia con ello, se advierte que la infracción administrativa relativa a realizar publicidad engañosa o falsa —artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) ambos de la LPC— pone en peligro, de forma abstracta, los bienes jurídicos de los consumidores, sin que sea necesaria una afectación concreta; este criterio se sustenta en la naturaleza asimétrica del derecho de consumo y, precisamente, en la asimetría informativa que los consumidores padecen (Sentencia emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores, derivada de la

realización de la publicidad engañosa o falsa; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen contratado los bienes o servicios ofertados por medio de la publicidad. Así, *la infracción administrativa sancionada por el Tribunal Sancionador es una infracción de peligro abstracto: basta constatar la mera realización de la promoción sin cumplir con las condiciones mínimas requeridas legalmente para generar el riesgo de que los consumidores consideren que se está ofreciendo un producto o servicio con características ventajas o beneficios que en realidad no posee, durante un período que no corresponde y quitándoles la posibilidad de determinar el precio de lo ofrecido, impacto o afectación abstracta de los derechos del consumidor que implica la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la LPC-*.

En ese orden, es pertinente señalar que la infracción administrativa analizada aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio a los consumidores, se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa de consumo.

En el presente caso, este Tribunal estima que la publicidad que se leía: *"Black Month 30% Off, en toda la tienda. Restricciones aplican. Promoción válida hasta el 30 de noviembre. No aplica promoción sobre promoción"*, es susceptible de producir confusión, puesto que la información publicitaria es contradictoria y le da una percepción equivocada a los consumidores al no existir congruencia con la restricción que verbalmente se daba a conocer a los consumidores.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14 de enero de 2016, en la que señala que uno de los factores de 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 que tiene a disposición, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Así, para el caso que nos ocupa, no se cuenta con la información objetiva de los volúmenes de venta de productos respecto de dicha publicidad y aun teniendo dicha información, esta no sería necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, pues existirían otros factores como la acción de sus promotores o la combinación de precio y calidad ofrecidos por la infractora que pudieran intervenir. Por tanto, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por Laboratorios Ópticos Unidos, S.A. de C.V., no podría definirse objetiva e indubitadamente en términos de los ingresos derivados de las ventas por la publicidad engañosa.

En suma, dado que no se ha podido determinar a cuánto ascienden las ganancias directas obtenidas por la proveedora como consecuencia de la implementación o realización de la publicidad engañosa que ha dado lugar a la configuración de la infracción, este Tribunal procederá a imponer una multa partiendo del supuesto

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

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

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

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

VIII. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo efectuado una valoración conjunta de los criterios establecidos en el artículo 49 de la LPC —desarrollados en el apartado anterior—, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la infractora Laboratorios Ópticos Unidos, S.A. de C.V., pues se ha determinado que ésta incurrió en el supuesto consignado en el artículo 31 letra b) de la LPC, por haber incurrido en publicidad engañosa o falsa.

En tal sentido, habiendo concluido que la infracción cometida es clasificada como una infracción grave, la cual es sancionable con multa de 200 salarios mínimos urbanos del sector industria, conforme al artículo 46 de la LPC; que la proveedora es una persona jurídica cuya capacidad económica es la de una *mediana empresa*; que en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida por la proveedora no se acreditó el dolo sino *negligencia*; que ésta incumplió con la obligación de realizar una publicidad bajo los parámetros legales; y que el daño o efecto causado en los consumidores con dicha conducta fue de carácter potencial, es decir, que para la configuración de la infracción no se requiere la comprobación de un daño o afectación concreta en los particulares, sino que basta con la constatación del incumplimiento de la relacionada obligación legal; resulta razonable la imposición de una sanción proporcional a la sola verificación del aludido quebrantamiento.

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.

Adicionalmente, en el caso *subjudice* este Tribunal también consideró la imposición de una multa atenuada, por las circunstancias expuestas en esta resolución, en concreto, el reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción cometida —artículo 43 letra g) de la LPC—.

Por tanto, a la proveedora Laboratorios Ópticos Unidos, S.A. de C.V., se le impone una multa de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,650,04)**, equivalentes a doce salarios mínimos mensuales urbanos en la industria —monto atenuado de conformidad al artículo 156 de la LPA—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, por realizar publicidad engañosa o falsa, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el **6%** 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) y d), 27 inciso 1º, 31 letra b), 40 inciso 2º, 43 letra g), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; artículos, 106 inciso 3º, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por el apoderado general judicial de la proveedora Laboratorios Ópticos Unidos, S.A. de C.V.; así como la documentación que consta agregada de fs. 12-23. Además, *téngase por contestada* la audiencia conferida a la referida proveedora, en los términos relacionados en la presente resolución.

b) *Sanciónese* a la proveedora Laboratorios Ópticos Unidos, S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,650,04)**, equivalentes a doce salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, monto atenuado de conformidad al artículo 156 de la LPA, —D.E. N° 6 del

21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) de la LPC, por realizar publicidad engañosa o falsa, conforme al análisis expuesto en el romano **VII** de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

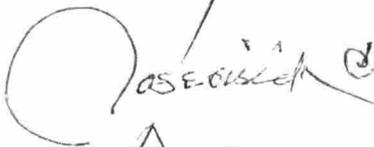
Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este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

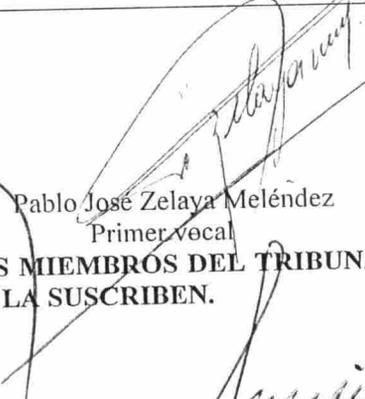
c) *Tome nota* la Secretaría de este Tribunal del lugar y medio técnico señalado por la proveedora para recibir actos de comunicación (fs. 14).

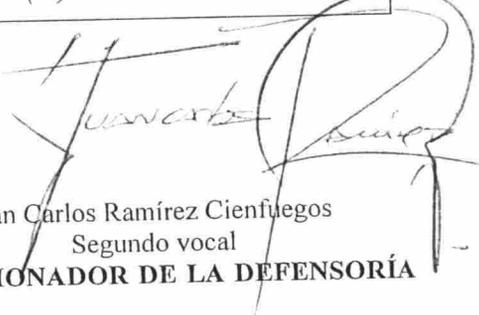
d) *Notifíquese.*

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 (...)”*.

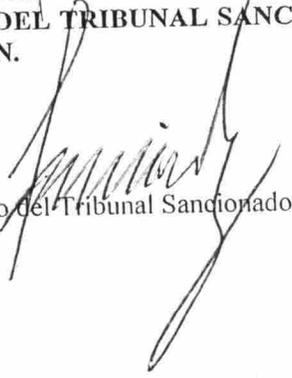

José Leaisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

LS/ym


Secretario del Tribunal Sancionador