

1457-12 *del*

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las quince horas cincuenta y ocho minutos del veintiséis de abril de dos mil trece.

El presente procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia **1457-12**, fue iniciado por denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en aplicación del artículo 143 letras b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra *[redacted]*, S.A. –en los sucesivos el banco–, por el supuesto cometimiento de la infracción prevista en el artículo 43 letra g) con relación a los artículos 17 y 31 de la citada ley.

Leídos los autos; y, considerando:

I. Según se relaciona en la denuncia de mérito, el treinta y uno de mayo de dos mil doce, Banco *[redacted]*, S. A., publicó en el periódico ‘*[redacted]*’, la promoción denominada “Crédito *[redacted]*”. Posteriormente, la Defensoría del Consumidor recibió denuncia por parte de un consumidor afectado, el día cinco de junio del mismo año, señalando que al momento de solicitar el préstamo mencionado en el anuncio, se le informó que dicha promoción aplicaba *sólo en el caso de consolidación de deudas*, lo cual no se especificaba en la publicidad.

Como consecuencia de lo anterior, delegados de la Defensoría del Consumidor realizaron inspección en el establecimiento denominado Banco *[redacted]* levantando el acta de las diez horas con cinco minutos del dieciocho de junio de dos mil doce, en la cual un empleado de la proveedora denunciada explicó que las condiciones y restricciones antes detalladas serían remitidas a la Defensoría debidamente firmadas y selladas el mismo día por la tarde, ya que no podían ser entregadas al momento de la inspección, pues éstas debían ser revisadas por el área de cumplimiento del Banco.

Respecto de la carta en mención, la denunciante acota que ésta contiene las condiciones y restricciones de la promoción en cuestión a la que el banco denomina “*promoción de financiamiento específica para traslado de hipotecas y consolidación de deudas con traslado de hipotecas para créditos hipotecarios ofrecidos al público*”, por lo que considera que la información ofrecida en la publicación relacionada es insuficiente, incompleta, confusa y que puede inducir a error o confusión en el consumidor, por las siguientes razones: a) se observa que el anuncio tiene como título “Crédito *[redacted]*” y en la carta de fecha dieciocho de junio del año en curso, no cuenta con un título, no obstante se refieren a ella como la promoción de financiamiento específica para traslado de

hipotecas y consolidación de deudas con traslado de hipotecas para créditos hipotecarios ofrecidos al público; b) cuando el anuncio menciona que es *“para lo que necesites, para lo que quieras cumplir”* abarca una diversidad de fines para utilizar el dinero, y en realidad es única y exclusivamente para traslado de hipotecas y consolidación de deudas.

Sobre este punto, añadió que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 970 del Código de Comercio, *“La oferta al público de mercancías en catálogo o en cualquier otra forma de publicidad, obliga al comerciante que la hace a lo que esté expresamente indicado; y la exposición de tales cosas, en escaparates o salones, obligará a la venta de los objetos que tengan marcado el precio y, en su caso, las condiciones del negocio”*, por lo que se puede afirmar que la primer regla de la publicidad es el principio de veracidad, de manera que la oferta se ajuste a las características de la presentación a ser adquirida por el consumidor, pues dicha información será determinante para su decisión de contratar.

Debido a que se trata de un servicio que previo a su prestación efectiva está sujeto al análisis crediticio, es decir hasta ese momento se aclaran las condiciones no publicitadas, considera la denunciante que con ello se generaron falsas expectativas, inversión de tiempo y recursos en la tramitación y postulación al crédito, lo que constituye un agravio para los consumidores, producto de la publicidad engañosa.

Los hechos anteriores, señaló la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, constituyen una clara contravención a lo dispuesto en los artículos 4, 27 y 31 de la LPC, por cuanto la letra a) del artículo 4 establece el derecho básico de recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere y de las condiciones de la contratación; y, que en la letra b) de la referida disposición, consigna que el consumidor debe ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa en los términos establecidos en el inciso cuarto del artículo 31 de dicha ley.

Mediante auto de fecha cinco de octubre de dos mil doce, se admitió la denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en el cual este Tribunal advirtió que los hechos denunciados podrían constituir una infracción al artículo 42 letra e) en relación al artículo 27 de la LPC, conforme al cual constituye infracción leve no informar de manera clara, veraz, completa y oportuna sobre las condiciones de la promoción publicitada, lo que, de comprobarse, daría lugar a la sanción contenida en el artículo 45 de la LPC. Y en cuanto a la publicidad realizada por Banco

, S.A., este Tribunal consideró que la misma podría configurar un incumplimiento a

lo dispuesto en el artículo 31, tipificado en el artículo 43 letra g) de la LPC, conforme al cual constituye infracción grave: *“Realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta”*, lo que, de comprobarse, daría lugar a la sanción establecida en el artículo 46 de la LPC. Y es que, según lo expone la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, la publicación de la oferta denominada “promoción de financiamiento específica para traslado de hipotecas y consolidación de deudas con traslado de hipotecas para créditos hipotecarios ofrecidos al público”, es incompleta, pues en dicho anuncio se consignó que la promoción financiera era “para lo que necesites, para lo que quieras”, dejando abierta una diversidad de necesidades, cuando en realidad es única y exclusivamente para traslado de hipotecas y consolidación de deudas con traslado de hipotecas para créditos hipotecarios, por lo que puede generar error o confusión en el consumidor.

En el mismo auto, se mandó a oír a la sociedad denunciada, conforme lo dispone el artículo 145 de la LPC. Al contestar la audiencia conferida, la proveedora compareció por medio de su apoderado, licenciado . , quien contestó la denuncia en sentido negativo y ofreció aportar prueba documental.

Seguidamente, en auto de fecha veintiuno de noviembre de dos mil doce, se previno al abogado que acreditara en legal forma la calidad con la que pretendía actuar en el presente procedimiento sancionatorio, se abrió a prueba el mismo por el plazo que establece la ley de la materia, y se solicitó la opinión al Consejo Nacional de la Publicidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 inciso 4º de la LPC.

En atención a la prevención efectuada en autos, el apoderado de la proveedora presentó el escrito agregado a folios 25, mediante el cual legitima su personería. Seguidamente y dentro de etapa probatoria, presentó el escrito de folios 31, junto con la documentación agregada de folios 40 al 96 de este expediente. En este último escrito, el abogado argumentó, en esencia, que los señores y solicitaron un crédito a Banco , S.A. el veintiséis de enero de dos mil doce, luego de haber tenido conversaciones con el ejecutivo . Tal solicitud se tramitó conforme a los procedimientos bancarios usuales, siendo aprobado el cinco de marzo del mismo año. Las condiciones del crédito eran: \$192,000 para la compra de una vivienda usada, a una del tasa del 6.45 % anual ajustable conforme a la ley, a un plazo de 25 años y con garantía de primera hipoteca sobre un inmueble situado en

Urbanización Cumbres de Cuscatlán, polígono J Uno-Lote 34, Antiguo Cuscatlán, La Libertad. El crédito no se formalizó por motivos ajenos al banco. Los gastos incurridos en la tramitación –pago de evaluadores y obtención de certificaciones extractadas del registro de la propiedad–, fueron por cuenta de los solicitantes del crédito, ya que no había ningún anuncio en el que se ofreciera que serían por cuenta del banco.

Posteriormente, las mismas personas solicitaron otro crédito para comprar un inmueble sin construcciones, ubicado en condominio _____, Polígono Lote _____, Zaragoza, La Libertad. Dicha solicitud fue aprobada el veinticinco de mayo de dos mil doce, bajo las siguientes condiciones: por \$70,763, para la compra de inmueble, por un plazo de 20 años, a una tasa del 6.45% anual ajustable conforme la ley, y con garantía de primera hipoteca. Los gastos de valúo y certificaciones registrales nuevamente fueron a costa de los solicitantes.

Con relación a la publicidad denunciada, alegó que el treinta y uno de mayo de dos mil doce, el banco publicó la promoción del traslado de deudas hipotecarias y otorgamiento de créditos personales, hasta para 8 y 30 años, por montos de \$30,000.00 y \$75,000.00, y con una tasa de interés nominal de 9 y 6.5%, respectivamente.

En virtud de lo anterior, la señora _____ pidió al banco que se aplicaran al crédito aprobado las condiciones de la promoción en comento, lo cual no era posible puesto que se trataba de dos situaciones distintas, por lo que asegura que no se causó ningún engaño ni confusión a los solicitantes, debido a que el crédito fue solicitado y tramitado con mucha antelación a la fecha del anuncio cuestionado –treinta y uno de mayo de dos mil doce–.

Que ante esa circunstancia, el diecinueve de junio de dos mil doce se mandó a publicar otro anuncio, en el que se mejora la redacción –aunque el anterior no era confuso ni engañoso–, y se plasmó con mayor precisión las condiciones y el alcance de los posible beneficiarios de la promoción.

Argumenta, además, que los créditos para adquisición de vivienda se otorgaron con normalidad desde enero al treinta y uno de julio de dos mil doce, y que los solicitantes de créditos ofrecidos en la promoción de traslado de deuda se formalizaron sin problemas.

Desde esa perspectiva, afirma que no es cierto que su representada haya difundido publicidad engañosa, puesto que para ello se requiere de otros instrumentos de promoción –*brochures, muppies, banner*, pautas radiales y/o televisivas, Etc.–, sin embargo, en el presente caso, no existe nada de eso. Y es que, señala, para que exista publicidad engañosa debe haber ardid, engaño o confusión que conduzca al consumidor a tomar decisiones incorrectas debido a la insuficiencia o distorsión del

mensaje. Por consiguiente, no puede concluirse que la existencia de un sólo anuncio escrito con ligeras omisiones constituya publicidad engañosa, sobre todo cuando en el anuncio se invita a los destinatarios que acudan al Banco a obtener mayor información de la oferta o promoción.

Con fecha trece de febrero del año en curso, se recibió la opinión solicitada al Consejo Nacional de la Publicidad, que consta a folios 97 y 98.

Por auto del catorce de febrero de dos mil trece, se tuvo por parte a Banco S.A. por medio de su apoderado, licenciado _____ así como por ejercida su defensa y se declaró sin lugar la prueba testimonial ofrecida por considerarla inconducente al no guardar relación con el objeto del presente procedimiento sancionatorio.

Inconforme con la resolución anterior, el apoderado de la proveedora denunciada interpuso revocatoria contra la misma, aduciendo que con ello se limitaba su defensa y que el artículo 146 de la LPC no dispone nada al respecto. Finalmente, pidió se admitiera la prueba testimonial ofrecida con anterioridad. (Folios 101)

El licenciado _____, también presentó escrito agregado a folios 105 en el que expuso que los servicios ofrecidos en la publicidad no eran de contratación automática, dado que existen dos momentos importantes en materia de publicidad comercial: a) la información precontractual, y b) la información contractual. Y en el caso concreto, se concretaban ambos momentos: la información proporcionada en el anuncio y la que se le brindaba al consumidor cuando llegaba al banco a consultar por dicha promoción.

Con fecha veintiocho de febrero de dos mil trece –folios 108–, este Tribunal declaró sin lugar el recurso interpuesto, sobre la fundamentación ampliamente desarrollada en la resolución respectiva.

Concluidas las etapas del procedimiento que señala la ley, el presente caso se encuentra en estado de emitir la resolución final.

II. En el presente caso, se atribuye a Banco _____ S.A. el presunto incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 LPC, tipificado como infracción en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) LPC, respectivamente, por la realización de publicidad engañosa y por no proporcionar la información de forma clara, veraz, completa y oportuna, en la promoción denominada “Crédito _____”) lo que daría lugar a la imposición de las sanciones establecidas en los artículos 45 y 46 de la LPC.

III. Previo a analizar los hechos denunciados, los argumentos planteados por las partes y la documentación aportada, es necesario hacer algunas acotaciones sobre las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, específicamente la potestad sancionadora y el principio de legalidad, como uno de los postulados que rige el ejercicio de dicha facultad por parte del Tribunal Sancionador (1), para luego hacer una breve referencia a los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de las infracciones administrativas que se le imputan a la proveedora (2 y 3); y, posteriormente –de conformidad a la prueba aportada al procedimiento– determinar si la sociedad denunciada ha cometido los ilícitos de consumo atribuidos en su contra. (4)

1. La Sala de lo Constitucional en su construcción jurisprudencial ha reconocido que el *ius puniendi* del Estado, entendido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como *ilícito* –esto es, en sentido amplio, las conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos–, no sólo se manifiesta mediante el juzgamiento de los delitos e imposición de penas por parte de los tribunales penales, sino también cuando las autoridades administrativas ejercen *potestades sancionadoras*.

Si bien el artículo 14 de la Constitución, establece que corresponde única y exclusivamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas, la autoridad administrativa, amparada en el ejercicio de dicha potestad, puede *sancionar* “mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas”.

Así, sobre la base del artículo 79 de la LPC, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas jurídicas o naturales, públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios, han provocado una lesión o daño en bienes o intereses –de orden colectivo o individual– considerados como fundamentales en la esfera jurídica del consumidor, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.

En efecto, la *potestad administrativa sancionadora* de la que está investido este Tribunal, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución; de tal forma que la valoración de los hechos e interpretación de las normas que éste ha de realizar se sujeta, en esencia, a una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción. Entre estos postulados pueden mencionarse: el principio de legalidad,

lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la garantía de prohibición del doble juzgamiento, entre otros, los cuales, en su conjunto, han sido denominados como el programa penal de la Constitución.

Respecto al *principio de legalidad* en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, en la sentencia de fecha 20-I-2012, en el amparo 47-2009, se sostuvo que este postulado constituye una garantía política del ciudadano; en el sentido de no ser sometido a sanciones que no hayan sido aprobadas previamente, evitando así los abusos de poder. En razón de ello, se exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas.

En ese sentido, el mencionado principio tiene implicaciones en el proceso de elaboración y aplicación de la Ley de Protección al Consumidor en la que se prevén las infracciones cometidas en la relación de consumo, en la medida en que éste impone las siguientes condiciones: i) la ley material en la que se regulan tales infracciones debe ser previa al hecho enjuiciado (*lex praevia*); ii) debe ser emitida exclusivamente por la Asamblea Legislativa y bajo el carácter de ley formal (*lex scripta*); iii) los términos utilizados en la disposición normativa han de ser claros, precisos e inequívocos para el conocimiento de la generalidad, lo cual comprende un mandato de determinación o taxatividad que ha de inspirar la tarea del legislador (*lex certa*); y iv) la aplicación de la ley ha de guardar estricta concordancia con lo que en ella se ha plasmado, evitando comprender supuestos que no se enmarcan dentro de su tenor (*lex stricta*).

Es importante destacar, que para legalizar la actividad sancionadora de la Administración, en primer lugar, es necesario verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico. Una vez comprobada tal situación, se debe adecuar las circunstancias objetivas y personales determinantes del ilícito. Este es el ejercicio inherente a la tipicidad.

2. Naturaleza de la publicidad, relación con el derecho a la información.

El artículo 4 de la LPC contempla los derechos básicos del consumidor, entre los cuales se encuentra el reconocido en la letra a): “Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación”.

Asimismo, el artículo 27 de la citada Ley dispone en el inciso primero: “En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda, especialmente en los siguientes aspectos: a) El origen, composición y finalidad; b) La

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

Este Tribunal, mediante resolución definitiva de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del día tres de febrero de dos mil doce, en el procedimiento referencia 1535-09, señaló que el derecho a la información se configura como un derecho esencial de los consumidores, cuyo cumplimiento les asegura la obtención de datos y características reales al momento de adquirir un bien o contratar un servicio, que les permite actuar, adoptar o posibilitar, con prudencia y responsabilidad, una correcta decisión.

El tema adquiere relevancia por cuanto, los derechos reconocidos a los consumidores serían letra muerta, si no se potenciara su debida información a fin de que aquéllos conozcan las características de los bienes o servicios que el mercado les ofrece y de esa manera garantizar su libertad de adquirirlos o no, lo que permitirá que el mercado funcione adecuadamente.

Como una consecuencia del derecho a la información, la protección al consumidor se ha extendido al campo de la publicidad. Los orígenes de ésta, se remontan a la necesidad del ser humano de comunicar y difundir sus ideas, pero su naturaleza ha variado a través de la historia; desde una publicidad simple e informativa en la cual se hacía saber al público la existencia y características de bienes y servicios muy esquemáticamente; pasando por la publicidad que a fin de motivar al público para que adquiriera un producto o servicio, se centraba en otorgarles un alto valor, realzando sus características; hasta la publicidad que más que centrarse en los productos, crea “modelos deseables”.

En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha sostenido que el derecho a la información se encuentra estrechamente ligado a la publicidad, aunque sus objetivos son diferentes; así, mientras el primero es un servicio debido al cliente, la publicidad se encamina a captar la atención del mismo.

Precisamente, la publicidad, conforme la doctrina, puede definirse como el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender una noticia a fin de atraer a posibles compradores, usuarios, espectadores. En esta definición, se encuentra siempre su naturaleza: el arte de persuadir, convencer a los consumidores, con el fin de promover la adquisición de bienes y servicios, o de atraer a potenciales clientes de un establecimiento comercial.

Aunado a lo anterior, el Código de Ética Publicitaria de El Salvador, define a la publicidad como “la parte de la comunicación destinada a difundir o informar al público sobre un producto o servicio a través de los diferentes medios de comunicación, con el objetivo de motivar a personas a tomar una acción”.

3. Naturaleza de la publicidad y su relación con el derecho a la información.

Conforme a la doctrina, la publicidad puede definirse como el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender una noticia a fin de atraer a posibles compradores, usuarios, espectadores. En esta definición, se encuentra siempre su naturaleza: el arte de persuadir, convencer a los consumidores, con el fin de promover la adquisición de bienes y servicios, o de atraer a potenciales clientes de un establecimiento comercial.

Aunado a lo anterior, el Código de Ética Publicitaria de El Salvador, define a la publicidad como “la parte de la comunicación destinada a difundir o informar al público sobre un producto o servicio a través de los diferentes medios de comunicación, con el objetivo de motivar a personas a tomar una acción”.

3.1. De la persuasión lícita a la publicidad engañosa

Se ha establecido que la nota característica de la publicidad es *la persuasión, finalidad última de motivar al consumidor a la toma de una decisión*. Esta característica de la publicidad, de ninguna manera se califica de ilícita o de prohibida por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior implica que por su naturaleza, la publicidad no asume una posición neutral, sino *sugestiva*, lo cual no la exime de la obligación del cumplimiento del principio de veracidad, que se ve satisfecho cuando no existe discordancia entre el mensaje publicitario y la oferta propiamente dicha.

En esta línea, para tutelar los derechos del consumidor, los diversos ordenamientos jurídicos prohíben la publicidad que, en aras de persuadir al consumidor, emplee mecanismos de engaño o confusión, es decir, la llamada *publicidad engañosa*.

Diferentes Estados han asumido así importantes regulaciones a nivel nacional e internacional; a vía de ejemplo, en la Unión Europea la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, define publicidad engañosa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o *puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta* y que, debido a su carácter engañoso, *puede afectar su comportamiento económico* o que, por estas razones, perjudica o

es capaz de perjudicar a un competidor”. Lo anterior, con independencia que se llegue o no a la celebración de un contrato.

Algunos ordenamientos han ampliado el referido concepto, en normativas como la Ley General de Publicidad española —Ley 34/1988 de España, modificada por Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil— disponiendo que la publicidad engañosa puede entenderse como “la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es, asimismo, engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios” (Artículo 4). En la referida norma, se destaca la inclusión de la *responsabilidad por omisión*, entendida como aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios y esto induzca a error de los destinatarios.

En conclusión, se puede colegir que la nota distintiva de la publicidad engañosa radica así en la mera inducción a error, *ya sea por datos falsos, confusos o por la omisión de datos fundamentales*.

3.2. Sobre la regulación en la Ley de Protección al Consumidor

En El Salvador, la LPC contiene normas que tutelan el derecho a la información, y regulan además la llamada “publicidad engañosa”. Como se señaló con anterioridad, entre los derechos básicos del consumidor que contempla el artículo 4 se destacan, el recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere; de las condiciones de la contratación; y, ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa, en los términos establecidos en el inciso cuarto del artículo 31 de dicha ley.

Sobre el derecho a la información, el artículo 27 de la LPC dispone en el inciso primero 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 (...)”. En términos similares, refiriéndose a la publicidad, el artículo 31 de la misma normativa establece que: “La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, deberán establecerse en forma clara y veraz, de tal manera que no den lugar a duda al consumidor en cuanto al origen, calidad, cantidad, contenido, precio, tasa o tarifa, garantía, uso, efectos y tiempo de entrega de los mismos”.

Además, dicho artículo prohíbe expresamente, todas las formas de publicidad engañosa o falsa, por incidir directamente sobre la libertad de elección y afectar los intereses y derechos de los consumidores. Y, considera publicidad engañosa o falsa, *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, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido.*

Así, de la simple lectura de tal disposición se advierte que la LPC, vincula la falta de información clara y veraz con la confusión que crea en el consumidor y, se incluye —al igual que en el ordenamiento jurídico español—, la responsabilidad por la omisión de datos trascendentales e importantes que influyen en la decisión de los consumidores.

De esta manera, el artículo 31 de la LPC define la publicidad engañosa (*lato sensu*), ya sea por *falsedad o por error*, y la agrupa en varias categorías, que según el orden asignado por nuestro legislador, consisten en:

- 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.

Asimismo, la mencionada normativa dispone que la publicidad engañosa puede recaer sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido. En tal sentido, el perjuicio al consumidor puede ser causado por: (1) la falsedad de contenido material del anuncio, o por lo engañoso en su modo de presentación; y (2) Por la omisión de datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios.

En todos estos casos, de acuerdo con nuestra legislación, habrá de apreciarse la capacidad de la publicidad para crear un daño efectivo, es decir, *que sea susceptible de engañar o inducir a error, aun cuando el daño o error no llegue a producirse.*

Debe señalarse que un mensaje publicitario puede considerarse falso cuando no existe coincidencia entre su contenido y la realidad existente en cuanto a los productos publicitados o las contrataciones comerciales correspondientes. Es decir, cuando el ofrecimiento publicitado no tiene correspondencia real o material con las características del producto (el origen, calidad, cantidad, contenido, precio, tasa o tarifa, garantía, uso, efectos y tiempo de entrega de los mismos), las cuales son ofrecidas por el proveedor. En ese sentido, se sostiene que, un consumidor prudente conocedor de una oferta mediante un anuncio publicitario no esperaría que al momento de adquirir los productos o contratar los servicios, éstos tuviesen características diferentes a las que se ofrecen.

Este razonamiento tiene correspondencia con lo dispuesto en el artículo 970 del Código de Comercio, que establece: *“La oferta al público de mercancías en catálogos o en cualquiera otra forma de publicidad, obliga al comerciante que la hace a lo que esté expresamente indicado; y la exposición de tales cosas, en escaparates o salones, obligará a la venta de los objetos que tengan marcado el precio y, en su caso, las condiciones del negocio”*. Debe entonces apreciarse que –tal como la doctrina afirma–, la primera regla a que la publicidad se ve sometida es al principio de veracidad, de manera que la oferta, promoción o publicidad, se ajuste a las características de la prestación a ser adquirida por el consumidor, puesto que tal información será determinante para su decisión de contratar. Por tanto, debe evitarse la publicidad engañosa que lesione los derechos del consumidor, siendo necesario que el mensaje publicitario contenga niveles de veracidad que permitan dar plena validez al mismo.

4. Aplicación al caso sometido a conocimiento de este Tribunal.

4.1. Luego de las acotaciones expuestas acerca del contenido de los artículos 27 y 31 LPC, es procedente valorar la prueba que consta en el expediente conforme a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, de forma específica, en la ley de la materia, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se han configurado las infracciones a los referidos artículos en perjuicio de los derechos de los consumidores.

Al respecto, el artículo 146 de la LPC establece que en los procesos ventilados ante este Tribunal, serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el Derecho común –en lo que fuere aplicable con la naturaleza de éste– y, los medios científicos idóneos.

De conformidad con el inciso final del artículo antes relacionado, las pruebas aportadas en los procedimientos ventilados ante este Tribunal, serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, que

están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y, los conocimientos científicamente avanzados.

El Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en el presente proceso (artículo 167 LPC), señala que la prueba tendrá por objeto las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos, prueba que, además, debe haber sido obtenida de forma lícita, estar relacionada con el objeto de la misma y ser idónea según las reglas y criterios razonables. En otras palabras, para que una prueba sea valorada debe ser oportuna, pertinente y conducente.

De esa forma, este Tribunal valorará la prueba que consta en el presente procedimiento, para constatar si efectivamente se configuran las conductas tipificadas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g), con relación a los artículos 27 y 31, todos de la LPC.

4.2. Consta en este expediente la siguiente documentación:

a) Acta de inspección realizada el dieciocho de junio de dos mil doce, en las oficinas administrativas de Banco _____ ubicadas en Cincuenta y cinco Avenida Sur, entre Avenidas Roosevelt y Olímpica, de la ciudad de San Salvador, folios 5.

b) Carta de fecha dieciocho de junio de dos mil doce, que contiene la información relativa a la “promoción de financiamiento específica para traslado de hipotecas y consolidación de deudas con traslado de hipotecas para créditos hipotecarios ofrecidos al público”, folios 6 y 7.

c) Página del periódico _____, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil doce, que contiene el siguiente anuncio: “Crédito _____”, Porque sabemos que tienes un sueño que deseas compartir en grande con tu familia, Banco de _____ pone a tu alcance las ventajas y facilidades de nuestro crédito _____ para lo que necesites, para lo que quieras cumplir. Hasta 30 años plazo 0 gastos*. De comisión por otorgamiento. Notariales. De valúo. De registro”, folios 8.

d) Cuatro certificaciones de los registros electrónicos del banco expedidas el cinco de febrero del dos mil trece, por la jefa del departamento de crédito del mismo, _____ s, sobre créditos otorgados bajo la promoción de consolidación de deuda del treinta y uno de mayo al treinta y uno de julio de dos mil doce, de enero a julio del mismo año, del treinta y uno de mayo al dieciocho de junio, y del diecinueve de junio al treinta y uno de julio. Folios 40 y siguientes.

e) Copia de la aprobación de crédito solicitado por los señores _____ y _____, del cinco de marzo de dos mil doce, folios 44 al 47.

- f) Copia de la aprobación de crédito solicitado por los señores
y _____, del veinticinco de mayo de dos mil doce, folios 48 al 51.
- g) Impresión de correos electrónicos enviados entre el ejecutivo el banco y los señores _____ folios 52 al 79.
- h) Copias confrontadas de aviso de crédito, nota de remisión emitidas por Banco _____ l y l _____, S.A. de C.V., y presupuesto de prensa, folios 80, 81, 82 y 85.
- i) Copia confrontada de comprobante de crédito fiscal número seis seis cero dos dos seis, del treinta y uno de mayo de dos mil doce, folios 83.
- j) Copia confrontada de la publicidad “Crédito _____”, difundida en _____ folios 84.
- k) Copia confrontada de aviso de crédito, nota de remisión emitidas por Banco _____ I _____ S.A. de C.V., de presupuesto de prensa, folios 86, 87, 89 y 91.
- l) Copia confrontada de comprobante de crédito fiscal número seis dos nueve nueve uno seis, del veinte de junio de dos mil doce, folios 88.
- m) Copia confrontada de la publicidad “Crédito _____”, difundida en _____, el diecinueve de junio de dos mil doce, folios 90.
- n) Impresiones de empaques de *rice krispies* y *crispy rice*, marca _____, como ejemplos de publicidad engañosa citados por el proveedor, folios 92 y 93.
- o) Opiniones emitidas por el Consejo Nacional de la Publicidad, de fecha doce de febrero de dos mil trece, folios 94 al 96.
- p) Opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad, el ocho de febrero de dos mil trece, folios 97 y 98.

Por otra parte, consta a folios 97 y 98, la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad, de fecha ocho de febrero de dos mil trece, que entre sus consideraciones señala: “Aunque el traslado de créditos hipotecarios y la consolidación de deuda con traslado de hipoteca sean mercados sumamente amplios, siempre se genera un espacio sin cobertura entre esta oferta y la que aparece en la pieza, que abarca lo que necesites, para lo que quieras cumplir. Evidentemente aunque es muy probable que dicha promoción no haya efectivamente causado perjuicio económico a nadie, existe la probabilidad de que el consumidor se haya basado en esta oferta para decidir, solicitar información adicional de manera personal o por otros medios. En tal sentido, se concluye por las

razones anteriormente expuestas se está en presencia de una pieza que puede calificarse como publicidad engañosa.”

IV. Una vez relacionada la prueba documental que consta en el presente expediente, este Tribunal procederá a determinar si en el caso en estudio se han configurado las infracciones atribuidas a Banco (), S.A.

1. Sobre la infracción al artículo 27 de la LPC, tipificada en el artículo 42 letra e) de la citada ley.

Como ha quedado establecido en párrafos anteriores, el derecho a la información se encuentra estrechamente vinculado a la publicidad, pues de la simple lectura del artículo 31 LPC se advierte que la Ley de Protección al Consumidor, establece la falta de información clara y veraz como presupuesto para la configuración de la publicidad engañosa.

En esa línea, ha de entenderse que la protección al consumidor en materia de publicidad comprende el derecho a la información, el cual deja de ser una categoría autónoma para constituirse como un elemento medular de la publicidad, en los términos previstos en la disposición legal en comento.

De esa manera, cuando se somete a conocimiento de este Tribunal una presunta publicidad engañosa, se verifica a su vez el cumplimiento de parte del proveedor de su obligación de informar o comunicar al consumidor la oferta o promoción de bienes o servicios en forma clara y veraz.

En razón de lo anterior, se concluye que **este Tribunal no puede conocer de una posible infracción al artículo 27 LPC cuando el objeto de la controversia se trate de publicidad engañosa, ya que la obligación de informar es un elemento de los presupuestos contenidos en el artículo 31 LPC, por lo que resulta procedente sobreseer en el presente procedimiento, respecto a la infracción al artículo 27 LPC.**

2. En cuanto a la difusión de publicidad engañosa, prevista en el artículo 31 de la LPC y tipificada en el artículo 43 letra g) de la misma.

Consta en el acta de inspección agregada a folios 5, que con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Protección al Consumidor, delegados de la Defensoría del Consumidor se constituyeron en las oficinas administrativas de Banco ()

, S.A., ubicadas en Cincuenta y cinco Avenida Sur, entre Avenidas Roosevelt y Olímpica, de la ciudad de San Salvador, siendo atendidos por un empleado del mencionado banco, quien les explicó que las condiciones y restricciones de la promoción difundida en (), el treinta y uno

de mayo de dos mil doce, serían remitidas a la Defensoría debido a que no podían ser entregadas al momento de la inspección, pues éstas debían ser revisadas por el área de cumplimiento del banco.

Por otra parte, a folios 8 se encuentra agregada la página del periódico ‘...’, en la cual se advierte que la promoción denominada “Crédito ...” contenía el siguiente mensaje:

*“Porque sabemos que tienes un sueño que deseas compartir en grande con tu familia, Banco ... pone a tu alcance las ventajas y facilidades de nuestro crédito ... para lo que necesites, para lo que quieras cumplir. Hasta 30 años plazo/ 0 Gastos. De comisión por otorgamiento, Notariales, De valúo, De registro”; consignéndose al pie de página las restricciones de la referida promoción, las cuales detallaban lo siguiente: “RESTRICCIONES: *Tasa de interés nominal desde el 6.45% anual, tasa de interés efectiva sujeta a contratación y hasta 30 años plazo. Condiciones del crédito varían de acuerdo al nivel de ingresos y el récord crediticio del cliente. Promoción válida únicamente para personas naturales.* Sin comisiones por otorgamiento para un monto de hasta 70% del valúo. Gastos notariales, valúo y de registro exclusivamente para clientes hasta por un monto de US\$75,000. Para mayor información puedes consultar la tabla de interés, comisiones y aranceles publicada mensualmente en los periódicos de mayor circulación. Condiciones sujetas a análisis de crédito. Promoción válida hasta el 31 de julio de 2012”.*

De la lectura de la pieza publicitaria en comento, se advierte que ésta tiene como título “Crédito ...”, sin embargo en la carta de fecha dieciocho de junio de dos mil doce, se refieren a ella como la “promoción de financiamiento específica para traslado de hipotecas y consolidación de deudas con traslado de hipotecas para créditos hipotecarios ofrecidos al público”.

De la misma manera, la especificación del destino del crédito modifica por completo las condiciones de contratación publicadas en ..., por cuanto la frase “para lo que necesites, para lo que quieras cumplir” abarca una diversidad de fines para utilizar el dinero, cuando en realidad es única y exclusivamente para traslado de hipotecas, consolidación de deudas y créditos hipotecarios.

Tan es así que el diecinueve de junio de dos mil doce, la proveedora denunciada publicó otro anuncio, en el que se plasmó con mayor precisión las condiciones y el alcance de los posibles beneficiarios de la promoción, tal como aparece en la copia confrontada del anuncio agregada a folios 90.

En ese contexto, es evidente que el mensaje de la primera publicación –treinta y uno de mayo de dos mil doce– era insuficiente y capaz de inducir a error o confusión a los consumidores, por cuanto, se insiste, daba a entender que podía solicitarse un crédito hipotecario bajo las condiciones indicadas en la misma, sin hacer distinción del destino. Lo anterior, no estaba ajustado a la realidad,

ya que las condiciones de contratación consignadas en el anuncio cuestionado no especificaban que se trataba únicamente para traslado y/o consolidación de deudas, sino más bien contenía la frase “*para lo que necesites, para lo que quieras cumplir*”, lo que revela una clara contravención al principio de veracidad que rige la publicidad comercial.

En el caso concreto, es preciso aclarar que no se discute cuántos créditos fueron otorgados bajo la promoción que ha sido sometida a conocimiento de este Tribunal, tampoco si la proveedora denunciada se benefició con la misma, puesto que la conducta atribuida a Banco S.A. es la difusión de publicidad engañosa. En ese sentido, no es aceptable el argumento expuesto por el apoderado del banco en el sentido de que el anuncio no generó confusión al observarse que durante los meses de junio y julio de dos mil doce no hubo incremento significativo de créditos solicitados y aprobados en tales condiciones, tal como lo certifica la jefa del departamento de crédito del mencionado banco, _____, en la certificaciones agregadas de folios 40 al 43.

Mucho menos, si existen remisiones a otra fuente de información –números telefónicos, sitios web, centros de atención al cliente, Etc.–, cuyo costo deba asumirlo el consumidor, como en el caso concreto que aparece en la pieza publicitaria un número de teléfono al que se invita a llamar para obtener mayor información acerca de la promoción denominada “Crédito _____”.

Además, cabe señalar que no es cierto que sean necesarios otros instrumentos de promoción, como *brochures, muppies, banner*, pautas radiales y/o televisivas, para que se configure la publicidad engañosa, tal como lo sostiene el licenciado _____, puesto que dicha conducta se configura bajo dos supuestos: a) presentar –total o parcialmente– datos falsos (inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad); y b) promover la publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, producir confusión y/o engaño. De ahí que, conforme a la normativa de consumo, la capacidad de la publicidad para crear un daño efectivo ha de apreciarse por el solo hecho de ser susceptible de engañar o inducir a error, aun cuando el daño no llegue a producirse.

Désde esa perspectiva, se concluye que esos datos falsos generaron una inducción a error en la toma de decisión de los consumidores, lo que dio lugar a una afectación de los intereses y derechos de los mismos, que al tener conocimiento de una promoción mediante una publicidad concreta no esperarían que al momento de solicitar un crédito hipotecario, éste fuera exclusivamente para traslado de hipotecas y/o consolidación de deudas. Y es que, el daño o perjuicio a los consumidores no es necesario que sea pecuniario, sino que también incluye el tiempo invertido para tal efecto.

Lo anterior, ha sido confirmado por el Consejo Nacional de la Publicidad, en su opinión de fecha ocho de febrero de dos mil trece, en la cual sostiene, en esencia, que si bien la cuestionada promoción no causó perjuicio económico a nadie, existió la probabilidad de que el consumidor –basado en esa oferta– solicitara información adicional de manera personal o por otros medios, respecto de la misma, en tanto que se generaba un espacio sin cobertura entre las condiciones publicadas y lo realmente ofrecido por el banco.

Sobre la base las razones antes expuestas, este Tribunal concluye que la infracción administrativa atribuida a la proveedora denunciada se adecua a los supuestos previstos en el artículo 31 de la LPC, sobre publicidad engañosa, que constituye una infracción grave conforme lo dispone el artículo 43 letra g) de la citada ley, siendo procedente imponer a la sociedad infractora la multa correspondiente.

V. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LPC, las infracciones graves –entre las cuales se encuentra la de realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa–, se sancionarán con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

En ese orden, la protección de los derechos de los consumidores frente a la publicidad engañosa y la correlativa potestad sancionatoria encomendada a este Tribunal, persigue promover una cultura de transparencia en la información que difunden los proveedores en el mercado, que no dé lugar a dudas sobre la calidad o condiciones específicas de los bienes o servicios que se ofrecen.

Tratándose así de una afectación a un conjunto indeterminado de consumidores –todos los receptores de la publicidad en mención, ya sea que adquirieran o no los productos ofrecidos– no es posible cuantificar daños o devoluciones, por lo que, para la determinación de la sanción, han de considerarse otros criterios de graduación contemplados en la LPC.

Para el caso concreto, habrá de tomarse en cuenta lo siguiente: 1) que la proveedora es una persona jurídica con una capacidad de inversión usualmente mayor que la de una persona natural; 2) que la publicidad analizada, objeto del caso, tenía la capacidad de inducir a error y confusión a los consumidores; 3) que no se ha establecido la existencia de un daño patrimonial a los consumidores; 4) la naturaleza del producto, objeto de la publicidad que se considera engañosa; 5) que el error radicó en publicar información insuficiente y desajustada a la realidad, al ofrecer créditos hipotecarios “para lo que necesites, para lo que quieras cumplir”, cuando éstos eran otorgados exclusivamente para traslado de hipotecas y consolidación de deudas.

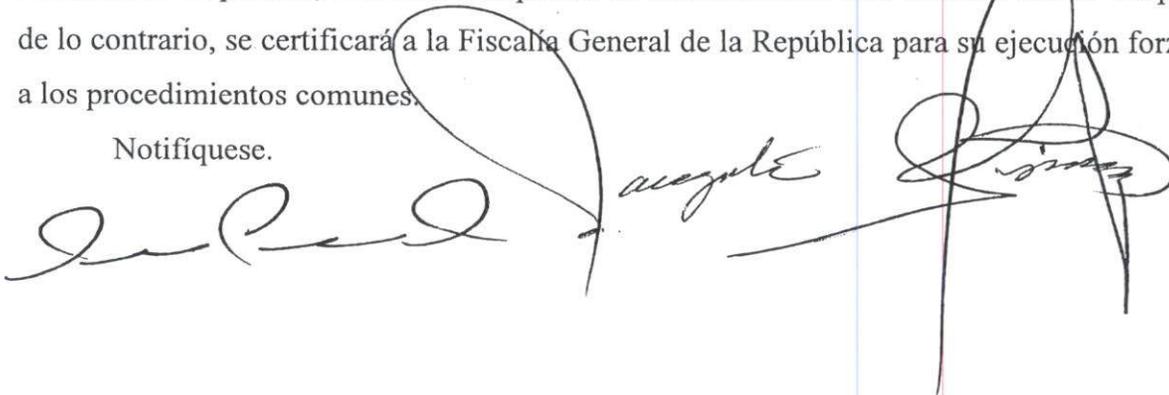
VI. Por tanto, sobre la base de lo antes expuesto, y con fundamento en los artículos 101 inciso 2º de la Constitución de la República, 27, 31, 42 e) y 43 letra g), 46, 48, 83 letra b), 143 y siguientes de la Ley de Protección al Consumidor, este Tribunal **RESUELVE**:

a) **Sobreséese** a Banco de _____, S. A., respecto de la infracción prevista en el artículo 42 letra e) con relación al artículo 27 de la Ley de Protección al Consumidor, pues tratándose de publicidad engañosa debe conocerse únicamente de esta categoría que subsume a la obligación general de información.

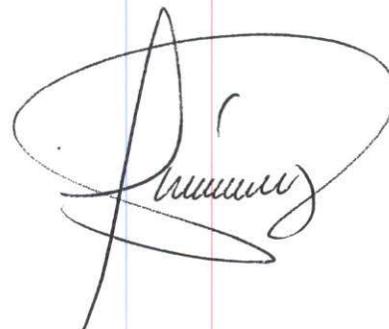
b) **Sanciónase** a Banco de _____, S.A. con la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES DÓLARES SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$5,483.75) equivalente a veinticinco salarios mínimos mensuales urbanos en la industria en concepto de multa por el cometimiento de la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.

c) La presente resolución deberá ser cumplida dentro de los diez días siguientes a la notificación respectiva, debiendo comprobar su acatamiento a este Tribunal dentro del plazo indicado, de lo contrario, se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa conforme a los procedimientos comunes.

Notifíquese.



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



cm

c

c