

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las diez horas con trece minutos del día dieciséis de septiembre de dos mil quince.

Por recibida la certificación de la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad, que consta a folios 143 y 144, remitida a éste Tribunal el día diez de septiembre de dos mil quince. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se ha iniciado por denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en aplicación de los artículos 69 letra i) y 143 letra b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra [redacted]; S.A. ahora [redacted] S.A. de C.V., en relación a la presunta comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC, en perjuicio de los consumidores que contrataron los servicios de la referida proveedora en el sector telefonía móvil prepago, en el período comprendido de enero a junio del año dos mil trece.

Leídos los autos y considerando:

I.A. Señala la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, que en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 58 letras f), k) y m) de la LPC, y a través de la Dirección de Vigilancia de Mercado, realizó una investigación que se hizo constar en el documento titulado “*Estudio de la publicidad en el sector de la telefonía prepago: [redacted] S.A. ([redacted])*”, de fecha ocho de enero de dos mil catorce.

Asimismo, expuso que dicho estudio fue realizado con el fin de analizar la publicidad emitida por [redacted], S.A. de C.V. -identificada comercialmente como [redacted], para el servicio de telefonía móvil prepago; y que el análisis se hizo a la luz de criterios tales como veracidad, oportunidad y claridad de la información.

En ese sentido, destacó la denunciante que la publicidad analizada se recopiló a través de la selección y clasificación de varios anuncios emitidos en distintos medios de comunicación, concluyendo que la misma configura publicidad engañosa, en relación a las tres ofertas comerciales siguientes:

1. “TODAS TUS RECARGAS VIENEN CON BONO”.

Respecto de la oferta comercial anterior, la denunciante adujo que la publicidad realizada indicaba que todas las recargas desde un dólar de los Estados Unidos de América (\$1.00) incluían un bono, el cual contenía distintas opciones que se podían elegir, tales como: minutos a Red [redacted] o

Estados Unidos de América -USA- y Canadá, mensajes a o Estados Unidos y Canadá, *backtones*, navegación, triples o quintuples saldos a saldo para hablar a USA, Etc. Agrega, que la adquisición del bono se llevaba a cabo al marcar sin costo al *123#, y la información contenida en el anuncio era la siguiente:

“El bono aplica únicamente en recargas desde un dólar de los Estados Unidos de América (USD \$1.00) y para clientes prepagos suscritos en la oferta comercial “BONO POR RECARGA”;

*Para suscribirse al plan se marca sin costo *123# y se elige la opción “BONO POR RECARGA”;*

*Para canjear el bono se marca *123#, opción “BONO GRATIS”;*

El tiempo límite para canjear el bono es la media noche del día siguiente;

Vigencia de la promoción hasta el 31 de mayo de 2013;

Aplican todas las recargas desde USA y CANADÁ.”

Es así, que una vez realizada la verificación del contenido de la publicidad, la denunciante se percató que la información contenida en ésta no es completa, ya que no menciona los siguientes elementos: i) las tarifas vigentes aplicables en ese momento o la forma explícita en que se informa de este aspecto al consumidor por parte del proveedor; ii) términos y condiciones a los que está vinculado el bono; y, iii) condiciones para cancelar o darse de baja del plan “BONO POR RECARGA”.

Manifiesta, que la publicidad analizada es confusa con los distintos elementos que incluye el “BONO POR RECARGA”, en el sentido de que el mensaje “captatorio” de la publicidad radica en la mención de que “TODAS TUS RECARGAS DESDE \$ 1 VIENEN CON BONO”; sin embargo, el mensaje principal omite aclarar que dicha promoción se activa a través de un menú electrónico en donde se ubican las opciones y se deben seguir unos pasos para hacer efectiva la adquisición del bono por recarga.

2. “SÉXTUPLE SALDO”.

Sobre la referida oferta, en la denuncia se puntualiza que ésta consistía en una forma de multiplicación de las recargas que realizan los usuarios desde un monto de dos dólares de los Estados Unidos de América (\$2.00). Los clientes suscritos a la oferta comercial “BONO POR RECARGA”, podían adquirir el bono por recarga de forma adicional al saldo promocional ofrecido a partir de marzo de dos mil trece, momento en el cual adquirió vigencia dicha promoción; además, el séxtuple saldo aplicaba también para los usuarios suscritos a otras ofertas comerciales.

El anuncio publicitario analizado que fue tomado como muestra contenía la siguiente información:

"Promoción válida viernes diecinueve de abril de dos mil trece.

Séxtuple saldo en dólares en todas tus recargas desde \$2 para clientes en planes control y clientes prepago.

Aplica en comercios afiliados.

El saldo promocional de séxtuple saldo tendrá vigencia de dos días. Séxtuple saldo puede ser aplicado en un máximo de veinticuatro horas después de la recarga.

El saldo promocional aplica para red

No aplica para teléfonos fijos.

Ejemplo: si recargas \$2 recibes \$12, \$2 de recarga y \$10 de saldo promocional para hablar a Tigo.

Aplican recargas desde USA de las siguientes denominaciones: \$5, \$6, \$10, \$12, \$14, \$20 y \$40 y bono adicional en recargas desde \$10 para llamar a USA y Canadá equivalente al monto de la recarga.

Bono por recarga aplica en recargas desde \$1 y para clientes suscritos en plan bono por recarga."

Ahora bien, del análisis realizado a dicha publicidad se señala que ésta no contenía explícitamente los siguientes aspectos: i) las tarifas vigentes aplicables en ese momento o la forma explícita en que se informa de este aspecto al consumidor por parte del proveedor; ii) elementos y condiciones que comprende el bono; iii) mecánica de aplicación del saldo promocional respecto de otras ofertas comerciales.

Además, a partir de los términos y condiciones de la publicidad, no se determina que las ofertas comerciales sean incompatibles entre sí, por lo tanto, se entiende que las recargas que se obtengan sobre una oferta, se suman a las obtenidas por otra sin perder los beneficios de ambas.

En este sentido, la publicidad señalaba que su aplicabilidad se extendía a clientes prepago, por lo que también incluyen a clientes suscritos a la oferta comercial "TRIPLE SALDO SIEMPRE", la cual consistía en que cada usuario triplicaba su saldo al recargar independientemente otras ofertas y promociones.

3. "TRIPLE SALDO SIEMPRE".

Finalmente, en cuanto a la mencionada promoción, se expuso que ésta era una oferta comercial que inició en junio de dos mil doce y dejó de ser ofrecida por la proveedora denunciada en mayo de dos mil trece. Según la información presentada por la proveedora, la tarifa voz por minuto a mayo de dos mil trece de esta oferta comercial, ascendió a cuarenta y dos centavos de dólar de los Estados Unidos de América el minuto (\$0.42).

Esta oferta, contaba con los beneficios de que una vez suscrito al denominado "plan", el saldo bonificado que el cliente recibía era en dinero y aplicaba para hablar y mensajear a redes USA y Canadá. El cobro era al segundo exacto y la vigencia del saldo promocional era de sesenta días en caso que el cliente no recargue. Si el cliente contaba con el saldo promocional y realizaba una recarga, la vigencia del saldo promocional se extendía otros sesenta días.

La Presidencia de la Defensoría del Consumidor, sostiene que esta oferta difería de las demás en el sentido de que los términos y condiciones plasmados en la publicidad de la campaña comercial, eran muy escasos. La publicidad remitida como muestra por la proveedora, enmarcaba la siguiente información:

TRIPLE SALDO SIEMPRE aplica para todas las recargas y nunca vence; y, se activa la promoción marcando gratis *123#.

Al respecto, la denunciante destaca que no se menciona la vigencia de la promoción a la que el consumidor se suscribe, siendo necesario consultar dicha información en las publicaciones que realiza en otros medios de comunicación para informar de sus tarifas vigentes y a través del centro de servicios y centro de llamadas. La omisión de dicha información, podía inducir a confusión al consumidor dado que la proveedora no estableció detalles al respecto de si se trataba de un plan tarifario distinto o bien una promoción temporal.

La Presidencia de la Defensoría del Consumidor señala, que lo anterior ha generado un efecto adverso no informado al consumidor que hace uso combinado de las promociones "SEXTUPLE SALDO" y "TRIPLE SALDO SIEMPRE", ya que al realizar una recarga para obtener multiplicación de saldo bajo la suscripción de esta última promoción, el saldo de la primera promoción se disminuye.

En otras palabras, si un consumidor recarga dos dólares (\$2.00) y hace uso de las dos promociones, se le otorga dos dólares (\$2.00) de saldo principal, cuatro dólares (\$4.00) por la promoción triple saldo, y seis dólares (\$6.00) por la promoción séxtuple saldo, haciendo un total de diez (\$10.00) de saldo promocional, siendo lo correcto, según la parte denunciante, que se otorgara dos

dólares (\$2.00) de saldo principal, cuatro dólares (\$4.00) por la promoción triple saldo, y diez dólares (\$10.00) por la promoción séxtuple saldo, haciendo un total de catorce dólares (\$14.00) de saldo promocional.

En consecuencia, manifestó que los hechos anteriores configuran la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) de la LPC.

B. Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora denunciada, quien en presencia negó los hechos atribuidos, manifestando lo siguiente:

a) Sobre las tarifas vigentes aplicables en el momento de las promociones y la forma en que se informaron al consumidor.

La parte proveedora expuso, que según lo estipulado en el artículo 8 de la Ley de Telecomunicaciones –en adelante LT–, y el artículo 92 de su reglamento, es a SIGET a la que le corresponde determinar, aprobar y publicar las tarifas máximas del servicio público de telefonía fija y móvil. Asimismo, que los operadores tienen la obligación de informar a SIGET las tarifas que se aplicarán a los servicios antes mencionados, así como de los adicionales proveídos por medio de la red de telefonía, y sus respectivas modificaciones, debiendo publicar trimestralmente las tarifas a aplicar, según lo estipula el artículo 96 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Además, que en el presente caso, consta a folios 82, 86 y 87 que su representada cumplió con su obligación de publicar las tarifas que se aplicaban en el momento de las ofertas comerciales en análisis, tal como lo dispone la LT y su reglamento.

La proveedora denunciada destacó que fue hasta el doce de junio de dos mil trece, que la SIGET emitió resolución con referencia T-0594-2013, regulando que todos los operadores del servicio público de telefonía móvil debían publicar con cada una de sus ofertas y promociones, la forma de aplicar la tarifa y la forma de descontar el costo de la llamada de los diferentes saldos.

En consecuencia, manifestó que al haberse emitido tal resolución con posterioridad al estudio efectuado por la Defensoría del Consumidor, y a las ofertas comerciales y piezas publicitarias en análisis, no puede ser aplicable y exigible a su mandante el cumplimiento de la misma.

b) En relación a la promoción bono por recarga.

La proveedora señaló que no se omitieron los términos y condiciones relacionados con el bono por recarga; que lo anterior, puede comprobarse con la pieza publicitaria de fecha dieciocho de abril de dos mil trece, que se encuentra a folio 37 del presente expediente; en consecuencia, dicho mensaje

publicitario proporcionaba información oportuna y completa sobre los elementos del bono, los cuales, además, podían ser verificables por el consumidor en su dispositivo móvil al momento de canjear el mismo, y, adicionalmente, se encontraban en la página web de o al hablar al *611.

Asimismo, manifestó que no se establecieron las condiciones para cancelar o darse de baja del bono por recarga, porque es un beneficio sin costo para los consumidores que tienen líneas prepago; y, el canje del bono es opcional el cual nace y se agota con cada recarga de manera independiente, por lo que resulta innecesario establecer una forma de desactivación adicional.

De igual manera, acotó que la información que contiene la publicidad objeto de análisis, no es confusa, como lo asegura la parte denunciante, porque dentro de los datos que contiene el anuncio, se establece que para suscribirse al plan se debe marcar gratis *123# y elegir la opción “bono por recarga”, y para canjear el “bono ’ se debe marcar *123# opción “bono gratis”.

c) Respecto de la oferta comercial séxtuple saldo.

La sociedad denunciada adujo que en relación a la mencionada promoción, cumplió con la obligación legal de publicar las tarifas vigentes en ese momento, de la forma como lo dispone la LT y su reglamento.

Además, sobre las condiciones de la misma, acotó que los clientes suscritos al bono por recarga, podían adquirir el bono de forma adicional al saldo promocional del séxtuple saldo; y, que en las piezas publicitarias, agregadas al presente expediente a folios 66 y 72, se verifica que en el mensaje publicitario se vincula al bono por recarga, por lo que todos los elementos y condiciones que comprendía, se encontraban ya detallados en los mensajes publicitarios del referido bono.

En relación a lo anterior, expuso que la evaluación de los anuncios debe realizarse en forma integral, ya que en el presente caso, el anuncio del séxtuple saldo formaba parte de una campaña publicitaria integral, la cual incluía no sólo anuncios diarios de amplia circulación, sino también anuncios televisivos, anuncios radiales, Etc. por lo que se complementaba, además, con los anuncios publicitarios simultáneos del bono por recarga, con los cuales se cumplía con informar adecuadamente las condiciones a las que estaba sujeta la promoción del séxtuple saldo y las condiciones del bono por recarga.

Por otra parte, expresó que las ofertas triple saldo siempre y la oferta séxtuple saldo, no eran incompatibles, pues el consumidor podía obtener los beneficios de ambas, los días en que se encontraran vigentes dichas ofertas de manera simultánea.

d) En cuanto a la oferta comercial triple saldo siempre.

La proveedora denunciada señaló que contrario a lo dispuesto por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, la referida oferta comercial contenía información relevante e indispensable con la que los consumidores se encontraban lo suficientemente informados, pues en las diferentes piezas publicitarias se encontraban los siguientes datos:

Que con la promoción triple saldo siempre los consumidores podían hablar y mensajear a todos los Estados Unidos y Canadá, todos los días en todas las recargas.

Asimismo, que todos los días se podían disfrutar los promocionales; que el triple saldo siempre se aplicaría para todas las recargas y que nunca vencería; que en enero de dos mil trece, cambió la vigencia del saldo promocional a sesenta días; que la promoción se activaba marcando el *123#; y finalmente, que en días promocionales se recibía cuádruple, quíntuple y séxtuple.

En consecuencia, la proveedora aseguró que el análisis realizado por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, no tomó en cuenta todos los anuncios que formaban parte de la campaña publicitaria, sino se enfocó en elementos aislados.

Sobre la vigencia de la mencionada promoción, adujo que si bien dicha vigencia no se establece expresamente en el mensaje publicitario, se respetó y se mantuvo la oferta, tal como lo dispone el artículo 971 del Código de Comercio, por lo que al haber cumplido con lo ofrecido en la publicidad mientras estuvo al aire, la misma no fue capaz de inducir a engaño a los consumidores.

e) Sobre el efecto adverso de la aplicación del séxtuple saldo al triple saldo.

La sociedad denunciada acotó, que la promoción triple saldo siempre era compatible con otras promociones, y así lo informaron en la campaña publicitaria, lo que significaba que estar suscrito al “triple saldo siempre”, no inhibía a los clientes de utilizar otras promociones relámpagos como el caso del séxtuple saldo, por lo que en los días de séxtuple saldo, el cliente que estaba suscrito al “triple saldo siempre”, recibía como lo indicaba la publicidad, el séxtuple saldo del valor inicial de la recarga y adicionalmente se le mantenían los beneficios que contiene el “triple saldo siempre”, de la siguiente manera:

Saldo	Recarga inicial	Triple saldo siempre	Séxtuple saldo	Saldo total
	\$2.00	\$4.00	\$6.00	\$12.00
Beneficios		*llamadas a todas las redes *USA y CANADA *Mensajitos	Redes	
Vigencia	Nunca vence	60 días (a partir de enero 2013)	2 días	

Asimismo, la proveedora señaló que del cuadro anterior se colige que:

1. La publicidad del “triple saldo siempre” era clara en establecer que en los días de multiplicadores, los consumidores podían optar a un séxtuple saldo (6X), dejando de lado la posibilidad de que existiera error, engaño o confusión –folios 76 y 77–.

2. Resulta incorrecto considerar que en un día de séxtuple saldo, debía sumarse el triple saldo, y por lo tanto dar un nonuple saldo (9X), tal como lo asegura la Presidencia de la Defensoría del Consumidor.

3. Lo que implica el triple saldo siempre es que el consumidor podía mejorar el multiplicador pasando de un triple saldo (3X) a un séxtuple saldo (6X), sin perder los beneficios de la oferta “triple saldo siempre”, lo que demuestra que las ofertas eran compatibles entre sí. Por otra parte, mencionó que la denunciante no ha adjuntado prueba que permita determinar que los consumidores se confundieron cuando coexistió el séxtuple saldo (6X) y el triple saldo siempre (3X).

En razón de todo lo anterior, S.A. de C.V. concluyó que la publicidad desplegada respecto de las ofertas comerciales: “bono por recarga”, “triple saldo siempre” y “séxtuple saldo”, no es engañosa ni falsa, por lo que no se configura la infracción al artículo 43 letra g) en relación con el artículo 31 letra b).

Finalmente, el Consejo Nacional de la Publicidad, mediante certificación que consta a folios 143 y 144, remitió su opinión a este Tribunal, el día diez de septiembre de dos mil quince.

Concluidas las etapas procedimentales que señala la ley, el presente caso se encuentra en estado de emitir la resolución final, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 147 de la LPC.

II. En virtud de lo anterior, este Tribunal analizará los presupuestos de derecho y de hecho que han dado inicio a este procedimiento, haciendo algunas acotaciones sobre las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, específicamente la potestad sancionadora, el principio de legalidad, como uno de los postulados que rige el ejercicio de dicha facultad por parte de este Tribunal Sancionador (**III**); para luego analizar los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de la infracción que se le atribuye a la proveedora (**IV**); y, finalmente, se determinará –de conformidad a la prueba que consta en el presente procedimiento– si la sociedad denunciada cometió la infracción que se le imputa (**V**).

III. La Sala de lo Constitucional, ha sostenido en su reciente jurisprudencia que el *ius puniendi* del Estado, es 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–, lo cual 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.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, corresponde única y exclusivamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas, sin embargo 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 de doble juzgamiento, entre otros, los cuales, en su conjunto, han sido denominados como el programa penal de la Constitución.

Respecto del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, en la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional, de fecha 20-I-2012, en el amparo de referencia 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.

IV. Corresponde ahora analizar los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de la infracción que se atribuye a la proveedora denunciada.

Sobre la supuesta infracción al artículo 43 letra g) relacionado con el artículo 31 letra b) de la LPC, por realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa.

El artículo 31 de la LPC parte de la necesidad del Estado de regular y establecer las reglas específicas a los proveedores en cuanto a la forma y los límites, en atención de los cuales, la publicidad comercial debe enmarcar su desarrollo y conjunto de actividades tendientes a comunicar a los consumidores las características y condiciones relativas a los productos y servicios que ofrecen, con el objeto de proteger los intereses y derechos de los consumidores.

La referida disposición establece lo que debe entenderse por publicidad ilícita haciendo una clasificación de la misma en tres categorías: a) la que atente contra la dignidad de la persona; b) la publicidad engañosa o falsa, y c) la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos o servicios.

Para el caso de autos, haremos un análisis de la publicidad ilícita regulada en la letra b) del mencionado artículo; es decir, de la publicidad engañosa o falsa.

Así, la doctrina sostiene que la publicidad comercial se remonta a los orígenes de la civilización y el comercio, pues, desde que existieron productos y servicios que comercializar surgió la necesidad de comunicar la existencia de los mismos; sin embargo, 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; 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”. Así, la define como el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender una noticia a fin de atraer a posibles compradores, usuarios, espectadores. De esta definición la doctrina destaca que **la naturaleza de la publicidad comercial, consiste en 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 a un establecimiento comercial.

Aunado a lo anterior, el Código de Ética Publicitaria de El Salvador –vigente en el momento de los hechos que se analizan–, 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*”. En ese orden de ideas, este Tribunal sostiene en concordancia con la doctrina, que la publicidad se caracteriza porque no siempre es objetiva, sino preponderantemente unilateral y en general envía su mensaje por la vía subjetiva, ya que es utilizada para influir sobre las actitudes y comportamientos del segmento al que se dirige, con un interés comercial.

Por lo cual, es necesario aclarar, que esta característica de la publicidad, de ninguna manera se califica de ilícita o de prohibida por el ordenamiento jurídico; sin embargo, no se exime de la obligación del cumplimiento de los principios de claridad y veracidad, que se ven satisfechos cuando no existe discordancia entre el mensaje publicitario y la oferta propiamente dicha. En esta línea, para tutelar los derechos de los consumidores, el artículo 31 letra b) de la LPC estipula los parámetros necesarios para determinar cuándo la publicidad comercial se vuelve engañosa o falsa.

Así, en la letra b) del artículo antes referido se estipula que se considerará publicidad ilícita la siguiente:

“La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier 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:

- I. *Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:*

- *Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.*
 - *Calidad, cantidad, categoría y especificaciones.*
 - *Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.*
 - *Resultados que pueden esperarse de su utilización.*
- II. *Precio completo o modo de fijación del mismo.*
- III. *Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.*
- IV. *Motivos de la oferta y promoción.*
- V. *Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante."*

Del análisis de la citada disposición, se concluye que el comportamiento exigido en la normativa de consumo, es que cuando los proveedores realicen publicidad de los bienes o servicios que ofrecen, la efectúen con claridad y veracidad; es decir, que la información se presente ordenada, fácil de comprender, completa y que no contenga datos total o parcialmente falsos, esto es, inexactos, incorrectos o desajustados de la realidad.

Este comportamiento requerido por la LPC tiene el objeto de garantizar que los consumidores en sus relaciones de consumo tengan la certeza que la información recibida a través de la publicidad en relación a los bienes y servicios, corresponda con la realidad existente al momento de la contratación; es decir, obliga a aquellos proveedores que mediante un anuncio publicitario hayan informado sobre las características de determinados bienes y servicios a cumplir con lo ofrecido públicamente, pues es inaceptable que un consumidor prudente y conocedor de una determinada oferta mediante un anuncio publicitario, deba recibir, al momento de adquirir los productos o servicios publicitados, unos cuyas características sean diferentes a las ofrecidas en el anuncio comercial realizado por el proveedor.

Este estado de certeza de los consumidores en sus relaciones de consumo, es el objeto y finalidad que persigue la LPC, tal como lo prescribe el artículo 1 de la misma normativa; asimismo, posibilita el ejercicio del derecho a elegir libremente consagrado a favor de los consumidores en el artículo 4 letra e) de la referida ley; y, les protege para que no sean sorprendidos en su buena fe por los proveedores, evitando así cualquier afectación a sus intereses y derechos.

En ese orden de ideas, se debe señalar que un mensaje publicitario debe considerarse falso o engañoso cuando no existe coincidencia entre la percepción que se hacen los consumidores en cuanto a su contenido, y la realidad existente de los productos o servicios publicitados. En otras palabras,

cuando el ofrecimiento publicitado haya sido capaz de producir en los consumidores un estado de error, engaño o confusión en cuanto a la realidad de los bienes o servicios.

Así, se concluye que en el contexto de la LPC habrá publicidad engañosa o falsa, cuando a través de cualquier medio publicitario (internet, tv, radio, prensa y brochures, Etc.) los proveedores brinden información o cualquier comunicación que contenga datos total o parcialmente falsos, omita información imprescindible, o que de cualquier otro modo (información desordenada, oscura, contradictoria, mezclada y ambigua), produzca en los consumidores un estado de error, engaño o confusión que, de manera concreta, haya afectado la percepción de los consumidores, en cuanto a que se hicieran una idea de los bienes o servicios contrastante con la realidad existente de los mismos. ***Todo lo anterior, con independencia que se llegue o no a la celebración de un contrato determinado.***

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

1. A. Luego de las acotaciones expuestas acerca de los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de la infracción atribuida a la proveedora, 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 ha configurado la infracción antes relacionada.

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 configuraron las conductas tipificadas con infracción.

B. En ese contexto, este Tribunal cuenta con la documentación que se detalla a continuación:

a) “Estudio de la publicidad en el sector de la telefonía prepago: S.A. ()”, realizado por la Gerencia de Estudios de la Dirección de Vigilancia de Mercado de la Defensoría del Consumidor; en dicho documento, se hace constar una análisis de la campaña publicitaria que S.A. de C.V. efectuó sobre las promociones “bono por recarga”, “séxtuple saldo” y “triple saldo siempre” –folios 7 al 88–.

b) Un disco compacto que contiene tres archivos en los cuales están los anuncios de las promociones “ bono gratis” y “ séxtuple saldo”, dos en formato de video y uno en audio – folios 134–.

c) Certificación de la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad –folios 143–, en la cual la Comisión de Autorregulación Publicitaria acordó que:

i) **Respecto de la promoción todas tus recargas vienen con bono**, a la fecha de la publicidad, el anunciante no tenía la obligación de publicar las tarifas vigentes junto con el anuncio que se auditó por parte de la Dirección de Vigilancia de Mercados de la Defensoría del Consumidor, por cual la Ley de Telecomunicaciones en su artículo 8, y 96 del reglamento de la misma, imponía la obligación a las compañías de telefonía celular de publicar sus tarifas de forma trimestral.

Asimismo, en cuanto a los términos y condiciones de la promoción, expuso que fue demostrado por el anunciante, que al momento de que el consumidor procede a activar la promoción al *123#, se despliega un menú que le permite determinar qué bono quiere le sea aplicado, por lo que el consumidor tiene la libertad de elegir. Sobre la condición para darse de baja de la promoción, acotó que la denunciante no tiene razón alguna, ya que el bono se agota al consumirse y por cada recarga que haga el consumidor debe marcar el *123# para obtener los beneficios.

En consecuencia, consideró que la publicidad realizada con referencia a la mencionada promoción no infringe el artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC.

ii) **En cuanto a la oferta comercial “séxtuple saldo”**, expuso que igual al caso anterior, a la fecha de la publicidad, la proveedora no tenía obligación de publicar tarifas vigentes junto con el anuncio que se auditó, por cuanto la obligación de informar en cada pieza publicitaria las tarifas para telefonía celular prepago, surge a partir de la resolución de SIGET T-0594-2013, de fecha doce de junio de dos mil trece.

Concerniente a las condiciones, la referida Comisión expresó que las piezas publicitarias sí contienen la información para acceder a la presente promoción, y que fue estipulada por la anunciante

al pie de las mismas. Tocante a la aplicación del saldo promocional respecto de otras ofertas comerciales, de la lectura de las condiciones no se encuentra restricción alguna que indique que es incompatible con cualquier otra promoción. En ese sentido, aseguró que similar al caso anterior, no se configura alguna infracción a la LPC.

iii) *En relación a la promoción triple saldo siempre*, expuso que la publicidad engañosa también se configura cuando se omiten datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios que se ofrecen, ya que tal circunstancia, induce a error a los destinatarios. En ese orden, al analizar la pieza publicitaria contenida a folios 74 del presente expediente, la referida Comisión acotó que en un recuadro ubicado al lado izquierdo de la publicación, se consignó: *“además puedes disfrutar de todos los días promocionales”*, concluyendo que dicha frase carece de claridad en cuanto al significado o alcances de dicha afirmación, por lo que el consumidor no puede conocer si la promoción “triple saldo siempre”, es compatible con otras promociones.

Asimismo, señaló que a folios 77 del presente expediente, la pieza publicitaria contiene la siguiente leyenda: *“En días promocionales recibes cuádruple, quintuple y séxtuple”*, pero no indica la forma de aplicación de la promoción de triple saldo siempre, en relación con las promociones antes mencionadas; en consecuencia, los usuarios prepago suscritos a los planes en mención, pueden tener la idea que si recargan dos dólares (\$2.00) en día de séxtuple saldo, recibirán cuatro dólares (\$4.00) de saldo promocional por el triple saldo siempre, más diez dólares (\$10.00) de saldo promocional por el séxtuple saldo, haciendo un total de catorce dólares (\$14.00) en saldo promocional, cuando lo que realmente ocurre es que el cliente únicamente recibe diez dólares (\$10.00) de saldo promocional, más dos dólares (\$2.00) de recarga, totalizando doce dólares (\$12.00).

En ese sentido, las omisiones que existen en la publicidad sobre el “triple saldo siempre”, pueden inducir a error en la decisión de consumo de los clientes de telefonía prepago de al desconocer la forma en que ambas promociones se aplican por el operador de telefonía móvil, pues aunque los clientes adscritos al plan “triple saldo siempre” al hacer la recarga en día de séxtuple saldo, recibieron como beneficio que su saldo de promoción vencería en sesenta días y no en dos. Y que en ninguna parte de la publicidad, se explicó cómo operaban en conjunto ambas promociones, por lo que queda en evidencia que las referidas omisiones por S.A. de C.V. constituyen publicidad engañosa.

C. Analizados los argumentos de las partes, y examinada la documentación agregada al presente procedimiento, este Tribunal previo a resolver sobre el fondo de los hechos denunciados, hace las siguientes consideraciones:

1. Es necesario reiterar, que en el contexto de la LPC **habrá publicidad engañosa o falsa, cuando los proveedores brinden información** o cualquier comunicación que contenga datos total o parcialmente falsos, omita información imprescindible, o que de cualquier otro modo (**desordenada, oscura, contradictoria, mezclada y ambigua**), produzca en los consumidores un estado de error, engaño o confusión que, de manera concreta, haya afectado la percepción de los consumidores, en cuanto a que se hicieran una idea de los bienes o servicios contrastante con la realidad existente de los mismos.

Si bien, la intención maliciosa de la publicidad engañosa es persuadir y moldear las preferencias de los consumidores para estimular al consumo en una determinada empresa; es decir, persigue la contratación de bienes o servicios con determinado proveedor, afecta al mismo tiempo, el sistema de protección de los consumidores, lo que deriva de la sola transmisión del anuncio, siendo por ello, dicha actuación causal autónoma de responsabilidad.

En ese orden, tal como lo sostiene la doctrina, el rol del Estado resulta indispensable, ya que debe velar por el cumplimiento a la LPC, y vigilar la transparencia de la información y el equilibrio entre las partes de la relación de consumo.

Asimismo, es necesario destacar, que los proveedores tienen la libertad de determinar el contenido de su publicidad; no obstante, ésta no es absoluta, sino que se encuentra limitada por las reglas establecidas por la legislación de consumo. Asimismo, dado que la misma constituye un medio efectivo para lograr la atracción de consumidores hacia el establecimiento comercial, es fundamental el tratamiento publicitario que en relación al precio y las condiciones esenciales se haga, pues en la medida que estos elementos son determinantes para motivar al consumidor a realizar una transacción comercial, puede constituirse en un mecanismo por el cual se obtengan contrataciones indebidamente.

Así, es necesario **evitar la publicidad engañosa**, que por contener información total o parcialmente falsa, omitir datos esenciales, falta de inteligibilidad, oscuridad o lo **contradictorio de su contenido** pueda lesionar los derechos de los consumidores, **siendo indispensable que el mensaje publicitario en sí mismo, contenga niveles aceptables de claridad, de tal manera que el consumidor obtenga el conocimiento esencial de las condiciones en las que será brindado el bien o servicio, sin**

tener que acudir a otro medio para informarse, máxime acudir personalmente al proveedor para recibir aclaraciones sobre el anuncio publicitario.

2. El artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones establece que la misma tiene por objeto normar las actividades del sector de telecomunicaciones, especialmente la regulación del servicio público de telefonía. Asimismo, dispone que la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones –en adelante SIGET–, será responsable de aplicar y velar por el cumplimiento de las normas y regulaciones establecidas en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.

Además, el artículo 8 de la citada ley señala que la SIGET deberá realizar una revisión anual de las tarifas máximas de telefonía y cargos máximos de interconexión, así como mandar a publicar periódicamente las tarifas máximas de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Respecto de los operadores telefónicos, estipula que deberán publicar al menos trimestralmente, en un medio escrito de amplia difusión nacional, las tarifas por los servicios públicos de telefonía que presten.

Relativo a lo anterior, el artículo 95 del reglamento de la referida ley, dispone que los operadores deberán publicar trimestralmente, el primer día hábil de los meses de enero, abril, julio y octubre o cuando haya algún cambio en los planes tarifarios, las tarifas por minuto que establezcan para los servicios públicos de telefonía fija y móvil que prestan y de los servicios adicionales proveídos por medio de la red de telefonía, así como sus respectivas modificaciones. Dichas publicaciones deberán realizarse al menos en un medio escrito de amplia difusión nacional, en sus respectivas páginas web y en la página web de la SIGET.

Se debe destacar, que el día doce de junio de dos mil trece, la SIGET emitió resolución con referencia T-0594-2013, mediante la cual se advirtió que es obligación de todos los operadores del servicio público de telefonía móvil, publicar con cada una de sus ofertas y promociones, la forma como aplicaran la tarifa y descontarán el costo de la llamada de los diferentes saldos que posea el usuario, sean estos comprados o bonificados. Todo ello tomando en cuenta que el valor de la tarifa publicada y aplicada no debe exceder del valor máximo aprobado por la SIGET.

D. Respecto de la promoción “todas tus recargas vienen con bono”.

Luego de examinar las publicaciones realizadas en el periódico ‘ ‘ de fechas cuatro de marzo de dos mil trece, dieciocho y veintidós de abril del mismo año, que se encuentran a folios 33, 37 y 41, respectivamente; se advierte, que contienen la siguiente leyenda: “Todas tus recargas desde \$1 vienen con bono Elígelo GRATIS *123#”, y al pie de la página se detallan las

condiciones de la referida promoción: “- *EL BONO APLICA ÚNICAMENTE EN RECARGAS DESDE \$1 Y PARA CLIENTES PREPAGO SUSCRITOS EN EL PLAN “BONO X RECARGA” - PARA SUSCRIBIRTE AL PLAN MARCA GRATIS *123# Y ELIGE LA OPCIÓN: “BONO X RECARGA” - PARA CANJEAR EL BONO MARCA *123#, “OPCIÓN BONO POR RECARGA” - TIEMPO LÍMITE PARA CANJEAR TU BONO TIGO ES A LA MEDIA NOCHE DEL SIGUIENTE DÍA - VIGENCIA DE LA PROMOCIÓN HASTA EL 31 DE MAYO DE 2013.*”.

En la publicación realizada los días dieciocho y veintidós de abril de dos mil trece las condiciones tuvieron una modificación: “-*EL BONO APLICA ÚNICAMENTE EN RECARGAS DESDE \$1 Y PARA CLIENTES PREPAGO SUSCRITOS EN EL PLAN “BONO X RECARGA” - PARA SUSCRIBIRTE AL PLAN MARCA GRATIS *123# Y ELIGE LA OPCIÓN: “BONO X RECARGA” - PARA CANJEAR EL BONO MARCA *123#, “OPCIÓN BONO GRATIS” - TIEMPO LÍMITE PARA CANJEAR TU BONO ES A LA MEDIA NOCHE DEL SIGUIENTE DÍA - VIGENCIA DE LA PROMOCIÓN HASTA EL 31 DE MAYO DE 2013 -APLICAN TODAS LAS RECARGAS DESDE USA Y CANADA.*”. (El resaltado es nuestro).

Ahora bien, en razón de que la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, alega que los hechos de la proveedora constituyen publicidad engañosa por haber omitido en el anuncio publicitario a) la mención de las tarifas vigentes aplicables en el momento de la oferta, b) los términos y condiciones a los que está vinculado el bono, y c) las condiciones para cancelar o darse de baja del referido plan; corresponde analizar cada uno de dichos elementos.

Respecto de la falta de información de las tarifas telefónicas en las publicaciones, se reitera que la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, establecen de manera específica que los operadores telefónicos deberán publicar en un medio escrito de amplia difusión nacional, en sus respectivas *páginas web y en la página de SIGET*, las tarifas por los servicios públicos de telefonía que presten.

Asimismo, que el día *doce de junio de dos mil trece*, la SIGET emitió resolución con referencia T-0594-2013, mediante la cual se advirtió que es obligación de todos los operadores del servicio público de telefonía móvil, publicar con cada una de sus ofertas y promociones, la forma como aplicarán la tarifa y descontarán el costo de la llamada de los diferentes saldos que posea el usuario, sean estos comprados o bonificados.

En ese sentido, verificado que las publicaciones que son objeto de análisis en el presente procedimiento, corresponden a los *meses de marzo y abril de dos mil trece*; es decir, antes de la resolución T-0594-2013 emitida por SIGET, y que de folios 82 al 88 del presente expediente, se

encuentran la publicaciones de las tarifas ordenadas por la proveedora en el periódico “ ”; para el período en el cual estuvieron vigentes las promociones, se acredita que los consumidores quedaron debidamente notificados y enterados de las tarifas aplicables al servicio de telefonía, de conformidad a la normativa vigente en ese momento.

En cuanto a las condiciones de la promoción en estudio, este Tribunal considera que las contenidas en el anuncio publicitario fueron suficientes para que un consumidor promedio entendiera la forma de aplicación de las mismas. Y es que, se debe mencionar que la información que se exige para garantizar el derecho de información de los consumidores, es la esencial para que el consumidor se haga una idea clara del bien o servicio a obtener, no la totalidad de detalles que podrían ser parte de la contratación, por lo que el hecho de que la proveedora no especificó que además de marcar *123# y elegir la opción “bono por recarga”, tenía que describir el procedimiento completo para canjear el bono por recarga, no constituye omisión de datos esenciales.

En relación a la supuesta omisión del procedimiento para darse de baja de la referida promoción; se advierte, que ésta era innecesaria, pues el bono otorgado por la proveedora no tenía costo alguno; además, su canje quedaba a opción del consumidor y el saldo promocional se agotaba con cada recarga; en otras palabras, no se trata de un contrato de tracto sucesivo, mediante el que el consumidor queda obligado a continuar con el servicio y pagar por él, una vez lo haya aceptado, sino de un beneficio de carácter gratuito y unilateral otorgado por la sociedad denunciada.

Aunado a lo anterior, la Comisión de Autorregulación Publicitaria del Consejo Nacional de la Publicidad, en su opinión relativa a la promoción en análisis, concluyó en el mismo sentido que este Tribunal.

En consecuencia, se colige que la publicidad realizada respecto de la promoción bono por recarga, no constituye publicidad engañosa, por lo que no se configura infracción al artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC.

E. Respecto de la promoción séxtuple saldo.

Al examinar las publicaciones relativas a la promoción séxtuple saldo, que fueron difundidas por la proveedora en fechas quince y veintiséis de marzo de dos mil trece, cinco, diecinueve, veintiséis y treinta de abril del mismo año, que se encuentran a folios 68, 70, 35, 39, 72 y 66, respectivamente; se advierte, que contienen las siguientes leyendas: “*SUPER Séxtuple*”, “*En recargas desde \$2 para hablar a todos los*” y “*Aplican las recargas desde USA y Canadá*”, y al pie de la página se

detallan las condiciones de la referida promoción: “-PROMOCIÓN VÁLIDA VIERNES 15 DE MARZO DE 2013 - SEXTUPLE SALDO EN DÓLARES EN TODAS TUS RECARGAS DESDE \$2 PARA CLIENTES EN PLANES CONTROL Y CLIENTES PREPAGO - APLICA EN COMERCIOS AFILIADOS - EL SALDO PROMOCIONAL DE SEXTUPLE SALDO TENDRÁ VIGENCIA DE DOS DÍAS - SEXTUPLE SALDO PUEDE SER APLICADO EN UN MÁXIMO DE 24 HORAS DESPUÉS DE LA RECARGA - EL SALDO PROMOCIONAL APLICA PARA RED - NO APLICA PARA TELÉFONOS FIJOS - EJEMPLO: SI RECARGAS \$2 RECIBES \$12, \$2 DE RECARGA Y \$10 DE SALDO PROMOCIONAL PARA HABLAR A - APLICAN LAS RECARGAS DESDE USA DE LAS SIGUIENTES DENOMINACIONES: \$5, \$6, \$10, \$12, \$14, \$20 Y \$40 Y BONO ADICIONAL EN RECARGAS DESDE \$10 PARA LLAMAR A USA Y CANADÁ, EQUIVALENTE AL MONTO DE LA RECARGA.”.

En las publicaciones de los días diecinueve, veintiséis y treinta de abril de dos mil trece, aparecen el anuncio con las siguientes modificaciones: “HOY 6 Séxtuple saldo”, “Desde \$2 incluye BONO por recarga canjéalo GRATIS en *123#”, y “Aplican recargas desde USA y Canadá”; y al pie de la página se encuentran las condiciones siguientes: “-PROMOCIÓN VÁLIDA VIERNES 19 DE ABRIL DE 2013 - SEXTUPLE SALDO EN DÓLARES EN TODAS TUS RECARGAS DESDE \$2 PARA CLIENTES EN PLANES CONTROL Y CLIENTES PREPAGO - APLICA EN COMERCIOS AFILIADOS - EL SALDO PROMOCIONAL DE SEXTUPLE SALDO TENDRÁ VIGENCIA DE DOS DÍAS - SEXTUPLE SALDO PUEDE SER APLICADO EN UN MÁXIMO DE 24 HORAS DESPUÉS DE LA RECARGA - EL SALDO PROMOCIONAL APLICA PARA RED - NO APLICA PARA TELÉFONOS FIJOS - EJEMPLO: SI RECARGAS \$2 RECIBES \$12, \$2 DE RECARGA Y \$10 DE SALDO PROMOCIONAL PARA HABLAR A - APLICAN LAS RECARGAS DESDE USA DE LAS SIGUIENTES DENOMINACIONES : \$5, \$6, \$10, \$12, \$14, \$20 Y \$40 Y BONO ADICIONAL EN RECARGAS DESDE \$10 PARA LLAMAR A USA Y CANADÁ, EQUIVALENTE AL MONTO DE LA RECARGA - **BONO POR RECARGA APLICA EN RECARGAS DESDE \$1 Y PARA CLIENTES SUSCRITOS EN PLAN BONO POR RECARGA.**” (El resaltado es nuestro).

Ahora bien, en razón de que la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, alega que los hechos de la proveedora constituyen publicidad engañosa por haber omitido en el anuncio publicitario a) las tarifas aplicables en el período de vigencia de la promoción, b) los elementos y condiciones que comprendía el bono, c) la forma en que se aplicaría el saldo promocional respecto de otras ofertas

comerciales concomitantes, *específicamente tratándose de las promociones: triple saldo siempre y séxtuple saldo*; corresponde analizar cada uno de dichos elementos.

Respecto de la no información en las publicaciones de las tarifas telefónicas aplicables a la promoción, verificado que las mismas corresponden a los *meses de marzo y abril de dos mil trece*; le es aplicable lo dicho en los párrafos anteriores sobre el mismo punto; es decir, que antes de la resolución de fecha doce de junio de dos mil trece –T-0594-2013–, emitida por SIGET, los consumidores quedaron debidamente notificados y enterados de las tarifas aplicables al servicio de telefonía, de conformidad a la normativa vigente en ese momento, por lo que no es procedente el argumento alegado por la denunciante.

En cuanto a la supuesta ausencia de los elementos y condiciones que comprendía el bono de la promoción en estudio, alegada por la denunciante, este Tribunal considera que las contenidas en el anuncio publicitario son suficientes para que un consumidor promedio entendiera la forma de aplicación de la misma; al respecto, se reitera lo dicho anteriormente sobre este punto, que la información que se exige para garantizar el derecho de información de los consumidores, es la esencial para que el consumidor se haga una idea clara del bien o servicio a obtener, no la totalidad de detalles que podrían ser parte de la contratación.

En relación a que en las publicaciones objeto de análisis, la sociedad denunciada no informó la forma en que se aplicaría el saldo promocional respecto de otras ofertas comerciales; se advierte, que *en el escrito de folios 114 al 118, la sociedad denunciada explicó la forma de aplicación de la promoción séxtuple saldo*, para el caso en el que un consumidor suscrito a la oferta comercial triple saldo siempre, realizara una recarga de dos dólares (\$2.00), tal como se señala en el siguiente cuadro:

	Recarga inicial	<i>Triple saldo siempre</i>	Séxtuple saldo	<i>Saldo total</i>
<i>Saldo</i>	\$2.00	<i>\$4.00</i>	\$6.00	<u><i>\$12.00</i></u>
<i>Beneficios</i>		<i>*llamadas a todas las redes</i> <i>*USA y CANADA</i> <i>*Mensajitos</i>	Redes	
<i>Vigencia</i>	<i>Nunca vence</i>	<i>60 días (a partir de enero 2013)</i>	2 días	

• Cuadro número # 1.

Es decir, que en el caso que un consumidor hiciera una recarga de dos dólares (\$2.00), se le abonaría cuatro dólares (\$4.00) de saldo por la promoción triple saldo siempre, y seis dólares (\$6.00) por la promoción séxtuple saldo, haciendo un saldo total de doce dólares (\$12.00).

Al respecto, la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, manifestó que *al no detallarse en el anuncio la información que consta en el cuadro anterior, un consumidor promedio podría entender que el saldo de las promociones séxtuple saldo y triple saldo siempre, se acumularía de la siguiente manera:*

Saldo	Recarga inicial	Triple saldo siempre	Séxtuple saldo	Saldo total
Saldo	\$2.00	\$4.00	\$10.00	<u>\$16.00</u>
Beneficios		*llamadas a todas las redes *USA y CANADA *Mensajitos	Redes	
Vigencia	Nunca vence	60 días (a partir de enero 2013)	2 días	

• Cuadro número # 2.

Es otras palabras, si un consumidor recarga dos dólares (\$2.00) y hace uso de las dos promociones, según la parte denunciante, se debería otorgar dos dólares (\$2.00) de saldo principal, cuatro dólares (\$4.00) por la promoción triple saldo, y diez dólares (\$10.00) por la promoción séxtuple saldo, haciendo un total de dieciséis dólares (\$16.00) de saldo.

Se debe destacar, que en su opinión, la Comisión de Autorregulación Publicitaria del Consejo Nacional de la Publicidad, respecto del análisis de la promoción séxtuple saldo, concluyó que de las publicaciones se deduce que dicha promoción puede ser aplicada junto con otras disponibles, y que *los consumidores obtendrían la sumatoria de todos los beneficios de las mismas*. Así lo planteó la Presidencia de la Defensoría del Consumidor.

No obstante, *se ha comprobado en el presente procedimiento*, que la proveedora denunciada *lo aplicó de forma diferente*, como se puntualizó en el cuadro número uno que antecede.

En consecuencia, este Tribunal advierte, que *al no detallarse en el anuncio publicitario la forma en que se aplicaría el saldo promocional, datos esenciales, en el caso que un consumidor suscrito a la promoción triple saldo siempre, hiciera uso simultáneo de la promoción séxtuple saldo,*

se omitió información imprescindible respecto de las condiciones en las que sería prestado el servicio. Y es que, los datos omitidos tienen tal relevancia, que de haberlos conocido el consumidor pudo haber actuado de otra manera, por lo que en este punto analizado, los hechos atribuidos a la sociedad proveedora configuran publicidad engañosa.

F. Respeto de la promoción triple saldo siempre.

Al examinar las publicaciones realizadas en el periódico ' ' de fechas tres, diez y treinta de julio de dos mil doce, que se encuentran a folios 74, 79, 76 y 77, respectivamente; se advierte, que contienen las siguientes leyendas: "Triple Saldo ¡siempre!", "Para hablar y mensajear a todos los además [imagen de la bandera de Estados Unidos y Canadá] Todos los días en todas tus recargas.", y "¡Además puedes disfrutar de todos los días promocionales!"; y al pie de la página se detallan las condiciones de la referida promoción: "-TU TRIPLE SALDO SIEMPRE APLICA PARA TODAS LAS RECARGAS Y NUNCA VENCE - SI AÚN NO ESTAS DISFRUTANDO DE LA PROMOCIÓN DE TRIPLE SALDO SIEMPRE ACTÍVALA MARCANDO GRATIS *123#". (El resaltado es nuestro).

En la publicación realizada el día treinta de julio de dos mil doce, el anuncio solamente contiene las siguientes leyendas: "Triple Saldo ¡Siempre!", "Habla y mensajea a todos los además a [imagen de la bandera de Estados Unidos y Canadá]", "Nunca vence", "En días promocionales recibes cuádruple, quíntuple y séxtuple", y "Si aún no estás disfrutando de tu Triple Saldo Siempre, actívalo marcando GRATIS *123#".

La denunciante manifestó que la promoción triple saldo siempre, inició en el mes de junio de dos mil doce y dejó de ser ofrecida en mayo de dos mil trece. Agregó, que esta promoción omitió información importante, ya que no se mencionó la vigencia de la misma, lo que podía inducir a confusión al consumidor por cuanto la proveedora no estableció detalles al respecto de si se trataba de un plan tarifario distinto o bien una promoción temporal.

Asimismo, adujo que se omitió informar la forma en que se aplicaría el saldo promocional, en caso que el consumidor hiciera uso combinado de la promoción triple saldo siempre y séxtuple saldo.

En ese sentido, antes de resolver sobre el primer punto, se debe destacar que en doctrina, el término promoción tiene un carácter excepcional en lo que concierne a las prestaciones que contiene. Es precisamente esta circunstancia la que permite distinguir esta concreta actividad de los proveedores de otras prácticas que le son próximas. Por ejemplo, una promoción consiste en una serie de ventajas o

incentivos materiales o económicos que añaden valor a un producto o servicio sin incorporarse a él de forma definitiva o permanente (descuentos, regalos, premios, cupones, concursos, Etc.).

Dicha distinción, es decir, que se informe si se trata de una promoción o de un beneficio permanente relativo a un producto o servicio, son datos relevantes que pueden afectar el comportamiento económico de los consumidores.

En consecuencia, comprobándose que la proveedora denunciada usó el término promoción para referirse al beneficio del triple saldo siempre, y, no estipuló la vigencia de la misma, se concluye que omitió información importante para los consumidores, lo que constituye publicidad engañosa.

En cuanto a que se omitió informar la forma en que se aplicaría el saldo promocional, en caso que se hiciera uso combinado de las dos promociones, se debe estar a lo dicho sobre el mismo punto en el análisis, de la promoción séxtuple saldo; esto es, que en las publicaciones objeto de análisis la sociedad denunciada no informó la forma en que se aplicaría el saldo promocional respecto del uso combinado de las ofertas comerciales séxtuple saldo y triple saldo siempre.

En consecuencia, *se omitió información esencial respecto de las condiciones en las que sería prestado el servicio. Y es que, los datos omitidos tienen tal relevancia, que de haberlos conocido el consumidor pudo haber actuado de otra manera*, por lo que en este punto, los hechos atribuidos a la sociedad proveedora configuran publicidad engañosa.

Y es que, *los anuncios por sí mismos, aunque formen parte de una campaña publicitaria, deben contener niveles aceptables de información sobre las condiciones esenciales en que se brindaran los bienes o se prestaran los servicios, ya que de no ser así los consumidores quedarían vulnerables frente a la dimensión de la estrategia publicitaria de la sociedad denunciada*; en consecuencia, al no explicarse en el anuncio referente al triple saldo siempre, como se aplicaría el saldo promocional en caso de que un consumidor suscrito a dicha promoción hiciera uso a la vez de la promoción séxtuple saldo, la proveedora omitió información esencial sobre los beneficios ofrecidos, configurándose publicidad engañosa.

Aunado a lo anterior, la Comisión de Autorregulación Publicitaria del Consejo Nacional de la Publicidad, respecto de la promoción que se analiza, manifestó que en los anuncios, se encuentra la leyenda “En días promocionales recibes cuádruple, quíntuple y séxtuple”, pero no indica la forma en que la promoción opera en conjunto con las promociones antes referidas; en ese sentido, coincidió con lo dicho por este Tribunal, y concluyó que tal omisión es capaz de inducir a error en la decisión de

consumo de los consumidores, por lo que queda evidenciado que dichos hechos constituyen publicidad engañosa.

En consecuencia, se concluye que al omitirse la vigencia de la referida promoción, y el detalle de la aplicación del saldo promocional cuando se hiciera uso combinado de las dos promociones antes mencionadas, se configura la infracción al artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC.

VI. Habiéndose comprobado que la sociedad S.A. de C.V., incurrió en la infracción contemplada en el artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC, ya que omitió informar a los consumidores la vigencia de la promoción triple saldo siempre, y no especificó la forma en que se aplicaría el saldo promocional en caso de que un consumidor suscrito a la promoción triple saldo siempre, hiciera uso de la promoción séxtuple saldo, corresponde establecer la sanción que ha de atribuírsele como consecuencia de la comisión de tal ilícito.

1. Para tal efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LPC, podrá tomarse en cuenta los siguientes criterios: el tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado, el grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió el infractor, la reincidencia o incumplimiento reiterado, entre otros.

2. En atención a lo expuesto, debe considerarse que la proveedora es una persona jurídica, y que por la actividad que realizan deben atender las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LPC, con el objeto de garantizar el derecho de información de los consumidores.

3. Que se trata de dos publicaciones efectuadas en las que se ha comprobado la publicidad engañosa.

4. Asimismo, la proveedora actuó con negligencia al no verificar que en los anuncios publicitarios, no se omitiera información esencial sobre las condiciones de las promociones, ya que tal omisión es capaz de afectar las decisiones económicas de los consumidores.

De igual manera, si bien no se ha comprobado de forma concreta un daño a una persona en particular, se ha valorado el menoscabo de los consumidores de forma potencial, por realizarse una promoción o publicidad con información incompleta; así como el hecho de ausencia del debido cuidado o diligencia, para verificar que la publicidad cumpla con los requerimientos de la LPC.

VII. Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 101 inciso segundo, 11 y 14 de la Constitución de la República; 8.1, 24 y 25 de la C.A.D.H; 83 letra b),

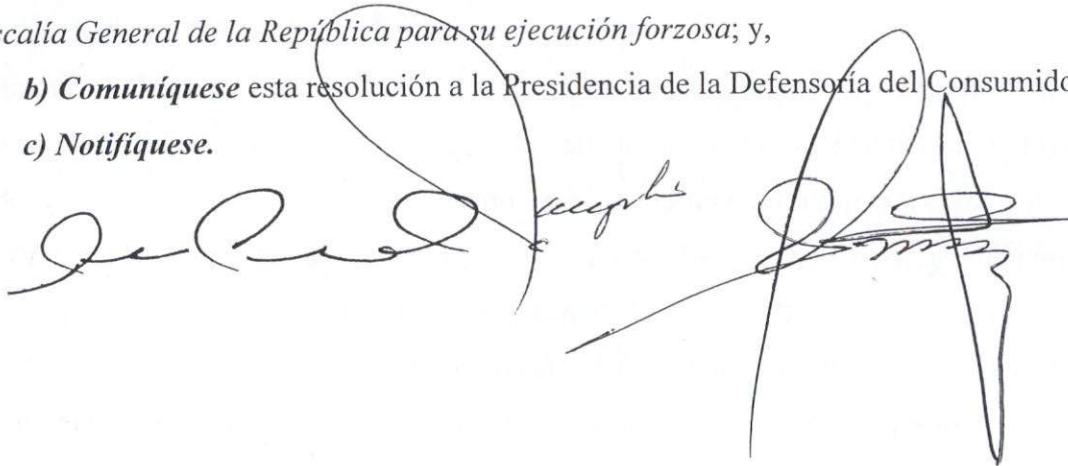
31 letra b), 40, 43 letra g), 46, 146 y 147 de la Ley de Protección al Consumidor; este Tribunal RESUELVE:

a) **Sanciónese** a la sociedad _____, S.A. de C.V., con la cantidad de VEINTIUN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO DÓLARES (\$21,935.00), equivalentes a cien salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, en concepto de multa por la comisión de la infracción al artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC, respecto de la promoción séxtuple y triple saldo siempre, por no detallar en los anuncios la forma en que sería aplicado el saldo promocional, en el caso de que un consumidor hiciera uso combinado de ambas promociones.

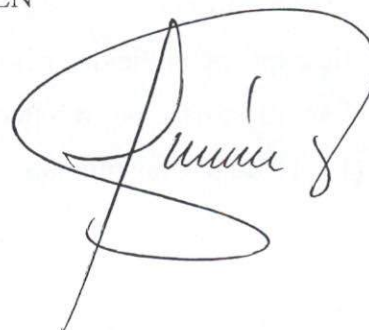
Dichas multas deberán hacerse efectivas en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, *dentro de los diez días siguientes al de la notificación de esta resolución*, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, *se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa*; y,

b) **Comuníquese** esta resolución a la Presidencia de la Defensoría del Consumidor.

c) **Notifíquese.**



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



I