

1269-14

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

Por recibida la certificación de la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad, que consta a folios 57, remitida a éste Tribunal el día diez de septiembre de dos mil quince; en la que se acuerda que el texto principal contenido en la pieza publicitaria denunciada, constituye publicidad engañosa.

El presente procedimiento administrativo sancionatorio se ha iniciado por denuncia interpuesta por la _____ que puede abreviarse _____ en aplicación del artículo 143 letra b) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra _____ ahora _____ en relación a la presunta comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en concordancia con los artículos 4 letra d) y 31 letra b) de la LPC, en perjuicio de los consumidores.

Leídos los autos y considerando:

I. Señala la _____ que en el ejercicio de la facultad para representar a las personas consumidoras establecida en el artículo 162 de la LPC, interpone denuncia contra _____ ahora _____ por ordenar publicidad falsa o engañosa en perjuicio del interés económico de los clientes de los servicios de telefonía e internet móvil de la referida sociedad.

Asimismo, adujo que la proveedora denunciada mandó a publicar el anuncio que apareció en la página once del periódico _____ el día veinticinco de julio de dos mil catorce, el cual contenía las siguientes leyendas, en la parte superior, "Despertá tu vida Smart con el que recibes más y pagas menos Te devolvemos lo que pagas en saldo para hablar a TODAS LAS REDES". En la parte media, junto a la imagen de un teléfono celular con íconos de aplicaciones móviles,

Antes \$64.99 Precio \$53.99". Y en la parte inferior del anuncio, las condiciones de la oferta con un tamaño de letra menor "*PROMOCIÓN VÁLIDA DEL 25 AL 27 DE JULIO DE 2014 O MIENTRAS DUREN EXISTENCIAS * PRECIOS INCLUYEN IVA * PAQUETE DE BIENVENIDA INCLUYE EL VALOR DEL SMARTPHONE ADQUIRIDO EN SALDO PARA HABLAR Y MENSAJEAR A RED MÓVIL * IGB DE NAVEGACIÓN...*".

Expuso que la publicidad antes mencionada cabe dentro de la denominada publicidad falsa, puesto que la información que aparece en el texto más destacado hace referencia a que los consumidores que adquiriesen el producto ofrecido recibirían el monto pagado por el teléfono celular, en saldo para hablar a todas las redes de telefonía, mientras que las restricciones finales señalan que dicho monto se devolverá en saldo para hablar y mensajear únicamente a red tigo móvil.

Acotó que la falsedad de la publicidad radica en las condiciones que se describen al final del anuncio, las cuales contradicen y restringen completamente la posibilidad de cumplir con lo ofrecido en el primer componente del comunicado publicitario.

En consecuencia, manifestó que los hechos anteriores configuran la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en relación a los artículos 4 letra d) y 31 de la LPC.

Mediante auto a folios 14 y 15, este Tribunal admitió la denuncia interpuesta por la
contra ahora

. Asimismo, se tuvo por parte a la mencionada

Además, a efecto de mejor proveer se solicitó la opinión al Consejo Nacional de la Publicidad. También, se ordenó notificar a la sociedad denunciada conforme lo dispone el artículo 145 de la LPC.

Posteriormente, el día treinta y uno de octubre de dos mil catorce, las licenciadas
y en calidad de apoderadas de
, presentaron escrito que consta de folios 19 al 21, junto con copia del testimonio de poder general judicial que aparece de folios 48 al 51, con la que acreditan su personería; documentos que constan de folios 22 al 47, y un disco compacto agregado a folios 52.

En el referido escrito, las profesionales expusieron que en fecha veinticinco de julio de dos mil catorce, su mandante difundió a través del periódico " " una publicación en la que se ofreció la promoción denominada *"DESPERTÁ TU VIDA SMART CON EL QUE RECIBES MÁS Y PAGAS MENOS. TE DEVOLVEMOS LO QUE PAGAS EN SALDO PARA HABLAR A TODAS LAS REDES"*, y en las restricciones de la misma se consignó: *"PAQUETE DE BIENVENIDA INCLUYE EL VALOR DEL SMARTPHONE ADQUIRIDO EN SALDO PARA HABLAR Y MENSAJEAR A RED MÓVIL + 1GB DE NAVEGACIÓN AMBOS CON VIGENCIA DE 30 DÍAS... EL SALDO NO APLICA PARA HABLAR A OTRAS REDES"*.

Asimismo, señalaron que no obstante lo anterior, la promoción fue activada a ochocientos cincuenta y seis (856) clientes a quienes no se les aplicó ninguna restricción; es decir, se les respetó la oferta principal contenida en el mensaje captatorio y por tanto recibieron el valor del "Smartphone" en saldo para hablar a todas las redes; aseguraron, que lo antes dicho puede acreditarse con el detalle técnico de los clientes activados a la oferta y su resumen, en los que se verifica el número total de clientes que activaron la oferta, el valor del teléfono aplicado en saldo y el uso del saldo para hablar a todas las redes.

Por otra parte, manifestaron que el día catorce de agosto de dos mil catorce, su representada publicó una "FE DE ERRATA" en dos de los periódicos de mayor circulación, el "El Comercio" y "El Comercio", señalándose en la misma que "Por un error involuntario en la publicación del día viernes 25 de julio de 2014 de [redacted] h. el mensaje principal "Te devolvemos el saldo para hablar a todas las redes", difería con las condiciones al pie del anuncio, específicamente en el siguiente punto: "El saldo no aplica para hablar a otras redes", siendo lo correcto "El saldo aplica para hablar a otras redes"...".

De igual manera, adujeron que [redacted] mediante la página de "Transparencia Activa (<http://www.transparenciaactiva.gob.sv/>)" el día trece de agosto de dos mil catorce, difundió "que todos los clientes que aplicaron a la promoción (un total de 856) obtuvieron los beneficios de la misma pues por la compra de su Smartphone [redacted] del 25 al 27 de julio, se les acreditó \$53.99 en saldo para hablar a todas las redes, con una vigencia de 30 días...".

En consecuencia, argumentaron que no se infringió el principio de veracidad, pues se cumplió con lo ofrecido en la parte destacada de la publicidad, y siendo que la realidad del producto coincidía con lo ofrecido, los hechos denunciados no pueden configurar la infracción por ordenar publicidad engañosa o falsa, por lo que solicitaron se absolviera a su representada.

A folios 53 consta oficio número 12/2015, de fecha seis de marzo de dos mil quince, mediante el cual se solicitó opinión al Consejo Nacional de la Publicidad.

Mediante auto a folios 54, se dio por recibido el escrito antes referido, y la documentación adjunta. Asimismo, se tuvo por parte a la sociedad denunciada por medio de las licenciadas [redacted], en calidad de apoderadas. Además, se abrió a prueba el presente procedimiento.

A folios 57 consta la certificación de la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad, el día veintidós de agosto de dos mil quince, en la que acuerda que la publicidad objeto del reclamo constituye publicidad engañosa.

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 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.

I. 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) Página número once del periódico denominado " " de fecha veinticinco de julio de dos mil catorce, en la que consta un anuncio publicitario ordenado por

S.A. de C.V. –folios 12–.

b) Copias de un comunicado bajo la leyenda "FE DE ERRATA", de fecha catorce de agosto de dos mil catorce, publicado en el " " y en " " –folios 22 al 24 –.

c) Copia de comunicado que manifiesta la proveedora haber realizado en la página de "Transparencia Activa" el día trece de agosto de dos mil catorce –folios 25–. Se advierte, que en dicha copia no se verifica enlace o dirección de alguna página web.

d) Documento denominado resumen de detalle técnico de clientes que activaron la promoción: "DESPERTÁ TU VIDA SMART CON EL QUE RECIBES MÁS Y PAGAS MENOS. TE DEVOLVEMOS LO QUE PAGAS EN SALDO PARA HABLAR A TODAS LAS REDES" –folios 26 al 43–.

e) Disco compacto que contiene en formato digital detalle técnico de clientes que activaron la referida promoción –folios 52–.

f) Certificación de la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad –folios 57–.

C. La , expuso que

ordenó la difusión de publicidad falsa o engañosa en perjuicio del interés económico de las y los clientes de los servicios de telefonía e internet móvil de la referida sociedad.

Adujo, que el día veinticinco de julio de dos mil catorce, en la página once del periódico denominado apareció un anuncio publicitario respaldado por la proveedora mencionada, el cual contenía las siguientes leyendas, en la parte superior, "*Despertá tu vida Smart con el que recibes más y pagas menos Te devolvemos lo que pagas en saldo para hablar a TODAS LAS REDES*". En la parte media, junto a la imagen de un teléfono celular con íconos de aplicaciones móviles, "*Antes \$64.99 Precio \$53.99*". Y en la parte inferior del anuncio, las condiciones de la oferta con un tamaño de letra menor "*PROMOCIÓN VÁLIDA DEL 25 AL 27 DE JULIO DE 2014 O MIENTRAS DUREN EXISTENCIAS * PRECIOS INCLUYEN IVA * PAQUETE DE BIENVENIDA INCLUYE EL VALOR DEL SMARTPHONE ADQUIRIDO EN SALDO PARA HABLAR Y MENSAJEAR A RED MÓVIL + 1GB DE NAVEGACIÓN...*"

Expuso, que la publicidad antes mencionada cabe dentro de la denominada publicidad falsa puesto que la información que aparece en el texto más destacado hace referencia a que los consumidores que adquiriesen el producto ofrecido recibirían el monto pagado en saldo para hablar a todas las redes de telefonía, mientras que las restricciones finales señalan que dicho monto se devolverá en saldo para hablar y mensajear únicamente a red móvil.

Acotó, que la falsedad de la publicidad radica en las condiciones que se describen al final del anuncio, las cuales contradicen y restringen completamente la posibilidad de cumplir con lo ofrecido en el primer componente del comunicado publicitario.

En consecuencia, manifestó que los hechos anteriores configuran la infracción regulada en el artículo 43 letra g) en relación a los artículos 4 letra d) y 31 de la LPC.

D. Por su parte, las apoderadas de la proveedora manifestaron que en fecha veinticinco de julio de dos mil catorce, su mandante difundió a través del periódico una publicación en la que se ofreció la promoción denominada "DESPERTA TU VIDA SMART CON EL QUE RECIBES MÁS Y PAGAS MENOS. TE DEVOLVEMOS LO QUE PAGAS EN SALDO PARA HABLAR A TODAS LAS REDES", y en las restricciones de la misma se consignó: "PAQUETE DE BIENVENIDA INCLUYE EL VALOR DEL SMARTPHONE ADQUIRIDO EN SALDO PARA HABLAR Y MENSAJEAR A RED MÓVIL + 1GB DE NAVEGACIÓN AMBOS CON VIGENCIA DE 30 DÍAS... EL SALDO NO APLICA PARA HABLAR A OTRAS REDES".

Asimismo, señalaron que no obstante lo anterior, la promoción fue activada a ochocientos cincuenta y seis (856) clientes a quienes no se les aplicó ninguna restricción; es decir, se les respetó la oferta principal contenida en el mensaje captatorio y por tanto recibieron el valor del "Smartphone" en saldo para hablar a todas las redes; aseguraron, que lo antes dicho puede acreditarse con el detalle técnico de los clientes activados a la oferta que se encuentra en formato digital en el disco compacto agregado a folios 52, y con el resumen de dicho detalle que aparece en el documento que consta de folios 26 al 43, en los que se verifica el número total de clientes que activaron la oferta, el valor del teléfono aplicado en saldo y el uso del saldo para hablar a todas las redes.

Por otra parte, manifestaron que el día catorce de agosto de dos mil catorce, su representada publicó una "FE DE ERRATA" en dos de los periódicos de mayor circulación, el y , señalándose en la misma que "Por un error involuntario en la publicación del día viernes 25 de julio de 2014 de Smart versión el mensaje principal "Te devolvemos el saldo para hablar a todas las redes", difería con las condiciones al pie del anuncio, específicamente en el siguiente punto. "El saldo no aplica para hablar a otras redes", siendo lo correcto "El saldo aplica para hablar a otras redes"...

De igual manera, adujeron que mediante la página de "Transparencia Activa (<http://www.transparenciaactiva.gob.sv/>)" el día trece de agosto de dos mil catorce, difundió "que todos los clientes que aplicaron a la promoción (un total de 856) obtuvieron los beneficios de la misma pues por la compra de su al 27 de julio, se les acreditó \$53.99 en saldo para hablar a todas las redes, con una vigencia de 30 días...".

En consecuencia, argumentaron que no se infringió el principio de veracidad, pues se cumplió con lo ofrecido en la parte destacada de la publicidad, y siendo que la realidad del producto coincidía con lo ofrecido, los hechos denunciados no pueden configurar la infracción por ordenar publicidad engañosa o falsa, por lo que solicitaron se absolviera a su representada.

E. Al respecto, se reitera 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.

En segundo término, es necesario destacar, que los proveedores tienen la libertad de determinar el contenido de su publicidad; no obstante, esta 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 su 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 personalmente al proveedor para recibir aclaraciones sobre el anuncio publicitario.

Ahora bien, aplicado al caso de autos, al hacer un análisis del anuncio publicitario, efectuado por la sociedad denunciada, se comprueba que existe una contradicción entre lo ofrecido en la parte destacada del anuncio y lo consignado en las restricciones o limitantes de la promoción, ya que en el mismo se ofreció que se devolvería lo pagado por el aparato telefónico en saldo para hablar *a todas la redes*, y a la vez, en las condiciones de la promoción se consignó que el saldo se reintegraría para hablar y mensajear *a red móvil* lo que resulta evidentemente contradictorio.

En consecuencia, lo contrapuesto del anuncio publicitario realizado por la proveedora denunciada, en cuanto a las condiciones esenciales de la promoción, por sí mismo, es capaz de inducir a error, engaño o confusión a los consumidores, pues estos no tendrían claridad sobre cuál de las condiciones sería aplicada en el momento de la contratación, a menos que se presentaran al establecimiento del proveedor a solicitar su explicación, situación que no es exigible, pues se reitera que el anuncio publicitario debe contener 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 con anterioridad a la fase pre-contractual.

Así, no son atendibles los argumentos expresados por las apoderadas de la proveedora, en cuanto a que la promoción fue activada a ochocientos cincuenta y seis (856) clientes a quienes no se les aplicaron restricciones; es decir, se les respetó la oferta principal contenida en el mensaje captatorio y por tanto recibieron el valor del "Smartphone" en saldo para hablar a todas las redes, ya que, *en el contexto de la LPC, la publicidad engañosa o falsa se configura con el simple hecho de difundirse y exponer su contenido a un número indeterminado de consumidores, pues por su naturaleza la publicidad comercial se vale de medios de comunicación con un alcance nacional o regional;* y no se desvirtúa porque el proveedor con posterioridad a la misma, cumpla con las condiciones más favorables a los consumidores que llegaron a su establecimiento comercial a contratar el bien o el servicio.

Aunado a lo anterior, se debe destacar que *la afectación que produce la publicidad engañosa, tiene un carácter predominantemente difuso; es decir, que los afectados con la misma no solo fueron los consumidores que se presentaron a la proveedora para solicitar el bien o el servicio, sino todos aquellos que estuvieron expuestos al anuncio publicitario.* los que

potencialmente invirtieron tiempo en investigar o aclarar la publicidad objeto de la denuncia, inclusive los consumidores que por lo engañoso del anuncio decidieron no contratar.

Asimismo, se resalta que el alcance masivo característica inherente de la publicidad comercial, y la importancia del derecho que tienen los consumidores a que se les informe de forma clara, veraz, completa y oportuna sobre las condiciones esenciales de los bienes o servicios que se ofrecen mediante la misma, impone a los proveedores el deber de revisar diligentemente el contenido del anuncio o promoción, con anterioridad a su publicación, de tal manera que éste se ajuste a los parámetros legales; en especial, tratándose de las condiciones esenciales de la contratación; en consecuencia, *la utilización de un comunicado posterior que contenga una fe de errata, que pretenda aclarar una publicidad comercial con contenido falso, engañoso u omisivo, no puede desvirtuar o justificar la infracción por realizar publicidad engañosa o falsa; ya que, solo puede tener efectos hacia el futuro, y de manera limitada, pues no puede garantizarse a cabalidad que será conocida por el mismo número de consumidores que fueron afectados por el anuncio publicitario engañoso.*

Y es que, como ya se expuso *la infracción por realizar publicidad engañosa o falsa se configura con el simple hecho de difundirse y exponer su contenido a un número indeterminado de consumidores, que se serían afectados al no conocer con claridad las condiciones de la posible contratación.*

En el presente caso, si bien se publicó una fe de errata, ésta, *per se*, no exime de responsabilidad, pues la publicidad fue difundida, máxime, cuando transcurrieron más de quince días después de la fecha en que se publicó la promoción.

En ese sentido, una empresa profesional debe responder por los errores cometidos, a título, incluso, de simple negligencia, por cuanto no pueden ser los consumidores quienes asuman las consecuencias de un anuncio con deficiencias de información o por lo contradictorio de su contenido.

Finalmente, se debe resaltar que el Consejo Nacional de la Publicidad, el cual por medio de la Comisión de Autorregulación Publicitaria, emitió el acuerdo de fecha veintidós de agosto de dos mil quince, que consta a folios 57, declarando que con la lectura del texto principal contenido en la pieza publicitaria objeto de estudio, *se evidencia una contradicción en la información, ya que al leer las restricciones de la promoción u oferta, se verifica una contraposición con lo expuesto en*

su parte principal, por lo que determinó que los hechos denunciados configuran publicidad engañosa.

En razón de lo anterior, al comprobarse que el anuncio objeto de análisis contenía información contradictoria sobre las condiciones que regularían la contratación, afectando de manera directa el derecho de los consumidores a *recibir información clara*, veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que se publicitan, se configura la infracción por realizar publicidad engañosa, regulada en el artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC, consistente en realizar publicidad engañosa.

VI. Habiéndose comprobado que la sociedad .. incurrió en la infracción contemplada en el artículo 43 letra g) en concordancia con el artículo 31 letra b) de la LPC, 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. Asimismo, la proveedora actuó con negligencia al no verificar que el contenido del anuncio publicitario no se presentara confuso o contradictorio capaz de provocar error o engaño en la perfección de los consumidores.

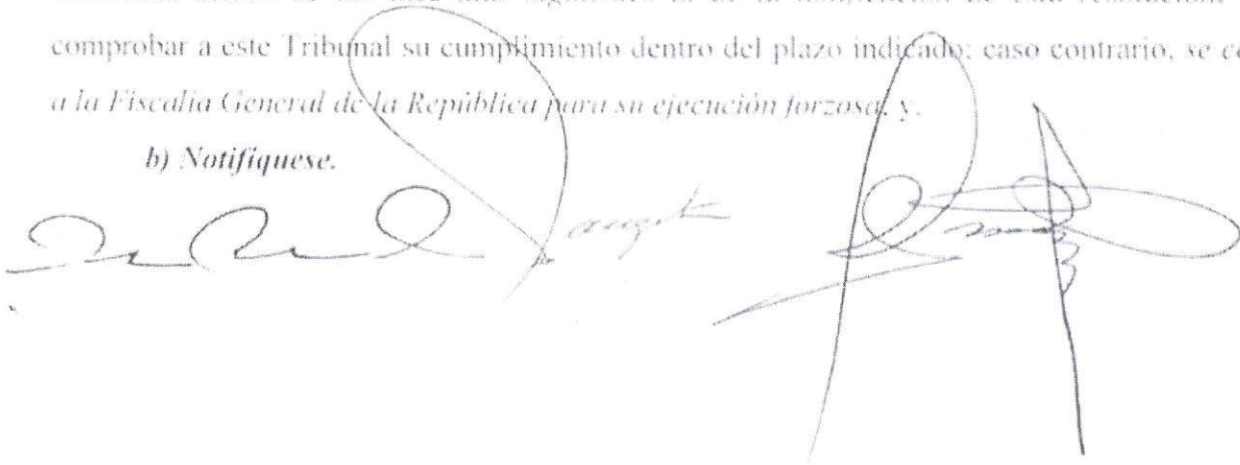
De igual manera, si bien no se ha comprobado de forma concreta un daño a una persona en particular, se ha valorado el menoscabo de los consumidores de forma potencial, por realizarse una promoción o publicidad con información incompleta; así como el hecho de ausencia del debido cuidado o diligencia, 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, 40, 43 letra g), 46, 146 y 147 de la Ley de Protección al Consumidor; este Tribunal RESUELVE:

a) *Sanciónese* a la sociedad con la cantidad de DIECISEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES (S16,590.00), equivalentes a setenta salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, en concepto de multa por la comisión de la infracción al artículo 43 letra g) en relación al artículo 31 letra b) de la LPC, por realizar publicidad engañosa o falsa.

Dicha multa deberá hacerse efectiva 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) *Notifíquese*.



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

