

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



LA POTESTAD DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR EN LA
DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD ENGAÑOSA O FALSA DE LA
PUBLICIDAD SOBRE EL CONSUMIDOR

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:

CAMPOS DE ANGEL, GLORIA ROXANA
ESCAMILLA TORRES, RUTH ELOISA
MOZA HERNÁNDEZ, MARÍA YESENIA

DOCENTE ASESOR:

MSC. VAQUERANO, NELSON ARMANDO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO 2017.

HONORABLES MIEMBROS DEL TRIBUNAL CALIFICADOR.

DOCTOR. MATEO ALVAREZ GUZMAN.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

DOCTOR. LUIS ALONSO RAMIREZ MENENDEZ.
SECRETARIO DEL TRIBUNAL

MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIERREZ.
VOCAL.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MAESTRO ROGER ARMANDO ARIAS
RECTOR

DOCTOR MANUEL DE JESUS JOYA
VICERRECTOR ACADEMICO

INGENIERO NELSON BERNABE GRANADOS ALVARADO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

MAESTRO CRISTOBAL RIOS
SECRETARIO GENERAL

LICENCIADO RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARIN
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DECANA

DOCTOR JOSE NICOLAS ASCENCIO HERNANDEZ
VICEDECANO

LICENCIADO JUAN JOSE CASTRO GALDAMEZ
SECRETARIO

LICENCIADO RENE MAURICIO MEJIA MENDEZ
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO MIGUEL ÁNGEL PAREDES BERMUDEZ
DIRECTOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACION

LIC. MARÍA MAGDALENA MORALES
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION
DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

DEDICATORIA

Primero a Dios Todopoderoso que me ha ayudado a salir de todos los momentos más difíciles de mi vida.

A mi madre que me dio la vida y me ha cuidado y ayudado hasta el día de ahora.

A mi esposo que ha estado siempre ayudándome en las buenas y en las malas.

A mis hijos que me han soportado en las buenas y en las malas en todo lo que involucra un estudio superior.

A mis compañeras de tesis que siempre me han ayudado y apoyado en mis momentos malos y buenos para salir adelante con este trabajo de graduación.

A toda mi familia que siempre me ha ayudado en todo.

A mi asesor de tesis por habernos instruido, formado y ayudado en todo el camino de nuestra tesis.

Gloria Roxana Campos de Angel.

DEDICATORIA

A DIOS.

Por haberme dado inteligencia para seguir adelante en mis estudios y haber culminado mi carrera.

A MI MADRE.

Por haberme ayudado en todo, por darme su apoyo y cariño.

A MI HIJA.

A mi hija por haber estado conmigo en las buenas y en las malas, y por haberla sacrificado para la realización de mí trabajo.

A MI ASESOR DE TESIS.

Por su excelente aportación intelectual en el desarrollo y terminación de nuestra investigación.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS.

A mis amigas Yesenia y Roxana, por toda su ayuda y aportación para el desarrollo y culminación de nuestro trabajo.

A MI FAMILIA.

Por toda su ayuda incondicional.

Ruth Eloisa Escamilla Torres.

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo de graduación primordialmente a **Dios** por haberme dado la fuerza y perseverancia a lo largo de este camino que hoy culmina.

A mi amada **Familia**, mis padres **Jorge Moza**, **Juanita de Moza** mi **hermanita Johana Moza** y a mi **hija** que son el motor de mi vida sin su apoyo no hubiese podido alcanzar esta meta que más que mío es un logro de todos, por creer siempre en mí y apoyarme en todas las decisiones de mi vida

A mis compañeras de tesis y amigas: **Ruth Escamilla** y **Roxana Campos** por perseverar juntas en este esfuerzo, porque Dios no se equivocó al momento de unirnos en esta lucha.

A todos mis amigos, en especial a: **Patricia Monroy**, **Rodrigo Hernández**, **Lupita Guzmán**, **Dina Alvarenga** y **Georgina Alvarado**, porque me enseñaron a no rendirme y a luchar por mis sueños y que aún en la distancia el lazo que nos une se hace más fuerte con el tiempo.

Y en especial a todos los que de una u otra manera, me han apoyado para conseguir este logro en mi vida.

María Yesenia Moza Hernández.

INDICE

RESUMEN

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

INTRODUCCIÓN

i

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PUBLICIDAD

1.1. Prehistoria de la publicidad: Mundo antiguo y feudal	1
1.1.1. La publicidad oral: Del heraldo al pregonero	2
1.1.2. Las enseñas y su contenido	4
1.1.3. La publicidad escrita: El cartel	6
1.2. La publicidad inglesa primitiva	9
1.2.1. Publicidad en los periódicos primitivos	
1.3. La publicidad primitiva norteamericana	11
1.3.1. Benjamín franklin	
1.3.2. Phineas Barnum	12
1.3.3. La guerra civil	
1.4. La publicidad a principios del siglo XX	13
1.4.1. La primera guerra mundial	14
1.4.2. La publicidad en los veinte	
1.5. La publicidad moderna	16
1.6. Antecedentes de la publicidad falsa o engañosa en Europa	17
1.6.1. Publicidad engañosa en el derecho Alemán	
1.6.2. Publicidad engañosa en el derecho Francés	18
1.7. Antecedentes de la publicidad falsa o engañosa en Latinoamérica	19
1.7.1. Publicidad engañosa en Argentina	
1.7.2. Publicidad engañosa en Colombia	21
1.8. Antecedentes históricos de la publicidad en El Salvador	24
1.9. Antecedentes históricos de la protección al consumidor en El Salvador	26

1.9.1. Orígenes de la protección al consumidor	
1.9.2. Creación de la ley de protección al consumidor de 1992	29
1.9.3. Creación de la ley de protección al consumidor de 1996	32
1.9.4. Creación de la ley de protección al consumidor vigente	36

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES TEÓRICAS DE LA PUBLICIDAD

2.1. Concepto de publicidad	40
2.2. Publicidad engañosa, ilícita o falsa	42
2.2.1. Engañosa	
2.2.2. Ilícita	43
2.2.3. Falsa	
2.2.4. Naturaleza jurídica	44
2.2.5. Tipos de publicidad engañosa	46
2.2.5.1. Publicidad engañosa por acción	
2.2.5.1.1. Falsa representación	
2.2.5.1.2. Información ambigua, poco clara o confusa	47
2.2.5.1.3. Simulación de hechos falsos o deformación de Hechos verdaderos	48
2.2.5.1.4. Comportamiento concluyente	
2.2.5.2. Publicidad falsa	
2.2.5.3. Publicidad engañosa por omisión	49
2.2.5.3.1. Falta de información total o parcial	
2.2.5.3.2. Frases omisas	50
2.2.5.3.3. Publicidad no oportuna	51
2.2.5.4. Por acción	
2.2.5.5. Por omisión	
2.2.5.6. Comparativa engañosa	52
2.2.5.7. Encubierta	
2.2.5.8. Exagerada	

2.2.6. La publicidad y la relación de consumo	
2.2.7. El error en la relación de consumo	59
2.2.7.1. La información dentro del mensaje publicitario	60
2.2.7.2. El error producto de la falsa representación de la realidad en los consumidores	62
2.2.8. El engaño en la relación de consumo	63
2.2.8.1. El engaño	
2.2.9. El dolo	65
CAPÍTULO III	
MARCO JURIDICO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.	
3.1. Marco Jurídico Nacional	68
3.1.1. Constitución de la república de El Salvador	
3.1.2. Ley de protección al consumidor	71
3.1.3. Reglamento de la ley de protección al consumidor	77
3.1.4. Código de ética publicitaria	79
3.1.5. Precedentes administrativos	80
3.2. Marco Jurídico Internacional	88
3.2.1. Pacto internacional de derechos civiles y políticos	
3.2.2. Convención americana de los derechos humanos	89
3.2.3. Código marco referencial de defensa del usuario y del consumidor del parlamento latinoamericano	91
3.2.4. Convenio constitutivo del consejo centroamericano de protección al consumidor	93
3.3. Marco Jurídico Extranjero	95
3.3.1. Alemania	
3.3.2. Francia	98
3.3.3. Italia	101
3.7.4. Portugal	103
3.3.5. Argentina	105

3.3.6. Colombia	107
3.3.7. México	109

CAPÍTULO IV.

ESTABLECER LA CAPACIDAD ENGAÑOSA O FALSA DE LA PUBLICIDAD SOBRE LOS CONSUMIDORES.

4.1. Criterios jurisprudenciales adoptados por el tribunal sancionador de la defensoría del consumidor	111
4.1.1. Criterios sobre el ius puniendi del estado	
4.1.2. Criterios sobre el principio de legalidad	113
4.1.3. Criterios sobre determinar si la publicidad tiene relación con el derecho del consumo y si existe una relación contractual entre el proveedor y el consumidor	116
4.1.3.1. La publicidad	117
4.1.3.2. La persuasión	
4.1.3.3. Verificar que se cumplan los principios de veracidad y claridad dentro de la publicidad	119
4.1.3.4. Establecer la forma en que se presenta la publicidad	120
4.1.3.4.1. Datos total o parcialmente falsos	
4.1.3.4.2. Omisión de datos importantes	
4.1.3.4.3. Cualquier otra forma	121
4.1.4. Criterios sobre el derecho a la información	
4.1.5. Criterios sobre publicidad engañosa	124
4.1.6. Criterios sobre la protección a la libertad de elección del consumidor	125
4.1.7. Criterios sobre la sana crítica	
4.2. Comprobación de hipótesis planteadas	126
Conclusiones y Recomendaciones.	
Conclusiones	130

Recomendaciones	133
Glosario	134
Bibliografía	136
Anexos	142

RESUMEN

Se inicia esta investigación, destacando la importancia que tiene la publicidad en nuestro país, ya que esta da paso a una clase de publicidad en especial que está establecida o tipificada en nuestra legislación salvadoreña, es decir en la Ley de Protección al Consumidor vigente de nuestro país, dicha clase de publicidad es la publicidad engañosa o falsa.

Posteriormente se hace un recorrido en la historia desde el mundo antiguo y feudal, para cada época de la historia del ser humano, tomando en cuenta diferentes aspectos y características de cada época en específico, llegando así a la publicidad que tenemos hoy en la actualidad con todas sus fases y etapas, es así como se desarrolla también la publicidad engañosa o falsa.

Mediante diferentes autores se detalla una serie de conceptos básicos para poder comprender que es la publicidad en sí, sus diferentes derivaciones, sus alcances, los principios y los derechos que tienen los consumidores ante los proveedores de bienes y servicios, tomando en cuenta que una de las derivaciones de la publicidad es la publicidad engañosa o falsa y esta es aquella que induce al error al consumidor en el momento de hacer la compra de un bien o servicio, es aquí donde hay un choque entre el consumidor y el proveedor, ya que hay una clara violación a los derechos que tienen los consumidores.

Finalizando se realiza un estudio sobre los criterios jurisprudenciales que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, utiliza para establecer si un proveedor de bienes o servicios a incurrido en publicidad engañosa o falsa es así como se le puede establecer un pago o indemnización por los daños que causa la dicha publicidad al consumidor. En

materia de consumidores se ha realizado diferentes reformas y avances a la Ley de Protección al Consumidor y su Reglamento, siendo el Estado el ente que garantice el cumplimiento de los derechos del consumidor

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

aC.	antes de Cristo.
Art.	Artículo.
dC.	después de Cristo
Cn.	Constitución.
Etc.	Etcétera.
Pág.	Página.

SIGLAS

CARACOL	Cadena radial Colombiana de televisión.
CI	Consumers Internationals.
CNP	Consejo Nacional de la Publicidad.
CDC	Centro para la Defensa del Consumidor.
CEP	Código de Ética Publicitaria.
COFEPRIS	Comisión Nacional para la protección contra riesgos Sanitarios.
CONCADECO	Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor.
CP	Código Penal.
DC	Defensoría del Consumidor
EE.UU.	Estados Unidos.
IEJES	Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador.
LPC	Ley de Protección al Consumidor.

ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PARLATINO	Parlamento Latinoamericano.
PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor.
RCN	Radio Cadena Nacional.
RLPC	Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.
SNPC	Sistema Nacional de Protección al Consumidor.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo titulado “La Potestad de la Defensoría del Consumidor en la determinación de la capacidad engañosa o falsa de la publicidad sobre el consumidor.”, ha sido elaborado con el objeto de dar a conocer la efectividad de la potestad sancionadora del Estado, a través del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en El Salvador, por medio de los criterios jurisprudenciales de las resoluciones y proporcionar una guía de estudio para que la misma sirva a los lectores como ilustración sobre la temática planteada.

Los derechos de los consumidores son de vital importancia ya que buscan un bienestar para toda la colectividad, protegiendo sus intereses, teniendo en cuenta las necesidades de los consumidores y que deben de tener acceso a productos que no sean peligrosos, a través de una protección adecuada y un efectivo cumplimiento de sus derechos plasmados en la ley de protección al consumidor. La Defensoría del Consumidor posee casos en los cuales han sido vulnerados derechos a través de la publicidad engañosa o falsa, afectando a un número determinado o indeterminado de consumidores, que están vinculados con un proveedor en una relación contractual.

Los consumidores como parte de este país deben de contar por parte del estado de una institución que vele y defienda sus intereses ante una eventual vulneración a estos derechos, siendo así la defensoría del consumidor la encargada de mantener políticas de protección al consumidor para que estos tengan acceso a productos más seguros y sean protegidos de la publicidad engañosa o falsa; e imponer sanciones a aquellas empresas que violenten los derechos de los consumidores, para que se pueda fomentar un

comportamiento más ético y consiente por parte de los empresarios.

Con la potestad de la Defensoría del Consumidor en la determinación de la capacidad engañosa o falsa de la publicidad, se verifica aquellas empresas que vulneran los derechos de los consumidores. Tiene relevancia social puesto que toda la población como parte de un conglomerado, utilizan relaciones de consumo, la cual ocupa un lugar muy importante dentro de una sociedad, puesto que esto genera la producción, comercialización, distribución, transporte de bienes y prestación de servicios, además de incidir en los intereses colectivos de los habitantes en su carácter de consumidores y usuarios, para que haya un buen funcionamiento del mercado.

En primer lugar en la hipótesis general se plasma que La Defensoría del Consumidor no tutela adecuadamente el derecho a la información de los consumidores con referencia a la publicidad engañosa o falsa. En segundo lugar las hipótesis específicas son: responsabilidad de la Defensoría del Consumidor para garantizar el control del derecho a la información de los consumidores, debido a que esta es el responsable de verificar la publicidad que generan los proveedores de servicios y productos. La publicidad engañosa o falsa traiciona la confianza del consumidor; al ser vulnerado el derecho a la información, los consumidores conocen los tipos de publicidad que los proveedores de bienes y servicios prestan o dan a los consumidores.

Los consumidores al informarse de la publicidad de bienes y servicios que emiten los proveedores, los consumidores conocen las características antes de comprar el bien o servicio; al no conocer sus derechos el consumidor no denuncia al proveedor de un producto y servicio que ha sido publicitado de forma engañosa o falsa; a mayor interposición de denuncias por parte del consumidor, menor infracción de la ley por parte del proveedor y el derecho a

la información está relacionado con la publicidad engañosa o falsa, en el sentido que a mayor publicidad hacia el consumidor, mayor información de sus derechos como consumidor; a través de este trabajo se pudo concluir que el sistema de hipótesis elaborado, no constituía una herramienta básica para la elaboración de la investigación.

Los objetivos a demostrar en la investigación son los siguientes: objetivos general establecer como la potestad de la Defensoría del Consumidor determina la capacidad falsaria o engañosa de la publicidad sobre el consumidor y elaborar un artículo en donde se establezca una sanción adecuada al daño o perjuicio recibido por el consumidor en cuanto a la publicidad engañosa o falsa que el proveedor a emitido. Objetivos particulares: 1- Identificar los antecedentes históricos de la publicidad engañosa o falsa. 2- Analizar el fundamento doctrinario y teórico de la publicidad engañosa o falsa. 3- Estudiar la legislación salvadoreña con respecto a publicidad engañosa o falsa. 4- Analizar la legislación en materia de derecho de información de los consumidores con respecto a publicidad engañosa o falsa de otros países con la legislación nacional. 5- Estudiar la potestad de la Defensoría del Consumidor en la determinación de La capacidad engañosa o falsa de la publicidad sobre el consumidor. 6- Establecer criterios para identificar conductas de Publicidad engañosa o falsa.

Es importante el estudio de este problema ya que el estado debe de promover el desarrollo económico y social, y por lo tanto las leyes deben de ser instrumentos útiles para promoverlos, y deben de apostar a una mejora en el bienestar de la población salvadoreña, en su dimensión de consumidoras y consumidores. Con la potestad de la Defensoría del Consumidor en la determinación de la capacidad engañosa o falsa de la

publicidad, va a verificar a aquellas empresas que vulneran los derechos de los consumidores y con ello se tendrá el conocimiento empírico y con ese conocimiento se puede trabajar con programas de capacitación para dar a conocer a la población sus derechos que tienen como consumidores que son, y enseñarles que ante la vulneración de estos tienen derecho a seguir un procedimiento sancionatorio en contra de la entidad que cometió faltas a la Ley de Protección al Consumidor, en base a la publicidad engañosa o falsa. Es decir que son personas que tienen derechos en el ámbito del consumo y que también tienen deberes, aunque por años se han cometido una serie de abusos e injusticias en contra de los consumidores.

En este proyecto la investigación se basará y fundamentará en investigación Socio-Jurídica o Empírica, utilizaremos elementos bibliográficos y por consiguiente doctrinarios y de derecho comparado, así como también todo tipo de instrumentos jurídicos, para realizar nuestra investigación cuyo objeto de estudio son los derechos de los consumidores en El Salvador. El estudio a realizar pretende cubrir tres niveles del conocimiento los cuales son: el nivel científico descriptivo, el nivel explicativo y el nivel descriptivo.

Las unidades de análisis a utilizar fueron la Constitución de la República de El Salvador de 1983 y sus reformas, la Ley de Protección al Consumidor y Reglamento de Protección al Consumidor y Código de Ética Publicitaria; y confrontar la publicidad engañosa o falsa con los convenios, tratados y el derecho extranjero y resoluciones del Tribunal Sancionador. Los organismos a visitar fueron la Defensoría de Protección al Consumidor, Tribunal Sancionador como ente encargado de imponer las sanciones, Consejo Nacional de la Publicidad y Centro para la Defensa del consumidor que defiende los intereses de los consumidores (CDC).

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia a través de las sentencias dictadas para administrar justicia, y análisis de sentencias que traten de la publicidad engañosa o falsa. Para realizar esta investigación y alcanzar los objetivos, se realizara la aplicación de los siguientes métodos de investigación se utilizaran el de análisis, observación y las opiniones de los autores que han abordado el tema, con las cuales podemos esclarecer las hipótesis que se establecen en la investigación. El fundamento del marco referencial histórico, teórico y doctrinario del problema, será obtenido a través del método bibliográfico y documental por medio de los precedentes emitidos por el tribunal sancionador y sentencias de la sala de lo contencioso, el cual permite obtener la información actual y precisa sobre la publicidad engañosa o falsa.

Como en toda investigación surgieron algunos inconvenientes o limitaciones que dificultaron la investigación, la recopilación de información fue un poco más ardua de lo normal, debido a que el derecho de consumo es relativamente nuevo en nuestro país por esta razón los recursos son más limitados y las fuentes bibliográficas son escasas, no así en el derecho comparado, ya que se logró hacer un aporte muy significativo en cuanto al tema investigado.

El capítulo uno, contempla los antecedentes históricos sobre publicidad, como ha venido evolucionando desde el mundo antiguo hasta la actualidad, así también la evolución de la publicidad engañosa en diferentes países del mundo y en el nuestro y cuáles son los orígenes de la protección del consumidor y como ha ido reformándose la ley de protección al consumidor. En el capítulo dos se dan a conocer las consideraciones teóricas sobre la publicidad, concepto, naturaleza, los

tipos de publicidad engañosa y la publicidad con la relación de consumo, el dolo y el error y su incidencia en la publicidad.

En el capítulo tres se establecen las normas nacionales, internacionales y extranjeras sobre publicidad engañosa; también un análisis de los precedentes administrativos. En el capítulo cuatro se desarrollan los criterios que utiliza el Tribunal sancionador en sus resoluciones para la efectiva eficacia del poder del estado y además la comprobación de las hipótesis. Para finalizar se plantean las conclusiones y recomendaciones, las que como grupo hemos considerado, de acuerdo con los resultados obtenidos en la presente investigación, por medio de las cuales se demuestra que ante la constante violación de los derechos de los consumidores, existe un procedimiento por parte de la Defensoría del Consumidor, a la que podemos acudir los consumidores cuando se hallan violentado nuestros derechos por parte de los proveedores.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PUBLICIDAD.

En este capítulo se abordará la historia del mundo antiguo de cómo se llevó a cabo la publicidad en cada etapa de la historia de la humanidad, tomando en cuenta diferentes aspectos y características de cada época en específica, dando así diferentes tipos de publicidad y sus derivaciones. Estableciendo diferentes formas de publicidad para dar a conocer los productos o servicios que el proveedor quería proporcionar a los potentes consumidores.

1.1. Prehistoria de la Publicidad: Mundo Antiguo y Feudal.

La publicidad es tan antigua como la humanidad, afirmando, como hace la autora¹, que casi desde que existe el mundo se encuentran los anuncios, no deja de pertenecer al ambiente especulativo con que trabaja a menudo la investigación histórica del mundo primitivo. Cualquiera que intente encontrar un estricto sentido publicitario a los hallazgos arqueológicos de la antigüedad; está imprimiendo a una serie de manifestaciones de la vida cotidiana y cultural de los pueblos, un carácter informativo y una intención comercial que en absoluto poseen.

El estudio histórico de la publicidad en los mundos antiguo y feudal surge a partir de la descripción de una serie de manifestaciones religiosas, políticas, jurídicas, artísticas, culturales y económicas estrechamente vinculadas entre sí por lo cual es difícil aislarlas para encontrar un sentido estrictamente publicitario en alguna de ellas. Sin embargo se trata de buscar en qué medida y en qué condiciones la publicidad puede haber existido desde los

1 Diana Sampson, *Publicidad Comercial*, 2ªed. (México, 1974), 20.

tiempos más remotos y de encontrar un contexto unificado que permita trazar una historia sistemática de ella.

1.1.1. La Publicidad Oral: Del Heraldito al Pregonero.

Desde la época primitiva, el problema de la comunicación entre los hombres va de la mano al asentamiento en grupos sociales estructurados bajo la forma de tribu. El grito es, sin duda, el primer medio de comunicación que el hombre debió utilizar y es también, la forma más antigua de publicidad. Por medio del grito, el hombre primitivo anuncia la caza conseguida, recibe noticias de lo que ven sus vigías y comunica sus victorias: es la proclamación del instinto y el reflejo del sentimiento de pertenencia.

El grito primitivo se convertirá en el transcurso de los siglos en uno de los instrumentos fundamentales que necesitó el trueque de mercancías. La relación entre comercio y comunicación ha existido desde los tiempos más remotos en las civilizaciones de la antigüedad. Los artesanos libres podían viajar con las caravanas buscando un mercado para su oficio, los esclavos formaban parte de la mercancía. Pese a todo no parece que haya existido en la época primitiva una clase particular de población dedicada de forma exclusiva al comercio.

Sin embargo, el testimonio más antiguo de un comercio institucionalizado en los antiguos asentamientos urbanos se encuentra en las descripciones que Herodoto hizo de sus viajes por el imperio persa recogiendo además, relatos orales de muchas ciudades. Siendo el primer historiador de occidente, que cuenta que fue en Lydia² (Asia Menor) donde, además de inventarse las primeras monedas metálicas hacia el año 700 A. de C., se instalaron ahí mercaderes de forma permanente, colocando en la puerta de sus

² Enciclopedia Digital, "Historia de Anatolia", <http://www.anatolia.com>.

establecimientos a una persona encargada de atraer, mediante gritos ayudados con el sonido de algún instrumento, a los posibles compradores.³ Este historiador describe el comercio silencioso, practicado en los intercambios con el extranjero durante los primeros años de la historia griega y troyana en el que el grito se sustituía por la señal.

De la importancia del grito en la vida social y cultural de la Antigua Grecia se dio la figura del k erux (heraldo), era el ayudante del poder real siendo así el intermediario ideal entre la autoridad suprema y el pueblo, transmitiendo no solo las noticias de carácter público, sino también convocando o disolviendo las asambleas públicas y administrativas; pero el heraldo griego también estaba al servicio de los particulares y especialmente al de los comerciantes que ofrecían sus mercancías en las tiendas que surgieron en las plazas públicas.

La publicidad oral en roma se hallaba en la voz del praeco⁴, siendo este un digno heredero del kerux griego en cuanto que sus funciones abarcaban mucho más que vocear las mercancías puestas a la venta.

La publicidad oral alcanzó su época de máximo esplendor, a lo largo del periodo que en términos generales suele denominarse edad media. Si bien los testimonios escritos que permiten describir el universo social y económico de este periodo son más escasos que en el precedente, la investigación moderna⁵ permite trazar un cuadro bastante aproximado de la vida medieval que sirve para demostrar hasta qué punto la transmisión oral fue el medio

3 José Ramón Sánchez Guzmán, *Breve Historia de la Publicidad*, (Editorial Pirámide S.A. Madrid 1976), 48.

4 Que se traduce como "pregonero", y que se encuentra conformada por dos partes: el prefijo prae, que significa "antes", y el verbo vocare, que es s ınonimo de "llamar en voz alta".

5 Jacques Le Goff, *La baja edad media siglo XXI*, (México, abril 1974), 55.

básico de comunicación durante casi mil años, y de que forma la publicidad oral, al institucionalizar la figura del pregonero, puede ser considerada, en una primera aproximación, como la primera forma histórica de publicidad comercial.

La actividad de los pregoneros en todas las ciudades medievales, se complementaba con los gritos de los mercaderes de tal forma que en las plazas y calles se formaban una auténtica algarabía con mensajes de todo tipo con lo que si puede considerarse como el primer antecedente de publicidad estrictamente comercial: el anuncio charlatanesco. El charlatán⁶ fue ante todo un magnífico intermediario entre el vendedor y el comprador de una mercancía que utilizaba hábilmente la palabra para vender el producto.

1.1.2. Las Enseñas y su Contenido.

Como se ha visto, el grito puede ser considerado como la forma más antigua de publicidad, la utilización de señales como medio de información o de localización entre gentes que vivían alejadas tiene unos orígenes tan remotos como el que suele atribuirse a la voz.

La señal, convertida en medio de información comercial o simplemente cumpliendo su papel de elemento localizador de una actividad mercantil, aparece institucionalizada como enseña en la Grecia clásica paralelamente al desarrollo de la ciudad griega en su plaza pública.

Con toda la enseña griega se encuentra rodeada de tantos matices religiosos que es difícil concederle la categoría de instrumento publicitario, en su

⁶ Que habla mucho o habla demasiado, especialmente sobre temas sin trascendencia o que por indiscreción cuenta cosas que no debería contar.

estricto sentido comercial. Sería más exacto decir que se utilizó como un medio de información de un contenido comercial en el contexto social y económico determinado por la polis⁷ griega. Pero en general, pueden encontrarse tres líneas seguidas en la utilización comercial de la enseña romana:

La representación simbólica del producto que va a ofrecer (la cabra indica una lechería, un artesano serrando un tablero señala una carpintería). La representación simbólica del continente para significar el contenido (un molino para indicar una panadería, un ánfora⁸ para indicar la venta de aceite). La utilización de la mitología como significante (la corona de hiedra de Baco para localizar las tabernas).⁹

Además de la función comercial, la enseña (signa) romana se utilizaba también como medio para localización de domicilios privados. Durante la edad media, una gran proliferación de enseñas se produce con el desarrollo de la vida urbana a partir del siglo XI.

La enseña, apareció y se desarrolló en todas las ciudades medievales e incluso continua proliferándose en todas las ciudades modernas con los perfeccionamientos técnicos (el hierro forjado o la madera pintada han sido sustituidos por los paneles luminosos) que con el paso del tiempo se han puesto al servicio de la señalización publicitaria. Al principio, la enseña comercial que surgió en las ciudades se situaba en el extremo de las calles, donde se agrupaban los artesanos pertenecientes a un mismo oficio y de ahí

7 En la antigua Grecia, comunidad política que se administraba por sí misma, constituida generalmente por una agrupación urbana y el territorio circundante.

8 Vasija de barro, alta, estrecha y de forma cilíndrica, con dos asas, cuello largo y base cónica, usada por los griegos y romanos para el transporte de alimentos.

9 *Ibíd*, 59.

se les nombro a las calles con la profesión de estos; como cuchilleros, los herradores, latoneros y muchas otras que recuerdan los primeros años de la ciudad.

A partir del siglo XIII, la extensión de las ciudades suprimió la concentración gremial en las calles y con ello las tiendas se repartieron a lo largo y a lo ancho de las mismas, provocando una multiplicidad de indicadores urbanos, es así como en cada casa se colocaba en la puerta un signo para distinguir y conocer a cada artesano con una seña.

Durante los siglos XIV y XV, las enseñas suspendidas en las fachadas fueron pequeñas obras de arte que pretendían seducir en presentaciones sobre placas de madera o de metal, siendo así que la enseña estuvo también al servicio de la lucha de la burguesía, frente a los señores feudales en lo que se refiere a la búsqueda de un estatus social a través de signos externos.

La enseña medieval tiene, además de la localización del establecimiento, una importante función identificadora del producto.

1.1.3. La Publicidad Escrita: El Cartel.

La publicidad escrita a lo largo del tiempo, pasó por cuatro etapas básicas denominadas, respectivamente mnemotécnicas, pictográficas, metafóricas y fonéticas.¹⁰ La primera etapa surgió ante la necesidad de buscar alguna forma de registrar determinados acontecimientos o de contabilizar ciertas cosas que permitiera recordarlas sin tener que valerse únicamente de la frágil memoria. Se sabe que muchos pueblos primitivos acudieron para ello a una

10 *Ibíd*,70.

serie de artificios de los que nos han llegado algunos vestigios, como por ejemplo, los bastones australianos tallados con muescas y las cuerdas de nudos. Estos ingeniosos procedimientos de registro también se utilizaron para intercambiar mensajes sirviendo al mensajero de ayuda mnemotécnica (método del recuerdo) para transmitir el mensaje.

Un avance muy significativo ocurrió probablemente en la segunda etapa, cuando se comenzó a utilizar los dibujos, transmitiendo así con imágenes realistas: el sol, los animales; esta fase pictográfica pronto evolucionó, al hacerse el dibujo más estilizado hasta quedar reducido a una serie de símbolos convencionales. La imagen realista es sustituida por el símbolo que remite a un concepto y adquiriendo así un valor claramente metafórico. Estos símbolos aparecen, sobre todo, en la cultura egipcia, en la china y en la maya precolombina por lo menos hacia el tercer milenio A. de C.

El punto de partida para la formulación de signos silábicos está en la acentuación del elemento sonoro ligado al símbolo, elemento que se convierte en un significado¹¹ claramente fonético, frente al significado conceptual de la etapa anterior (estos signos se denominan por ello fonogramas) se sabe que la escritura fonética se inició hacia el año 2800 A. de C., en la cultura urbana desarrollada por el cuerpo sumerio y difundida, más tarde por los pueblos semitas herederos de la cultura sumeria.

Con la invención del alfabeto por los fenicios se simplificó la escritura y se creó una uniformidad en el lenguaje. Los griegos adoptaron el alfabeto fenicio e introdujeron los fonogramas representativos de las vocales y en fin todos los alfabetos existentes, que proceden del semita (hebreo y árabe) o del

11 Falkenstein A. citado por José Ramón Sánchez Guzmán, en: *Breve Historia de la Publicidad*, (Editorial Pirámide S.A. Madrid 1976), 51.

griego (latino). Los antecedentes históricos de la escritura revelan, a efectos de una historiografía de la publicidad, el carácter simbólico que siempre ha rodeado el texto escrito.

Si hoy la moderna investigación ha establecido la especificidad del lenguaje publicitario, en tanto que puede considerarse como un sistema de signos diferenciado, no puede olvidarse que la utilización de la escritura con fines comerciales debió, sin duda, de aprovecharse desde los tiempos remotos de su contenido simbólico, más que de su contenido intrínseco, entre otras cosas, porque escribir y leer era patrimonio exclusivo de los sacerdotes y escribas.

De nuevo los orígenes históricos de la publicidad, en su vertiente de texto escrito, tropiezan con el carácter especulativo con que el autor ha tratado el tema y la confusión entre lo que son manifestaciones culturales y lo que son procedimientos publicitarios¹². Así, para unos las tablillas babilónicas de arcilla encontradas en los templos con la inscripción del rey que lo construyó, pudieran considerarse como una forma primitiva de publicidad. Para otros la famosa piedra Rosetta que permitió a Francois Champolion descifrar el contenido de los jeroglíficos egipcios, no es otra cosa que un anuncio escrito en griego, copto y jeroglífico.

Se crearon el Alba, Grafiti, y Libelli como un marcado carácter de medios de comunicación entre el poder y el pueblo romano, con su significación de avisos oficiales para divulgar las decisiones de la autoridad. Su utilización con fines comerciales es muy escasa y, desde luego, no presenta ese aspecto unificado y diferenciador que caracteriza a la publicidad. Como en el mundo griego, los documentos romanos que, de alguna manera, podían

12 Ibid, 105.

asimilarse a la técnica publicitaria en su vertiente de texto escrito, tan solo pueden ser considerados como una especie de anécdota dentro del amplio estudio histórico de la comunicación publicitaria. El uso de cierta forma de publicidad escrita durante la edad media, queda reducido al monopolio de los dos poderes que regían la vida medieval que son los edictos reales y bulas eclesiásticas, aun cuando tal uso se acerca más a la propaganda político-religiosa que a la actividad mercantil.

1.2. La Publicidad Inglesa Primitiva.

La publicidad impresa aparece, cuando la gente se repuso al analfabetismo general de los siglos medios y aprendió a escribir y leer de nuevo. Los chinos inventaron el papel, y la primera fábrica europea de papel es del año 1276. En el año 1438, Johann Gutenberg desarrollo la imprenta de tipos móviles y a finales del siglo XV en Inglaterra se utilizaban carteles y anuncios. Eran cuentas comunicativas, que se llamaban “siquis”, porque proviene de anuncios públicos romanos que iniciaban con la palabra “Si Quis”, que significaba “Si alguien”, es decir, si alguien necesita, sabe esto o aquello; etcétera.

El primero de los anuncios impresos en inglés que se conoce es uno que escribió y publico William Caxton, en el año de 1478, publicó un anuncio manual, en el cual anunciaba la venta de uno de los libros que él imprimió. Fue él quien fijo el Salisburi Pye, las ordenanzas para el credo de Easter, las cuales coloco en las puertas de las iglesias en Londres¹³. Ya en el siglo XVII, los volantes impresos circulaban por millares, y los carteles y oficios que usaban crecieron ampliamente. Se llamaban Tarjetas de artesanos, aunque eran hojas de papel y que les podían llamar carteleras de tiendas.

13 James Playsted Wood, *La Historia de los Anuncios*, El Ronald Press Co, (Nueva York, 1958), 27.

1.2.1. Publicidad en los Periódicos Primitivos.

El primero de los periódicos en Inglaterra se llamó “El Nuevo Semanario”, que fue publicado en 1622 por Nicholas Bourne y Thomas Archer. Después este último creó el Mercurius Britannicus, el cual se consideró el primer anuncio periodístico. Luego estalló la guerra civil de 1642, y comenzó a aparecer Mercurios con muchos títulos extravagantes. Las cuales llevaban anuncios de libros, caballos perdidos y medicinas de patente.¹⁴

En abril de 1709, Richard Steele comenzó a publicar el Tatler. Este periódico salía tres veces por semana, y publicaba noticias políticas y extranjeras, críticas teatrales y ensayos sobre publicidad. Como atacaba al gobierno Tory, dejó de publicarse en 1711. Luego Joseph Addison se unió con Steele y entre los dos crearon el Spectator, la cual empezó a publicarse en 1711. La ayuda que percibían era principalmente de sus anuncios.

En su primer número salieron ocho de ellos y aumentaron al intensificarse su circulación. Se anunciaba el café, el chocolate, las loterías, perfumes y traspasos. La publicidad que se divulgaba era dirigida a un círculo limitado. La publicidad de los periódicos se llevó un duro golpe en el año 1712 en Inglaterra, porque el gobierno Tory colocó doble contribución a los periódicos y revistas, y muchos cerraron.

Se impuso por cada ejemplar que se vendiera medio penique, y generando un impuesto adicional de un chelín a cada anuncio. Si no lo pagaban en un plazo de treinta días, el impuesto se triplicaba. Esta medida la adoptó el gobierno, no para aumentar ingresos sino para silenciar las críticas de los

14 Dorothy Cohen, *Publicidad Comercial*, 2ª Edición (México, 1974), 71.

periódicos de Grub Street, la cual eran propiedad de Whigs o estaban controlados por miembros de este partido político.

Murieron muchos periódicos y el Spectator se entregó, el 6 de diciembre de 1712. A mediados del siglo XIX, ya no se pudo acallar las protestas contra el impuesto del sello, pero los abolicionistas triunfaron por fin en 1855, ya que quedo suprimido el gravamen del sello y en 1861 se abolió el último impuesto sobre el papel. Y a fines del siglo los periódicos pasaban de 3,000.

1.3. La Publicidad Primitiva Norteamericana.

El primer periódico que prospero en Norteamérica fue el Boston News-Letter, su primer número se dio el 24 de abril de 1704, contenía un aviso solicitando publicidad. La mayor parte de los anuncios en los periódicos en Norteamérica siguieron a principios del siglo XVIII, el modelo inglés, con la excepción que parecían no necesitar píldoras, médicos, ni afrodisíacos en las colonias más viriles y temerosas de Dios de Nueva Inglaterra¹⁵.

1.3.1. Benjamín Franklin.

Benjamín compro la Pennsylvania Gazzette con Hugh Meredith, a su antiguo dueño Samuel Keimer. El primer número del dos de octubre de 1729, publico un anuncio de jabones. No tardó el periódico en tener una mayor circulación y el mayor volumen de anuncios en los periódicos de las colonias. Franklin anuncio de todo desde criados huidos, ventas de artículos diversos, objetos de venta de su misma tienda, vino, ropas y madera. El impuesto del

¹⁵ Ernest Sackville Turner, citado por Dorothy Cohen, en: *Publicidad Comercial*, (México, 1974), 72.

sello se suprimió en Inglaterra en 1712, se puso en vigor en Norteamérica 1765, esto provocó una oposición instantánea, él llamó al impuesto como “madre de la maldad”, cuando la asamblea de Pennsylvania lo despachó a Inglaterra para tratar asuntos de gobierno, se convirtió en vocero contra el impuesto del timbre en nombre de todas las colonias. Se atrajo a Burke, Pitt y a otros políticos contra Grenville, cuyo gobierno propugnó el uso de acta en las colonias. Luego Franklin fue citado para testimoniar de la contribución del timbre.

En diez días del mes de febrero del año 1766, defendió el caso en nombre de las colonias y logró el éxito, que se decidió su revocación. En marzo las colonias norteamericanas quedaron libres de las restricciones a la publicidad.

1.3.2. Phineas Barnum.

En 1830, los norteamericanos comenzaron a escuchar de este joven, Barnum, el gigante de la publicidad. Su fama se remonta al 15 de julio de 1835, fecha en que el periódico Philadelphia publicó su anuncio. Posteriormente se hizo famoso en el mundo entero por sus viajes triunfales con el General Tom Thumb.

El formuló una teoría de la publicidad en su autobiografía, publicada a mediados de siglo. A mediados del siglo XIX, la publicidad adquirió un auge vigoroso, los anunciantes como Barnum¹⁶, los productores de medicinas de patente como el inglés Holloway, quienes estaban abriendo a los Estados Unidos como mercado y el doctor Ayer, cuyos muchos remedios le produjeron millones y le merecieron prestigio.

16 Ibid, 74

1.3.3. La Guerra Civil.

Luego que fue atacado el fuerte Sumter el 30 de abril de 1861, cambio el tono de la publicidad. Se hicieron muchos anuncios para atraer reclutas al ejército y la armada, se ofrecían a la venta bonos del gobierno, las cuales se ofrecía como negocios. El sur también publicaba anuncios urgentes, emocionales, para conseguir hombres, caballos, sargentos, reclutadores y dinero. Cuando termino la guerra civil se experimentó un crecimiento en la energía comercial. El periodo después de la guerra se caracterizó por una expansión del comercio y la industria.

Las fábricas incrementaron la producción de materiales de guerra, se descubrieron y comenzaron a explotarse nuevas minas. Creció el volumen de manufacturas, y con él la competencia de tener nuevos mercados.

La competencia y los cambios en el sistema de distribución al por menor despertaron un interés por los productos patentados.

1.4. La Publicidad a Principios del Siglo XX.

Dos cambios importantes se dieron en la publicidad a fines del siglo XIX: las revistas para la masa, que eran un medio muy poderoso para anunciar y la creación de la bicicleta, que dio origen a la publicidad competitiva. Las revistas cultas y literarias de publicación mensual, fueron medios preferidos por su gran poder para anunciar a fines del siglo, sin embargo no tardaron en ser derrocados de su lugar, por las revistas más baratas, y dirigidas a un público más numeroso¹⁷. Las más importantes revistas baratas de aquel tiempo fueron, Ladies Home Journal (1883), Cosmopolitan (1886), Munsey's (1889) y McClures (1893).

17 Paul C Harper, Citado Por Dorothy Cohen, en: *Publicidad Comercial*, (México, 1974), 83.

En 1885, Inglaterra tuvo éxito con la bicicleta, y su introducción a los Estados Unidos, produjo una revolución en las esferas industriales y sociales, y también en la publicidad. Esta se apodero de los norteamericanos y de su estilo de vida. Entre los años de 1890 y 1896, se gastaron como 100 millones de dólares en bicicletas. Luego se fue desvaneciendo la locura de la bicicleta, en parte por lo exagerado del entusiasmo y también porque poco a poco fue siendo sustituida en Estados Unidos por el automóvil.

Al decaer el comercio de las bicicletas, sus productores se dedicaron a fabricar automóviles, la marca Stanley fue de bicicletas, antes de convertirse en empresa de automóviles de vapor.

1.4.1. La Primera Guerra Mundial.

Cuando Estados Unidos entró a la guerra en 1917, numerosos anunciantes se dieron prisa a cancelar sus contratos y manifestaron que no iban a anunciar absolutamente nada durante la guerra, y los representantes de agencias de publicidad y los medios publicitarios ofrecieron sus servicios al Consejo de Defensa Nacional¹⁸.

Luego los asesores militares no estaban de acuerdo con generar publicidad, pero en último momento se dio permiso al grupo publicitario para iniciar campaña a lo largo y ancho de la nación, lanzando el lema, "Todos los patriotas se registraran, los demás tendrán que hacerlo a la fuerza". Los anuncios gubernamentales de múltiples fines durante la primera guerra mundial fueron los que pusieron a la orden del día las carteleras.

1.4.2. La Publicidad en los Veinte.

En este tiempo la publicidad tenía enorme importancia, era glamurosa y

18 Ibid, 353

excitante, era algo espectacular e increíble. En las revistas se publicaba a toda velocidad y se desarrollaban nuevos productos que se establecían en el mercado en menos tiempo del que era antes. Las firmas adquirieron conciencia del valor que tenían las marcas, y muchas abrieron los ojos ante la publicidad.

Las causas inmediatas que generaron el volumen de los gastos de la publicidad durante este periodo fueron¹⁹:

- 1) El éxito que tuvieron los anuncios para promover el esfuerzo bélico.
- 2) La reanudación del comercio de los tiempos de paz.
- 3) El deseo de los productores de aumentar su presupuesto publicitario, antes que pagar contribuciones federales por exceso de sus ganancias.
- 4) La intensidad creciente de la competencia, que caracterizó el periodo posterior a la guerra.

El 29 de octubre de 1929, el mercado de existencias quebró y la publicidad empezó a declinar, se redujeron los gastos. La depresión acabó en un abrir y cerrar de ojos con centenares de campañas publicitarias. Además inició un periodo de vulgaridad en los anuncios.

En la década de los treinta se dio un campo fértil, aunque duro, para que arraigase un movimiento a favor de los consumidores, pero había una organización denominada Investigación de Consumidores y creció la literatura sobre el consumo, que contribuyó a imprimir un ímpetu mayor al movimiento de los consumidores. Los temas publicitarios de los treinta

¹⁹ Harold Williamson, *El crecimiento de la economía americana*, 2ª ed. (Prentice-Hall, Nueva York, 1951), 782.

retrocedieron a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, y se aseguró para siempre a los consumidores, que sus ventas futuras iban a ser prudentes y necesarias a la vez.

1.5. La Publicidad Moderna.

La publicidad volvió a crecer con la segunda guerra mundial, a diferencia de la primera los anunciadores reconocieron la necesidad de seguir anunciando sus marcas y productos, aunque no hubiese capacidad de compra en el público. El consejo publicitario de la guerra, derivado del anterior, planeo y organizo campañas nacionales a favor del esfuerzo bélico. Durante el primer año de la segunda guerra mundial, el consejo utilizo gran cantidad de publicidad gratuita.²⁰

Después de la segunda guerra mundial, la publicidad pareció moverse por causas más modestos y restrictivos, a excepción del campo de la televisión, donde adquirió el vigor de todo lo nuevo. En 1950, los suburbios se convirtieron en un modo de vida para los norteamericanos. Los anunciadores encontraron millones de nuevos clientes.

Y la publicidad empezó a resurgir con algo de espectacularidad primera, se acentuó su originalidad y el estilo innovador en su labor artística y en sus textos. Los gastos en concepto de publicidad aumentaron, y se aplicó la ciencia a otros campos de la publicidad, se amplió la investigación de mercados, se crearon modelos publicitarios, se utilizaron técnicas de computadora y se prestó mayor atención al análisis cuantitativo y a los datos sobre el comportamiento humano.

Se puede decir que la década de 1960 se caracterizó por ser

²⁰ Jesús Timoteo Álvarez, “*Historia de los Medios de Comunicación*”, 3ªEdición (Editorial Tecnos, Barcelona, España 1989).

considerada en ella la creatividad y la ciencia como factores esenciales de la publicidad.

1.6. Antecedentes de la Publicidad Falsa o Engañosa en Europa.

1.6.1. Publicidad Engañosa en el Derecho Alemán.

En Alemania existe un genuino delito de publicidad engañosa en la legislación penal especial, específicamente en la “Ley contra la competencia desleal” que es del año 1909, esta infracción se encuentra en el art. 4 de dicha ley, también hay otra ley que es la “Ley para el fortalecimiento de la protección de la propiedad intelectual y para la lucha contra la piratería industrial” que es del año 1990, que estableció que la pena privativa de libertad para el delito de publicidad engañosa, podría ser de hasta dos años, aumentando así en un año la duración de la pena prevista hasta entonces.

Pero esta ley no es suficiente para las diferentes conductas socialmente dañosas consistentes en la difusión consciente de mensajes publicitarios²¹ engañosos. Existen diferentes supuestos de publicidad engañosa no merecedores de sanción penal, puesto que la descripción de conducta típica coincide en gran parte con los supuestos de engaño en publicidad, sancionados civilmente. La doctrina alemana también establece que no es adecuado reprimir estas conductas de publicidad engañosa a través de la ley de competencia desleal, puesto que se trata más bien de actuaciones que forman parte de un plan de estafa, lo cual las acerca más a la naturaleza propia de este delito, se trata fundamentalmente de comportamientos

²¹ Carlos Martínez Pérez, *Los Delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal* (San Salvador, El Salvador 1992), 362.

dirigidos en primer término a la causación de perjuicios patrimoniales que redunden en beneficios propios.²²

1.6.2. Publicidad Engañosa en el Derecho Francés.

La tipificación de un delito de publicidad engañosa se produce por vez primera en Francia en una ley de 2 de julio de 1963. Aunque la creación de este delito se consideró acertada, debido a las dificultades existentes hasta entonces a la hora de perseguir determinados comportamientos desviados en el ámbito de la publicidad, realmente su redacción era sumamente defectuosa, lo cual provocó que en la práctica los tribunales aplicasen pocas veces este tipo penal. Diez años más tarde, la Loi d'orientation du commerce et de l'artisanat²³, de 27 de diciembre de 1973 (más conocida como la Ley Royer), creó en su art.44 un nuevo delito de publicidad engañosa, que fue reformado por la ley del 10 de enero de 1978 sobre la protección y la información de los consumidores.

En la actualidad el delito de publicidad engañosa previsto por la ley de Royer se encuentra regulado en el "Code de la consommation"²⁴ (ley n.93-949, de 26 de julio de 1993), y aunque se ha desglosado en 7 artículos (art.121-1 a 121-7) presenta las mismas características y requisitos que su antecedente en el art. 44 de la ley de 1973.²⁵ La redacción concreta del art. 121-1 del Code de la consommation, que prohíbe la publicidad engañosa, es la siguiente:

"Se prohíbe toda publicidad que contenga, bajo cualquier forma de

22 Luz María Puente Aba, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, (Paris, Francia, Tirant lo Blanch 2002), 203- 206

23 Ley de la Dirección del Comercio y la Artesanía (Francia, 1973), artículo 44.

24 Código del consumidor (Francia, 1993), artículo 121.1 al 121.7.

25 Williams Jeandidier, citado por Rosa Díaz González, en: *Guía del Consumidor*, (España 1999), 19

presentación. Alegaciones, indicadores o representaciones falsas o susceptibles de inducir a error, cuando se refieran a uno o varios de los elementos siguientes: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, utilidades, especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta, condiciones de uso, resultados que pueden esperarse de su uso, motivos o procedimiento de la venta o de la prestación de servicios, alcance de los compromisos asumidos por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los vendedores, de los promotores o de los prestatarios”.

El Code de la consommation parte de un concepto amplio de publicidad admitiendo que esta pueda manifestarse mediante alegaciones, indicaciones o representaciones. Si bien la publicidad engañosa puede versar sobre cualquier bien o servicio sin restricción alguna, se establece en cambio en la ley una lista cerrada de características de tales bienes o servicios, de modo que el mensaje publicitario ha de referirse necesariamente a uno o varios aspectos de los contenidos en esa lista para que pueda caer bajo la órbita de este precepto.²⁶

1.7. Antecedentes de la Publicidad Falsa o Engañosa en Latinoamérica.

1.7.1. Publicidad Engañosa en Argentina.

La única normativa aplicable en Argentina a las relaciones de consumo era el derecho común emanado del Código Civil y del Código de Comercio. Éstos, dictados a fines del siglo XIX con miras a tutelar principalmente la actividad empresarial, no contemplaban las notas peculiares que aquellas relaciones

²⁶ Ibid. 227

presentan, como, por ejemplo, la desigualdad en que se hallan consumidor y empresario al momento de celebrar un contrato, desequilibrio respecto del cual nadie duda en la actualidad.

Sin embargo con el correr del tiempo y debido a que surgía evidente que dichas normas no eran suficientes para regular la gran cantidad de situaciones conflictivas que el mercado generaba, las mismas se fueron complementando con leyes especiales que si bien introducían novedades a las pautas brindadas por los citados códigos, no protegían de forma directa a los consumidores, ya que se establecían a efectos de regular la competencia comercial.²⁷

Asimismo, el cuadro normativo se completaba con numerosas reglamentaciones emanadas de las autoridades nacionales y provinciales competentes en ejercicio del poder policial, destinadas a regular la actividad comercial. Si bien la consolidación de la tutela jurídica del consumidor se produce a fines de la década del 70, en la República Argentina dicho movimiento no tuvo eco durante ese período debido a la vigencia del gobierno de facto de 1976 que interrumpió la vigencia del estado de derecho.

Es así que, al restablecerse la democracia, comenzó a desarrollarse la idea de lograr el bienestar de los consumidores, surgiendo espontáneamente el ejercicio de sus derechos básicos debido a la misma fuerza de los acontecimientos. Éstos comenzaron a organizarse en grupos, ligas o cuerpos representativos que reclamaban por los intereses de su categoría. Dichas circunstancias coadyuvaron a la sanción de la Ley N° 24.240, sancionada

²⁷ Pablo Cruz, "Historia de la Publicidad" (Junio 2015), Buenos Aires, Argentina, <http://www.reciclandohistoria.wordpress.com>

el 22 de septiembre de 1993, y promulgada por Decreto N° 2089/93 el 13 de octubre del mismo año con varios vetos parciales.²⁸

Al año siguiente se concretó la reforma de la carta magna, la cual introdujo un nuevo capítulo en su primera parte denominada “Nuevos Derechos y Garantías”, en la cual se incluyeron derechos de los denominados de tercera generación, entre los que se encuentran en su artículo 42 la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios. La reforma constitucional de 1994 pretendió establecer una salvaguarda para que los actuales o futuros planes económicos del gobierno no puedan basarse en la discriminación del consumo y la marginación de parte de la población, según lo expresó el dictamen de la mayoría al fundamentar dicho artículo en la Convención Constituyente.

Asimismo señaló la similitud existente entre el derecho laboral que pretendió subsanar la debilidad intrínseca del trabajador, con los derechos del consumidor que se halla en una relación similar con el proveedor.²⁹

Por último cabe destacar que mediante Ley N° 26.361 (B.O. 07/04/2008) se introdujeron modificaciones a diversos artículos de la Ley de Defensa del Consumidor, incluido el capítulo referido al derecho a la información. Se considera engañosa la publicidad que induce a error, silencie datos o afecte económicamente a los destinatarios, o perjudique a un competidor.

La Subsecretaría de Defensa al Consumidor dependiente del Ministerio de Economía y Producción de la Nación está sancionando actualmente a las empresas en Argentina a través de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y Ley de Lealtad Comercial 22.802 por publicidad engañosa. Las causas más comunes que lideran las denuncias: son las de falta de información en los

28 Juan Pablo Caramillo, “Historia de las agencias de medios en Argentina” (Enero 2008), <http://www.agenciasdemedios.com>

29 *Ibidem*.

anuncios, limitaciones en las ofertas anunciadas y el tamaño de la letra muy pequeña utilizada en los anuncios.

1.7.2. Publicidad Engañosa en Colombia.

El primer anuncio comercial apareció en 1801 publicado en el periódico, editado por Luis Fernando de Azuola y Jorge Tadeo Lozano, denominado el “Correo Curioso, Erudito, Económico y Mercantil”. Su evolución posterior fue gradual a medida que surgían nuevos medios de comunicación y se desarrollaba la industria nacional y la importación de productos. A finales del siglo pasado surgieron empresas que requerían de la publicidad para impulsar sus ventas entre ellas podemos mencionar³⁰:

1. 1889- Bavaria
2. 1902- Cervecería Antioqueña
3. 1902- Cervecería Libertad
4. 1907- Compañía Colombiana de Tejidos- Coltejer
5. 1919- Compañía Colombiana de Tabaco.

Debido a la Primera Guerra Mundial, hubo escasez de todos los productos importados como carteles, murales y almanaques así la industria nacional se vio forzada a suplirlos, esto trajo como consecuencia que la industria publicitaria nacional se desarrollara, la Compañía de Tabaco Colombiana fue la primera en tener un departamento de publicidad y fue quien realizó mayores aportes en este campo al aplicarlos en el desarrollo de la publicidad de la empresa. Para esa época el único medio para realizar estudios de especialización en publicidad era a través de la correspondencia internacional con escuelas que brindaban esta oportunidad principalmente

³⁰ Luis Chávez, “Historia de la Publicidad en Colombia” (Cali, Colombia, marzo 2015), <http://www.mercadeoypublicidad.com/secciones/biblioteca>.

de Estados Unidos. En la época de la gran depresión, alrededor de 1929, surgieron en Colombia las primeras agencias de la industria de la publicidad y su importancia en ofrecer y dar a conocer los productos al público.³¹ La primera agencia de publicidad fue Comercio y Anuncio de Alberto Mejía Botero y su primer cliente fue la refrigeradora Central de Medellín. Ya en la Segunda Guerra Mundial se volvió a dar otro impulso a la industria nacional, debido a la escasez y trabas arancelarias en los productos importados.

A principios de 1949 surgieron las dos grandes cadenas nacionales, RCN y Caracol, cambiaron la historia de la radiodifusión, igual que la política de relación entre las agencias de publicidad debido a los sistemas de programación y de ventas de publicidad. En 1955 se vieron los primeros intentos de televisión comercial, aunque realmente existían limitaciones impuestas por el gobierno oficial que limitaron su evolución.

En 1960 ya se veía ampliamente en los dos canales, el progreso en los comerciales televisados, por la misma época surge el periódico a color dándole así la posibilidad a la publicidad de un mayor impacto a su audiencia. Por consiguiente la publicidad constituía un mecanismo más ágil para incrementar la demanda de bienes y servicios anunciados.

La publicidad en Colombia en estos últimos treinta años, ha tenido un gran auge no solo en el mercadeo y comercialización de productos y servicios sino también en todos los aspectos de la vida social, política, cultural y económica.³² La publicidad en Colombia surgió con la promoción de productos de cervecerías, tabacaleras y más adelante las textiles, hoy en día la variedad de bienes y servicios es mayor y el consumidor es más exigente,

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*.

es un consumidor más consciente, que compara y reflexiona sobre su decisión de compra o de utilizar un servicio. Y es importante recalcar que la publicidad ya no se concentra en una sola actividad, hoy en día existen otras áreas y actividades de apoyo para el mercadeo de esa diversificación de actividades en la publicidad e importancia de la misma surgieron organizaciones para el manejo integral de los medios y fueron fundadas por personas independientes o agrupaciones de varias agencias que permiten un mejor servicio por ser más completo y de mayor calidad.

Los países más desarrollados hacen mucha más publicidad que los menos avanzados, ya que la publicidad genera una sana competencia y promueve el desarrollo.

1.8. Antecedentes Históricos de la Publicidad en El Salvador.

La publicidad en El Salvador inició en la década de los 40, apareciendo en 1946 la primera agencia de publicidad llamada "Publicidad Massey", la cual fue fundada por el señor J P Massey, quien era asesor cultural de la Embajada Americana con sede en El Salvador.

Al poco tiempo publicidad Massey se ve obligada a vender sus acciones, ya que entra en una etapa de declinación, debido a que los clientes más fuertes comienzan a retirarse de la agencia; siendo uno de ellos la "firma agrícola de H. de Sola". Esta fue traspasada a otro socio de apellido "Díaz", convirtiéndose desde esa época en "Publicidad Díaz".

El inicio de la publicidad en nuestro país va de la mano con la aparición de la televisión y la época de oro de la radio (1950-1960). En los años 50, aparecen varias agencias de publicidad entre las cuales están:

Moderna Nobles Asociados.

Publicidad Jiménez.

Publicidad Gutiérrez.

Publicidad Rambo, (de origen español).

En los años 60 aparecen nuevas agencias tales como:

Publicidad Comercial.

Macay Erickson, afiliada a J.W. Thomson.

En los años 70 aparecen otras como “Publimarca”, NPC, la cual se divide y nacen a raíz de esto agencias nuevas como “Lemus Simún Publicidad” y Munes Publicidad entre otros.

En los años 80 fue la época en que se dio el conflicto armado en el país pero pese a esto se da un fenómeno mercantilista en el cual las empresas publicitarias forman parte del desarrollo económico del país.

En esta época se forman varias agencias nuevas de publicidad dentro de las cuales están:

Impacto Publicidad

Máxima Publicidad

Ideas Publicidad

Cronos Publicidad

J M Creativos

También en este año la publicidad es tomada como una ciencia y las universidades comienzan a impartir cátedras de publicidad ya que años anteriores se consideraba como un oficio. Para los años 90 aparecen

agencias de publicidad como:

Angle Publicidad.

Matesis Publicidad (la cual tiene una característica, es dirigida solo por personal femenino)

Boutique Creativa, etc.

En el 2000 aparecen otras agencias como resultado de algunas fusiones de empresas, entre ellas tenemos: “Acro Publicidad” propiedad del señor Daniel Ruck.

1.9. Antecedentes Históricos de La Protección Contra La Publicidad Engañosa en El Salvador.

1.9.1. Orígenes de la Protección del Consumidor.

Desde el año de 1989, El Salvador entró en un proceso de reformas económicas y estructurales con la finalidad de liberalizar la economía, propiciando así la inserción del país al nuevo modelo de desarrollo económico mundial, sustentado en la iniciativa de apoyo a un Estado moderno y eficiente.

Por lo que el 8 de noviembre del año de 1990, se presentó a la Asamblea Legislativa “El Anteproyecto de Ley de Regulación Temporal Precios”, el cual dio inicio para el desarrollo del proyecto de ley, que significaría la creación de lo que sería la “Ley de Protección al Consumidor”.³³

33 Como parte de los Acuerdos de Paz suscritos y teniendo su fundamento en La Constitución de La República de El Salvador. “*El modo de proteger el interés de los consumidores en el mercado*”, se establece en el artículo 101 inciso 2º, y en cumplimiento a ese mandato, el Ministerio de Economía, sometió a consideración la aprobación de un Proyecto de Ley de Protección al Consumidor en El Salvador.

En el primer semestre del año de 1992, es decir, cuando habían transcurrido los primeros cien días del Proceso de los Acuerdos de Paz en El Salvador; uno de los aspectos más importantes que se habían llevado a cabo, fue la Creación de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y la Ley de Protección al Consumidor.³⁴

No obstante la aprobación de ésta ley, persistieron las prácticas comerciales abusivas y la necesidad de fortalecer las condiciones del país para su incorporación al proceso de Globalización. En el campo práctico, ésta Ley, dejó a la vista, numerosos vacíos, mencionando los siguientes, no incluía la consagración expresa de los derechos de los consumidores, regulaciones de los productos nocivos o peligrosos para la salud, ni disposiciones relativas a normar los contratos de adhesión y los contratos de prestación de servicios; tampoco regulaba mecanismos para propiciar una efectiva coordinación entre la Dirección de Protección al Consumidor y otras dependencias del Estado.

En el año de 1996, mediante Decreto Legislativo No. 666, con fecha 14 de marzo, como producto de un supuesto auge para la Protección de los Derechos Humanos en El Salvador y buscando a la vez superar las deficiencias que contenía en la ley aprobada mediante Decreto Legislativo No.267, con fecha 22 de junio del año de 1992.³⁵ Fue hasta el año 2005, cuando se comenzó a hablar

34 se aprobó mediante Decreto Legislativo No.267, con fecha 22 de junio de 1992, entrando en vigencia el día 8 de septiembre de ese mismo año, posteriormente se aprobó el Reglamento para la Aplicación de la Ley, según Decreto Ejecutivo No. 99, con fecha 27 de noviembre de 1992. El 16 de enero de 1993, se emitió el Acuerdo Ejecutivo N° 13 para crear La Dirección General de Protección al Consumidor, como dependencia del Ministerio de Economía, siendo la Institución encargada de velar por el cumplimiento de la Ley y su Reglamento, así como también para brindar apoyo a los ciudadanos, en función de sus derechos como consumidores dentro de la economía libre del mercado.

35 El Reglamento para la aplicación de esta Ley Reformada, fue aprobado por medio del Decreto N° 109, de fecha 4 de septiembre de 1996, de esta se observó que la reforma, no dio respuesta a la violación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, más bien, fue una salida a la presión Internacional para que El Salvador pudiera entrar de lleno en el proceso Económico Mundial. En conclusión se puede decir que esta ley carecía de una estructura determinada y a pesar de considerar por primera vez los derechos de los consumidores contenía vacíos en relación a estos.

de una nueva ley³⁶, encaminada a fortalecer la economía social de mercado que es el modelo de referencia en El Salvador, siendo un componente esencial de este modelo, el propiciar competencia y mercados competitivos.

Cabe señalar que el 19 de febrero del año 2013, fueron publicadas en el Diario Oficial, las reformas a la Ley de Protección al Consumidor, en donde se reformaron varios artículos con la finalidad de actualizar los derechos de los consumidores, la protección de los intereses económicos y sociales, siendo uno de estos el derecho de retracto.

Una de las reformas expuestas en esta ley es la ampliación de potestades que el Tribunal Sancionador debe poseer al momento de aplicar sanciones accesorias; otras reformas importantes e innovadoras, son la ejecución del Procedimiento Abreviado, para los casos de menor cuantía, el que debe aplicarse únicamente para la solución alterna del Arbitraje y la reforma en el Procedimiento Sancionatorio, en el que se incluyó la ejecución del Procedimiento Simplificado, el cual deberá ser aplicado por el Tribunal Sancionador, cuando se trate de denuncias de oficio. Finalmente se realizó una reforma con respecto a la capacidad de ser parte en el proceso y la legitimidad procesal para el procedimiento sancionatorio.

36 Dentro de este contexto se creó la figura de la comisionada presidencial para la Defensa del Consumidor; quien estaría encargada de la creación de un nuevo cuerpo legal, es así como fue presentada la propuesta ciudadana de nueva Ley de protección al consumidor que fue aprobada por el pleno el día 18 de agosto del año 2005 y entro en vigencia el 8 de octubre de ese mismo año, siendo esta la ley conocida antes de las reformas realizadas en febrero del año 2013, teniendo como base los lineamientos establecidos en las directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor, así como la creación de la Defensoría del consumidor, entidad descentralizada que vino a ocupar el lugar de la Dirección General de Protección al Consumidor, además de contemplar la adición de los medios alternos de solución de controversias en materia de consumo, la creación de un Sistema Nacional de Protección al Consumidor SNPC y la creación del Tribunal Sancionador.

1.9.2 Creación de la ley de protección al Consumidor de 1992.

Las problemáticas causadas por las medidas económicas implementadas, dieron lugar a organizaciones como la Coordinadora Nacional de la Mujer Salvadoreña, el Consejo de Comunidades Marginales, el Consejo Coordinador para el Desarrollo de las Comunidades de San Roque y la Federación de Asociaciones Cooperativas de Consumo, decidieron crear un espacio de coordinación que les permitiera analizar las causas y efectos del costo de la vida e impulsar acciones ciudadanas de denuncia y defensa de los derechos económicos y sociales de la población.

El Comité de Defensa de los Derechos del Consumidor (CDDC), surgió a raíz de la situación mencionada desde su aparición pública del 25 de enero de 1991, dejó en claro que se trataba de un esfuerzo dirigido a incidir en la política pública y en la institucionalidad del país, para lo cual empezó a promover la organización ciudadana a nivel local, como protagonista de la defensa de sus derechos, constituyendo con sus acciones el germen de la protección al consumidor en nuestro país.³⁷ Las primeras acciones incluyeron el monitoreo de precios de productos y servicios básicos, que sustentaban la denuncia sobre el impacto de la liberalización de precios en la economía familiar; la organización de actividades de posicionamiento público; pero ocupa un lugar muy especial en estas acciones iniciales, la elaboración y posterior presentación ante la Asamblea Legislativa del “Anteproyecto de Ley de estabilización de precios de productos de consumo básico”, interpuesta el 26 de junio de 1991.³⁸

La presentación de esta propuesta de ley ante la Asamblea Legislativa, fue una iniciativa ciudadana novedosa en esta época; lo que combinado con la

³⁷ Centro Para la Defensa del Consumidor, El Salvador (*Logros: 15 Años*, CDC, 2003), 15

³⁸ *Ibíd.*

sensibilidad que el tema de los precios generaba en la sociedad, contribuyó a que la presentación de esta propuesta lograra una considerable cobertura informativa en los medios de comunicación; lo cual empezó a marcar una diferencia en el naciente trabajo de defensa de los derechos de los consumidores.

En el año 1991 se celebraban las rondas de diálogo y negociación que, con la mediación de la Organización de Naciones Unidas (ONU), buscaban poner fin a una década de guerra civil. El CDDC se propuso colocar el tema de la defensa del consumidor y la consumidora en este proceso; y para ello envió formalmente al Gobierno de El Salvador, al FMLN y a la ONU el referido “Anteproyecto de ley de estabilización de precios de productos de consumo básico”, acción que logró destacada difusión pública y sirvió como recordatorio que desde 1983 la Constitución establecía la responsabilidad del Estado en la defensa de los derechos de los consumidores.³⁹

Dicha propuesta influyó en los equipos negociadores del GOES y del FMLN, quedando evidenciado en el Acuerdo de Paz al que se arribó el 31 de diciembre de 1991 en Naciones Unidas, el cual que fue suscrito en la Ciudad de México, bajo la denominación de “Acuerdos de Chapultepec”, el día 16 de enero de 1992.⁴⁰ Quedando plasmado el tema de Protección al consumidor en el Capítulo V, numeral 6, referente al Tema Económico Social, el cual establece que el Gobierno se compromete a: “Adoptar políticas y a crear mecanismos efectivos tendientes a defender a los consumidores, de acuerdo al mandato de la parte final del inciso 2o del artículo 101 de la Constitución Política (que dice: “...el Estado se obliga a defender el interés de los consumidores”).

39 *Ibid*, 16-17

40 *Ibid*, 18

Para el cumplimiento de este precepto constitucional el Gobierno se compromete a presentar a la Asamblea Legislativa, dentro de los 60 días de la firma del presente acuerdo, un proyecto de ley de protección al consumidor que contemple fortalecer el Ministerio de Economía, y que pudiera marcar un primer paso en la dirección de la eventual creación de una Procuraduría General de Defensa del Consumidor”.⁴¹

En atención a este precepto constitucional, instituciones como el CDDC, la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES) y el Gobierno elaboraron propuesta de Ley de Protección al Consumidor. La primera fue presentada por el CDDC a la Asamblea Legislativa, el 16 de marzo de 1992, y más tarde, en el mes de abril, las propuestas de ley elaboradas por el Gobierno de El Salvador y por FUSADES.⁴²

Estas propuestas fueron estudiadas en la Comisión de Economía y Agricultura de la Asamblea Legislativa por un periodo de dos meses. La cual, después de varias deliberaciones, aprobó la primera Ley de Protección al consumidor, a través del Decreto Legislativo N° 267. Luego de su aprobación, este fue enviado al Presidente de la República, para su sanción y posterior publicación en el Diario Oficial. El cual fue devuelto a la Asamblea Legislativa el 1 de julio, con trece observaciones, de las cuales, la mayoría eran cambios de contenido que afectaban el alcance de esta normativa.

Finalmente, la Ley de Protección al Consumidor fue publicada en el Diario Oficial N° 159, Tomo 316, del 31 de agosto de 1992, entrando en vigencia el 9 de septiembre de 1992, lo que marcó un hito en la historia del país, pues

41 Acuerdos de Chapultepec: Capítulo V, Tema Económico Social, Numeral 6, Literal A (México, 1992).

42 Ibid. 19

inauguraba el reconocimiento de la persona consumidora como sujeto de derechos y deberes y establecía regulaciones tendientes a evitar los fraudes y abusos en el mercado, tal como lo señalaba el texto legal.⁴³ Más adelante, el Presidente aprobó el reglamento de aplicación de dicha ley, por medio del Decreto Ejecutivo número 99, de fecha 27 de noviembre de 1992.⁴⁴

Fue a través de esta Ley que se creó la ya extinta Dirección General de Protección al Consumidor (DGPC), constituyéndose como el primer ente gubernamental de protección al consumidor. Cabe mencionar que el 9 de diciembre de 1992, el Comité de Defensa de los Derechos del Consumidor se transformó en la Fundación Centro para la Defensa del Consumidor (CDC), una entidad profesional, independiente de todo interés político partidario, económico o comercial; el proceso de legalización permitió ampliar la relación con activistas sociales y profesionales que pasaron a formar parte de las instancias de conducción estratégica de la institución. Los estatutos del CDC fueron publicados en el Diario Oficial a inicios de julio de 1995.⁴⁵

1.9.3. Creación de la Ley de Protección al Consumidor de 1996.

En el marco de la celebración del Día Mundial del Consumidor, el 16 de marzo de 1993, el CDC presentó a la Asamblea Legislativa una pieza de correspondencia solicitando se declarara el 15 de marzo como Día Nacional del Consumidor.

En respuesta, el 20 de mayo de 1993, a través del Decreto Legislativo No. 535, la Asamblea Legislativa aprobó que a partir de ese momento, el 15 de

43 Centro Para La Defensa Del Consumidor (CDC): "Antecedentes de la Ley de Protección del Consumidor", (Iniciativas por la primera y segunda Ley de Protección al Consumidor 1991-1996, San Salvador, El Salvador, 2007), 9

44 Ibid. 10

45 Ibid. 12

marzo de cada año se conmemorara como el Día Nacional del Consumidor⁴⁶. El 9 de mayo de 1995, el CDC presentó ante la Asamblea Legislativa una propuesta de reformas a la LPC; formuladas con el apoyo de un asesor de Consumers International, por considerarse que algunas prácticas comerciales seguían irrespetando al consumidor, dejando descubiertos vacíos en la Ley.

Dichas reformas fueron discutidas por la Comisión de Economía y Agricultura de la Asamblea Legislativa, el Ministerio de Economía, el CDC así como otros sectores empresariales interesados; las cuales se aprobaron el 29 de junio de 1995 y se remitieron al Órgano Ejecutivo para su respectiva sanción; sin embargo, ante las presiones de algunos sectores empresariales, el Presidente de esa época regresó con observaciones el Proyecto de Ley que las contenía⁴⁷.

Dichas observaciones, constituyeron prácticamente un veto que rompió con el consenso logrado, causando molestia y generando un ambiente de incertidumbre entre la Comisión y los sectores que discutieron las reformas. Por tal motivo la Comisión decidió archivar las reformas aprobadas y abrir un nuevo debate para realizar una completa e integral modificación de la Ley.

Por tal motivo, en noviembre de 1995, el Ministerio de Economía sometió a la Asamblea Legislativa un nuevo proyecto de Ley de Protección al Consumidor, en el cual se introducían nuevos elementos para mejorar su aplicabilidad y dar a los consumidores los derechos necesarios para su legítima defensa. De la misma manera, el CDC presentó una nueva

46 *Ibíd*, 15

47 *Ibíd*, 9

propuesta de Ley de Protección al Consumidor con base en los contenidos de las leyes de diversos países de Centro América y América Latina.⁴⁸

Finalmente la normativa vigente hasta ese día, fue derogada por una nueva Ley de Protección al Consumidor, aprobándola por Decreto Legislativo N° 666, del 14 de marzo de 1996, publicada en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, del 22 del mismo mes y año; sin embargo, no superó los vacíos que motivaron la reforma de su primera versión, pero desarrolló algunos de los derechos internacionalmente reconocidos a los consumidores, principalmente en relación al derecho a la información, la elección y el derecho a la seguridad en los bienes y servicios.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, se le pueden señalar más defectos que a la primera Ley y presenta muchos de los mismos errores de aquella. Puesto que añadió muy poco y no constituyó un avance con relación a la primera.⁴⁹ No obstante; establecía como objetivo principal el salvaguardar el interés de los consumidores e instituía normas que lo protegían del fraude o abuso dentro del mercado con la finalidad de propiciar la sana competencia.

Desarrollaba de una forma más clara cuales son los sujetos regulados por dicha Ley, que son los comerciantes, industriales, prestadores de servicios, empresas de participación estatal, organismos descentralizados y los organismos del Estado, en cuanto desarrollaran actividades de producción, distribución, o comercialización de bienes o prestación de servicios públicos o privados a consumidores; cuestiones que la anterior Ley no contemplaba.

48 *Ibíd*, 40

49 Fundación Salvadoreña Para El Desarrollo Económico y Social, FUSADES, Boletín de Estudios Legales, El Salvador, *“Doce Años de Leyes del consumidor”*, (agosto 2005), 1

Uno de los avances que presentó ésta ley con respecto a la anterior, es que incluyó a la conciliación y el arbitraje como medios de solución de controversias, aunque no se encontraba regulado su procedimiento, quedando expedito el derecho al consumidor para optar por cualquiera de las dos opciones.

Por primera vez esta ley regulaba y garantizaba el respeto a los derechos de los consumidores, algo que no contemplaba la anterior Ley, estos derechos eran:

- a) A ser protegido frente a los riesgos contra la vida y la salud; (derecho a la Seguridad);
- b) A ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que adquiriera o reciba; (Derecho a la Información).
- c) Presentar ante las autoridades competentes las denuncias de violaciones a la presente Ley;
- d) Exigir que se respeten los derechos plasmados en la presente Ley;
- e) A la compensación
- f) Reclamar por la vía judicial, el resarcimiento de daños y perjuicios.⁵⁰

También exigía a todos los proveedores de bienes, a que incluyeran en la venta una garantía de uso y funcionamiento, de incluir las respectivas condiciones, forma y plazo y lugar en que se podía hacer efectiva la garantía. Otro de los grandes adelantos fue que declaraba por no escrita cualquier cláusula contractual que exonerare o limitare la responsabilidad del proveedor por vicios ocultos en los bienes o servicios prestados, o cualquiera que implicara las renunciaciones de derechos actuales o derechos por adquirir, reconocidos por las leyes, o cualquier tipo de limitación de estos derechos.

⁵⁰ Ley de Protección al Consumidor, "Derechos de los Consumidores", (El Salvador, 1996).

Por otra parte, la ley contemplaba la posibilidad de que el Ministerio de Economía publicara en cualquier medio de comunicación social el nombre de las empresas que se hicieran acreedoras de sanciones junto con los motivos de las mismas, cuando se considerara que la naturaleza y el daño ocasionado ameritaran este tipo de publicidad.

De la misma forma estableció una cooperación entre Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Ministerio de Agricultura y Ganadería cuando se importaba o se distribuía productos alimenticios, que pudieran incidir en la salud humana o animal, estos debían de cumplir estrictamente con las normas contenidas en el Código de Salud y con las regulaciones dictadas por los dos Ministerios, para el manejo de los productos.

El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, debe de conocer toda posible infracción a dichas regulaciones, para que se investigara y se sancionara. Un evidente vacío en esta Ley era que dejaba a discreción de los proveedores el cumplimiento de la ley puesto que seguía contemplando que todos los profesionales o instituciones que ofrecían o prestaban servicios, se encontraban obligados únicamente a cumplir de manera estricta con la ética de su profesión y con lo ofrecido a sus clientes. Y cuando algún producto o servicios se entregaban al consumidor en calidad, cantidad, o en una forma diferente a la ofrecida, la ley solo daba cuatro opciones⁵¹, lo mismo que la Ley de 1992.

En conclusión se puede decir que esta ley carecía de una estructura determinada y a pesar de considerar por primera vez los derechos de los consumidores contenía vacíos en relación a estos. De igual manera, se

51 a) Exigir el cumplimiento de la oferta; b) La reducción del precio; c) Aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido; y, d) La devolución de lo que hubiere pagado.

consideró que las sanciones se establecían en función de la reiteración de la falta y no de la gravedad de la misma, que los procedimientos no eran claros y que tendían a la discrecionalidad de quien aplica la ley.

1.9.4. Creación de la Ley de Protección al Consumidor Vigente.

Fue hasta el año 2004 cuando se comenzó a hablar de una nueva Ley, con la llegada de un nuevo gobierno bajo el mandato del Presidente Antonio Saca, en su discurso de toma de posesión, manifestó el interés por crear un nuevo organismo autónomo cuyo fin sería el de proteger a los consumidores⁵².

Dentro de este contexto se creó la figura de la Comisionada Presidencial para la Defensa del Consumidor; quién estaría encargada de la creación de un nuevo cuerpo legal, por considerarse que la Ley, hasta ese entonces vigente, no era el instrumento idóneo para la defensa del consumidor, ya que presentaba vacíos y por ser en términos generales una Ley insuficiente. Con ese mismo propósito tanto el CDC como la Comisionada Presidencial, comenzaron a trabajar en proyectos paralelos, que tendrían el propósito de convertirse en la nueva Ley.

El 6 de mayo de 2005, el Órgano Ejecutivo presentó a la Asamblea Legislativa la iniciativa de Ley, la cual fue enriquecida con los aportes hechos por todas las fracciones legislativas, así como por el equipo técnico que estableció la Asamblea Legislativa. El Anteproyecto de Ley respondió a las necesidades de los consumidores en el mercado y recogió lo más avanzado

⁵² Fundación Salvadoreña Para El Desarrollo Económico Y Social (FUSADES): Boletín del Departamento de Estudios Legales: “*Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor*”, (septiembre del 2005) 57.

de la legislación internacional y las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre los derechos de los consumidores.

La Asamblea Legislativa teniendo en sus manos las propuestas elaboradas tanto por el Centro para la Defensa del Consumidor (CDC) como la presentada por el Órgano Ejecutivo, a través de la Comisionada Presidencial, convocó a un proceso de concertación y formulación conjunta de la nueva ley; invitando a los principales actores involucrados en la creación de las dos propuestas.

El proceso de formulación de la nueva ley se desarrolló a partir de junio del 2005, en este proceso los representantes del CDC e IEJES fueron delegados a participar en la discusión que desarrolló la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa. Fueron un total de 6 reuniones entre los meses de junio y agosto del mismo año, las cuales estuvieron apoyadas por un equipo de análisis jurídico para la defensa de contenidos de la propuesta ciudadana en la discusión legislativa.

Producto de todo lo anterior, se creó un anteproyecto unificado de Ley de Protección al Consumidor, con la colaboración del sector público y privado, el cual fue presentado a la Asamblea Legislativa, que después de revisarlo y enmendarlo, fue aprobado por el pleno el día 18 de agosto de 2005. La ley fue publicada en el Diario Oficial, No. 166, tomo No. 368 del 8 de septiembre del mismo año y entró en vigencia el 8 de octubre del mismo año. Entre las principales novedades del nuevo cuerpo legal, están los lineamientos establecidos en las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, así como la creación de la Defensoría del Consumidor, entidad descentralizada que vino a ocupar el lugar de la Dirección General de Protección al Consumidor.

La Ley contempla la adición de medios alternos de solución de controversias en materia de consumo y procedimientos gratuitos. Así como la creación de un Sistema Nacional de Protección al Consumidor (SNPC), el cual se desarrollara en el siguiente apartado. Finalmente en el año 2007 se dictó la Política Nacional de Protección al Consumidor⁵³, producto de talleres y foros, con el consenso de los tres Órganos del Estado y los sectores económicos y sociales más importantes de la sociedad Salvadoreña. Los rubros de acción considerados de dicha política fueron seleccionados por el número de reclamos que presentan los consumidores según la experiencia nacional e internacional y los que mayor impacto ejercen en la vida cotidiana. Con lo cual se le da cumplimiento a lo estipulado en la Ley y las Directrices de la ONU.⁵⁴

53 Política Nacional de Protección al Consumidor, El Salvador, (Agosto 2007) 94.

54 *Ibíd*, 12.

CAPITULO II.

CONSIDERACIONES TEÓRICAS DE LA PUBLICIDAD.

En este capítulo se dará a conocer diferentes conceptos de publicidad de varios autores, tomando en cuenta aspectos relevantes de cada tipo de publicidad y sus derivaciones, es así que se establecerá un concepto más claro de lo que es la publicidad engañosa o falsa e ilícita y que nuestra legislación recoge en un apartado especial. Dando a conocer su naturaleza jurídica de la publicidad en si.

2.1. Concepto de Publicidad.

Diversos autores definen la publicidad de distinta manera, cada uno tomando en cuenta diferentes elementos contemplados en los siguientes conceptos:

O'Guinn, Allen y Semenik, definen la publicidad de la siguiente manera: "La publicidad es un esfuerzo pagado, transmitido por medios masivos de información con objeto de persuadir" ⁵⁵

Kotler y Armstrong, definen la publicidad como "cualquier forma pagada de presentación y promoción no personal de ideas, bienes o servicios por un patrocinador identificado" ⁵⁶

Para los autores Stanton, Walker y Etzel, la publicidad es "una comunicación no personal, pagada por un patrocinador claramente identificado, que promueve ideas, organizaciones o productos.

55 Allen Chris O'Guinn Tomas y Richard Semenik, "*Publicidad*", international thomson editores, Madrid, España (2000), 6.

56 Philip Kotler y Gary Armstrong, "*Fundamentos de Marketing*", Sexta Edición, Prentice Hall, (Chicago, Estados Unidos 2001), 470.

Los puntos de venta más habituales para los anuncios son los medios de transmisión por televisión y radio y los impresos (diarios y revistas). Sin embargo, hay muchos otros medios publicitarios, desde los espectaculares a las playeras impresas y, en fechas más recientes, el internet" ⁵⁷

Según la American Marketing Association, la publicidad consiste en "la colocación de avisos y mensajes persuasivos, en tiempo o espacio, comprado en cualesquiera de los medios de comunicación por empresas lucrativas, organizaciones no lucrativas, agencias del estado y los individuos que intentan informar y/o persuadir a los miembros de un mercado meta en particular o a audiencias acerca de sus productos, servicios, organizaciones o ideas". ⁵⁸

La publicidad puede definirse como el "medio por el cual el consumidor conoce lo que el proveedor está ofreciendo, a fin que de ella pueda surgir el interés por adquirir determinados bienes o servicios", o como el "conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender una noticia para atraer a posibles compradores, usuarios, espectadores". ⁵⁹

Además, el tribunal Sancionador también ha asumido el concepto de publicidad establecido en el Código de ética de la Publicidad según el cual "Aquella parte de la política comercial de una empresa, cuya finalidad es dar a conocer una marca, producto o servicio y persuadir al posible consumidor para que consuma o haga uso de tal marca, producto o servicio, valiéndose, para dicha difusión o persuasión, de contactos no personales a través de la compra de espacios publicitarios en los diferentes medios publicitarios".

57 Etzel Michael Stanton William y Bruce Walker, "*Fundamentos De Marketing*", 13ª Edición, Mc Graw Hill, New York, Estados Unidos(2002), 569.

58 "Definiciones de Publicidad", <http://www.marketingpower.com>. (2015).

59 Armando Enrique Mena Castro, "Criterios Jurisprudenciales de Protección al Consumidor", n.2 (2015), 145.

2.2. Publicidad Engañosa, Ilícita o Falsa.

2.2.1. Engañosa.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo que es la publicidad, diremos, que la publicidad engañosa será aquella que de cualquier manera, incluyendo a su presentación, induce o podrá inducir a error a los destinatarios, podrá alterar el comportamiento económico de estos o ser capaz de perjudicar a un competidor.⁶⁰

Los Autores Westphalen y Piñuel definen la publicidad engañosa de la siguiente forma: “Publicidad que conlleva indicaciones o presentaciones falsas, o que pueden inducir a error en lo que concierne a: existencia, naturaleza, composición, calidades sustanciales, elementos integrantes, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta de bienes o servicios que son objeto de publicidad, condiciones de su utilización.

Resultados que pueden ser esperados de su empleo, motivos o procedimientos de venta o de la prestación de servicios, compromisos ⁶¹contraídos por el anunciante, identidad, cualidad o aptitudes del fabricante, de los vendedores, de los promotores o de los prestatarios.”⁶²

Se puede ver que la base de estas dos definiciones de publicidad engañosa es el error debido a que se debe de estar en presencia de él, para que se de este tipo de publicidad.

60 “Publicidad Engañosa”, <http://www.deficionabc.com/publicidadengañosa.php>, (2015).

61 Gustavo Gili, “*Teoría y Metodología de la identificación institucional*” (Barcelona, España 1994), 26.

62 M.H. Westphalen y J.L. Piñuel, “*La dirección de Comunicación*”. Madrid, Editorial del prado, (1993), 1099.

2.2.2. Ilícita.

Publicidad atentatoria contra la dignidad de la persona o que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud. Los anuncios que atentan contra el principio de no discriminación por razón de sexo, raza o religión y anuncios que atentan contra la dignidad de determinados grupos colectivos o minorías.

Se incluyen los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia de genero.

La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros.

2.2.3. Falsa.

Con origen en el latín falsitas, el concepto de falsedad describe la falta de verdad o autenticidad de un objeto o individuo. Una falsedad puede consistir en una mentira, noción que identifica a una declaración que oculta o tergiversa la realidad de manera parcial o absoluta.

En el ámbito del derecho, la falsedad está considerada como un delito que se caracteriza por la modificación o cambio de la verdad con consecuencias importantes.

2.2.4. Naturaleza Jurídica.

Las normas de protección al consumidor pueden ser de naturaleza diversa. Según su contenido éstas pueden ser Civiles o Mercantiles. Esta situación se genera porque los contratos mediante los cuales los consumidores pueden adquirir bienes o servicios pueden estar regulados por un ordenamiento civil o mercantil, lo cual repercute en la forma de su interpretación y en las acciones específicas que pueden oponerse.

Además de la posibilidad de situaciones intermedias. Es significativo que la problemática jurídica que afecta hoy de forma más directa a la protección de los consumidores comprende cuestiones que están entre el derecho civil y el mercantil: las condiciones generales de la contratación; las diversas modalidades de compraventas especiales; la responsabilidad del fabricante y, en general, los temas relacionados con la evolución de la normativa sobre responsabilidad civil.⁶³

En principio podríamos afirmar que la naturaleza de las actividades por las cuales un sujeto compra y otro vende son relaciones de naturaleza civil, las cuales generan determinadas obligaciones conforme a dicha legislación. Sin embargo cuando son realizadas por comerciantes adquieren el carácter mercantil.

Por otra parte, como conjunto, las normas que protegen a los consumidores

⁶³ Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, "Derecho *del Consumidor*", 2ª ed. (Editorial Porrúa, México, 2007), 25.

pueden ser vistas como una rama de derecho económico o como una categoría particular de los derechos humanos. Se puede considerar que “el derecho del consumo concierne al derecho económico puesto que se trata de un derecho que permite actuar sobre las estructuras de la distribución y, todavía más, el aparato de producción”. Por lo que se refiere a su naturaleza explicada como derechos humanos, coincidimos con Rodolfo Staven Hagen, quien afirma que:

La defensa y la protección de los consumidores se plantea hoy en día, ya no solamente como una demanda porque se lleven a cabo prácticas comerciales limpias y honestas, o como una exigencia para que el consumidor disponga de adecuada información, la defensa de los consumidores se inscribe dentro de un proceso de defensa de los derechos humanos en general, en un mundo cada vez más burocrático y enajenante, en el cual, el libre ejercicio de los derechos humanos de los individuos se ve constantemente amenazado por fuerzas y sistemas que escapan del control efectivo de los ciudadanos.⁶⁴

Una de las principales características de los derechos humanos es su universalidad, es decir, se han roto las fronteras de protección estatal, ya no es un estado el obligado a proteger a sus ciudadanos o a sus habitantes; ahora cualquier estado donde el hombre se encuentre tiene la obligación de respetar y asegurar el disfrute de dichos derechos. Actualmente, en el contexto de la globalización y del neoliberalismo se busca rescatar al individuo: los derechos humanos salen del ámbito doméstico y se convierten en objeto de protección por organismos internacionales, es decir, ya no es un Estado el obligado a otorgar al sujeto determinados derechos, sino que los

64 Rodolfo Staven Hagen, “*Los derechos Humanos de los Consumidores*”, (México, Instituto Nacional del Consumidor, 1985), 7.

lleva consigo y todos los Estados donde él se encuentre están obligados a respetarlos; finalmente se hace de los derechos del hombre, derechos inherentes a su persona y no a la del ciudadano.

2.2.5. Tipos de Publicidad Engañosa.

La publicidad engañosa puede ser clasificada de distintas formas, sea por el tipo de acción engañosa o por la forma del engaño, o según los motivos de su ilicitud. Sin embargo, para la presente, la publicidad engañosa inicialmente será clasificada según se cometa por acción u omisión, por lo que a partir de esta categoría principal se establecerán las distintas sub categorías de publicidad engañosa correspondiendo al tipo de acción engañosa, sin que necesariamente sean las siguientes, categorías mutuamente excluyentes ni un numerus clausus.

2.2.5.1. Publicidad engañosa por acción.

Se cometerá publicidad engañosa por acción, tal y como se explica anteriormente, cuando en la transmisión de la comunicación se realicen acciones engañosas, se comunique información no clara o confusa, se simulen hechos falsos, o se deformen hechos verdaderos generando contradicción⁶⁵, tal como se expone a continuación:

2.2.5.1.1. Falsa representación.

Este tipo de publicidad engañosa se refiere a los casos en los cuales a través de la comunicación publicitaria se realizan afirmaciones que no corresponden

⁶⁵ Fernando García Saís, *“Derecho de los Consumidores a la Información: una aproximación a la publicidad engañosa en México”*, (Editorial Porrúa, México, 2008), 75.

a la realidad. Es cuando lo ofertado es distinto a lo verdadero, sea por causa de una violación al deber de cuidado o por una intención dolosa. De todas formas existirá la falsa representación cuando se generan falsas expectativas sobre el consumidor, quien espera adquirir el producto “del anuncio”. Es la publicidad que anuncia algo distinto al bien o servicio que en realidad vende, sea por sus características, tamaño, precio o patrocinador. Es el caso en el que antes, al momento, o después de realizar la decisión de consumo, el consumidor ve defraudada sus expectativas debido a una falta de correlación con lo ofertado. La falsa afirmación, falsa representación es la existencia de inexactitud entre los datos contenidos en la publicidad y la realidad.⁶⁶

2.2.5.1.2. Información ambigua, poco clara o confusa.

Es el contrario al deber de informar de forma clara, sin la utilización de expresiones ambiguas, desconocidas, o con una pluralidad de significados que pueden desencadenar el engaño. Es la violación al deber de información veraz y oportuna. La publicidad confusa tiene como esencia la falta de claridad en la información que transmite, dejando un sentimiento de duda en el consumidor sobre los bienes o servicios a ser adquiridos, sin llegar a ser información incompleta. Por ello este tipo de publicidad engañosa se vale de expresiones ambiguas, expresiones con varios significados, o expresiones que comúnmente entendidas por los destinatarios del mensaje no corresponden con la realidad, por lo que existe probabilidad de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponde con la realidad.⁶⁷

66 *Ibid*, 76.

67 *Ibid*, 77.

2.2.5.1.3. Simulación de hechos falsos o deformación de hechos verdaderos.

Este tipo de publicidad engañosa se da cuando el anunciante hace creer al consumidor, a partir de hechos verdaderos, representaciones falsas. Este tipo de publicidad se aprovecha de la desinformación del consumidor para generar el error. Otro ejemplo es el uso de términos como “liviano” o “light” en productos que por su naturaleza no tienen una composición rica en grasa. ⁶⁸

Es la exaltación de hechos verdaderos que producen una falsa representación y expectativa en el consumidor. Un ejemplo de lo anterior es el caso de la exageración publicitaria, la cual parte de bases verdaderas, pero que se extralimitan hasta causar el error.

2.2.5.1.4. Comportamiento concluyente.

Se da en la utilización de expresiones que siendo veraces conducen a extraer conclusiones que no se corresponden con la realidad. Es cuando el comerciante si bien no manifiesta el hecho contrario a la verdad, dicho hecho resulta de las circunstancias en que se desenvuelve su comportamiento. Este tipo de publicidad engañosa se vale de distintos medios para generar el engaño sin ser explícita y aparentando ser verdadera. De allí que como sub categoría pueda incluirse dentro de este tipo, la publicidad que utiliza información disimulada o encubierta.

2.2.5.2. Publicidad Falsa.

Se refiere a las afirmaciones evidentemente falsas, o de difícil comprobación por parte del consumidor en la fase preliminar o precontractual.

⁶⁸ Ibid, 79.

Es cuando los comerciantes proclaman falsamente que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones. Generalmente este tipo de publicidad engañosa es fácil de identificar puesto que hace alusión a espacios temporales rígidos (por ejemplo, “resultados visibles en dos semanas”, “tres días”, entre otros) en los cuales se demuestra su efectividad. Dicha publicidad engañosa también se da cuando mediante la publicidad se realizan promesas excesivas, las cuales no se cumplen. Un ámbito en el cual se produce mucho este tipo de publicidad, es el campo de la belleza, de los cosméticos o de los medicamentos que prometen cambios con la pérdida de peso.⁶⁹

2.2.5.3. Publicidad Engañosa por Omisión.

La publicidad engañosa por omisión es aquella que silencia características del bien, producto o servicio indispensables para que el consumidor pueda contar con la información apropiada para decidir, ya que, ante su ausencia, la decisión del consumidor estará viciada por la inexactitud del mensaje publicitario.

Este tipo de publicidad no dice algo que de informarlo al consumidor haría que este decidiera por no adquirir el bien, producto o servicio objeto de la publicidad. La publicidad engañosa por omisión puede clasificarse de la siguiente forma:

2.2.5.3.1. Falta de información total o parcial.

Según la terminología aportada por España Arrieta, la alegación Publicitaria Incompleta se produce cuando la comunicación omite aspectos importantes que sirven para validar la afirmación transmitida.⁷⁰

69 Ibid, 81.

70 Ibid, 82.

Un ejemplo de lo anterior es cuando la actividad publicitaria omite exhibir el precio final de los productos sin incluir el impuesto de ventas en el menú con la intención de que el destinatario vea un precio más atractivo, o menor al de la competencia. Lo mismo sucede cuando el panfleto de información que entrega la empresa no contiene información nutricional fidedigna, por ello se dice que es incompleta, pues no se muestran las fuentes de donde fue tomada la información.

Existe falta de información parcial cuando en las ofertas no se menciona el precio anterior del producto en “rebaja”. El engaño surge cuando al no informarse sobre el precio anterior del producto, el consumidor carece de información adecuada que le permita ejercer su derecho a la libre escogencia. Esto crea confusión al no establecer el precio anterior del producto que se dice que está en oferta, pues la publicidad está dirigida a toda la población y no solo a quienes son clientes regulares de la empresa y tienen noción del precio del producto afectado.

2.2.5.3.2. Frases Omisas.

Se refiere al uso de frases incompletas que generan error tales como “Aplican restricciones”, “Oferta Limitada”, debido a que afirmar falsamente que el producto solo estará disponible durante un período muy limitado o que solo estará disponible en determinadas condiciones durante un período muy limitado, a fin de obligar al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con conocimiento de causa.

La publicidad omisiva genera no solo un error sino también un daño debido a la falta de información completa, ya que, se considera que el comerciante

debe ser más explícito y comunicativo al momento de establecer limitaciones a determinada actividad promocional de forma previa. Este tipo de publicidad omisiva no debe de subestimarse, pues en ocasiones las omisiones pueden resultar tantas o más engañosas que las afirmaciones falsas.⁷¹

2.2.5.3.3. Publicidad no oportuna.

Se incurre en publicidad engañosa omisiva también cuando no se brinda de manera oportuna la información al consumidor, es decir, de forma previa, por lo que el consumidor realiza la decisión de consumo con base en la información que hasta ese momento tiene a su alcance. De esta forma si el comerciante no cumple con el deber de información al momento previo a la decisión de consumo, incurre en publicidad engañosa, pues se toma como si no le hubiera informado del todo. Precisamente es el carácter previo lo que permite la formación de un consentimiento informado, libre y razonado por parte del consumidor, por lo que si esto se incumple en el momento oportuno, se incurre en publicidad engañosa por omisión. Para los autores Julio Álvarez y Vicente Gonzalo existen cinco tipos de publicidad engañosa más frecuente se pueden identificar de la siguiente manera:

2.2.5.4. Por Acción.

Ofrece información falsa o su contenido puede inducir a error⁷² por ejemplo: Promocionar un producto a mil pesos cuando en realidad cuesta el doble.

2.2.5.5. Por Omisión.

Omite información determinante para que el consumidor tome una decisión

⁷¹ Ibid, 84.

⁷² Julio Álvarez y Vicente Gonzalo, "*Divulgación sobre Análisis de Publicidad y Protección al Consumidor*", 3ª ed. (Barcelona, España, 2008), 98.

debidamente informada⁷³ por ejemplo: Una oferta de un hotel que se promociona “cerca de la playa” sin especificar la distancia real en kilómetros.

2.2.5.6. Comparativa engañosa.

Compara elementos que no son semejantes y/o denigran al competidor⁷⁴ por ejemplo: Anunciar en un supermercado un precio más bajo para una cámara fotográfica que también vende la competencia, pero sin tomar en cuenta que el modelo es diferente.

2.2.5.7. Encubierta.

Su misión es introducirse de manera imperceptible en otros esquemas de comunicación⁷⁵. Por ejemplo: “Publirreportajes” o “infomerciales” que no advierten su naturaleza comercial.

2.2.5.8. Exagerada.

Cuando el grado de exageración no puede ser identificado por el público a quien va dirigido (como niños o personas con alguna discapacidad). Un ejemplo de ello: Al observar un comercial en el que un avión de juguete vuela aparentemente solo, un adulto deducirá fácilmente que se trata de un artefacto con control remoto, mientras que un niño podría creer que vuela por arte de magia.

2.2.6. La Publicidad y la Relación de Consumo.

Si se considera al consumidor como el destinatario del mensaje publicitario, entendido este como consumidor efectivo y potencial; existe una relación jurídica entre el consumidor y el comerciante con ocasión a la publicidad.

73 Ibid,100

74 Ibid,101

75 Ibid,102

Los comerciantes y productores frecuentemente se sirven de distintas herramientas de comunicación con el propósito de iniciar y conservar el contacto con sus clientes y sus prospectos.⁷⁶

Dicha comunicación permite a los comerciantes ser conocidos dentro del mercado. Esta información transmitida constituye los primeros acercamientos del comerciante hacia el consumidor, la información es el inicio de la relación de consumo.⁷⁷

Se ve entonces que la publicidad forma parte de las actividades comerciales y en este sentido Finkelhor lo explica mejor al afirmar que “El derecho de llevar a cabo un negocio o comercio lícito entraña el derecho de llamar al público, por medio de la publicidad, para que lo patrocine. La publicidad es tan parte del negocio como el edificio, las maquinarias y las materias primas”. En este sentido desde la óptica del comerciante, la publicidad es una de las actividades más visibles y hasta representativas de las empresas.

Dicha herramienta no solo les es práctica y efectiva, sino que también les representa una mejor inversión que la de un vendedor debido a la enorme masa de consumidores a la que es expuesta o exhibida. La publicidad ahora sustituye a los pregoneros, a los vendedores y a los “polacos” representándole al comerciante una disminución tanto de riesgos, como de costos. De allí que el comerciante frecuentemente deje de lado la promoción directa y la reemplace por técnicas que si bien son eficaces, producen un alejamiento en el contacto personal entre consumidor y comerciante, por lo

76 William F. Arens, “*Publicidad*”, Séptima Edición, (Editorial McGraw Hill, México, 1995), 6.

77 La relación de consumo es aquella conducta que implica un conocimiento mínimo sobre el objeto de consumo, un vínculo subjetivo, económico, jurídico y social entre los consumidores, proveedores y el productos o servicio materia de transacción comercial y el ánimo de querer o no consumir.

que la tarea de comunicar la información es dejada en manos de la publicidad.

Por ello se afirma que la publicidad es una aliada de los comerciantes, ya que, esta no solo se ajusta a sus necesidades y valores comerciales en cada época y en cada lugar, sino que también es el medio por el cual transmiten la información de la compañía, producto o servicio de una forma más práctica y cómoda.⁷⁸

Es aquí donde la importancia de la publicidad aparece en escenario, puesto que la publicidad en el comercio ha sido reconocida históricamente y su desarrollo en una economía de mercado es particularmente considerable, pero no es sino gracias a ella, que su titular transmite la información pertinente hacia los consumidores y a su vez, obtiene una situación de privilegio en un sector del mercado.⁷⁹

No obstante, por el uso que algunos comerciantes han dado a la publicidad, esta desde su nacimiento ha tenido que luchar con problemas de veracidad y ética especialmente sobre el carácter de la información que se proporciona a

78 William F. Arens, "Publicidad". Editorial Mac Graw-Hill Interamericana. Séptima Edición, México (2000). "Hace miles de años el hombre se dedicaba a la caza, la ganadería, la agricultura, y artesanía. Para hacer productos usaba herramientas manuales muy primitivas. Su actividad se centraba principalmente en satisfacer las necesidades básicas de la supervivencia. La distribución se limitaba a la distancia que podían recorrer los vendedores y la "publicidad" a la fuerza con que gritaban. Puesto que los bienes no se producían en grandes cantidades, no se necesitaba la publicidad para estimular las compras masivas. A medida que el mercado iba creciendo y se tornaba más complejo, aumentaba también la demanda de productos y lentamente fue advirtiéndose la necesidad de la publicidad. Al principio, los comerciantes colgaban anuncios enfrente de sus tiendas para que los transeúntes supieran de los productos que ofrecían. La mayor parte de la población no sabía leer, así que los emblemas contenían símbolos como una bota para anunciar una zapatería.

79 Jorge Kors y Elis Salís, "*El Derecho de las Marcas entre el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumo*", volumen 2. (Argentina, 1990), 141.

los consumidores.⁸⁰ En la Constitución de Costa Rica en su artículo 46 se establece el derecho de los consumidores y usuarios de recibir información adecuada y veraz por parte de los comerciantes, lo cual condiciona el uso de la publicidad y le sujeta a determinados patrones y criterios de objetividad y sobre todo de veracidad; lo anterior con el objetivo de lograr una pacífica y sana relación de consumo. De esta manera el ordenamiento jurídico y en la sociedad de consumo, la publicidad se convierte en la materialización del Deber de Información emitida por parte de los comerciantes; publicidad que se puede materializar a través de anuncios televisivos hasta publicidad en línea en el comercio electrónico.

El Deber de Información también se encuentra consagrado en su artículo 32 de la Ley 7472 de Costa Rica, en sus incisos c) y d) donde se establece el derecho de acceso a una información veraz y oportuna sobre los diferentes bienes y servicios, como derecho de los consumidores; y en el artículo 34 donde se establece el Deber de Información como obligación del comerciante, de informar suficientemente al consumidor sobre los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo.⁸¹

De esta manera resulta evidente que el comerciante debe de realizar la actividad publicitaria hacia el consumidor en cumplimiento con el Deber de Información; entendiéndose al consumidor como destinatario del mensaje publicitario, ya que, tal y como se explicó anteriormente, el término de “consumidor” no se limita a aquellos individuos que efectivamente

80 Ibid, 26, “El aumento del volumen ocasionó un cambio en la estrategia publicitaria. Samuel Johnson, famoso personaje de la literatura inglesa, observó en 1758 que los anuncios eran entonces tan numerosos, que “se abusaba mucho de ellos”, y que se había vuelto necesario aptar la atención con una promesa desmesurada. Así nacieron las afirmaciones exageradas en la publicidad.”

81 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Referencia. 748-F-S1-2010. (San José, Costa Rica, 2010).

concretizan un acto jurídico con el comerciante, sino que la norma también incluye a quienes reciben información o propuestas para ello.⁸²

Sin embargo, ¿Cuál es el límite que deberían tener los comerciantes con respecto al tipo y forma de comunicación transmitida al público? Los límites a la publicidad pueden ser de distinta índole, sean debido a los valores sociales, como por ejemplo, el uso de la mujer en la publicidad, hasta a niveles de urbanismo y estética; sin embargo, para efectos del presente se analizará únicamente la perspectiva de la información dentro de la relación de consumo.

De esta forma cabe exponer que el derecho que posibilita al comerciante a transmitir el mensaje publicitario se remonta en nuestro ordenamiento jurídico al Derecho de si bien la publicidad, gracias a los avances técnicos y al desarrollo económico, es el instrumento típico de unión entre la empresa y el mercado⁸³, el Estado está facultado para imponer restricciones al derecho de Libertad de Empresa.

Lo anterior debido a que si bien la publicidad comercial como hecho comunicativo, se realiza en el ejercicio de la libertad de expresión, también se ejecuta en el ámbito de libertad de mercado; lo cual quiere decir que si bien el comerciante se encuentra posibilitado para ejercer sus derechos, no debe de olvidarse su relación con el consumidor, para quien la publicidad constituye un medio para conocer las características de los bienes y servicios que se ofertan. De modo que la libertad de expresión se encuentra limitada

82 *Ibíd.* “Resulta propio a la noción de consumidor, la de ser, el destinatario final de los bienes o servicios, sea que los adquiera realmente o sea sólo un posible o potencial consumidor”.

83 Mirem Gorrotxategi, *“Publicidad y Libertad de Expresión”, 3a Ed. (Barcelona, España 2006). 843.*

en su desarrollo, especialmente para impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa, límite que no debe de obstruir el ejercicio del derecho sino que ha de ordenar su aplicación concreta.⁸⁴

La Libertad de comercio no es absoluta sino que admite restricciones por parte del Estado, siempre y cuando dichas limitaciones no excedan los límites de razonabilidad y proporcionalidad descritos en el ordenamiento constitucional. Por ello si bien el comerciante está facultado a ejercer su derecho de libertad de empresa, este gozará de plena libertad en el ejercicio de su derecho en cuanto no viole otros derechos reconocidos. De esta forma una limitación congruente frente la publicidad engañosa, evita la existencia de conflicto entre el mensaje comunicativo y otros valores de mayor peso, donde el derecho a la libertad de expresión comercial tiene que ceder.

De allí que la razón de regulación de la publicidad engañosa se base en la protección al libre mercado, de modo que la publicidad no atente en ningún caso contra los derechos del consumidor ni contra los derechos del comerciante. La publicidad se crea en el ejercicio de la libertad de expresión y en el de la libertad de mercado, por lo que si hay abuso debe de limitarse estas libertades; y definitivamente no puede existir competencia desleal ni publicidad engañosa, ya que, si se cae en ello, el Estado debe de regularlo.⁸⁵

La publicidad no solo contribuye a la venta de productos y a la promoción de servicios, sino que también es influyente en la decisión de consumo de un individuo, ya que, es el medio por el cual la información es transmitida por el

84 Mabel López García, *“La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico”*. 8a Ed. (México, 2004), 69.

85 Mario Alberto Bofanti, *“Derecho del consumidor y usuario”*, (Buenas Aires, Argentina, 2001). 34.

comerciante sobre los bienes o servicios ofertados; información que le será determinante a su público para llevar a cabo una decisión de consumo.

Dicha decisión de consumo, es un aspecto muy influyente en la economía y en la sociedad, ya que, la esencia de la existencia de un mercado radica en la disposición de compradores y vendedores de efectuar una transacción financiera⁸⁶. Por ello, es interés del Estado proteger las relaciones de consumo, pero también el Estado debe velar por la protección de los derechos del consumidor que se pueden ver violentados a causa de la relación de consumo.

Para determinar dichas situaciones, debe primero analizarse cuáles son los derechos del consumidor que pueden verse en riesgo a causa de la relación de consumo en este sentido se tomará como base las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección al Consumidor. Dichas directivas establecen como necesidades legítimas de los consumidores:

- a. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;
- b. La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- c. El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;
- d. La educación del consumidor; incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor;

⁸⁶ Ibid, 50.

- e. La posibilidad de compensación efectiva al consumidor;
- f. La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten;
- g. La promoción de modalidades sostenibles de consumo.⁸⁷

2.2.7. El error en la relación de consumo.

Tal como lo define Pérez Vargas, *“El error es el falso o equívoco conocimiento, o el desconocimiento total de una cosa, es un estado de la mente en que la representación de un objeto es impedida, o sustituida por otra falsa”*.⁸⁸ El error puede definirse según el momento en que se produce dentro de la relación de consumo. Existirá error cuando en la fase preliminar a la formación de un contrato, el consumidor se vea motivado a realizar acciones tendientes a la ejecución del contrato, pero que al momento previo de realizar la decisión de consumo, se percata del error y desiste.

También, el error puede surgir igualmente en la fase preliminar a la formación de un contrato, pero que se mantiene hasta después de ejecutado el contrato. Se ve entonces que el error consiste en la evaluación que resulta en una experiencia negativa previa o posterior a la decisión de consumo, motivado por una falsa representación de la realidad. Ahora bien, dicho error puede ser producto de una inexperta técnica publicitaria o de la intención de

87 Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor Ampliación de Las Directrices para la Protección del Consumidor de Manera que incluyan Directrices sobre Modalidades de Consumo Sostenible. (2008).

88 Víctor Pérez, *“Derecho Privado”*, tercera ed. Costa Rica, (Agosto 1994), 392.

engañar, o bien puede resultar de una mala comprensión del mensaje publicitario por parte del destinatario, tal y como se aclarará a continuación:

2.2.7.1. La información dentro del mensaje publicitario.

El consumidor, en principio, en la relación de consumo se basa en la información del producto o servicio, a fin de ver satisfecho su deseo⁸⁹.

Precisamente es este el fundamento del derecho a una información veraz, es la posibilidad de que el consumidor pueda contar con información suficiente para la formación del consentimiento ante un eventual acto jurídico, La información es uno de los pilares fundamentales en los que descansa toda relación de consumo saludable , ya que, solo garantizando una debida observancia del cumplimiento de este deber, el consumidor estará en posición de contar con los datos necesarios para poder evaluar de acuerdo con su natural aptitud, el costo de oportunidad que conlleva la adquisición de un determinado producto o la contratación también de uno u otro servicio, sin dudar sobre si la adquisición fue adecuada o no y garantizándose de esta forma la debida protección de sus intereses económicos.

De esta manera la información a través de la publicidad ejerce notoria influencia sobre la formación del consentimiento en el consumidor y su inducción a error mediante información falsa, la cual puede generar inclusive responsabilidad precontractual del comerciante por daños al interés negativo del consumidor. La publicidad, gracias a su influencia, conduce a la masa de compradores, quien por sí sola no se encuentra preparada para elegir ante la amplia gama de ofertas y productos; sin embargo, a pesar de lo anterior, tal

⁸⁹ El consumidor, como parte débil dentro de la relación de consumo, no tiene cómo saber las cualidades verdaderas del producto ofertado, no tiene forma de hacer tangible el producto o servicio sino dentro las expectativas mentales que éste se crea con la ayuda de la publicidad.

como lo afirma Zavala Rodríguez, es posible que el cliente “se equivoque” y no sepa comprar lo mejor.⁹⁰ No obstante, cabe señalar que históricamente se ha considerado que la publicidad es un instrumento de los comerciantes que pretende el incremento de las ventas mediante la promoción de los bienes y/o servicios de sus patrocinadores.

Por ello, la publicidad tratará de dar a conocer sus productos ofertados de la mejor manera posible hacia la audiencia. De allí que el anunciante al emitir un mensaje lo realice con la ayuda de dos elementos claros que configuran el objeto de la publicidad: el elemento objetivo, con el que se hace referencia a la información que se quiere dar a conocer (información comprobable, que sin faltar a la verdad tiene un determinado carácter persuasivo) y el elemento subjetivo con el que se hace referencia a la voluntad del emisor de dar a conocer una marca, producto o empresa (el cual supone una incitación al receptor del mensaje para que compre, por lo cual hace uso de técnicas artísticas, lingüísticas y psicológicas que dotan a la publicidad del carácter de obra o creación artística).⁹¹

No obstante, cuando el comerciante realiza la actividad publicitaria, el elemento persuasivo no se muestra claramente diferenciado del elemento objetivo, siendo que en la práctica, la conjunción de ambos constituya al mensaje publicitario.

Tal y como se expuso anteriormente, el mensaje publicitario en la práctica es la conjugación tanto del elemento objetivo como del subjetivo, por lo que se torna muy dificultoso para el consumidor diferenciar entre ambos; y si el criterio para el cumplimiento del deber de información veraz es que la

90 Carlos Juan Zavala Rodríguez, “*La Publicidad Comercial: Su Régimen Legal*”, Editorial de Palma, (Buenos Aires, Argentina, 1947). 75.

91 *Ibid*, 54.

información transmitida sea comprobable, en la práctica también resulta poco práctico para el consumidor reconocer la información de carácter comprobable. Es decir, lo cierto es que el consumidor únicamente conoce la información que el mismo comerciante le transmite mediante la misma publicidad. En la práctica, al momento en que el consumidor se expone y recibe el mensaje publicitario, no tiene forma alguna de conocer la realidad que pueda ser susceptible de verificación ni ha de ser esta su función al ser receptor de la misma.

2.2.7.2. El Error producto de la falsa representación de la realidad en los consumidores.

El error puede motivarse también en el ámbito interno del consumidor. Se refiere a los casos en que no es el comerciante sino el consumidor quien se extralimita y va más allá del contenido del mensaje publicitario. Es decir, existen situaciones en las cuales el consumidor infiere a partir de un mensaje publicitario una realidad que no es real o que es falsa y consecuencia de ello cae en el error.

Y son estas situaciones las que no deben de caer dentro del ámbito de la publicidad engañosa, sino que responden a la percepción personal del consumidor y las expectativas que él mismo en su mente creó siempre y cuando el comerciante hubiere cumplido a cabalidad con el deber de información.⁹²

La identificación del comerciante en la publicidad permite al consumidor conocer la fuente de las afirmaciones a fin de proteger sus intereses económicos informándose adecuadamente sobre el comerciante; y permite a

⁹² Ibid, 130. La percepción es la “forma personalizada de sentir, interpretar, y comprender varios estímulos”.

su vez al comerciante librarse de posterior responsabilidad por las afirmaciones que otras organizaciones o partes puedan hacer sobre su producto o servicio ofertado.

Debe destacarse que la definición de publicidad engañosa no puede solo afirmar que es la publicidad que induce o produce error en el consumidor, ya que, tal y como se expuso, el error puede ser producto de la creación mental del mismo consumidor y ser parte de los “riesgos” sobre los cuales el consumidor se enfrenta dentro del mercado; sin embargo, dicho riesgo no tiene porqué existir a partir del engaño, la mala fe y la manipulación del comerciante.

2.2.8. El engaño en la relación de consumo.

2.2.8.1. El Engaño.

El Engaño es definido, como la acción engañosa, la simulación de hechos falsos, la deformación de hechos verdaderos o el ocultamiento de hechos verdaderos. De esta manera resulta evidente que pese a que el engaño tiene diferentes manifestaciones, mantiene su intención que es la de conducir al error y para ello se vale de distintas técnicas.

Por ahora el presente párrafo se centrará en determinar si hay engaño en la publicidad, qué es y por qué se produce. El engaño es el comportamiento positivo (explícito o concluyente) u omisivo (cuando existe la obligación de decir la verdad), por el cual el autor causa un error en el ofendido, error que produce un acto dispositivo y un perjuicio.⁹³ Ahora bien, en la relación de consumo entre comerciante y consumidor, dentro la comunicación que el

93 Ibid, 84.

comerciante transmite hacia el consumidor de forma previa a la contratación de un bien o servicio, también puede surgir el engaño como una patología.

Al respecto la doctrina entiende que para que pueda desencadenarse dicho engaño, es preciso en primer lugar, que el mensaje publicitario pueda valorarse en términos de veracidad, es decir, de una correcta valoración de la realidad.⁹⁴

En este sentido lleva razón la doctrina por cuanto para valorar la existencia del engaño, supone la posibilidad de hablar de la existencia de una verdad. Por tanto, al valorar el engaño en la publicidad, se debe antes partir de la existencia de veracidad en el mensaje publicitario. Y dicha veracidad no es otra que el bien o servicio ofertado al que se está haciendo referencia.

De modo que, se considerará a un mensaje publicitario engañoso, como todo aquel que crease una representación falsa sobre el bien o servicio ofertado, faltando a la verdad de sus afirmaciones a través de la publicidad. En este sentido: tanto la falta total de información como la información otorgada de forma parcial, contradictoria o engañosa, son variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar cierto servicio y por tanto constituyen también un engaño.

En este caso nos referimos al engaño por omisión, por el cual el comerciante debe actuar conforme con el deber de Información (es decir, que se encuentra sujeto a una obligación de decir la verdad); y al engaño por acción, que es cuando la información transmitida es contradictoria o engañosa y también se viola el deber de información.

⁹⁴ Resulta importante aclarar que no solo debe valorarse el mensaje publicitario en términos de veracidad, sino también en términos de claridad, oportunidad, y plenitud del mensaje publicitario, ya que el engaño también puede surgir no solo de la acción sino también de la omisión o del ocultamiento de hechos.

El comerciante por imprudencia puede caer en este mal uso de la publicidad debido a la ignorancia en el tema o a una mala asesoría de comunicación e imagen. También el comerciante puede incurrir en publicidad engañosa cuando sus productos o servicios ofertados han padecido una baja en su calidad, lo cual resulta en un engaño para el consumidor al no recibir el producto o servicio anunciado.

Sin embargo, tal y como lo señala Arens, los anunciantes comúnmente usan la publicidad engañosa o exagerada para mejorar la imagen de sus productos y así destacar verdades acerca de los propios productos, puesto que piensan que los consumidores creen tal publicidad.⁹⁵ De esta forma los comerciantes parten de la presunción de que los consumidores aceptan como verídica la publicidad y se ayudan de ello para extralimitarse en sus afirmaciones. Se ve entonces el interés y la motivación del comerciante de utilizar la publicidad engañosa.

2.2.9. El Dolo.

Pérez Vargas define el dolo como *“toda maquinación o fraude para engañar a una persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un acto jurídico que no hubiese hecho, o hubiera hecho distinto, de no existir el dolo. Comprende todo artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por ello, se sirve de maniobras fraudulentas, afirmaciones falaces, para provocar error en una persona y determinarla a ejecutar un acto”*.⁹⁶

Resulta de la anterior definición, la identificación del engaño sobre un individuo con la intención de que realice determinado acto jurídico con la

⁹⁵ Ibid, 78.

⁹⁶ Ibid,392

ayuda de un conjunto de actuaciones fraudulentas para provocar el error. Precisamente la existencia de dichas actuaciones, que son el conjunto de artificios, maquinaciones y retencencias de las que se vale una de las partes o un tercero, para arrancar el consentimiento de la otra parte contratante, hacen que producto del dolo surja un error provocado, inducido por la otra parte contratante o por un tercero.⁹⁷

El actuar con dolo supone que el agente tiene conocimiento de que comete el hecho en las condiciones en que se encuentra tipificado por la ley, pero más que lo anterior, es preciso que el agente quiera realizar el hecho en esas condiciones.⁹⁸ Es decir, es preciso que el agente actúe sin buena fe, por lo que se excluye la actividad publicitaria producto de la impericia del comerciante.

En este sentido el doctor Kaune Arteaga, afirma que para que el error provocado constituya dolo, debe llenar los siguientes requisitos:1). Una de las partes contratantes, debe actuar a sabiendas, con mala fe, para arrancar el consentimiento de la otra; la simple imprudencia no constituye dolo. Y 2). El dolo debe ser reprehensible, es decir que la conducta que provoca el error debe tener cierto grado de intensidad que la haga reprochable, que merezca una estimación valorativa de carácter negativo.⁹⁹

De esta forma el dolo malo en la publicidad engañosa puede definirse como el uso de artificios, maquinaciones y otras hazañas para obtener el consentimiento del consumidor, a sabiendas de una actuación de mala fe por parte del comerciante. Es la intención del comerciante de producir un engaño

97 Walter Kaune Arteaga. *“Curso de Derecho Civil de los Contratos”* Tomo I. (Bolivia, 1992).198.

98 Pedro Virgilio Balbuena, “El Plagio como Ilícito Penal”. [http:// www. Ventana legal. com / revista ventana legal / plagio_ilicito.htm](http://www.VentanaLegal.com/revista_ventana_legal/plagio_ilicito.htm).

99 *Ibidem*, Walter, 154.

suficiente para inducir al consumidor a celebrar un contrato donde por definición no hay buena fe. El análisis del dolo en la publicidad engañosa resulta de vital importancia, ya que, entonces no solo daría pie para una persecución y sanción penal, sino también para una indemnización al consumidor frente la publicidad.

CAPITULO III.

MARCO JURIDICO DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

En este capítulo se establece el marco jurídico de la publicidad engañosa en El Salvador, tomando en cuenta las leyes que forman un todo para poder regular dicha publicidad y sus derivaciones existentes, es así como presentaremos también los derechos que las personas como consumidores tienen frente a los proveedores de bienes y servicios y como hacerlos valer ante ellos. Y como se regula dicha publicidad, cuando los proveedores realizar publicidad engañosa o alguna de sus derivaciones tienen diferentes infracciones que el Estado es el garante de cumplirlas por medio de la Defensoría del Consumidor.

3.1. Marco Jurídico Nacional.

3.1.1. Constitucion de la Republica de El Salvador.

La Constitución de la República como ley primaria defiende el interés de los derechos de los consumidores pero en forma general, y no regula específicamente en lo que se refiere a la publicidad engañosa o falsa, es por ello que al momento de infringir los derechos de los consumidores debemos remitirnos a la Ley de Protección al Consumidor.

Por consiguiente en el artículo 101 en su inciso segundo el cual establece, que “el Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentara los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”.¹⁰⁰

100 Constitucion de la Republica de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

La disposición constitucional citada, fija al Estado la obligación de asegurar la defensa de los consumidores en su totalidad, el cual debe de velar para que estos derechos se cumplan y sean efectivos.

Dentro de la Constitución en lo que se refiere al interés de los consumidores no, debió de exponerlo solo en este inciso, lo recomendable sería haber formulado más ampliamente en lo que se refiere a la defensa de los derechos de los consumidores.

"En cuanto a la connotación que tiene la manifestación de tal libertad en el orden económico, se advierte que la misma se encuentra en relación directa con el proceso económico que vive un país; desde ahí que son tres las grandes etapas de manifestación: la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios.

La libertad económica manifestada en estas etapas, construye una gran red de personas partícipes en el proceso económico, dentro del cual los productores satisfacen las necesidades económicas de los consumidores y éstos retribuyen tal satisfacción de necesidades, lográndose así un círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido. Cuando todo este proceso opera sin estorbos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe libertad económica. Por el contrario, no existirá dicha libertad cuando el Estado posee un proceso económico centralizado, en el que es productor y

distribuidor de todos o de la mayoría de los bienes y servicios; en este caso, se trata de un Estado que se caracteriza por limitar la iniciativa privada y la libre elección o preferencia de los consumidores"¹⁰¹. En relación con el sentido del concepto dignidad de la persona humana, la SC ha afirmado que “es claro que la dignidad de la persona humana, cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos de la convivencia nacional”.¹⁰²

El derecho de los consumidores también tiene congruencia con la justicia social que tiene que ver con la lucha contra la distribución desigual de los recursos que son de todos, la preocupación por el bien común, el deseo de la justicia que equivale a paz y la razón de que todos los individuos formamos parte de un sistema social justo. Las desigualdades sociales deben darse en beneficio de los menos favorecidos, para que exista equidad, el estado debe preocuparse por el desarrollo humano y de la sociedad. El Art. 6 tiene relación con el artículo 101 de Cn. En la que menciona que “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás.

El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan. En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio

101 Sala de lo Constitucional, Sentencia Administrativa, Referencia: 26-VII-99 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999).

102 Sala de lo Constitucional, Sentencia Administrativa, Referencia: 26-VIII-1998 (El Salvador Corte Suprema de Justicia, 1998).

destinado a la difusión del pensamiento. No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones.

Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios. Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carácter político o religioso de lo que se publique.

Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona. Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley". La libertad de expresión y difusión del pensamiento no se restringe a la presentación de su demostración, sino que se amplía a la libertad de prensa, y desde un punto subjetivo, constituye el derecho de información. Podemos ver que el artículo tiene un orden que ubica, el derecho a la libertad de expresión, se menciona la protección a las compañías informadoras, se prohíben tasas arbitrarias, se menciona el derecho de respuesta, y se permite la posibilidad de censura a los espectáculos públicos.

3.1.2. LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

Publicidad Ilícita, Engañosa o Falsa.

Art. 31. Se considerará publicidad ilícita la siguiente:¹⁰³

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere el

¹⁰³ Ley de Protección al Consumidor (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 2005). artículo 31.

derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en la constitución, especialmente en lo que se refiere a la mujer, juventud, infancia o grupos minoritarios. Se entenderán incluidos en la previsión anterior, los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados.

b) La publicidad engañosa o falsa, es decir cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, pudiendo afectar su comportamiento económico. Para determinar si una publicidad es engañosa o falsa se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

i) Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

Las características son cualidades que permiten identificar un bien, actividad o servicio distinguiéndolo de los demás. Por ejemplo: “Ya he pedido al proveedor que me informe acerca de las características de la nueva máquina”.

Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.

El origen o procedencia geográfica de cualquier cosa es saber de qué parte del mundo provienen, de que está hecho y compuesto ese producto o que compone dicho servicio, el uso o función que se le dará al bien o servicio.

La finalidad que explica o justifica los motivos de los bienes y la idoneidad que debe tener para adecuarse entre las características de algo que se ofrece a las actividades comerciales, y que los productos deben estar en la libre disposición al consumidor y a su vez debe de ser innovador.

Calidad, cantidad, categoría y especificaciones.

Los bienes y servicios ofrecidos deben de estar en buen estado, y que sus medidas o precios sean exactos y especificar a qué tipo de clases pertenecen.

Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.

Los artículos que se publican deben de detallar de qué modo se fabricó y en qué fecha se hizo, asimismo que se dé un buen abastecimiento y un buen servicio.

Resultados que pueden esperarse de su utilización.

El proveedor debe detallar si dichos productos o servicios producirán algunas consecuencias o efectos secundarios por el manejo de ellos.

ii) precio completo o modo de fijación del mismo.

Cuando se publica o se oferta algo debe de tener el precio total y cumplir con las características o circunstancias que distinguen cada producto.

iii) condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

Se debe determinar las condiciones jurídicas como económicas, por el futuro incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho o una obligación, y de cómo se transmitirá dicho bien o servicio prestado.

iv) motivos de la oferta y promoción.

Que causas han utilizado para que determinados productos estén a bajos precios o porque tienen mucha rebaja.

v) naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante.

Se trata de cómo se realizó la preparación de los productos o como se dará la prestación de un servicio, también los anunciantes deben conocer de sus derechos.

c) La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. La responsabilidad por publicidad ilícita recaerá sobre el proveedor o anunciante que haya ordenado su difusión, no sobre la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta, ni sobre el medio que la difunda. Para mejor proveer, la defensoría del consumidor solicitará opinión al consejo nacional de la publicidad, la cual no tendrá carácter vinculante. Iniciado el procedimiento sancionatorio, el tribunal sancionador de la defensoría del consumidor podrá suspender cautelarmente la publicidad que se considere ilícita.

Para que la publicidad relativa al precio de los bienes ofrecidos en venta a plazos no se considere engañosa, deberá expresar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos según las cuotas publicadas. En la publicidad, en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un

contrato de venta a plazos deberá, en todo caso, indicarse el tipo de interés, así como la tasa efectiva anual.

En caso de que se hubiera estipulado un tipo de interés ya sea fijo o variable, en el contrato se establecerá el pago total, según el tipo de interés vigente en el momento de la celebración del mismo, haciendo constar expresamente como se ha calculado¹⁰⁴.

La ley recoge publicidad engañosa o falsa como aquella que motiva al consumidor a la compra de un bien o servicio, y le informa de datos que no son ciertos sobre las características, la cantidad del producto, su precio, su calidad, o cualquier otro factor, engañándolo sobre el mismo. Incluso aquella que tiene como fin confundir y omitir información del producto para ocultar una deficiencia.

Los usuarios de bienes y servicios, deben conocer de sus derechos, y así observar y verificar la información que se les ofrece, y no permitir publicidad engañosa, la cual debe ser denunciada. El responsable por publicidad engañosa no es, la empresa de publicidad, sino el proveedor o anunciante del producto o servicio que ordenó que se difundiera la publicidad engañosa o falsa. La Defensoría del Consumidor puede en el procedimiento sancionatorio, emitir que se cancele esa publicidad. El Artículo 43 se relaciona con el artículo 31, ya que nos menciona cuales son las acciones u omisiones que se consideran infracciones graves, y en su literal G, nos establece que una de ellas es realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa. En el caso de difusión de publicidad por orden

104 *Ibidem*.

de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta.¹⁰⁵

Por lo tanto esta infracción que se impone, debe estar apegada a la ley y la Defensoría, debe actuar conforme a la Constitución de la República, cumpliendo con los principios básicos del Derecho Sancionatorio, ante conductas que la ley establece. Por lo tanto la Defensoría del Consumidor por medio del Tribunal Sancionador, actuará siempre teniendo como base la ley al momento de la imposición de determinada infracción y sanción.

En el Art. 61 de LPC. Encontramos la organización administrativa de la Defensoría que nos habla que está organizada por varias secciones: Presidente, Consejo Consultivo, Tribunal Sancionador y las Direcciones y Unidades Administrativas que establezca su reglamento interno, según las necesidades del servicio.

La Ley es clara en decir, qué órganos conformarán la Defensoría, y menciona también las Direcciones y Unidades administrativas que constituya su reglamento interno, como lo menciona el artículo 3, que dentro de su estructura organizativa esta la Dirección Nacional de Estudios, Verificación y Vigilancia y la Dirección Legal; en la cual, la primera se encarga de investigar todo el mercado nacional para revisar y comprobar, que esté no incurra en infracciones que la LPC determina, porque si se detecta que hay anomalías, se manda a investigar y está es remitida a la dirección legal, para ver si procede o no la denuncia, y es a través de la presidenta de la defensoría que se interpone, el Art. 69 nos determina lo que le Corresponde al Presidente de la Defensoría del Consumidor, en la que especifica, los casos que requerirá

105 Ibid, 61.

en los literales b) y d) del Art. 143, el inicio del procedimiento sancionatorio establecido en la presente ley, en la que mencionan, uno cuando se trate de intereses colectivos o difusos.

Y dos si la defensoría tiene conocimiento de la infracción por cualquier medio, por lo que el Presidente puede solicitar que se inicie un procedimiento sancionatorio mediante la interposición de una denuncia, por lo tanto, debe velar porque las sanciones que imponga el Tribunal Sancionador se cumplan efectivamente, para evitar que se violenten los derechos de los consumidores y fomentar una cultura de respeto hacia el consumidor.

3.1.3. Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

Para verificar el cumplimiento del derecho a la información que establece la Ley y que se desarrolla en el Reglamento, los empleados de la Defensoría designados para tal efecto, deben realizar funciones de vigilancia e inspecciones según lo establece el art. 19 de este Reglamento en relación con el art. 58 letra f de la Ley, en la cual la Defensoría podrá actuar mediante sus empleados, para constatar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley y este Reglamento ya sea realizando auditorias o requiriendo informes a los proveedores.¹⁰⁶

El procedimiento sancionatorio del art. 48, habla de los casos que la Ley menciona, cuando el procedimiento se inicia por denuncia escrita del Presidente de la Defensoría y lo que ésta debe contener esencialmente en los requisitos. Cuando se trata de intereses colectivos o difusos, no obstante llegarse a un arreglo conciliatorio, se debe remitir, el expediente al Presidente

¹⁰⁶ Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 2006), artículo 48.

de la Defensoría, para que inicie el procedimiento sancionatorio correspondiente.¹⁰⁷

El art. 49, habla de la recepción de la denuncia interpuesta por el Presidente de la Defensoría, en la que el Secretario del Tribunal Sancionador formará expediente para cada causa, debidamente foliado.

Del análisis de la admisión de la demanda del art. 50, El Tribunal Sancionador examinará la denuncia, presentada por el Presidente de la Defensoría en el plazo de cinco días, en la que se verificará, si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 143 de la ley, así como lo relativo a la legitimación pasiva.

El art. 51, menciona en qué casos el Tribunal Sancionador declarará la inadmisibilidad de la demanda.

El art. 52, habla del procedimiento, que se iniciará mediante una resolución que básicamente de una breve representación de los hechos, que dieron motivo a su inicio; la indicación de la posible norma infringida y la posible sanción.

Los medios de prueba y resolución final del art. 54, dice que Conforme a lo dispuesto en la ley, se recibirán las pruebas ofrecidas por las partes interesadas y se podrán ordenar de oficio las reconocidas por el Derecho Común, en lo que fuere aplicable, así como los medios científicos idóneos.

¹⁰⁷ Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 2006), artículo 49 al 54.

La resolución definitiva se emitirá en el término de diez días después de concluidas las actuaciones.

El art. 56, habla de que la resolución definitiva, admitirá recurso de revocatoria debidamente fundamentado.

3.1.4. Código de Ética Publicitaria.

El art. 12 del código tiene relación con el artículo 31 de la ley, ya que menciona lo que un anuncio no debe contener; como la información, emisiones televisivas, música, efectos sonoros o visuales que por acción, omisión, exageración o ambigüedad, puedan producir directa o indirectamente al consumidor a engaño en cuanto al producto anunciado, al anunciante o a sus competidores y que todos los anuncios deben exponer una información clara, completa y oportuna.¹⁰⁸ Asimismo que los anuncios no deben incitar a confusión al consumidor en lo relativo a las características o beneficios de los productos, precios, términos, situaciones de compra y condiciones crediticias, medios y limitaciones de la caución ofrecida, propiedad industrial e intelectual y declaraciones o aprobaciones de cualquier índole.

El procedimiento en los casos de consulta de la defensoría del consumidor, se menciona en el art. 96, establece que las consultas realizadas al Consejo Nacional de la Publicidad de conformidad con el art. 31 de la Ley de Protección al Consumidor serán evacuadas en el plazo de 15 días hábiles a partir de su recepción. Dicha opinión podrá ser encargada a la Comisión Permanente de Ética Publicitaria, y validada por la Junta Directiva del

¹⁰⁸ Código de Ética Publicitaria (El Salvador, Consejo nacional de la publicidad, 2014), artículo 12.

Consejo Nacional de la Publicidad.¹⁰⁹ Para la evacuación de la consulta, la Comisión Permanente de Ética deberá haber analizado la pieza cuestionada, asimismo deberá contar con toda la información necesaria proporcionada por la Defensoría del Consumidor. De esta misma manera podrá realizar cualquier otro tipo de investigación o diligencia para fundamentar de mejor manera la opinión, incluyendo la cita de las partes. En caso de recibirse solicitudes oficiales de otras instituciones del Estado, podrá aplicarse también el procedimiento anteriormente descrito.

3.1.5. Precedentes Administrativos sobre Publicidad Engañosa o Falsa.

Resoluciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.

Referencia 552-11 de fecha 22 de enero de 2013.

El presente procedimiento administrativo sancionador, fue iniciado por denuncia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, contra la sociedad Operadora del Sur, S.A de C.V, propietaria del establecimiento “Dispensa Don Juan Los Héroes”. Por el supuesto incumplimiento de la obligación general de información, y la presunta difusión de publicidad engañosa, en contravención a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la ley de protección al consumidor, lo que de comprobarse, configurarían las infracciones previstas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) de la citada ley.

Se practicó inspección en el establecimiento antes mencionado a efecto de verificar que los productos ofrecidos a los consumidores poseían sus precios a la vista, así como el cumplimiento de las ofertas que aparecían públicas en folleto (o guía de ofertas) que se encontraba en el establecimiento en el cual

109 ibídem

aparecen diversos productos a precios especiales lo cual la caja registradora no marcaba el mismo. El tribunal resolvió: Sancionase a la sociedad OPERADORA DEL SUR, S.A de C, V, con la cantidad de Cuatro Mil trecientos Ochenta y Siete Dólares, equivalente a veinte salarios mínimos mensuales urbanos en la industria en concepto de multa por el cometimiento de la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.¹¹⁰

A la proveedora Operadora del Sur, S.A de C.V., se le sanciono por la afectación de intereses colectivos o difusos con base en el art 143 letra b) de la LPC debido a que los productos que estaban supuestamente en oferta en realidad no lo estaban, por tal razón se le impuso una sanción por publicidad engañosa, el proveedor fue negligente y aunque no haya existido intencionalidad dolo de parte de está, es evidente la falta a su deber de ser garante del derecho de información por no indicar a los consumidores su precio de venta no actuó con la diligencia requerida, en cuanto a colocar los precios a los productos que comercializa.

Referencia 801-11 de fecha 1 de marzo de 2012.

El presente procedimiento administrativo sancionador, fue iniciado por denuncia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, en aplicación del artículo 143 literal b) y d) de la LPC, contra la sociedad Two Shows Producciones, S.A de C.V, por el supuesto incumplimiento de la obligación general de información, y la presunta difusión de publicidad engañosa, en contravención a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la citada ley, y recaen bajo infracciones previstas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g)

¹¹⁰ Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 552-11 (El Salvador, Ley de Protección al Consumidor, 2013).

LPC. Mediante publicaciones realizada en La Prensa Gráfica y El Diario de Hoy, de fecha veintinueve y treinta de junio de dos mil doce, respectivamente, se tuvo conocimiento del espectáculo promocionado con el nombre “Dinosaurios Animatronics Discovery Channel”, en la cual en la parte final de la publicación y con tamaño evidentemente inferior al llamado principal de la misma se leía: Aplica cargo por servicio \$1.00 dicha promoción fue difundida por medio de prensa escrita, vallas publicitarias, anuncios de televisivos y cuñas radiales.

El tribunal resuelve: sancionase a la sociedad Two Shows Producciones, S.A de C.V, con la cantidad de Cinco Mil Cuatrocientos Ochenta y Tres Dólares con Setenta y Cinco Centavos, equivalentes a veinticinco salarios mínimos mensuales urbanos de la industria en concepto de multa por el cometimiento de la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.¹¹¹

En este caso el consumidor con la publicidad era capaz de inducir a error, engaño o confusión a los consumidores debido a que no se especificaba directamente que el cargo por boletería era de \$1 adicional al precio por el espectáculo, el cual se compone por el valor de la entrada y el costo por boletería, el tamaño de la letra empleada y su distribución dentro de la publicidad, es prácticamente imperceptible.

Referencia 1457-12 de fecha 26 de abril de 2013.

El presente procedimiento administrativo sancionador, fue iniciado por

111 Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia: 801-11 (El Salvador, Ley de Protección al Consumidor, 2012).

denuncia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor contra el Banco de América Central, S.A., por la supuesta infracción prevista en el artículo 43 letra g) con relación a los artículos 17 y 31 de la LPC. El treinta y uno de mayo de dos mil doce, el Banco de América Central, S.A., publicó en el periódico “La Prensa Gráfica” la promoción denominada “Crédito Bac/ Hipotecario”, posteriormente, se recibió una denuncia por parte de un consumidor afectado al solicitar el préstamo mencionado en el anuncio, se le informó que dicha promoción aplica solo en el caso de consolidación de deudas, lo cual no especificaba en la publicidad.

Como consecuencia delegados de la defensoría del consumidor realizaron inspección en el establecimiento denominado Banco de América Central a lo cual un empleado de la proveedora denunciada explicó que las condiciones y restricciones antes detalladas serían remitidas a la defensoría debidamente firmada, respecto de la carta en mención la denunciante acota que esta contiene las condiciones y restricciones de la promoción en cuestión a la que el banco denomina “promoción y financiamiento específica para traslado de hipotecas y consolidación de deudas con traslado e hipotecas para créditos hipotecarios ofrecidos al público”, por lo que considera que la información ofrecida en la publicación relacionada es insuficiente, incompleta, confusa y que puede inducir a error o confusión en el consumidor.

El tribunal resolvió: sancionase al Banco de América Central, S.A., con la suma de cinco mil cuatrocientos ochenta y tres dólares setenta y cinco centavos, equivalentes a veinticinco salarios mínimos mensuales urbanos de la industria en concepto de multa por el cometimiento de la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.¹¹² La sanción que el referido banco recibió es por publicidad engañosa ya que no

112 Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia 1457-12 (El Salvador, Ley de Protección al Consumidor, 2013).

está clara, ni es veraz la información proporcionada a los consumidores, es confusa, incompleta y es ahí donde el consumidor puede recaer en error por la falta de claridad de la publicidad y la información que se le ha proporcionado sobre el servicio que va a adquirir.

Referencia 1459-12 de fecha 8 de abril de 2013.

El presente procedimiento administrativo sancionador, fue iniciado por denuncia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor contra la sociedad Calleja, S.A de C.V, propietaria del establecimiento “Selectos Escalón”, por el supuesto incumplimiento de la obligación general de información y presunta difusión de publicidad engañosa, establecidos en los artículos 27 y 31 de la Ley de Protección al Consumidor y en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) de la misma ley.

Se practicó inspección en el establecimiento antes mencionado a efecto de verificar el cumplimiento de la publicidad que aparecía en la página quince en el periódico La Prensa Gráfica, del día siete de octubre de dos mil once, específicamente la que consistía en *“oktoberfest Pilsener, 15 pack cerveza suprema 12 onz \$4.95”*, y al momento de verificar la cantidad y el precio del producto objeto de la denuncia, en góndola se encontró un rotulo que decía: Fe de Errata. Por un error involuntario en la publicación del día viernes 7 de octubre de 2011, se publicó la siguiente oferta con la descripción incorrecta; siendo lo correcto: 6 pack cerveza suprema 12 onz. \$4.95, tal como se observa en la copia que se anexo al acta que se levantó.

El tribunal resolvió: sancionase a la sociedad Callejas, S.A de C.V, con la cantidad de un mil noventa seis dólares con setenta y cinco centavos, equivalentes a cinco salarios mínimos mensuales urbanos en la industria en

concepto de multa por la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.¹¹³ La sociedad Callejas al momento de no validar dicha corrección y al publicar es en donde se cae en error por parte de los consumidores por el producto que se quiere consumir y en publicidad engañosa por parte de la proveedora del producto que se quiere distribuir y es aquí donde afecta los derechos de los consumidores en el momento que ellos hicieran efectiva dicha oferta y al momento darse cuenta que no es así, es otra.

Referencia 1587-12 de fecha 8 de abril de 2013.

El presente procedimiento administrativo sancionador, fue iniciado por denuncia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor contra la sociedad Calleja, S.A de C.V., propietaria del establecimiento “Selectos Trigueros”, por la presunta difusión de publicidad engañosa e incumplimiento de la obligación general de información, establecidos en los artículos 27 y 31 de la Ley de Protección al Consumidor y en los artículo 42 letra e) y 43 letra g) de la misma ley. El uno de noviembre de dos mil once, se practicó inspección en el establecimiento antes mencionado a efecto de verificar el cumplimiento de la publicidad que aparecía en la página veinticinco de “El Diario de Hoy”, del día uno de noviembre de dos mil once, específicamente la que consistía en: “50% Descuento 3 Pack Jabón Palmolive Naturals Variedad \$1.86”.

Como resultado de la diligencia realizada se hizo constar que el producto objeto de la denuncia tenía tanto en góndola como el marcado en caja registradora un precio de un dólar con ochenta y seis centavos pero el

113 Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia 1459-12 (El Salvador, Ley de Protección al Consumidor, 2013).

gerente del establecimiento manifestó a los delegados que se mencionan en la publicidad, la empresa que realiza las publicaciones cometió un error en el precio de venta normal del producto, pues este no era de un dólar con ochenta y seis centavos, sino que su precio normal es de dos dólares con treinta centavos.

Además, el mencionado gerente les proporciono un comunicado de las oficinas administrativas acerca del error en la publicidad. El Tribunal resuelve: Sancionase a la sociedad callejas, S.A de C.V, con la cantidad de dos mil ciento noventa y tres dólares cincuenta centavos. Equivalentes a diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria en concepto de multa por la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la misma ley.¹¹⁴

La sociedad antes dicha incurrió en publicidad engañosa ya que la oferta publicitaria errónea decía “50% descuento 3 pack jabón Palmolive Naturals variedad \$1.86”, cuando su precio real es de dos dólares con treinta centavos. Es aquí donde se genera el engaño al consumidor porque en oferta hay otro precio y la realidad es que es otro ya al momento de la compra.

Jurisprudencia Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia sobre Publicidad Engañosa o Falsa.

Referencia 131-2009 de fecha 1 de octubre de 2012.

El presente Proceso Contencioso Administrativo ha sido promovido por la sociedad Taca International Airlines, Sociedad Anónima, que puede

114 Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, Referencia 1587-1212 (El Salvador, Ley de Protección al Consumidor, 2013).

abreviarse Taca International Airlines S.A., de este domicilio, por medio de su apoderada general administrativa y judicial licenciada Patricia Carolina Gómez Salazar, contra el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Impugna la resolución emitida por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, de las ocho horas treinta y ocho minutos del día siete de enero de dos mil nueve en la que se le sanciona con multa de quince mil trescientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América, equivalentes a ciento treinta y cuatro mil ciento noventa colones, por la infracción prevista en el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.¹¹⁵

Según las publicaciones en periódicos de circulación nacional, una del periódico el Diario de Hoy con fecha diez de septiembre de dos mil siete y la segunda en la Prensa Gráfica aparecía con fecha tres de abril de dos mil ocho, ambas relativas a la promoción “Vive/Fin de Semana”, por medio de la cual se promociona la adquisición de boletos aéreos para viajar desde la ciudad de San Salvador, hacia las ciudades de Guatemala, Managua, San Pedro Sula, Panamá, San José y Tegucigalpa, Belice y Roatán por solo noventa y nueve dólares de los Estados Unidos de América.

La publicidad fue calificada de engañosa por ser capaz de crear confusión e inducir a error a los consumidores, por cuanto tiene la capacidad de llegar a impedir que el consumidor comprenda en forma indudable el mensaje principal, alterando el equilibrio normal de la contratación en perjuicio del consumidor y en beneficio de la empresa, debido a su ambigüedad y relaciones de proporcionalidad entre el llamado inicial y las aclaraciones hechas en la letra pequeña.

115 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de lo Contencioso Administrativo Referencia: 131-2009 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Ya que al anunciar el precio de bienes o servicios descontando impuestos como el correspondiente a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios es constitutivo de publicidad engañosa, porque el precio del boleto aéreo cuesta "solo" noventa y nueve dólares y, seguidamente, anuncia que a esa cantidad deben agregarse otros rubros, cuyo pago es ineludible para el consumidor.

Este tribunal resuelve: legal el acto contenido en la resolución pronunciada por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, de las ocho horas y treinta y ocho minutos del día siete de enero de dos mil nueve en la que se le sanciona con multa de quince mil trescientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América, equivalentes a ciento treinta y cuatro mil ciento noventa colones, por la infracción prevista en el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor, a la sociedad Taca International Airlines, Sociedad Anónima, que puede abreviarse Taca International Airlines S.A.

Con el estudio de los precedentes administrativos se logra comprender como se determina la publicidad engañosa en cada una de los casos y como el tribunal sancionador de LPC.

3.2. Marco Jurídico Internacional.

3.2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado en El Salvador el 30 de noviembre de 1979 en su Artículo 19 numeral 2) hace alusión a la libertad de expresión con respecto a la libertad de difundir y recibir información dentro o fuera del país ya sea oralmente, por escrito, de forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento se puede enmarcar a

la publicidad debido a que es en ella en donde se difunde y se expresan los proveedores de productos o servicios, para que el consumidor haga su valoración sobre estos y pueda optar a la adquisición de bienes y servicios cuidando también así la salud del consumidor al establecer los términos de los productos. Artículo 19 *literalmente*:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*

b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*¹¹⁶

3.2.2. Convención Americana de los Derechos Humanos.

Ratificada el 20 de junio de 1978 el cual establece en su Artículo 13¹¹⁷ la Libertad de Pensamiento y de Expresión:

116 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (suscrito por El Salvador, 1966).

117 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. "Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos". (San José, Costa Rica, 1969)

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

3.2.3. Código Marco Referencial de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano. (PARLATINO)

El Parlamento Latinoamericano quedó constituido el 7 de diciembre de 1964 en la capital peruana de Lima por iniciativa de Andrés Townsend Ezcurra. Sin embargo, no fue sino hasta 1987 cuando se suscribió el Tratado de Lima que lo institucionalizó.

Es un organismo regional, permanente y unicameral integrado por los Parlamentos nacionales (Congresos y Asambleas Legislativas) de los Estados Partes constituidos en América Latina y el Caribe, los cuales son elegidos a través del sufragio popular. Está integrado por las Antillas Neerlandesas, Argentina, Aruba, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela, y participan a través de la representación de delegaciones permanentes y pluralistas elegidas mediante sufragio popular.

En la ciudad de Guayaquil, Ecuador, durante los días 5 y 6 de junio de 1997, se realizó la VI Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano, que contaba entre sus asistentes a representantes de organismos internacionales y asesores de la Comisión.¹¹⁸

En dicha reunión el Presidente de la Comisión, explicó el objeto de la reunión, consistente en el análisis de la Propuesta de Consumers Internacional, conocida antes como IOCU, para la adopción de un “Código

¹¹⁸ Parlamento Latinoamericano, “Acta de la VI Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y el Consumidor”. (Guayaquil, Ecuador, 1997).

Latinoamericano de Protección al Consumidor".¹¹⁹Luego de la lectura integral del documento y su discusión capítulo por capítulo, la comisión aprobó lo que tendría por título: "Código Marco Referencial de Defensa del Usuario y el Consumidor"¹²⁰. Estos códigos-marco deben ser elaborados atendiendo las particularidades y características de cada país, sin afectar sus principios doctrinarios ni sus aspectos metodológicos y de procedimiento, asimismo responder a los grandes principios y fundamentos, antes mencionados e incorporar las más importantes experiencias y los últimos avances jurídicos que sobre la materia existan a nivel internacional.¹²¹

El objeto del Código según el Art. 1, inciso 2º es "normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones". La misma disposición en su inciso 1º, señala que el código establecerá normas de protección y defensa de los consumidores y usuarios, de orden público e interés social.

Dicho código regula los siguientes aspectos:

- Derechos de los consumidores.
- Información y regularización de la publicidad.
- Oferta de bienes y servicios.
- Protección contractual.
- Productos nocivos o peligrosos.
- Defensa en juicio de los derechos de los consumidores.
- Asociaciones de consumidores.
- Deberes del estado.

119 Parlamento Latinoamericano, Coordinación Técnica. "Lineamientos Metodológicos para la Realización de Estudios de Armonización Legislativa", (São Paulo, Brasil, 2003).

120 Se entiende por código marco el documento que pueden, en algunos casos, sean utilizados como proyectos de ley, para ser adoptados íntegramente o con adaptaciones y modificaciones, en un determinado país, y en otros casos servir como pauta o referencia para las labores de actualización y enriquecimiento de los cuerpos jurídico de los países sobre la materia.

121 *Ibidem*

3.2.4. Convenio Constitutivo del Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor (CONCADECO).

El Honorable Congreso de la República en Decreto número 33-95 de fecha 27 de abril de 1995, dio su aprobación al Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, tráfico, Consumo y Uso Ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, firmado en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala el 29 de octubre de 1993.

Los países de la región iniciaron un proceso de integración en el tema de protección al consumidor, con el fin de unificar esfuerzos en la tutela de los derechos de los consumidores, compartir experiencias que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales de cada una de las agencias gubernamentales responsables del tema.

El 18 de mayo de 2007, durante la III Reunión Centroamericana de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor, celebrada en El Salvador, se suscribió el Convenio Constitutivo del Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, CONCADECO¹²², el cual fue reconocido por los Jefes de Estado y de Gobierno como un organismo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) durante su XXX Reunión, celebrada en

122 Las finalidades por las cuales fue creado el CONCADECO son las siguientes: Fomentar y desarrollar proyectos comunes que coadyuven al establecimiento de Políticas de Estado de Protección del Consumidor; 2- Desarrollar e intensificar las relaciones entre las agencias gubernamentales de protección al consumidor de Centroamérica por medio de la cooperación y la ayuda mutua, para la tutela efectiva de los derechos de los consumidores de la región; 3- Impulsar la participación de la sociedad civil en la promoción y protección de los derechos de los consumidores en el ámbito regional; y 4- Contribuir desde su ámbito de acción a los procesos de integración económica y social de la región.

Belice, el 29 de junio de 2007.¹²³ El Convenio Constitutivo fue suscrito por todos los representantes de las Agencias Gubernamentales de Defensa del Consumidor de Centroamérica y Panamá.¹²⁴

Durante la tercera Reunión, se aprobó el Plan de Acción del Consejo para el período 2007-2009, para cuya implementación deberá iniciarse la búsqueda de su financiamiento y demás condiciones técnicas para su realización. Contiene cuatro objetivos específicos¹²⁵ y las correspondientes actividades a seguir para alcanzarlos.¹²⁶

3.3. Marco Jurídico Extranjero.

3.3.1. Alemania.

En la ley de competencia desleal encontramos en su artículo 4, la siguiente redacción: “El que, con la intención de provocar la apariencia de una oferta

123 “Compendio sobre el estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica”. CONCADECO. Programa de apoyo a la Integración Regional Centroamericana, 2008. 95.

124 CONCADECO. 96.

125 Objetivos: 1- Crear mecanismos que permitan fortalecer la defensa y protección de los derechos de los consumidores centroamericanos. a) Monitorear un sistema de precios al consumidor a nivel Centroamericano, especificando los productos de interés y dándole prioridad a la canasta básica. b) Unificar un sistema de información centroamericano, con estadísticas únicas y uniformes. c) Desarrollar un sistema centroamericano de alerta temprana sobre prácticas abusivas y/o engañosas que puedan generalizarse en la región por provenir de empresas regionalizadas o por la oportunidad de mercado. 2- Desarrollar e intensificar las relaciones entre las agencias gubernamentales de protección al consumidor de Centroamérica por medio de la cooperación y la ayuda mutua, para la solución de controversias en el consumo transfronterizo a) Unificar la aplicación de normas que conjunten los esfuerzos de tutela efectiva de los derechos de los consumidores centroamericanos que coadyuven a una sana integración del mercado centroamericano. b) Crear en cada una de las Agencias Gubernamentales la ventanilla de recepción de denuncias centroamericanas. 3- Contribuir desde su ámbito de acción a los procesos de integración económica y social de la región a) Diseñar posiciones conjuntas como bloque regional para potenciar internacionalmente la protección de los consumidores de acuerdo a las necesidades de los países centroamericanos. 4- Elaborar planes, programas y proyectos de desarrollo para beneficio de los consumidores centroamericanos a) Gestionar, negociar, contratar y administrar la cooperación técnica y financiera internacional para el desarrollo de programas y proyectos regionales de protección al consumidor centroamericano. b) Diseñar proyectos conforme a las prioridades temáticas establecidas por la Reunión de Titulares del CONCADECO.

126 CONCADECO. 100.

especialmente ventajosa, realice a sabiendas en manifestaciones públicas o comunicaciones dirigidas a un círculo extenso de personas, declaraciones falsas e idóneas para inducir a error sobre circunstancias comerciales, especialmente sobre la calidad, el origen, el modo de fabricación o la fijación del precio de los bienes o servicios industriales, sobre la forma o la forma o las fuentes de suministro, la posesión de distinciones, el motivo o la finalidad de la venta o la cantidad de existencias, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”.

Resulta claro que el delito de publicidad engañosa está destinado, a tutelar y proteger los intereses de los consumidores, haciéndolos extensivos a los intereses de la colectividad en general¹²⁷; se precisa, a este respecto, que no se trata simplemente de la protección de los intereses generales pertenecientes a un colectivo, sino que también se entienden tutelados los intereses individuales de cada consumidor aisladamente considerado.¹²⁸

De lo que se trata es de evitar que el consumidor sufra efectivos perjuicios patrimoniales, configurándose el delito de publicidad engañosa en un estadio previo a la estafa. Efectivamente el carácter masivo de la difusión de unos mensajes publicitarios hace posible la inminente producción de disposiciones patrimoniales por parte de los consumidores, lo cual redundaría en la aparición de innumerables perjuicios económicos para los mismos.

Así, como no es conveniente esperar a la causación de tales perjuicios, se configura un delito de peligro abstracto para el patrimonio de los consumidores, con la difusión de publicidad engañosa se pone en peligro por una parte, la libertad de disposición del consumidor, porque se ve influido por la exaltación de ventajas inexistentes de un producto o servicio; por otra parte, se pone también en peligro el patrimonio de los demás competidores,

127 *Ibíd*em 206.

128 *Ibíd*em 207.

por su posición en el mercado se ve alterada por la causa de la obtención de ventajas deslealmente conseguidas por el oferente que emite la publicidad engañosa.

En cuanto el sujeto pasivo en el art. 4 de la ley, cabe afirmar que se halla directamente relacionado con el bien jurídico protegido en este precepto, de tal modo que la doctrina se divide al considerar como sujeto pasivo al colectivo de consumidores o al de competidores, en función de cuál es su definición del bien jurídico protegido. La legislación alemana tipifica un delito común, de modo que cualquier sujeto podrá realizar la conducta típica.¹²⁹

Se puede incluir cualquier mensaje publicitario siempre que este referido a circunstancias comerciales de los productos o servicios ofrecidos. Para facilitar la idea del intérprete, el legislador alemán enumera aquellas características de un bien o servicio que considera más relevantes de tal modo que los engaños en torno a las mismas serían los que más perjudicasen al consumidor.

Conviene no perder de vista que el legislador alemán no ha optado por el criterio de *numerus clausus* a la hora de delimitar el objeto material, sino que simplemente ofrece una lista ejemplificativa de las circunstancias comerciales más destacadas de cualquier producto o servicio, cuyo conocimiento exacto es especialmente importante para el consumidor. Por lo tanto, también cabría incluir en el tipo las manifestaciones publicitarias sobre otras circunstancias comerciales como tamaño, forma de organización o antigüedad de una determinada empresa¹³⁰, o también por ejemplo, la información sobre los socios de la empresa o su cifra de ventas.

129 G. Gribkowsky, *“Derecho Penal y publicidad”*, (Centaurus, Aldea de sacerdotes, 1989) 37-38.

130 *Ibidem*. 208.

Se exige que la emisión de mensajes publicitarios falsos e idóneos para inducir a error se realice a sabiendas, con la intención de provocar la apariencia de una oferta especialmente favorable. Se ha discutido si el delito de publicidad engañosa puede cometerse con dolo eventual o con dolo directo, pero solo cabe decir que la comisión de este delito es con dolo directo, puesto que el empleo conjunto de los términos no da lugar a otra opción. Realizara la acción típica todo aquel que, en manifestaciones públicas o comunicaciones dirigidas a un círculo indeterminado de personas, realice declaraciones falsas e idóneas para inducir a error sobre circunstancias comerciales de productos o servicios industriales.

En primer lugar, la referencia a manifestaciones públicas permite incluir en el precepto cualquier forma de publicidad que suponga una emisión al público en general; así por ejemplo los mensajes emitidos por la radio, la televisión, folletos, vallas publicitarias, etc. Comunicaciones dirigidas a un círculo indeterminado de personas son aquellos que se difunden en un círculo acotado pero que no es de carácter uniforme o está constituido por un número indeterminado de personas; este sería el caso, por ejemplo, del conjunto de clientes de un establecimiento comercial. Si existe un delito de publicidad engañosa en la legislación penal alemana y hay pena privativa de libertad para el que infrinja dicho ordenamiento y en nuestra ley de protección al consumidor se encuentra tipificada la publicidad engañosa y con sanción civil es decir en pago monetario.

También hay supuestos de publicidad engañosa que no merecen sanción penal, puesto que la descripción de conducta típica coincide en gran parte con los supuestos de engaño en publicidad sancionados civilmente esto en la legislación alemana.

3.3.2. Francia.

La publicidad engañosa puede versar sobre cualquier bien o servicio sin

restricción alguna, se establece en cambio en la ley una lista cerrada de características de tales bienes o servicios, de modo que el mensaje publicitario ha de referirse necesariamente a uno o varios aspectos de los contenidos en esa lista.

Así, la publicidad debe versar sobre algunos de los siguientes elementos de los bienes o servicios anunciados: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, utilidades, especie, origen, cantidad, modo, y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta, condiciones de uso, resultados que pueden esperarse de su uso, motivos o procedimientos de la venta o presentación de servicios, alcance de los compromisos asumidos por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante de los vendedores, de los promotores o de los prestatarios. El code de la consommation¹³¹ exige, para considerar engañosa la publicidad que esta sea falsa o susceptible de inducir a error¹³².

En este punto, el modelo de incriminación adoptado en Francia, basta simplemente con que se de algunas de las dos circunstancias mencionadas para integrar el tipo penal. Aquí se produce un cambio importante con respecto a la ley de 1963, que solo consideraba engañosa a la publicidad falsa o que induce a error, sin castigar, como hace ahora el code, por lo tanto, ahora se incriminan las dos categorías de publicidad que en derecho Francés se conocen como *Publicite Mensongere* y *Publicite Trompeuse*. Para determinar cuándo un mensaje publicitario presenta la mencionada susceptibilidad para inducir a error, se muestra favorable a realizar una apreciación en abstracto, es decir, juzga si un consumidor medio, medianamente inteligente y atento, resultaría engañado por el mensaje.

131 El Código del consumidor.

132 W Jeandidier, "*Derecho penal empresarial*", (Paris, Francia, 2000) 404.

Por el contrario, cuando una publicidad vaya específicamente dirigida a un círculo particular de destinatarios, se atenderá a las concretas características de tales individuos para determinar el grado de atención y discernimiento del consumidor medio en ese público en específico¹³³. En un principio los tribunales exigían la prueba de la mala fe, y posteriormente fueron evolucionando hasta el punto de que llegaron a afirmar que la mala fe no era un elemento constitutivo del delito de publicidad engañosa, bastando simplemente con la constatación del elemento material de la infracción. Sin embargo, a pesar de esta afirmación, un examen de las decisiones jurisprudenciales deja entrever que prácticamente en todos los casos de condena por el delito de publicidad engañosa, o se observa que el autor ha actuado con evidente mala fe o intención de engaño, aunque en la práctica no se exija la prueba de tal intención, o se constata una actuación imprudente¹³⁴.

Lo que se puede deducir de esta evolución es que se ha establecido la presunción de existencia de intención de engañar por parte del autor del mensaje publicitario, lo cual supone una inversión de la carga de la prueba; corresponde al autor probar que su mensaje publicitario no era falso o que no era consciente de que pudiese inducir a error.¹³⁵ El Tribunal Supremo Francés ha interpretado la expresión como sinónimo de autoridad, es decir será autor del delito aquel que ordene la difusión de la publicidad, aunque los posibles beneficios derivados de tal difusión no vayan a él destinados; además también ha interpretado el concepto de anunciante que no está reservado a los profesionales, sino que puede ser cualquier particular¹³⁶.

133 J. Calais-Auloy y F. Steinmetz, "*Ley del consumidor*", (Paris, Francia, 2000) 129.

134 *ibídem.* 407-408.

135 *ibídem.*

136 *Ibídem.* 131.

Las sanciones previstas para esta clase de conducta son: prisión de hasta dos años y/o multa de 1000 a 250000 francos. Con respecto a la pena de multa debe de tenerse en cuenta la previsión establecida por la ley de 10 de enero de 1978, que modifica la ley Royer, autorizando la elevación de la cantidad de la multa hasta el 50% del coste de la publicidad delictiva¹³⁷.

Como pena complementaria se prevén la publicación obligatoria de la sentencia y la posibilidad de que el juez obligue a difundir a costa del condenado nuevos mensajes publicitarios que rectifiquen la anterior publicidad engañosa. Cabe resaltar que la no difusión de tales anuncios rectificativos en el plazo estipulado constituye a su vez otro delito, conminado con penas previstas por el mismo Code de la consommation.

Debe de ponerse de relieve que en Francia hay existencia de textos legislativos que sancionan penalmente la publicidad engañosa desarrollada en el ámbito de concretos productos o servicios, y en la Ley de protección al consumidor no se sanciona penalmente, pero en nuestro código penal si se sancionan ciertos tipos penales que tienen que ver con la protección del consumidor.

3.3.3. Italia.

El derecho italiano no posee un delito general de publicidad engañosa referida a cualquier bien o servicio, que sea equivalente a los preceptos penales existentes en Alemania y Francia, de todas maneras, se verá que pueden integrar determinadas conductas de publicidad engañosa en los art. 516 y 517 del código penal y si la publicidad falsa viene referida a títulos-valores en el art.174.1 del texto único de intermediación en materia

¹³⁷Aunque la elevación del tope máximo de la multa ha sido bien recibida porque supone una mayor proporcionalidad con la gravedad del delito, algún autor ha manifestado que el parámetro escogido para establecer esa proporción no es el más adecuado, sino el que sería más coherente referirse a los beneficios de la publicidad en vez de su coste.

financiera, del 26-1-1998.

Estos preceptos citados van a permitir castigar determinadas conductas de genuina publicidad engañosa realizadas en diferentes ámbitos específicos o con modalidades especiales de ejecución, como al sector alimenticio y que restringen el objeto material de las creaciones intelectuales y a los productos industriales. Por otra parte el art.174.1 se refiere a la publicidad en el ámbito de las inversiones de capital, constituyendo una norma equivalente al art.264 del CP alemán.¹³⁸

Al analizar el bien jurídico protegido en cada delito concreto, se puede decir que se está frente a dos figuras destinadas a tutelar específicamente al consumidor, puesto que se le protege no frente a conductas que implican una venta efectiva de un producto, sino frente a comportamientos que suponen un simple ofrecimiento, publicidad o cualquier otra forma de puesta en circulación de un bien.¹³⁹ Según el art. 516 del código penal italiano establece lo siguiente: “el que ponga en venta o introduzca de otro modo en el comercio como genuinas sustancias alimenticias no genuinas, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta dos millones de liras”.¹⁴⁰ Según la doctrina italiana, este precepto intenta tutelar la “transparencia del mercado”, la confianza pública en el ejercicio normal del comercio, que se vería alterada por la introducción de productos alimenticios no genuinos y que son presentados como genuinos.

138 C. Martínez-Bujan Pérez, *“Comentarios al código penal de 1995”*, (Valencia, España 1996).

139 Gabriel Fornasari, *“El concepto de economía pública en el Derecho penal”*, (Milano, Italia 1994). 128.

140 La cualidad de “genuina” debe de entenderse en dos sentidos, natural y formal, son sustancias no genuinas aquellas que han sido adulteradas, es decir al ser modificadas por obra del hombre. Por otro lado también son sustancias no genuinas aquellas que contienen elementos diversos de los que la ley prescribe para su composición.

Por lo tanto se deduce que se esta ante la figura que tutela directamente al consumidor, garantizándole la autenticidad de las sustancias alimenticias que se le ofrecen al mercado. En el art.517 del código penal italiano establece que “todo aquel que ofrece en venta o pone productos industriales, con nombres, marcas o signos distintivos nacionales o extranjeros, aptos para inducir a engaño al comprador sobre el origen, procedencia o calidad de la obra o del producto, será castigado con pena de prisión de hasta un año o con multa de hasta dos millones de liras, siempre que el hecho no haya sido previsto como delito en otra disposiciones legales”.

Como manifiesta la doctrina italiana , con este precepto se protege por una parte la transparencia del mercado, la veracidad del etiquetado de los productos que se presentan al público, se afirma entonces que son tutelados en primer término los consumidores, ya que se intenta garantizar la transparencia de las ofertas realizadas en el mercado, también se tutelan de forma indirecta los empresarios, ya que se garantizan conjuntamente el uso correcto de las marcas y signos distintivos de los diversos productos.¹⁴¹

Este precepto prohíbe todas aquellas declaraciones idóneas para inducir a error contenidas en los nombres, marcas o signos distintivos, de las obras o productos, estas tres menciones hacen referencia a las etiquetas, símbolos o cualquier tipo de información que acompañe al producto u obra cuando se presentan al mercado, individualizándolos con total exactitud, de modo que el consumidor pueda estar completamente informado cuando tenga delante la obra o producto.

En la cual tiene relación con la publicidad engañosa o falsa en el país, es

141 Pablos de Molina García, “*Derecho penal y criminalidad financiera, reflexiones en torno al delito para alterar los precios de las cosas*”, Estudios penales, (Barcelona, España 1984).

decir que cualquier modalidad de información de carácter publicitario, total o parcialmente falso, o que sea capaz de inducir a error o confusión al consumidor, y son estos elementos que determinan, si esa publicidad es engañosa o falsa.

3.3.4. Portugal.

La punición de las conductas de publicidad engañosa se encontraba en el derecho portugués en el derogado art. 40 del decreto-ley n. 28/1984, de 20 de enero, sobre infracciones contra la economía nacional. Este precepto castigaba con la pena de prisión de hasta un año y multa no inferior a 50 días la emisión de publicidad consistente en comparaciones engañosas o despreciativas y en falsas afirmaciones relativas a otros bienes o servicios, así como toda la publicidad engañosa o desleal que no respetase las normas específicas contenidas en la legislación especial.¹⁴²

Según este decreto-ley se tipificaba el delito de “publicidad fraudulenta”, es decir, se castigaban aquellas conductas publicitarias que creen situaciones susceptibles de inducir al público a error. Pero este decreto fue derogado por el decreto-ley 330/1990, del 23 de octubre, denominado “Código de la Publicidad”, este nuevo texto legal regula la publicidad ilícita(art.7), la publicidad engañosa(art.11), y la salud y la seguridad del consumidor en la publicidad(art.13), de tal modo que estas conductas se convierten en infracciones o ilícitos extrapenales.

142 El mismo artículo 40 contenía una definición de lo que debía entenderse por publicidad a efectos de esa ley: toda la información de orden comercial, industrial o profesional hecha con el objetivo directo o indirecto de proveer entre el público la venta de un bien o la prestación de un servicio, cualquiera que sea el local o el medio de comunicación utilizado.

Según Ferreira Monte¹⁴³ justifica la configuración del ilícito de publicidad engañosa como una “contra-orden” y no como un delito, viene a afirmar que tal opción normativa se debe a que la mera difusión de publicidad engañosa no ofende bienes jurídicos clásicos y fundamentales, y cuando este último llegare a ocurrir, se acudiría a una relación concursal entre la publicidad engañosa y la correspondiente infracción penal que constituye la lesión del bien jurídico clásico.¹⁴⁴ Se ha puesto de manifiesto que realmente se deben proteger la verdad y la confianza en el orden económico, para evitar la lesión de auténticos bienes jurídicos, tales como el patrimonio, la salud y la seguridad de los consumidores, desde esta perspectiva, se propone definir el bien jurídico protegido en la infracción de la publicidad engañosa como “relación de consumo”¹⁴⁵.

Se puede destacar que en esta norma, incluye dentro del ámbito de la publicidad engañosa aquella que induzca a error o sea susceptible de inducir a error, sin hacer referencia a la publicidad falsa, pues solo menciona la publicidad ilícita y la publicidad engañosa, y en la cual nuestra ley si hace referencia a la publicidad engañosa o falsa, es decir que combina ambos términos en el artículo 31 de la LPC.

3.3.5. Argentina.

Para protección del consumidor, muchos países incorporan en su legislación artículos que contemplan la actividad publicitaria. En Argentina, existe la Ley de Lealtad Comercial 22.802 que desde 1983, está vigente la que regula todos los aspectos de la comercialización de productos dentro del país, alcanzando los distintos niveles de la cadena comercial y la Ley de Defensa

143 Mario Ferreira Monte, “*La protección penal del consumidor*”, Almedina, Coímbra, (Brasil 1996) 60-63.

144 Se trata de una construcción dogmática opuesta a la defendida aquí en la configuración del bien jurídico protegido en los delitos contra los consumidores.

145 Ibidem. 126-128.

del Consumidor 24.240 que fue sancionada por el Congreso de la Nación en 1993 y protege al consumidor por su integridad física, social y comercial, por la información correcta de los productos y servicios que consume y reparación de daños y perjuicios en caso de ser sufridos.

Las disposiciones contenidas en los arts. 7° y 8° de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor: “Obliga a quien realice una oferta a indicar la fecha precisa de comienzo y de finalización, así también como sus modalidades, condiciones o limitaciones y establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en cualquier medio de difusión obligan al oferente y se consideran incluidas en el contrato” y el art. 9° de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error o engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

Texto completo de la norma en sitio oficial del Ministerio de Economía y Producción.¹⁴⁶ El artículo 31 claramente expresa cuando se esta en presencia de publicidad engañosa tomando en cuenta como lo hace la legislación argentina que debe estar en presencia la inducción al error, engaño o confusión al consumido para que se manifieste; a diferencia de la legislación argentina en el salvador se enmarca junto a esta la publicidad ilícita refiriéndose cuando atente contra la dignidad de la persona o vulnere el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en la Constitución.

Mediante esta prohibición se intenta evitar que el consumidor pueda ser

146 Ministerio de Economía y Producción. [http:// www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar).

inducido a adquirir un producto o contratar un servicio diferente del promocionado. Pero en estos momentos de gran tensión en la publicidad, se debe hacer una tarea de esclarecimiento. Ya se sabe que no todas las empresas se equivocan y que no todas lo hacen de la misma manera y que las generalizaciones suelen agravar a buenos y malos sin distinción. Solamente el sentido de responsabilidad personal y empresarial pondrá a buen recaudo el sistema, siempre que se repriman los deslices.

Así lo expresa Michael Jacobs, de la Harvard Business School, en su libro *Short Term América*: “Los países que se suponían líderes del capitalismo han huido de los ideales. Hemos desobedecido las leyes y llenado nuestras vidas de regulaciones al punto que ni los ideales, ni las leyes, ni las regulaciones sirven ya a sus propósitos. Siempre hemos creído que los mercados funcionan, pero tenemos hoy uno de los sistemas más regulados del mundo y para huir de esos sistemas se requieren más y más leyes.”¹⁴⁷

El objetivo de los mensajes publicitarios es asegurar cambiar la vida de la gente que se preste a ser convencida por ella, lo cual le da un papel de seductora todopoderosa. Luis Melnik lo expresa diciendo: “Cuando una actividad se plantea semejante objetivo, tiene que necesariamente que sentirse poderosa y genial”. Y sigue diciendo: “Como la gente tiene tendencia a creer o dejarse seducir por esos mensajes, los críticos más severos de la publicidad y el sistema que ella representa no pueden menos que apuntarle al entrecejo y declararla perniciosa, mortal, símbolo de todos los males de nuestro tiempo y poderosa por encima de sectas, sindicatos, universidades y políticos, aunque todos los nombrados (y muchos no nombrados), también prometen mejorar las vidas”.

¹⁴⁷ Luis Melnik, *“La Publicidad, Principios, Medios y Fines”*. (Buenos Aires, Argentina, 1994) 159.

Pero esta lucha, tan antigua como la publicidad misma, es encontrar el equilibrio publicitario justo está en: “cómo producir imágenes favorables sin mentir o cómo decir la necesaria verdad sin falsear la imagen buscada. Llegó así a ser más importante la imagen que la verdad y ciertas formas de negar la verdad sin mentir.”¹⁴⁸ Tres consejos básicos para evitar los engaños:

Leer las etiquetas de los envases.

Prestar atención a las publicidades.

Conocer los derechos de los consumidores para poder reclamar.

3.3.6. Colombia.

La publicidad permite que los consumidores conozcan los bienes y servicios ofrecidos por los productores y proveedores. Cuando se ven vulnerados en sus derechos, en lo que se refiere a calidad, cantidad, garantías, publicidad engañosa o falta de veracidad, los consumidores pueden recurrir a acciones legales que los protejan. Por lo anterior, la ley 73 de 1981 facultó al gobierno colombiano para expedir los decretos 1141, 3466 y 3467 de 1982, contienen el estatuto de protección al consumidor, cuya función es evitar los conflictos que surgen entre productores, proveedores y consumidores, logrando así una equidad en la prestación de bienes y servicios.

En cuanto a información veraz y suficiente se refiere el artículo 14 del decreto especial 3466 de 1982, expresa: *“Toda información que se le dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas leyendas y la propaganda comercial que*

148 Educación al Consumidor. <http://www.educacionconsumidor.org.ar>.

no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de bienes o servicios ofrecidos”¹⁴⁹.

La anterior norma se fundamenta en el derecho del consumidor a recibir información clara y precisa acerca de los bienes y servicios que le son ofrecidos, de igual manera implica a todo publicista el deber de transmitir mensajes que no induzcan a error al receptor. Así como lo indica el artículo 27 de nuestra legislación con respecto a la información esta debe ser en castellano de forma clara, veraz, completa y oportuna, y para que no se caiga en un error con respecto a la publicidad el artículo 31.

Existe también el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria en donde se regulan todos los aspectos respecto de la publicidad así como en El Salvador el Código de Ética Publicitaria que le brinda a la Defensoría del Consumidor un Informe para determinar si la publicidad es engañosa la cual no tendrá carácter vinculante.

3.3.7. México.

La Comisión Nacional para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) y la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) se alían para evitar riesgos a la salud de los consumidores. Porque el convenio reduce tiempos de acción, la posibilidad de prohibir a los medios de comunicación que transmitan spots engañosos y amplía el monto de las sanciones económicas

149 Extracto de Proyecto de Ley sobre el Estatuto del Consumidor. 2015.
http://www.sic.gov.co/Informacion_Interes/Boletines_Judicos/1999/Boletin_Juridico.

Cofepris -La firma de un convenio entre dos instancias gubernamentales busca erradicar la publicidad engañosa en México; con esa colaboración impondrán sanciones conjuntas a quienes promuevan con mentiras la venta de productos que ponen en riesgo la salud de los consumidores. En esta colaboración participan la Comisión Nacional para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) y la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco).¹⁵⁰

En la Ley Federal de Protección al consumidor¹⁵¹ en su Artículo 1 menciona cuales son los principios básicos en las relaciones de consumo en su numeral VII ice: *“la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.”*¹⁵², pero en su art 32 de la referida ley dice que *se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial artificiosa o tendenciosa en que se presenta.*

Como lo menciona nuestro ordenamiento jurídico en la ley de protección al consumidor en su artículo 31 en donde se da el concepto de publicidad engañosa estamos de acuerdo que para que esta se debe de inducir al error al consumidor.

150 Mercadotecnia, México 2015 <http://mercadotecnia.portada-online.com/2014/05/16/mexico-endurecen-sanciones-contra-la-publicidad-enganosa>.

151 Ley Federal de Protección al consumidor, (México, 2015) <http://www.profeco.gob.mx>.

152 Ley federal de protección al consumidor, México 1992.

CAPITULO IV.

ESTABLECER LA CAPACIDAD ENGAÑOSA O FALSA DE LA PUBLICIDAD SOBRE LOS CONSUMIDORES.

El presente capitulo tiene por objeto establecer cuáles son los criterios que el Tribunal Sancionador utiliza para determinar la capacidad engañosa o falsa de la publicidad que el proveedor de bienes y servicios incurre sobre el consumidor ya que hay diferentes criterios que utiliza dicho tribunal, para poder establecer una sanción de acuerdo al tipo de publicidad que haya realizado el proveedor de bienes o servicios y verificar si las hipótesis planteadas, fueron comprobadas o no, tomando como base las resoluciones y sentencias de nuestra investigación.

4.1. Criterios Jurisprudenciales Adoptados Por El Tribunal Sancionador De La Defensoría Del Consumidor.

4.1.1. Criterios sobre el *Ius Puniendi* del Estado.

Sobre las manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado, específicamente la Potestad Sancionadora, como uno de los postulados que rige el ejercicio de dicha facultad por parte del Tribunal Sancionador, *la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, ha manifestado que es la capacidad de ejercer un control social, coercitivo, ante lo tipificado como ilícito esto es en sentido amplio, las conductas constitutivas, de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos, no solo se manifiestan mediante el juzgamiento de los delitos o imposición de penas por parte de tribunales penales, sino también cuando

las autoridades administrativas ejercen potestades sancionatorias.¹⁵³ En efecto de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución de la República, corresponde única y exclusivamente al órgano Judicial la facultad de imponer penas, la autoridad administrativa amparada en el ejercicio de dicha potestad, puede sancionar mediante resolución o sentencia y previo al debido proceso las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

Así sobre la base del artículo 79 de la Ley de Protección al Consumidor, 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 daños en bienes o intereses de orden colectivo o individual, considerados 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.

Por lo tanto la potestad administrativa sancionadora de la que está otorgado el Tribunal Sancionador, tiene fijado sus fines, postulados y principios rectores a partir de la configuración que de la potestad punitiva que realiza la constitución, de tal forma que la valoración de los hechos, interpretación de las normas que este ha de realizar se sujeta, es esencia, una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción.

Al realizar un análisis de las resoluciones del Tribunal sancionador de la Defensoría del consumidor, se determina que tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas jurídicas o naturales,

¹⁵³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo referencia: 16-2009. (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2012).

públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministros y comercialización de bienes y servicios han provocado una lesión o daño en bienes o intereses de orden colectivo o individual, considerados como fundamentos en la esfera del consumidor, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.

En el análisis que realiza el tribunal sancionador hace uso de su potestad sancionadora como entidad del estado y es por el “ius puniendi” estatal que puede aplicar como efectiva instancia pública, capaz de solucionar conflictos de forma pacífica, con estricto respeto de las garantías individuales y sólo este poder estatal está en condiciones de asegurar los intereses de los consumidores.

4.1.2. Criterios sobre el Principio de Legalidad.

El principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, sostiene que el 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.¹⁵⁴ Nos menciona el principio de legalidad en el que sabemos que es uno de los principios rectores dentro de nuestra constitución, que está ligado a la expresión No hay crimen sin ley y no hay pena sin ley; que tiene que ver con nuestro estudio, ya que no habrá una infracción sin una ley y no habrá una sanción sin una ley.

Este principio está relacionado con el artículo 11,12 y 15 de la Cn., el art. 11

154 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de amparo Referencia: 47-2009 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2012).

establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, formado como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados y es un derecho relacionado con las condiciones jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente.

El alcance de este derecho, afirma que se hace mención a las potestades y garantías que deben necesariamente observarse en un proceso, el cual debe ser conforme a la ley, es decir que a las personas a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, y debe estar establecido en las disposiciones constitucionales y leyes secundarias; y como es nuestro caso administrativo, la tramitación debe darse ante autoridad competente.

Del proceso previo, se presume dar al demandado y a todos los intervinientes en la causa, la posibilidad de presentar sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso y ayudar en el ejercicio de las formas de defensa, la cual componen medios importantes para un justo derecho de audiencia. Sobre el contenido del art. 12 que nos habla de la presunción de inocencia, podemos decir, que se considera que ninguna persona natural o jurídica, puede verse privada de sus derechos por aplicaciones inconscientes y separadas de presunciones de culpabilidad, sean legales o judiciales, ya que serían inconstitucionales si no van de la mano de otros medios de prueba. Es preciso saber que esa presunción, nace desde el comienzo de la imputación y vale durante todas las etapas del proceso hasta el fallo definitivo donde se determinara la culpabilidad luego de un juicio previo, en el que se deben respetar los derechos fundamentales y observar las garantías del debido proceso.

Según el art. 15. Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley; es así como nuestra constitución aclara que para los procesos que se realizan debe de existir una ley y un procedimiento para la adecuación de dichos procesos que se lleven a cabo, es en su caso los procesos que realiza la defensoría del consumidor, para los cuales ya está establecido en la Ley de Protección al Consumidor que es una Ley especial para dicho proceso que los consumidores realizan sus denuncias respectivas y es así que la Defensoría verifica, investiga, analiza y determina si hay o no una sanción para los proveedores de bienes y servicios que han violentado los derechos de los consumidores, todo esto es conforme al procedimiento que establece dicha Ley especial.

Es el caso que no hay violación al principio de legalidad ya que en los procedimientos realizados por la Defensoría del Consumidor se establece que los procedimientos se han realizado conforme a lo establecido por dicha ley. Podemos observar que el principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio de un poder público debería realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Se considera que la seguridad jurídica requiere que las actuaciones de los poderes públicos estén sometidas al principio de legalidad. El principio se considera a veces como la "regla de oro" del Derecho público, y es una condición necesaria para afirmar que un Estado es un Estado de Derecho, pues en el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del

individuo o colectivos. Por lo tanto, la Defensoría del consumidor está bajo la regla del principio de legalidad.

La Defensoría tiene diferentes potestades que están establecidas en el art.58 y sus correspondientes literales de la Ley de Protección al Consumidor, la presidenta de la Defensoría ordena verificar el cumplimiento de las obligaciones de las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, se practica la inspección, como resultado de la diligencia realizada en los establecimientos y lugares donde hay diferentes productos y servicios es decir, bienes muebles o servicios que prestan diferentes proveedores a los consumidores.

4.1.3. Criterios sobre determinar si la publicidad tiene relación con el derecho del consumo y si existe una relación contractual entre el proveedor y el consumidor.

El Derecho del consumo es un conjunto de normas emanadas de los poderes públicos destinada a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones, en la cual el tribunal sancionador determina si la publicidad se enmarca dentro de esta relación de consumo, en la que debe de existir un contrato a título oneroso en la adquisición de bienes o la prestación o arrendamiento de servicios, para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social, dado entre el proveedor y el consumidor.

Si se comprueba que existe una relación entre el derecho de consumo y la publicidad, entonces podemos decir que puede ser objeto de análisis dicha denuncia, ya que es la fuente para que el consumidor conozca el producto o servicio que va a adquirir, tomando en cuenta los derechos básicos, que el

estado a través de una ley especial les brinda a los consumidores para exigirlos frente al proveedor cuando este abusa al momento de publicitar el bien o servicio.

4.1.3.1. La Publicidad.

La publicidad es una forma de comunicación comercial que intenta incrementar el consumo de un producto o servicio a través de los medios de comunicación y de técnicas de propaganda. Para que la publicidad llegue al público debe ser a través de los medios de comunicación. Dichos medios de comunicación emiten los anuncios a cambio de una contraprestación previamente fijada para adquirir espacios en un contrato de compra-venta por la agencia de publicidad y el medio, emitiendo el anuncio en la cadena durante un horario previamente fijado por la agencia.

La publicidad de producto puede cumplir una función comercial o una no comercial. La comercial, promueve un producto con la intención de obtener ganancias. La no comercial, tiende a ser auspiciada por organizaciones no lucrativas. La publicidad institucional mediante las relaciones públicas intenta generar una imagen favorable de la compañía entre empleados, clientes, accionistas y público en general. Dentro de la publicidad existen términos que juegan un papel importante en llevar anuncios al consumidor, de los cuales podemos mencionar: el anunciante, las agencias de publicidad y los medios.

4.1.3.2. La Persuasión.

Para que la publicidad llegue de forma adecuada a los consumidores debe de hacerse uso de la persuasión; “La persuasión es el proceso por el cual un individuo recibe una serie de estímulos a través de diferentes sentidos,

seleccionándolos comparándolos e interpretándolos convenientemente”¹⁵⁵

La persuasión además es considerada como una conducta psicológica la cual cuenta con una gran complejidad y su referencia se toma a partir de la experiencia personal y social de cada individuo; la percepción es posible reunirlos según dos grandes estímulos: los que llegan del exterior a la persona y los que se toman como consecuencia de ciertas preposiciones como sus expectativas, motivos y aprendizaje, todas estas desde sus experiencias personales.

Como resultado de la mezcla de estos dos grupos se crea la interpretación de cosas, entorno, etc. La percepción es determinante en las decisiones de cada persona e igualmente diferente para cada individuo. Por su parte, la comunicación persuasiva es el tipo de comunicación que se caracteriza por manifestar la intención de una determinada fuente de producir algo en el receptor o destinatario y modificar su conducta de alguna forma y en algún sentido. Además en la comunicación persuasiva existe siempre un mensaje o transmisión de información la cual está cargada de gran significado y que también contiene elementos sociológicos ya que implica controlar, coaccionar y presionar.

Uno de los grandes factores que juegan un importante papel en la comunicación persuasiva es la sugestión ya que es un factor de base psicológica, y ésta se hace efectiva cuando el persuasor tiene la capacidad de crear la impresión de que lo propuesto en el mensaje ya sean argumentos, juicios o valoraciones concuerdan con las ideas y creencias de quienes reciben los mensajes persuasivos. Otro de los factores importantes es la manipulación, la cual tiene como significado directo tergiversar, modificar o cambiar los hechos en determinado sentido, siguiendo

155 José María Gujjarro, et al., Técnico en Publicidad (Madrid, España 2003).

orientaciones fijadas anteriormente y con el fin de controlar el comportamiento y más aun teniendo en cuenta que todo mensaje incluye elementos vinculados a la manipulación persuasiva de los significados.

Cuando empresarios, ejecutivos de mercadotecnia y publicistas se proponen desarrollar una campaña publicitaria que sea impactante, original y persuasiva para incrementar sus volúmenes de venta u obtener un determinado resultado a corto plazo, deben tener mucho cuidado de no utilizar mensajes que para captar la atención del público objetivo o para persuadirlo más eficazmente, induzcan al error al destinatario afectando un determinado comportamiento, como el económico, porque esa práctica se conoce como "*publicidad engañosa*"; la cual, además de ser muy objetada, controlada y regulada en muchos países, afecta seriamente la imagen de la empresa ante su mercado meta y ante la sociedad en general.

Por ello, es imprescindible que los mercadólogos y publicistas conozcan qué es la *publicidad engañosa*, cuáles son algunas de las prácticas que son consideradas como tal y por qué no deben emplear este tipo de publicidad

4.1.3.3. Verificar que se cumplan los principios de veracidad y claridad dentro de la publicidad.

El ente contralor debe de verificar que los anuncios publicitarios reúnan estos principios para que el consumidor tenga una mejor ilustración al momento de comprar o adquirir un producto o servicio.

Al Hablar de veracidad es referirse a uno de los principios básicos que debe respetar el proveedor al transmitir información a un consumidor o a una gran

cantidad de consumidores y el principio de claridad es muy importante para que el anuncio publicitario sea mejor comprendido por el consumidor.

4.1.3.4. Establecer la forma en que se presenta la publicidad.

4.1.3.4.1. Datos total o parcialmente falsos.

El producto debe contener las características básicas y esenciales de su función, en caso que sea un bien y si es un servicio debe de estar de una forma clara y precisa la información que se transmite hacia el consumidor de dicho servicio.

Para determinar si un mensaje publicitario es falso, en primer lugar debe establecerse si se refiere a aspectos objetivos de los productos, o si se hacen afirmaciones que pueden ser medibles y en consecuencia comprobables. Debe compararse el mensaje transmitido con las características del producto al cual se le da publicidad, con el fin de determinar si la información se ajusta a la realidad o si es errónea o equivocada y en la calificación de cierto o falso que se haga del anuncio, requiere que se realice una comparación y una comprobación del mensaje con la realidad que el mismo transmite.

4.1.3.4.2. Omisión de datos importantes.

El proveedor debe especificar los datos generales del producto no omitiendo ninguno, para que al momento de la compra del consumidor este pueda verificarlos y tener claro todas las ventajas y desventajas del producto. La información debe ser lo más completa posible e incluir todos los datos relevantes, y aunque no siempre es posible detallar en la información todos los antecedentes, es recomendable incluir, aunque sea de forma sumaria,

aquellos elementos que resultan imprescindibles para la comprensión de la información.

4.1.3.4.3. Cualquier otra forma.

Se trata de aquellas afirmaciones objetivas que, a pesar de ser literalmente ciertas, transmiten un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia, capaz de inducir a engaño, error o confusión al destinatario.

Un ejemplo de lo anterior puede ser un mensaje en el que se presentan datos estadísticos de preferencias de consumidores, en forma tal que el destinatario los percibe como absolutos, cuando la realidad es que son parciales y han sido descontextualizados.

4.1.4. Criterios sobre el Derecho de Información.

Se toma en cuenta dentro de las resoluciones la importancia de la información, que es un hecho incontrastable de nuestra época adquiriendo una magnitud tal, que ha desbordado su consideración clásica en el derecho (como mero resguardo de la libertad de expresión), para abarcar nuevas áreas y presentar nuevos desafíos a la materia jurídica. Pues la revolución tecnológica a la que se asiste y en la que estamos inmersos en el presente, merced principalmente continuos progresos en el campo de las ciencias informáticas, ha hecho posible entre otras cosas, el registro, acceso y entrecruzamiento de todo tipo de informaciones, es el sustrato cultural del cual surge la necesidad desde el derecho de dar solución a este nuevo tipo demandas con incidencia jurídica¹⁵⁶. El derecho a la información se basa en que las autoridades son simplemente los guardianes de la misma para la

156 Luis R, Carranza Torres, "*Habeas Data: La protección de los datos personales*",(Alveroni Córdoba, 2001) 18.

sociedad, y que la información que está en manos del Estado es también propiedad de la sociedad. Cuando la transparencia reemplaza los secretos y el poder se expone al escrutinio público, los abusos se pueden frenar, la opinión pública se puede incorporar, y el Estado puede rendirle cuentas al interés público. Todos los países del mundo necesitan un sistema de equilibrio a la toma de decisiones en el ejercicio del poder público, particularmente mediante el derecho a la información y la supervisión pública que esto permite.

En sí, información resulta todo aquello que puede ser comunicable, por cualquier medio, sean hechos u opiniones. El término hechos se refiere a fenómenos objetivos, sin análisis de valor; la opinión se refiere a un análisis subjetivo, sobre cualquier acontecimiento u opiniones de terceros, donde interviene el sujeto con su apreciación valorativa¹⁵⁷.

El derecho a la información en su sentido amplio, de acuerdo al artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la garantía fundamental que toda persona tiene a atraerse información, a informar y a ser informada¹⁵⁸. En el sistema americano de derechos humanos, la libertad de información se haya comprendida dentro del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. (El cual la convención respectiva los entiende como un conjunto unitario) comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. La libertad informática se constituye en el presente, uno de los principales valores de las sociedades democráticas, ya

157 Esteban, Ruiz Martínez, *“Los informes comerciales y el derecho a la información”*, (Buenos Aires, Argentina, 2000). 27

158 Declaración Universal de Derechos Humanos .

que solo el ciudadano es económico y socialmente libre, si tiene su alcance el conocimiento suficiente de lo que ocurre a su alrededor, solo así, con elementos que le permitan un juicio racional, puede tomar decisiones propias, siendo consciente de las causas y consecuencias de sus actos. Por lo que disponer de la información adecuada, resulta un presupuesto necesario para que la personas puedan obrar de modo efectivamente libre y no solo en un plano formal¹⁵⁹.

Debe cumplirse tanto en forma previa a entablarse la relación de consumo, como también concomitantemente con esta. En el primer supuesto, permite elecciones de consumo fundado y racional, se relaciona con la libre elección, aplicándose la idea del consentimiento informado y en el segundo, propicia una utilización adecuada no riesgosa del producto o servicio contratado. Se caracteriza a la información necesaria como aquella que es veraz sin contenidos engañosos o falsos, detallada, discriminada en sus particularidades y suficiente apta para los fines previstos.

La información es el punto de partida de los consumidores para la adquisición y contratación de bienes y servicios, sobre la calidad y precio son fundamentales para las decisiones que tomamos diariamente y lo que nos hace preferir una marca sobre otra. Hoy más que nunca, los consumidores tienen mucha mayor información comercial, la cual se obtiene de manera amplia y directa, o a través de la publicidad, la que a su vez es una de las principales fuentes de información.

Se debe reconocer que, así como cada vez existen más medios y recursos para que los consumidores tengan información que les permita tomar decisiones más razonadas, la accesibilidad y procesamiento de ésta entre los

159 ibídem. 21

consumidores es asimétrica. Sin duda alguna, la tecnología permite que de manera rápida se comparen marcas o que simplemente se analice a detalle los ingredientes de un producto para saber si les conviene; pero no de todo se tiene la misma accesibilidad.

4.1.5. Criterios sobre Publicidad Engañosa.

El Tribunal Sancionador, utiliza como criterios validos los *de La Unión Europea*, sobre la publicidad engañosa y publicidad comparativa, ya que esta la define como *“toda publicidad que de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.”*¹⁶⁰

Al igual que en la Ley General de Publicidad Española, que en su artículo 4 determina que se entiende por publicidad engañosa” *La publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.”*

Se retoman estudios acerca de la publicidad de un producto, que puede ser de acción directa o indirecta. La acción directa busca producir una respuesta rápida. La indirecta, pretende estimular la demanda a largo plazo; informa a los consumidores la existencia del producto, sus beneficios, donde se puede

¹⁶⁰ Revista de la Unión Europea, “*La Directiva*”, del Parlamento Europeo y del Consejo. (2006).

adquirir; recuerda a los consumidores realizar nuevamente la compra y refuerza la decisión.

4.1.6. Criterios sobre la Protección a la Libertad de Elección del Consumidor.

La libertad de elección en materia de consumo genera mayor bienestar de los consumidores el cual debe ser el objetivo del progreso económico. Si hay mayor libertad de elección de los consumidores, habrá más y mejores opciones de consumo, es decir, más y mejores mercancías, a menor precio, con mayor calidad y mejor servicio, y la competencia entre empresas da como resultado la competitividad en las empresas, lo cual se traduce en menores precios, mayor calidad y mejor servicio, todo a favor del consumidor.

4.1.7. Criterios sobre la Sana Crítica.

La Sala de Lo Contencioso Administrativo, sostiene que emplear “las Reglas de la Experiencia, la lógica, de la historia, de la psicología de la sociología, de la imaginación, para que en cada caso administre justicia con más acierto, ya que valorará la prueba de acuerdo a lo dicho.

En sentido amplio y partiendo de las acepciones que nos da el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, aplicándolas al interés de la unidad conceptual de sana crítica, aplicado al proceso de enjuiciamiento ya sea civil o penal, entendemos que la sana crítica es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza

sobre la prueba que se produce en el proceso.

Se explica que dentro de un proceso es el conjunto de normas reguladoras de las fases y momentos procesales, dentro de los cuales, también, se manifiesta la determinación de decisiones sobre la situación jurídica de las personas y los bienes, y la responsabilidad o culpabilidad del procesado, y todo ello en base al análisis de la prueba.

No obstante, ello no impide entender que juzgar, con base al sistema de la “sana crítica” es, también, un arte, por cuanto que debemos partir del entendimiento que, igualmente, el hombre o la mujer que juzga debe tener la virtud o disposición de valerse del conjunto de principios, preceptos y reglas necesarias para juzgar bien; porque al tratarse de una actividad humana que tiene como propósito hacer el bien o por lo menos lo correcto, debe tener, también, una finalidad ética.

4.2. Comprobación de Hipótesis Planteadas.

Se logró comprobar en la hipótesis general que la Defensoría del Consumidor si tutela adecuadamente la publicidad Engañosa debido a que esta de oficio hace la respectiva investigación de campo en donde analiza si procede la respectiva denuncia.

En la presente investigación se plantearon 7 hipótesis específicas a fin de comprobar nuestro proyecto de investigación. Estas hipótesis fueron comprobadas de la siguiente manera:

En la hipótesis específica 1 se logró comprobar que la defensoría del consumidor si verifica la publicidad y el derecho a la información por medio de la unidad de vigilancia de mercado en la cual identifica si una publicidad incurre en lo estipulado en el artículo 31 de LPC.

En la hipótesis específica 2 se demostró que la publicidad engañosa si traiciona la confianza del consumidor, ya que evita que el consumidor tenga una apreciación clara y veraz del producto o servicio que va a obtener.

En la hipótesis específica 3 se puede afirmar que la vulneración de los derechos de los consumidores se da, porque no tienen una información adecuada de los productos y servicios que ofrecen los proveedores.

En la hipótesis específica 4 se logró comprobar que si los consumidores de productos y servicios están debidamente informados, poseen la libertad de elección al momento de adquirirlos.

En la hipótesis específica 5 no se logró comprobar debido a que la interposición de la denuncia es de oficio y no a petición de parte.

En la hipótesis específica 6 no se logró comprobar debido a que la interposición de la denuncia lo hace la presidenta de la defensoría por medio de una investigación de la unidad de mercado.

En la hipótesis específica 7 se afirma, que si está relacionado el derecho a la información con la publicidad engañosa, ya que la defensoría del consumidor es la encargada de informar a los consumidores sobre sus derechos.

El tribunal sancionador de la defensoría del consumidor al estudiar las resoluciones hace uso de un esquema en el cual comienza haciendo uso de la capacidad que tiene el estado para ejercer su poder de imperio por medio de un control social coercitivo ante lo que se ha tipificado como ilícito que en el caso se da por infracciones administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos, seguidamente hace alusión al principio

de legalidad la cual es una garantía política del ciudadano en el sentido de no ser sometido a sanciones que no hayan sido aprobadas previamente estableciendo así de forma precisa diversas conductas punibles y sanciones respectivas.

Después de haber abordado estos dos temas se comienza a hacer un análisis de los respectivos artículos objetos de estudio que en su caso son el art 27 sobre el derecho a la información y el 31 que habla sobre publicidad engañosa pero con relación a esta segunda infracción se tomara en cuenta la jurisprudencia relativa a publicidad.

Se hacen varios apartados dentro de la resolución comenzando con a) La naturaleza de la publicidad en relación con el derecho a la información; ya que como consecuencia de este la protección al consumidor se ha extendido al campo de la publicidad, después se estudia b) como influye la persuasión lícita a la publicidad engañosa ya que esta ayuda a tomar una decisión al consumidor al momento de adquirir un producto o servicio y c) cuales son las regulaciones que tiene la ley de protección al consumidor sobre publicidad y derecho a la información (artículos 4, 27 y 31 LPC). Para finalizar el estudio del caso el tribunal sancionador hace uso de todas las anotaciones expuestas acerca del contenido de los artículos mencionados y sobre toda la prueba, se realiza la aplicación al caso sometido a conocimiento de este tomando su decisión conforme a derecho exponiendo así su resolución.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia confirma los criterios sustentados por el Tribunal Sancionador, quien determina que actúan apegado a derecho.

En síntesis, en la actualidad la publicidad juega un papel muy importante para el consumidor ya que es por medio de ella que se regula la publicidad

engañoso, la cual la podemos encontrar en la ley de Protección al Consumidor, que regula en su artículo 31 la publicidad ilícita, engañosa y falsa, la que menciona las definiciones de cada una de ellas haciendo hincapié en las características de los bienes, actividades o servicios para que el consumidor tenga una mejor apreciación al momento de adquirirlo, el ente encargado de regular la publicidad en general es el Consejo Nacional de la Publicidad, que se rige por el Código de Ética Publicitaria, es una herramienta jurídica de autorregulación, que tiene principios y normas que se tienen que cumplir por parte de los anunciantes, agencias de publicidad y medios de nuestro país, para que no exista abuso en la publicidad hacia el consumidor.

La defensoría del consumidor como ente encargado de verificar la publicidad ilícita, engañosa o falsa está obligada por ministerio de ley a solicitar al CNP opinión por medio de un informe el cual debe de ser evacuado en el plazo de 15 días hábiles a partir de su recepción por otra parte no será vinculante para tomar una decisión sobre el caso y la Comisión permanente de ética será el encargado de analizar el informe proporcionado por la defensoría.

CONCLUSIONES.

Los medios de comunicación invaden al consumidor constantemente con publicidades y supuestas promociones, con productos que tienen un lado oculto y mensajes que tienden a ser engañosos y entran en nuestros hogares, en nuestra mente y se hacen parte de nuestra cultura y sociedad, pero la publicidad actúa para generar deseos en las personas, o de convertir ese deseo en una necesidad, logrando que la población consuma artículos o productos que verdaderamente no son indispensables para la vida o que no son de necesidad básica, quedando de ese modo hipnotizados, según los estereotipos con los cuales se maneja nuestra sociedad.

Las empresas prometen al consumidor productos que no tienen todas las características, ni todas las funciones indicadas en la publicidad; esto directamente se relaciona con la ética y la responsabilidad social de la empresa, que al no poseer estas cualidades se genera una mala imagen frente al público, llegando en muchos casos a la pérdida de confianza, pero los consumidores tienen grandes desafíos como aprender a leer, escuchar y ver las publicidades para evitar caer en engaños.

Los medios tienen y deben tener la libertad en todas sus formas de expresar la información que transmiten y permitir la capacidad de elegir libremente, más allá de tendencias, estereotipos e influencias que tratan de imponer

En el campo publicitario salvadoreño, no existe la **CONCIENCIA SOCIAL** debido a que la mayoría de anuncios son engañosos, irresponsables y solo buscan vender. A pesar de esto la mayoría del público no considera que un Anuncio Publicitario los haya ofendido directamente ya que la mayoría de las denuncias que recibe el Consejo Nacional de la Publicidad son aquellos

relacionados con la competencia de marcas, las denuncias relacionados a otros temas son muy pocas, probablemente debido a que el público no conoce ni cómo se regula la Publicidad en El Salvador, por lo tanto, no sabe que puede presentar una denuncia, donde puede hacerlo y en qué casos puede hacerlo, ni cómo debe hacerlo.

La Defensoría de Protección al Consumidor es la entidad gubernamental responsable de velar por la protección de los derechos del consumidor, tiene como base legal la Ley de Protección al Consumidor y su reglamento de aplicación, en los temas relacionados con la Publicidad, la defensoría debe de crear más mecanismos, para fomentar una educación de consumo en la población y que sean informados de sus derechos, para que se genere mayor conciencia social a la hora de adquirir un producto o servicio y no ser víctimas de publicidad engañosa. La regulación de la publicidad en el comercio es una medida de gran importancia debido a que si se realiza de manera adecuada, garantiza el buen funcionamiento de la actividad comercial entre los proveedores de productos o servicios y consumidores, ya que se establecen los parámetros y normas que deben de ser cumplidas para no incurrir en prácticas anticompetitivas o abusivas.

En El Salvador, la publicidad es autorregulada por el Consejo Nacional de la Publicidad utilizando el Código de Ética Publicitaria para establecer los parámetros y medidas que deben ser cumplidas al momento de emitir algún tipo de publicidad. Así también, existe la regulación estatal, la cual le compete a la Defensoría del Consumidor. Ésta se rige a través de la Ley de Protección al Consumidor, que es el único documento legal que protege los derechos de los consumidores y a su vez sanciona únicamente la publicidad ilícita y engañosa o Falsa.

Actualmente en el país, el único tipo de publicidad que es sancionada es la publicidad engañosa conforme al artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor, quedando exenta de ser sancionada la publicidad que atenta contra la dignidad de las personas. La publicidad que daña la dignidad de las personas es autorregulada, mas no hay sanción para ella.

La publicidad engañosa atenta contra las disposiciones estipuladas en el artículo 4 de la ley de protección al consumidor, principalmente con el derecho de recibir información completa y veraz.

A pesar de que la Defensoría del Consumidor cuenta con estrategias para dar a conocer a la población sus derechos como consumidores a través de programas y medios, existe aún una gran parte de la población que no conocen en su totalidad estos derechos.

Las ventajas que se obtienen de la regulación de la publicidad en el comercio son diversas. La más importante es que se establecen las normas y reglas que deben cumplir las empresas para que los derechos de los consumidores sean respetados. También se incentiva la competencia leal en el comercio debido a que todas las empresas deben cumplir con los requerimientos establecidos en la Ley cuando emiten su publicidad.

Por otra parte al regular la publicidad pueden surgir ciertas desventajas, entre estas se considera que una regulación muy restrictiva puede afectar con el derecho a la libertad de expresión. Además, una regulación muy específica puede provocar que existan demandas innecesarias por consumidores o empresas por situaciones que en realidad no vulneran ningún derecho estipulado en la Ley.

RECOMENDACIONES.

Para poder garantizar de manera adecuada el buen funcionamiento de la actividad comercial entre proveedores de productos o servicios y consumidores, se debería de regular y sancionar los dos tipos de publicidad ilícita en El Salvador; estas son: publicidad engañosa y la que atenta contra la dignidad de las personas. Para poder lograr esto es necesario el fortalecimiento de la Ley de Protección al Consumidor y el cumplimiento de las sanciones impuestas.

Dado que el Estado es el encargado de velar por los derechos de los consumidores, la Defensoría del Consumidor debería informar por medio de campañas masivas que impacten y eduquen a los consumidores, para que éstos identifiquen si están siendo engañados o no y de la misma forma comunicarles sobre cómo actuar si llegasen a ser víctimas de éste tipo de publicidad.

De la misma manera, los empresarios deberían de tener conocimiento pleno sobre los derechos de los consumidores y las normas de la publicidad, para así poder conocer si la publicidad que van a transmitir no irá en contra de lo estipulado por la ley. Esto luego podría poner en riesgo su imagen y por qué no mencionar, su economía, debido a las sanciones que pueda acarrear.

Si una empresa, por medio de su publicidad atentó en contra de las personas o utilizó la publicidad para engañar al consumidor y es declarada culpable, en lugar de solo pagar una multa al Estado, también se debería de beneficiar al consumidor ya sea presentando una disculpa formal, dando regalías, o de la forma que sea conveniente de acuerdo a la situación.

GLOSARIO.

CONSUMIDOR: Se entiende por consumidor al individuo que requiere satisfacer cierta necesidad a través de la compra u obtención de determinados productos, para lo cual debe llevar a cabo algún tipo de operación económica. Estas operaciones pueden ser muy básicas y simples o extremadamente complejas e involucrar a corporaciones de gran tamaño. Para que exista un consumidor, siempre tiene que haber otro ente que provea el servicio (o proveedor) y un producto u objeto por el cual se establece toda la operación.

PROVEEDOR: Persona o empresa que suministra bienes y servicios necesarios para el proceso productivo de otra empresa, o las mercancías que ésta necesita para realizar su actividad comercial.

DERECHO: Facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida y de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.

LEY: Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados. En el régimen constitucional es la disposición votada por las Cortes y sancionada por el jefe del Estado.

TRIBUNAL: Es un órgano independiente que analiza jurídicamente si la publicidad que previamente ha sido detectada, realmente es o no es ilícita, si está en contra o no de la ley.

COMERCIO: Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías.

PERSUASIÓN: Es el proceso por el cual un individuo recibe una serie de estímulos a través de diferentes sentidos, seleccionándolos comparándolos e interpretándolos convenientemente.

PUBLICIDAD: Es una forma de comunicación que intenta incrementar el consumo de un producto o servicio, insertar una nueva marca o producto dentro del mercado de consumo, mejorar la imagen de una marca o reposicionar un producto o marca en la mente de un consumidor.

BIBLIOGRAFIA.

Libros

Bofanti, Mario Alberto. *Derecho del consumidor y usuario*, Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo, Perrot, 2001.

Castillo González, Francisco. “*El Delito de Estafa*”. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 2001.

Cohen Dorothy. *Publicidad Comercial*, 2ª.Edición, México, 1974.

Falkenstein A. citado por José Ramón Sánchez Guzmán, en: *Breve Historia de la Publicidad*, Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, 1976.

García Saís, Fernando. “*Derecho de los Consumidores a la Información: una aproximación a la publicidad engañosa en México*”. Editorial Porrúa-IITAM, México, 2007.

Gorrotxategi, Mirem. “*Publicidad y Libertad de Expresión*”, 3a Edición, 2006, España.

Harper, Paul C. citado por COHEN Dorothy, en: *Publicidad Comercial*, 2a.Edición, México, 1974.

Le Goff, Jacques. *La baja edad media siglo XXI*, México 1974.

Mena Castro, Armando Enrique. *Criterios Jurisprudenciales de Protección al Consumidor*, Edit. Equipo Maíz, 2015.

O'Guinn Tomas, Allen Chris y Semenik Richard. *Publicidad*, international thomson editores. 2000.

Puente Aba, Luz María. *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, 2002.

Philip, Kotler y Gary Armstrong. *Fundamentos de Marketing*, Sexta Edición, Prentice Hall. 2012.

Sánchez Guzmán, José Ramón. *Breve Historia de la Publicidad*, Ediciones Pirámide, S.A. Madrid. 1976.

Sánchez Guzmán, José Ramón. *Teoría de la Publicidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1993.

Stanton William, Etzel Michael y Walker Bruce, *Fundamentos de Marketing*, 13a Edición, Mc Graw Hill. 1986.

Turner, Ernest Sackville. Citado por Cohen Dorothy, en: *Publicidad Comercial*, México, 1974.

Walter, Kaune Arteaga. *Curso de Derecho Civil de los Contratos*, Tomo I. Bolivia 1992.

Westphalen, M.H. y Piñuel, J.L. *La dirección de Comunicación*. Madrid: Ed. Del prado, 1993.

Williamson, Harold. *El crecimiento de la economía americana*, 2da.Edicion, Prentice-Hall, Nueva York, 1951.

Zavala Rodríguez, Carlos Juan. “*La Publicidad Comercial: Su Régimen Legal*”. Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina. 1947.

Legislación.

Constitucion de la Republica de El Salvador. (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

Código de Ética Publicitaria. (Consejo Nacional de la Publicidad, El Salvador, 2014).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1969).

Ley de Protección al Consumidor. (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea Legislativa de El Salvador 1966.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Documento Declarativo. (Paris, Francia, 1948).

Parlamento Latinoamericano. “Acta de la VI Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y el Consumidor”. (Guayaquil, Ecuador, 1997).

Parlamento Latinoamericano. Coordinación Técnica. “Lineamientos Metodológicos para la Realización de Estudios de Armonización Legislativa”, (São Paulo, Brasil, 2003).

Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor. (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005).

Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: 748-F-S1-2010 (San José, Costa Rica, 2010).

Sala de lo Constitucional, Referencia: 26-VII-99 (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 1999).

Sala de lo Constitucional, Referencia: 26-VIII-98 (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 1998).

Sentencia del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor. Referencia: 552-11 (El Salvador, Ley de Protección al Consumidor, 2013).

Revistas

Álvarez, Julio y Gozalo Vicente. “*Divulgación sobre Análisis de Publicidad y Protección al Consumidor*”, España, (2008).

Álvarez, Jesús Timoteo. “*Historia de los Medios de Comunicación*”, Ariel, Barcelona, (1989).

Areal Fernández, Manuel. “*Introducción al derecho a la información*”, por ATE, España, (2000), 9.

Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto “*Derecho del Consumidor*”, México,(2002), 25.

Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor: Ampliación de Las Directrices para la Protección del Consumidor de Manera que incluyan Directrices sobre Modalidades de Consumo Sostenible. (2008).

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES): Boletín de Estudios Legales: *“Doce Años de Leyes del consumidor”*. (2008).

Fundación Salvadoreña Para El Desarrollo Económico Y Social (FUSADES): Boletín del Departamento de Estudios Legales: *“Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor”*, (2005). 57.

Gili, Gustavo. *“Teoría y Metodología de la identificación institucional”*. Barcelona, (1994).

Jeandidier, Williams. citado por Díaz González, Rosa en: *“Guía del Consumidor”*, España (1999).

Kors Jorge, y Salís, Elis. *“El Derecho de las Marcas entre el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumo”*. Argentina. (1980).

Martínez Pérez, Carlos. *“Los Delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal”*, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, de 1992).

Pérez, Víctor. *“Derecho Privado”*, tercera edición. Costa Rica. (1994).

Playsted Wood, James. *“La Historia de los Anuncios”*, El Ronald Press Co, Nueva York, (1958).

Revista de la Unión Europea, “La Directiva”, del Parlamento Europeo y del Consejo. (2006).

Sampson, Diana. “*Publicidad Comercial*”, México, (1974).

Staven Hagen, Rodolfo. “*Los derechos Humanos de los Consumidores*”, México, Instituto Nacional del Consumidor, (1985).

Sitio Web.

Definiciones de Publicidad, 2015. <http://www.marketingpower.com>.

“Historia de las agencias de medios en Argentina”, Abril 2015.
<http://www.agenciasdemedios.com.ar>.

“Historia de la Publicidad”, Mayo 2015.
<http://www.reciclandohistoria.wordpress.com>.

“Historia de la Publicidad en Colombia”, Abril 2015.
<http://www.monografias.com>.

Ley Federal de Protección al consumidor, (México, 2015)
<http://www.profeco.gob.mx>

Publicidad Engañosa, febrero de 2015.
<http://www.definicionabc.com/comunicacion/publicidad-enganosa.php>.

552-11 *el*

TRIBUNAL SANCIONADO DE LA DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintidós de enero de dos mil trece.

El presente procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia 552-11, fue iniciado por denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en aplicación del artículo 143 letras b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra la sociedad **Operadora del Sur, S.A. de C.V.**, propietaria del establecimiento “Despensa Don Juan Los Héroes”, ubicado en

por el supuesto incumplimiento de la obligación general de información, y la presunta difusión de publicidad engañosa, en contravención a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la citada ley, lo que, de comprobarse, configurarían las infracciones previstas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) LPC.

Leídos los autos, y; considerando:

I. Con fecha diecisiete de diciembre de dos mil diez, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor, se practicó inspección en el establecimiento antes mencionado a efecto de verificar que los productos ofrecidos a los consumidores poseían sus precios a la vista, así como el cumplimiento de las ofertas que aparecían publicadas en un folleto (o guía de ofertas) que se encontraba en el establecimiento en el cual aparecen diversos productos a precios especiales. Como resultado de la diligencia realizada, se levantó el acta de las dieciocho horas con veintiocho minutos de esa misma fecha –agregada a folios 3–, en la cual se hizo constar que se tenían a disposición del consumidor: veintiocho cajas que contenían chocolate marca *Zachary*, en presentación de 142 gr., veintiún latas de chocolate con leche marca *Swiss Miss*, en presentación de 1.1 kg., doce cajas de mezcla para pan cake marca *Betti Craker*, en presentación de 1.04 kg., y siete paquetes de salchicha de pavo marca *La Única*, en presentación de 400 gr., sin indicación de su precio de venta; así como: doce botellas de vodka marca *Absolut*, de 750 ml., cuyo precio de caja marcaba \$18.75, mientras que el

precio de oferta era de \$15.69, veintitrés paquetes de queso procesado tipo americano marca San Julián, de 200 gr., que presentaba diferencia entre el precio de oferta (\$1.75) y el de caja (\$2.06).

Según señaló la Presidencia de la Defensoría del Consumidor esos hallazgos denotan un posible incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la LPC.

Admitida la denuncia, se dio inicio al procedimiento sancionatorio contra la proveedora denunciada, por la supuesta comisión de las infracciones administrativas tipificadas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g), ambos de la LPC, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la citada ley. En el mismo auto, se mandó a oír a la sociedad denunciada, conforme lo dispone el artículo 145 LPC, sin embargo la sociedad denunciada no hizo uso de esa oportunidad procesal, pese a habersele notificado en tiempo y forma. Asimismo, se solicitó opinión al Consejo Nacional de la Publicidad, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 31 inciso 4º LPC.

Posteriormente, se abrió a prueba el presente procedimiento, por el plazo que establece la ley de la materia, dentro del cual la proveedora no aportó ningún tipo de medio probatorio.

Por auto de folios 26, se tuvo por recibido el informe rendido por el Consejo Nacional de la Publicidad, agregado a folios 24 y 25 de este expediente, en el cual se concluye que, en el caso concreto, se está en presencia de publicidad engañosa. En el mismo auto, se confirió traslado a la proveedora, a fin de que se pronunciara sobre la opinión vertida por el referido Consejo, sin que la denunciada contestara dicho traslado.

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

II. En el presente caso, se atribuye a la sociedad **Operadora del Sur, S. A. de C. V.** el presunto incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 LPC, tipificado como infracción en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) LPC, respectivamente, por tener a disposición del consumidor productos sin indicación de su precio de venta y otros que presentaban diferencia entre el precio publicado en la guía de ofertas, y el marcado en caja

registradora, lo que daría lugar a la imposición de las sanciones establecidas en los artículos 45 y 46 de la LPC.

En virtud de lo anterior, este Tribunal analizará cada uno de los presupuestos que dan lugar a las infracciones atribuidas, 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 las infracciones imputadas a la proveedora (IV); a efecto de determinar –de conformidad a la prueba que consta en el presente procedimiento– si la sociedad denunciada cometió las infracciones que se le atribuyen en la denuncia (V).

III. Este Tribunal en resolución definitiva de las quince horas y un minuto del día cuatro de enero del año pasado, estableció que según la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Constitucional –v.gr. la sentencia de fecha 13-VII-2011, en el amparo 16-2009– se ha reconocido que el *ius puniendi* del Estado, entendido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como *ilícito* –esto es, en sentido amplio, las conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos–, no sólo se manifiesta mediante el juzgamiento de los delitos e imposición de penas por parte de los tribunales penales, sino también cuando las autoridades administrativas ejercen *potestades sancionadoras*.

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

Así, sobre la base del artículo 79 de la LPC, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor tiene la facultad de intervenir punitivamente en la esfera jurídica de las personas jurídicas o naturales, públicas o privadas, que al dedicarse a la producción, distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios, han provocado una lesión o daño en bienes o intereses –de orden colectivo o individual–

considerados como fundamentales en la esfera jurídica del consumidor, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones merecedoras de una sanción.

En efecto, la potestad administrativa sancionadora de la que está investido este Tribunal, tiene fijados sus fines, postulados y principios rectores a *partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución*; de tal forma que la valoración de los hechos e interpretación de las normas que éste ha de realizar se sujeta, en esencia, a una serie de principios, cuyo respeto legitima la imposición de la sanción. Entre estos postulados pueden mencionarse: el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la garantía de prohibición de excesos, 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. Ahora bien, dado que a la sociedad Operadora del Sur, S.A. de C.V, le ha sido atribuida las infracciones previstas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) LPC, es preciso hacer algunas acotaciones respecto de los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de cada una de ellas, para luego determinar, de acuerdo con los elementos de prueba aportados, si se han configurado las infracciones antes mencionadas.

1. En cuanto a la obligación de proporcionar el precio de los productos a disposición del consumidor, la Ley de Protección al Consumidor, bajo el acápite “Obligación general de información” en el artículo 27 en el inciso 1º establece: “En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda.”

La ley de la materia es precisa, al imponer a los proveedores la obligación de informar los precios de venta de los productos que ofrece al consumidor. Este tipo de información –el precio- constituye un dato básico para el consumidor, puesto que le permite hacer comparaciones con bienes similares o equivalentes que ofrecen otros proveedores, y de esa forma, poder optar por el producto que -en su opinión- resulte más beneficioso por su precio y calidad. Dicha información le permite al consumidor tener mayor libertad y racionalidad al realizar los actos de consumo, de forma tal que pueda optar por adquirir productos que se ajusten a sus necesidades y a su bolsillo.

De acuerdo a los términos del artículo 27, la veracidad de los precios y el precio mismo puesto a disposición de los consumidores constituye una derivación del derecho de información, cuya finalidad es que el consumidor pueda conocer las características completas y efectivas de los bienes y servicios que se ofrecen. En ese sentido, es obligación de los proveedores garantizar que los productos ofrecidos a los consumidores reúnan los

requisitos, propiedades y condiciones exigidas por la ley –entre ellos, el precio de venta–, para ser comercializados; por lo que le corresponde adoptar las medidas pertinentes y oportunas para cerciorarse que en un establecimiento se da cumplimiento a la LPC.

2. Con relación a la segunda infracción administrativa que se le imputa a la denunciada, resulta conveniente retomar la jurisprudencia de este Tribunal relativa a la publicidad.

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

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

Asimismo, el artículo 27 de la citada Ley dispone en el inciso primero: “En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda, especialmente en los siguientes aspectos: a) El origen, composición y finalidad; b) La calidad, cantidad, peso o medida, en su caso, de acuerdo a las normas internacionales, expresadas de conformidad al sistema de medición legal o con indicación de su equivalencia al mismo; c) El precio, tasa o tarifa y en su caso, el importe de los incrementos o descuentos, los impuestos que correspondan y los costos adicionales por servicios, accesorios, financiamiento, prórroga del plazo u otras circunstancias semejantes; d) Fecha de caducidad de los bienes perecederos; y, e) Las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles (...)”.

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

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

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

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

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

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

B) De la persuasión lícita a la publicidad engañosa

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

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

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

Diferentes Estados han asumido así importantes regulaciones a nivel nacional e internacional; a vía de ejemplo, en la Unión Europea la DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, define publicidad engañosa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o *puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta* y que, debido a su carácter engañoso, *puede afectar su comportamiento económico* o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”. Lo anterior, con independencia que se llegue o no a la celebración de un contrato.

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

responsabilidad por omisión, entendida como aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios y esto induzca a error de los destinatarios.

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

C) Sobre la regulación en la Ley de Protección al Consumidor

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

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

Además, el citado artículo 31 prohíbe expresamente, todas las formas de publicidad engañosa o falsa, por incidir directamente sobre la libertad de elección y afectar los intereses y derechos de los consumidores. Y, considera publicidad engañosa o falsa, *cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, respecto a la naturaleza, características,*

calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido.

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

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

a) Presentar —total o parcialmente— datos falsos (es decir inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad);

b) La publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de: (1) inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada; (2) producir confusión: cuando la información en la publicidad es contradictoria, oscura, desordenada o mezclada de forma que no puede reconocerse claramente la oferta publicitaria; y, (3) producir un engaño: cuando se presenta de manera que aparente una verdad, es decir, una realidad distinta a la existente.

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el inciso final del artículo antes relacionado, las pruebas aportadas en los procedimientos ventilados ante este Tribunal, serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, que están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y, los conocimientos científicamente avanzados.

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

1. Tomando en cuenta lo antes expuesto, corresponde determinar en primer orden si la sociedad Operadora del Sur, S.A. de C.V., cometió la infracción tipificada en el artículo 27 de la LPC, para lo cual será necesario valorar la prueba incorporada a este procedimiento.

En principio, es menester aclarar que el acta de inspección suscrita por los delegados de la Defensoría del Consumidor goza de la presunción de veracidad, respecto de las circunstancias de tiempo y forma en las que se practicó la referida diligencia, así como del estado y condiciones observadas en los productos y establecimientos objeto de inspección, mientras no se incorpore en el procedimiento sancionatorio medio probatorio idóneo del que se pueda colegir una información diferente a la de aquella.

En virtud de lo anterior, corresponderá a la denunciada incorporar la prueba que considere pertinente para apoyar sus alegaciones y desvirtuar el contenido del acta en cuestión, pues, de lo contrario, no le será posible a este Tribunal valorar –por causas imputables a la proveedora– las razones por las que habría incurrido en la infracción administrativa que se le atribuye.

En el caso concreto, ha de tomarse en cuenta que a la proveedora denunciada se le concedieron las garantías necesarias para que hiciera uso del derecho de defensa; no obstante, se observa que ésta no hizo uso de las oportunidades procesales que se le confirieron para ejercer su derecho de defensa en el presente procedimiento, ya sea oponiéndose a los argumentos formulados por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor por atribuirle la infracción en cuestión, o bien incorporando la prueba pertinente para controvertir lo consignado por los delegados que practicaron la inspección de mérito, por lo que a este Tribunal no le es posible valorar las razones por las que incurrió en dicho incumplimiento.

En ese contexto, este Tribunal cuenta sólo con el acta de inspección levantada a las dieciocho horas con veintiocho minutos del diecisiete de diciembre de dos mil diez, suscrita por los delegados de la Defensoría del Consumidor, Ricardo Osar Montes y Edgardo Prieto Gómez, en presencia del señor Henry Alexander Pineda, gerente del establecimiento, quien no firmó el acta.

Así, del contenido del acta de mérito que consta a folios 3, se colige que en el establecimiento “Despensa de Don Juan Los Héroe”, con fecha diecisiete de diciembre de dos mil diez, se tenía a disposición de los consumidores: veintiocho cajas que contenían chocolate marca *Zachary*, en presentación de 142 gr., veintiún latas de chocolate con leche marca *Swiss Miss*, en presentación de 1.1 kg., doce cajas de mezcla para pan cake marca *Betti Craker*, en presentación de 1.04 kg., y siete paquetes de salchicha de pavo marca La Única, en presentación de 400 gr., **todos sin indicación de su precio de venta.**

Lo anterior, denota negligencia de parte de la proveedora, y aunque no haya existido intencionalidad o dolo de parte de ésta en incumplir con los preceptos legales en materia de consumo, es evidente la falta a su deber de ser garante del derecho de información al no haber actuado con la diligencia requerida, en cuanto a colocar los precios a los productos que comercializa.

Y es que, como propietaria del establecimiento inspeccionado, la proveedora tiene la obligación principal de informar los precios de los productos ofrecidos a los

consumidores, para lo cual debe adoptar las medidas pertinentes y oportunas a fin de que en el mismo se dé cumplimiento a las obligaciones que prescribe la LPC.

Como es sabido, las infracciones administrativas son sancionables aun a título de simple negligencia, la cual, en el presente caso, queda evidenciada por la falta de esmero en colocar los precios a los productos que se ofrecen a los consumidores.

En conclusión, siendo suficientes los elementos que constan en este procedimiento, para acreditar el incumplimiento atribuido respecto de la obligación general de información establecida en el artículo 27 LPC, es procedente imponer la sanción respectiva.

2. Corresponde ahora valorar la prueba que consta en el presente procedimiento, para determinar si existe la supuesta publicidad engañosa atribuida a la denunciada, respecto de los productos consignados en el acta de inspección de fecha diecisiete de diciembre de dos mil diez. (Fs. 3 y 4)

Así, de acuerdo a la referida acta de inspección, los delegados de la Defensoría del Consumidor constataron que en el establecimiento propiedad de la sociedad denunciada se tenían productos con diferencia de precios entre el que aparecía en la guía de oferta y lo que marcaba en la caja registradora. Tales productos eran: doce botellas de vodka marca *Absolut*, de 750 ml., cuyo precio marcado en caja era de \$18.75, con una diferencia de \$3.06 respecto de del precio de oferta de \$15.69; y veintitrés paquetes de queso procesado tipo americano marca San Julián, de 200 gr., que presentaba una diferencia de \$0.31 entre el precio publicado en la guía de ofertas -\$1.75- y el marcado en caja registradora -\$2.06-.

Lo anterior, ha sido corroborado mediante el ticket de caja y las guías de ofertas número veintitrés guión A y veintitrés guión B (folios 6, 7 y 11), en las cuales se advierte que efectivamente la botella de vodka marca *Absolut*, de 750 ml., tiene el precio de oferta de \$15.69, pero en la máquina registradora marcaba el precio de \$18.75.

De igual manera, el paquete de queso procesado tipo americano marca San Julián, de 200 gr., aparece con un precio de oferta era \$1.75, pero en la caja registradora marcaba \$2.06.

Es evidente entonces que en el presente caso existe publicidad engañosa por cuanto no coincide el precio de oferta con el de venta de los productos antes detallados. Esa

divergencia, implica falsedad al tratarse de datos inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad.

En razón de lo anterior, este Tribunal comparte la opinión emitida por el Consejo Nacional de la Publicidad (folios 24), en el sentido de que, en el presente caso, existe un claro supuesto de publicidad engañosa, al contravenir el principio de veracidad, porque el precio de venta de la botella de vodka marca Absolut y el paquete de queso procesado tipo americano, marca San Julián era diferente al que aparecía en la guía de ofertas, es decir que el precio publicado en la guía de oferta constituye un dato falso, al haberse constatado que éste no era el mismo que marcaba la caja registradora del establecimiento inspeccionado.

Desde esa perspectiva, puede concluirse que la falta de coincidencia entre el precio de oferta y el valor real de los productos –vodka y queso procesado tipo americano–, encaja en el supuesto regulado en el artículo 31 LPC, por cuanto el despliegue publicitario en cuestión, no tiene correspondencia real con el precio del producto, al existir una diferencia entre el precio que aparecía en la guía de oferta y el marcado en caja registradora. Dichos datos falsos generan, evidentemente, una inducción a error en la toma de decisión de los consumidores, lo que da lugar a una afectación de los intereses y derechos de los mismos, que al tener conocimiento de una oferta mediante una publicidad concreta no esperarían que al momento de adquirir los productos en oferta, éstos tuviesen un precio diferente al que aparece en la publicidad.

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

VI. Una vez comprobado que la sociedad Operadora del Sur, S. A. de C.V., incurrió en las infracciones tipificadas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g), ambos de la LPC, ocasionando una posible afectación de los derechos del consumidor, corresponde establecer las sanciones que han de imponerse como consecuencia de la comisión de dichas infracciones.

1. Para tal efecto, debe tomarse en cuenta que la proveedora es una persona jurídica, propietaria del supermercado “La Despensa de Don Juan Los Héroes”, en la que se encontraron productos sin precio de venta; y, que por el giro de su negocio es imperioso que dicha proveedora atienda a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LPC, con el objeto de garantizar a los consumidores un servicio confiable y de calidad.

Por otra parte, es necesario tener presente que durante la tramitación del procedimiento de mérito, se comprobó que la proveedora al ofrecer productos sin indicación de su precio de venta, menoscabó el derecho a la información de este sector, con lo cual incurrió en la infracción contemplada en el artículo 42 letra e) de la LPC.

Aunado a lo anterior, si bien no se ha comprobado un daño concreto en una persona en particular, se ha valorado el perjuicio de los consumidores de forma potencial, por ofrecerse productos sin indicación de su precio de venta; así como el hecho de que incurrió en tales inobservancias a la ley por no haber actuado con el debido cuidado o diligencia, para verificar que los productos puestos a disposición de los consumidores atendieran los referidos requerimientos.

2. Con relación a la infracción grave cometida por la proveedora denunciada, al realizar directamente la difusión de publicidad falsa, el 46 LPC establece que ésta se sancionará con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

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

Al tratarse de una afectación a un conjunto indeterminado de consumidores –todos los receptores de la publicidad en mención, ya sea que adquirieran o no los productos relacionados a fs. 3 y 4–, no es posible cuantificar daños o devoluciones, por lo que, para la determinación de la sanción, han de considerarse diversos criterios de graduación contemplados en la LPC.

Para el caso concreto habrían de considerarse lo siguiente: 1) que la proveedora es una persona jurídica con una capacidad de inversión usualmente mayor que la de una persona natural; 2) la inducción a error que causó en los consumidores la guía de ofertas, por contener datos falsos; 3) que el error radicó en la diferencia del precio de oferta publicado y el que marcaba la caja registradora del establecimiento inspeccionado; 4) que los productos objeto de la publicidad que se considera engañosa son bebidas y alimentos; 5) que no se ha establecido un daño patrimonial concreto debido a la indeterminación de los consumidores afectados con la publicidad cuestionada.

Aunado a lo anterior, debe destacarse que el presente procedimiento fue iniciado, según señaló la Presidencia de la Defensoría del Consumidor en el escrito de la denuncia, sobre la base del artículo 143 letra b) de la LPC, por afectación de intereses colectivos o difusos; y, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la citada ley, tratándose de una situación que afecta intereses difusos, la cuantía de la multa que deba imponerse a la proveedora que resultare culpable *nunca será inferior al daño causado o a lo cobrado indebidamente a consecuencia de la infracción que se le ha comprobado, sin que pueda exceder de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.*

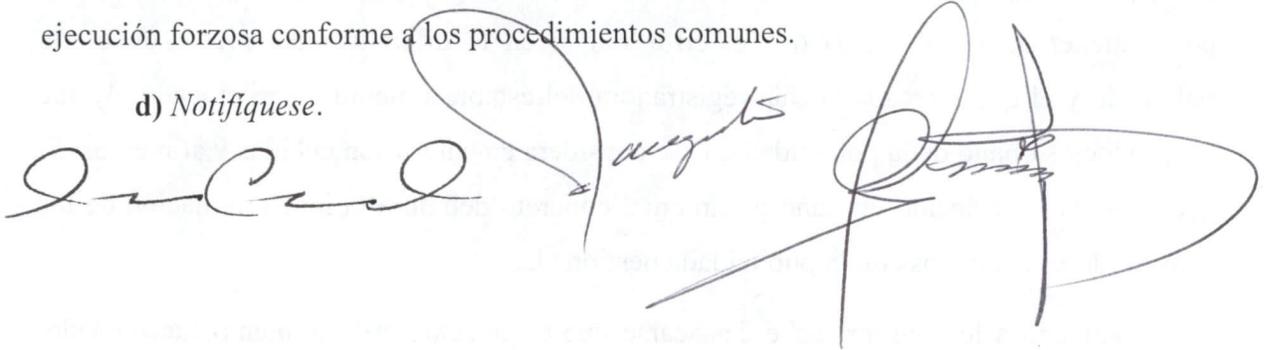
VII. Por tanto, sobre la base de lo antes expuesto, y con fundamento en los artículos 101 inciso 2º de la Constitución de la República, 27, 31, 42 e) y 43 letra g), 46, 48, 83 letra b), 143 y siguientes de la Ley de Protección al Consumidor, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Sanciónase* a la sociedad **OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.** con la cantidad de **SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO DÓLARES CON CINCO CENTAVOS** (\$658.05) equivalente a tres salarios mínimos mensuales urbanos en la industria en concepto de multa por el cometimiento de la infracción que establece el artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor.

b) *Sanciónase* a la sociedad **OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.** con la cantidad de **CUATRO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE DÓLARES** (\$4,387.00) equivalente a veinte salarios mínimos mensuales urbanos en la industria en concepto de multa por el cometimiento de la infracción que establece el artículo 43 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor.

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

d) Notifíquese.

The image shows three handwritten signatures. On the left is a cursive signature. In the center, the word 'aceptado' is written in a cursive script. On the right is a large, stylized signature with a prominent loop.

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

cm

A large, stylized handwritten signature with a prominent loop, similar to the one in the upper section.

801-11

TRIBUNAL SANCIONADO DE LA DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las quince horas cincuenta minutos del uno de marzo de dos mil doce.

A sus antecedentes el escrito firmado por el licenciado Mario Horacio Villacorta López, presentado por conducto oficial interno el día dieciséis de febrero del año en curso. Por agregada la copia certificada notarialmente de la credencial con la que el señor Villacorta López acredita su personería.

Tiéndose por parte a la sociedad Two Shows Producciones, S.A. de C.V., por medio de su administrador único propietario, licenciado Mario Horacio Villacorta López, y por contestada la audiencia conferida, en los términos expuestos en el escrito de folios 24 y 25.

El presente procedimiento administrativo sancionador, registrado con referencia 801-11, fue iniciado por denuncia presentada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en aplicación del artículo 143 letras b) y d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra la sociedad **Two Shows Producciones, S.A. de C.V.**, por el supuesto incumplimiento de la obligación general de información, y la presunta difusión de publicidad engañosa, en contravención a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la citada ley, lo que, de comprobarse, configurarían las infracciones previstas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) LPC.

Leídos los autos, y; considerando:

I. Según se relaciona en la denuncia de mérito, mediante publicaciones realizadas en La Prensa Gráfica y El Diario de Hoy, de fecha veintinueve y treinta de junio de dos mil once, respectivamente, se tuvo conocimiento del espectáculo promocionado con el nombre “Dinosaurios Animatronics Discovery Channel”.

La publicidad principal de la edición de El Diario de Hoy contenía lo siguiente:

Dinosaurios Animatronics Discovery Channel. Pabellón Centroamericano CIFCO. De lunes a domingo de 10 a.m. a 8 p.m. ENTRADA *\$10 por persona.

En la parte final de la publicación y con tamaño evidentemente inferior al llamado principal de la misma se lee: *Aplica cargo por servicio \$1.00.

La publicidad principal de la edición de La Prensa Gráfica indicaba lo siguiente:

Dinosaurios Animatronics Discovery Channel. Pabellón Centroamericano CIFCO. De lunes a domingo de 10 a.m. a 8 p.m. ENTRADA *\$10 por persona.

En la parte final de la publicación se observa la frase con tamaño de letra ilegible:

*Aplica cargo por servicio.

Dicha promoción fue difundida por medio de prensa escrita, vallas publicitarias, anuncios televisivos y cuñas radiales.

En uso de las facultades legales conferidas, delegados de la Defensoría del Consumidor realizaron inspección en los puntos de venta y oficina de Todo Ticket, por ser esta empresa la encargada de la venta de los boletos de entrada al espectáculo (según aparece en la publicidad), así como en el lugar donde se llevó a cabo el mismo, con el objeto de verificar la información presentada a los consumidores, según el detalle siguiente:

- A) A las doce horas con treinta minutos del cuatro de julio de dos mil once, realizada en el quiosco de Todo Ticket Centro Comercial Multiplaza y a las catorce horas con cuarenta minutos del mismo día, en el quiosco de Todo Ticket Centro de Compras El Paseo, en los cuales se constató que la única información que poseían en el punto de venta era la siguiente: “Dinosaurios *Animatronics Discovery Channel*, de venta aquí”.
- B) A las diez horas con treinta minutos del cinco de julio de dos mil once, realizada en el quiosco de Todo Ticket Centro Comercial Metrocentro Octava Etapa, haciéndose constar que no había en el lugar ningún cartel con la publicidad del referido espectáculo ni respecto del cobro adicional por el servicio de venta de boletería.
- C) A las diez horas con treinta y cinco minutos del cuatro de julio de dos mil once, en las oficinas de Todo Ticket, S.A. de C.V., en la que se hizo constar que la empresa responsable del evento era *Two Shows Producciones*.
- D) A las once horas con cincuenta y cinco minutos del día cinco de julio de dos mil once, en la taquilla ubicada en el Centro Internacional de Ferias y Convenciones (CIFCO), en la que los delegados de la Defensoría del Consumidor hicieron constar que en dicho lugar se encontraban cinco carteles con la información del evento, cuatro de ellos tenían la leyenda “Aplica cargo por servicio Todo Ticket, un dólar adicional por boleto”, y un cartel contenía a frase “Aplica cargo por servicio”. Asimismo, se consignó que se le preguntó a la persona que atendió a los mencionados delegados, de qué forma se le hacía saber al consumidor sobre el cargo adicional, a lo cual respondió que esta información se la daba a conocer de manera verbal al momento de la compra.

En ese orden de ideas, la Presidencia de la Defensoría del Consumidor señaló que la publicidad denunciada era capaz de inducir a error, engaño o confusión a los consumidores, pues no se consignó el monto total del precio por el espectáculo, el cual se compone del valor de la entrada y un supuesto servicio por la emisión del tiquete, ya que el tamaño de la letra empleada y su distribución dentro de la publicidad, es prácticamente imperceptible.

Además, según la denunciante, las conductas denunciadas denotan: a) incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 LPC, que establece la obligación general del proveedor de proporcionar información de forma clara, veraz, completa y oportuna sobre las características de los bienes y servicios puestos a disposición del consumidor, especialmente, el precio de éstos; y, b) inobservancia a lo previsto en el artículo 31 LPC, que prohíbe toda forma de publicidad engañosa o falsa, por incidir directamente sobre la libertad de elección y afectar los intereses y derechos de los consumidores.

Admitida la denuncia, se dio inicio al procedimiento sancionatorio contra la proveedora denunciada, por la supuesta comisión de las infracciones administrativas tipificadas en los artículos 42 letra e) y 43 letra g), ambos de la LPC, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 27 y 31 de la citada ley. En el mismo auto, se mandó a oír a la sociedad denunciada, conforme lo dispone el artículo 145 LPC, así como al Consejo Nacional de la Publicidad, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 31 inciso 4º LPC.

En uso de la audiencia conferida, compareció el señor Mario Horacio Villacorta López, pretendiendo actuar en calidad de representante de la sociedad *Two Shows* Producciones, S.A. de C.V., pero al no haber acreditado en debida forma su personería, se le previno presentara la documentación pertinente para tal efecto, mediante auto de las once horas con veintiocho minutos del uno de septiembre de dos mil once. En la misma resolución, se abrió a prueba el presente procedimiento, por el plazo que establece la ley de la materia, dentro del cual no se aportó ningún tipo de medio probatorio.

Por auto de folios 36, se tuvo por recibido el informe rendido por el Consejo Nacional de la Publicidad, agregado a folios 34 y 35 de este expediente, en el cual se concluye que, en el caso concreto, no se está en presencia de publicidad engañosa. En el mismo auto, se confirió traslado a la sociedad denunciada, a fin de que se pronunciara sobre la opinión vertida por el referido Consejo.

Mediante escrito presentado el dieciséis de febrero de dos mil doce, la proveedora contestó el traslado conferido, en el que expresó su conformidad con la opinión emitida por el

mencionado Consejo, al confirmar que la publicidad cuestionada no es engañosa. Al referido escrito anexó copia certificada por notario de la credencial vigente.

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

III. En el presente caso, se atribuye a la sociedad **Two Shows Producciones, S. A. de C. V.** el presunto incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 LPC, tipificado como infracción en los artículos 42 letra e) y 43 letra g) LPC, respectivamente, por la realización de publicidad engañosa y por no proporcionar la información de forma clara, veraz, completa y oportuna, en la promoción del espectáculo denominado “Dinosaurios *Animatronics Discovery Channel*”, lo que daría lugar a la imposición de las sanciones establecidas en los artículos 45 y 46 de la LPC.

En virtud de lo anterior, este Tribunal analizará cada uno de los presupuestos que dan lugar a las infracciones atribuidas, 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 (**IV**); para luego analizar los elementos subjetivos y objetivos constitutivos de las infracciones imputadas a la proveedora (**V**); y, finalmente, se determinará –de conformidad a la prueba que consta en el presente procedimiento– si la sociedad denunciada cometió las infracciones que se le atribuye en la denuncia (**VI**).

IV. Este Tribunal en resolución definitiva de las quince horas y un minuto del día cuatro de enero del presente año, estableció que según la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Constitucional –v.gr. la sentencia de fecha 13-VII-2011, en el amparo 16-2009– se ha reconocido que el *ius puniendi* del Estado, entendido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como *ilícito* –esto es, en sentido amplio, las conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas que atentan contra bienes o intereses jurídicamente protegidos–, no sólo se manifiesta mediante el juzgamiento de los delitos e imposición de penas por parte de los tribunales penales, sino también cuando las autoridades administrativas ejercen *potestades sancionadoras*.

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

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

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

V. 1. Naturaleza de la publicidad, relación con el derecho a la información.

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

Asimismo, el artículo 27 de la citada Ley dispone en el inciso primero: “En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda, especialmente en los siguientes aspectos: a) El origen, composición y finalidad; b) La calidad, cantidad, peso o medida, en su caso, de acuerdo a las normas internacionales, expresadas de conformidad al sistema de medición legal o con indicación de su equivalencia al mismo; c) El precio, tasa o tarifa y en su caso, el importe de los incrementos o descuentos, los impuestos que correspondan y los costos adicionales por servicios, accesorios, financiamiento, prórroga del plazo u otras circunstancias semejantes; d) Fecha de caducidad de los bienes perecederos; y, e) Las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles (...)”.

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

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

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

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

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

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

2. De la persuasión lícita a la publicidad engañosa

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

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

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

Diferentes Estados han asumido así importantes regulaciones a nivel nacional e internacional; a vía de ejemplo, en la Unión Europea la DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, define publicidad engañosa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o *puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta* y que, debido a su carácter engañoso, *puede afectar su comportamiento económico* o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”. Lo anterior, con independencia que se llegue o no a la celebración de un contrato.

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

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

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

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

Sobre el derecho a la información, el artículo 27 de la LPC dispone en el inciso primero que: “En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz,

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

Además, dicho artículo prohíbe expresamente, todas las formas de publicidad engañosa o falsa, por incidir directamente sobre la libertad de elección y afectar los intereses y derechos de los consumidores. Y, considera publicidad engañosa o falsa, *cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido.*

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

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

a) Presentar —total o parcialmente— datos falsos (es decir inexactos, incorrectos o desajustados a la realidad);

b) La publicidad que, incluso por omisión, sea capaz de: (1) inducir a error: ocurriendo que los datos no son falsos, pero se presentan de manera que producen una percepción equivocada de la realidad publicitada; (2) producir confusión: cuando la información en la publicidad es contradictoria, oscura, desordenada o mezclada de forma que no puede reconocerse claramente la oferta publicitaria; y, (3) producir un engaño: cuando se presenta de manera que aparente una verdad, es decir, una realidad distinta a la existente.

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el inciso final del artículo antes relacionado, las pruebas aportadas en los procedimientos ventilados ante este Tribunal, serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, que están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y, los conocimientos científicamente avanzados.

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

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

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

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

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

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

2. En cuanto a la publicidad engañosa, consta en el acta de inspección agregada a folios 12, que en la taquilla del lugar donde se llevó a cabo el espectáculo “Dinosaurios *Animatronics Discovery Channel*” se encontraban cuatro carteles que contenían la leyenda “Aplica cargo por

servicio Todo Ticket, un dólar adicional por boleto”, y uno que tenía la frase “Aplica cargo por servicio”. Además, se consignó que al preguntarle a la persona que atendió a los delegados, de qué forma se le hacía saber al consumidor sobre el cargo adicional, respondió que dicha información era proporcionada de forma verbal al momento de la compra.

Por otra parte, a folios 13 y 16 se encuentran agregadas las páginas de la Prensa Gráfica y El Diario de Hoy, de fecha veintinueve y treinta de junio de dos mil once, respectivamente, en las que aparece la publicidad del espectáculo promocionado con el nombre “Dinosaurios *Animatronics Discovery Channel*”.

La edición de El Diario de Hoy contiene: **“Dinosaurios Animatronics Discovery Channel. Pabellón Centroamericano CIFCO. De lunes a domingo de 10 a.m. a 8 p.m. ENTRADA *\$10 por persona”**. Y en la parte final de la publicación aparece con una letra evidentemente inferior al llamado principal *Aplica cargo por servicio \$1.00.

Mientras que en La Prensa Gráfica, se lee: **“Dinosaurios Animatronics Discovery Channel. Pabellón Centroamericano CIFCO. De lunes a domingo de 10 a.m. a 8 p.m. ENTRADA *\$10 por persona”**. Y en la parte final de la publicación se observa con letras de menor tamaño al llamado principal: *Aplica cargo por servicio.

2.1. Al examinar cada una de las publicaciones relacionadas anteriormente, se observa precisamente que la indicación del cargo por servicio que se cobraba a los consumidores por la compra de boletos para el espectáculo “Dinosaurios *Animatronics Discovery Channel*” aparece con un tipo de letra menos resaltado en comparación al mensaje principal; incluso, en el anuncio de La Prensa Gráfica, dicha salvedad requiere cierto esfuerzo para su lectura.

Sobre el particular, este Tribunal considera que la claridad de un mensaje se encuentra relacionada con aspectos que van más allá de su texto, v.gr. el contraste de colores, tipo y tamaño de letra para los llamados principales y otros menos resaltados para la indicación de salvedades, restricciones, condiciones u otra clase de limitantes que afectan el mensaje principal.

En esa línea, el uso de letras de menor tamaño, que incluso requieren cierto esfuerzo para la lectura, o su ubicación dentro del anuncio –generalmente en segundo plano–, pueden crear un efecto tal que las personas presten atención a la parte del mensaje destacada en letras grandes y colores notorios y no a las condiciones o restricciones impresas en espacios marginales o inferiores.

Desde esa perspectiva, el tamaño de la letra del llamado principal "ENTRADA *\$10 por persona" no es proporcional al de la condición de contratación *Aplica cargo por servicio \$1.00, ubicada en la parte final de la pieza publicitaria en cuestión, lo cual se adecua a los elementos configurativos de la infracción prevista en el artículo 43 letra g) LPC, atribuida a la sociedad denunciada.

2.2. Por otra parte, este Tribunal advierte que la frase "Aplica cargo por servicio" es indeterminada, puesto que no precisa el valor ni en qué consiste el servicio por el que se aplicaba dicho cargo, lo cual alteraba las condiciones de contratación en perjuicio del consumidor, que debía pagar once dólares y no diez como lo indica el mensaje principal del anuncio.

Y es que, tal como se encuentra redactada dicha frase, el consumidor no podía enterarse de que adicionalmente a los diez dólares que pagaría por la entrada al evento, debía pagar un dólar por un servicio del que nunca tuvo conocimiento en qué consistía, pues, además de que el tamaño de la letra en que aparece el llamado en cuestión no producía el mismo efecto del mensaje principal, de haber sido percibido por algún consumidor, no se le informaba con precisión cuál era el servicio que sería prestado al consumidor y por el que se le cobraría un dólar.

Con relación a este punto, en reiteradas resoluciones, el Tribunal Sancionador ha sostenido que las condiciones de contratación constituyen una información relevante, por cuanto de ella depende la comprensión exacta de la misma y la correcta elección del consumidor. De ahí que, la omisión e imprecisión del enunciado "Aplica cargo por servicio" constituye una evidente inobservancia a lo dispuesto en el artículo 31 LPC, por cuanto el consumidor no tuvo información precisa acerca del espectáculo ofrecido por la proveedora denunciada, por el que debió pagar un dólar adicional en concepto de un servicio que no se encontraba definido en la publicidad cuestionada, y del cual se supo por medio de las inspecciones practicadas por los delegados de la Defensoría del Consumidor, en cuyas actas se hace constar que al momento de efectuarse la compraventa de los boletos se hacía saber al consumidor del costo adicional y que éste era por la emisión del boleto. (fs. 8,9 y 11)

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

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

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

Tratándose así de una afectación a un conjunto indeterminado de consumidores –todos los receptores de la publicidad en mención, ya sea que adquirieran o no boletos de entrada para el espectáculo “Dinosaurios *Animatronics Discovery Channel*”– no es posible cuantificar daños o devoluciones, por lo que, para la determinación de la sanción, han de considerarse diversos criterios de graduación contemplados en la LPC.

Para el caso concreto habrían de considerarse lo siguiente: 1) que el proveedor es una persona jurídica con una capacidad de inversión usualmente mayor que la de una persona natural; 2) la inducción a error que pudo causar en los consumidores; 3) que se ha establecido la existencia de un daño patrimonial a los consumidores; 4) la naturaleza de los productos o servicios objeto de la publicidad que se considera engañosa; 5) que el error radicó en omitir información considerada esencial porque alteraba las condiciones de contratación publicadas.

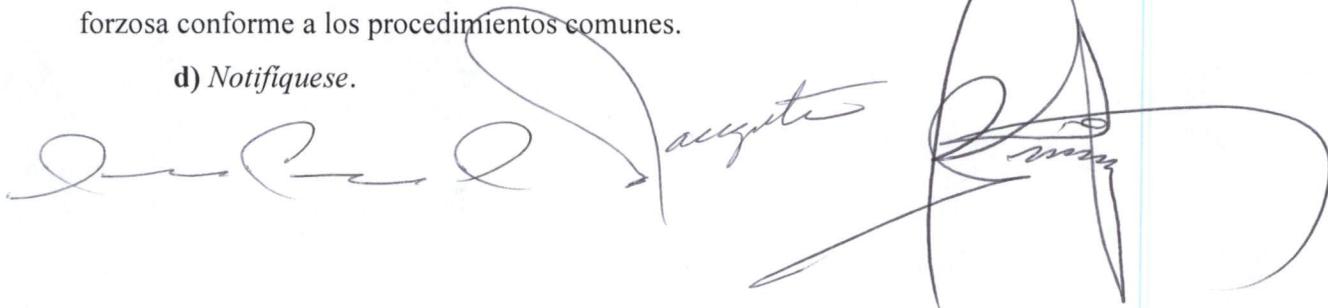
VIII. Por tanto, sobre la base de lo antes expuesto, y con fundamento en los artículos 101 inciso 2º de la Constitución de la República, 27, 31, 42 e) y 43 letra g), 46, 48, 83 letra b), 143 y siguientes de la Ley de Protección al Consumidor, este Tribunal **RESUELVE**:

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

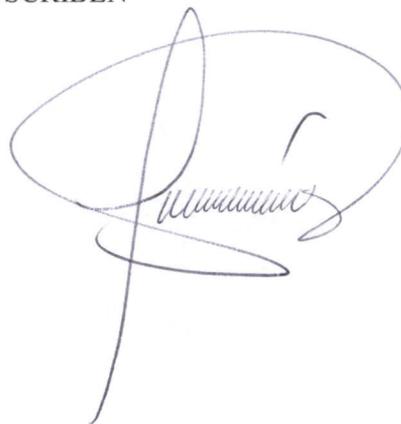
b) *Sanciónase* a la sociedad **TWO SHOWS PRODUCCIONES, S.A. de C.V.** con la cantidad de CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES DÓLARES CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$5,483.75) equivalente a veinticinco salarios mínimos mensuales urbanos de la industria en concepto de multa por el cometimiento de la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

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

d) *Notifíquese.*

Handwritten signatures and the word "acuytes" in cursive script.

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

Handwritten signature in cursive script.

cm

