

PRESIDENCIA DE LA DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR:

Luis Roberto Fernández Meléndez, de veintinueve años de edad, de este domicilio, portador de mi tarjeta de identificación de abogado número quince mil doscientos cincuenta y siete, actuando en mi carácter de apoderado de la **Asociación Centro para la Defensa del Consumidor** que puede abreviarse **CDC**, y en cumplimiento a claras y expresas instrucciones de mi mandante, vengo a interponer **denuncia en contra de la empresa de telefonía Digicel El Salvador por ordenar publicidad falsa en perjuicio del interés económico de las y los clientes de telefonía celular prepago de esta compañía y que hacen uso de la promoción de telefonía celular publicitada como “Habla las 24 horas X \$0.99”**.

La empresa Digicel El Salvador tiene su asiento principal en la Alameda Dr. Manuel Enrique Araujo y Calle Nueva N° 1, Edif. PALIC, 5° nivel, Colonia Escalón, San Salvador, El Salvador.

En atención a lo anterior a usted con el debido respeto **EXPONGO:**

I.- PERSONERIA.

Que soy apoderado de la Asociación Centro para la Defensa del Consumidor (CDC), tal como lo compruebo con la certificación de escritura pública de poder general judicial con cláusula especial otorgado a mi favor, y que presento en este acto, para que sea agregado en legal forma al expediente que se forme a partir de la presente denuncia.

II.- HECHOS (SUSTRATO FÁCTICO).

Que en días recientes en los periódicos de mayor circulación nacional han aparecido magnánimas publicaciones de la empresa Digicel El Salvador en donde se oferta la promoción de telefonía celular denominada **“Habla las 24 horas X \$0.99”**, dichas publicaciones se han realizado con la frecuencia que se muestra a continuación:

Periódico	Fecha de publicación durante el mes de marzo de 2009 y No. de página				
	Lunes 16	Martes 17	Miércoles 18	Jueves 19	Viernes 20
MAS!	---	Pág. 5	---	---	Pág. 5
EL DIARIO DE HOY	Pág. 14 y 15	Pág. 11	Pág. 13	---	---
LA PRENSA GRÁFICA	Pág. 20 y 21	Pág. 5	---	Pág. 31	---

Para mejor ilustración se anexan a la presente denuncia los originales de las publicaciones antes referidas, lo que no es óbice para que se realicen los comentarios siguientes:

En primer momento, en la página aparece una imagen de 6 jóvenes (cuatro hombres y dos mujeres), que aparentan estar leyendo una hoja volante que les provoca asombro, de estos jóvenes 4 se encuentran hablando a través de su teléfono celular.

En segundo momento, aparece con letras destacadas el texto que ahora se impugna de falso:

*Habla las
24 horas X
\$0.99*

Todos quieren hablar con Digicel

En tercer momento, aparece un texto más pequeño que establece números y sitios web de contacto para suscribirse a la promoción, así como para conocer más de la misma:

*Para suscribirte debes marcar *232 # y empieza a hablar con todos, todo el día.*

*Consulta tus minutos gratis marcando *151 # ó llama al *232 para más información.*

¡Pásate a Digicel!

*Para mayor información visita tu Tienda Digicel,
llama al * 100 o al 2504-3444.
www.digicel.com.sv*

En cuarto y último momento, se puede observar que en letra sumamente pequeña aparecen las condiciones reales de la contratación, las que dejan en entredicho la realidad de la promoción:

Promoción válida del 16 al 22 de marzo de 2009. Máximo de minutos gratis diarios: 100 minutos. El cliente solo podrá suscribirse a la promoción una vez cada 24 hrs. Los 100 minutos no son acumulables para suscripciones posteriores, y deberán consumirse en las 24 horas de vigencia de la suscripción. Mientras el saldo de la promoción no haya sido agotado, no serán aplicables otras promociones. Los \$0.99 incluyen IVA y deberán ser pagados con cada suscripción. Después de consumidos los 100 minutos, el consumo se cobrará a tarifa normal. Aplica para llamadas de Digicel a Digicel. Promoción exclusiva para clientes prepago.

A juicio de mi poderdante la publicidad anterior cabe dentro de la denominada “**PUBLICIDAD FALSA**”, puesto que la información que aparece en texto más grande hace referencia a que las y los clientes adscritos a DIGICEL en la modalidad de telefonía celular prepago pueden hacer uso de dicho servicio, hablando hasta por veinticuatro (24) horas por el precio de noventa y nueve (\$0.99) centavos de dólar.

La falsedad de la promoción radica en el hecho que el usuario del servicio antes relacionado, al pagar los noventa y nueve (\$0.99) centavos de dólar se verá imposibilitado de materializar su aspiración de poder utilizar el servicio de telefonía hasta por 24 horas, ya que a dicha publicidad, le acompañan y principalmente le contradicen una serie de limitaciones o restricciones que hacen materialmente imposible cumplir con lo ofertado.

Las limitaciones o restricciones a que se hace referencia y que dicho sea de paso aparecen en el texto más pequeño de todo el anuncio son las siguientes:

- ✓ Máximo de minutos gratis diarios: 100 minutos.
- ✓ El cliente solo podrá suscribirse a la promoción una vez cada 24 horas.
- ✓ Los 100 minutos no son acumulables para suscripciones posteriores y deberán consumirse en las 24 horas de vigencia de la suscripción.
- ✓ Mientras el saldo de la promoción no haya sido agotado, no serán aplicables otras promociones.
- ✓ Los \$0.99 incluyen IVA y deberán ser pagados con cada suscripción.
- ✓ Después de consumidos los 100 minutos, el consumo se cobrará a tarifa normal.
- ✓ Promoción aplica para llamadas de Digicel a Digicel.
- ✓ Promoción exclusiva para clientes prepago.

Tal como se puede observar, estas contradicciones, limitaciones o restricciones constituyen las verdaderas condiciones para la prestación del servicio, y es en ellas en donde observamos situaciones como: a) los \$0.99 se pagan por la suscripción, ya que los 100 minutos se consideran una prestación gratuita; b) Temporalidad de la suscripción; c) la o el cliente sólo puede suscribirse una vez dentro de 24 horas; d) Con esta promoción no aplican de forma simultanea otras promociones; e) Después de consumirse los 100 minutos, el consumo se cobra a tarifa normal; f) Promoción aplica únicamente entre usuarios adscritos a Digicel; y, g) La promoción aplica únicamente para usuarios prepago.

Con todas estas contradicciones, limitaciones o restricciones, queda evidenciado que el usuario que se suscriba a este servicio, nunca verá materializada su aspiración de hablar hasta veinticuatro (24) horas por noventa y nueve centavos (\$0.99), de ahí que la publicidad ahora denunciada constituye una **PUBLICIDAD FALSA**.

Al respecto la doctrina se ha pronunciado en el sentido que la publicidad será falsa cuando *“se relaciona directamente con el derecho del consumidor a recibir una información veraz sobre la naturaleza, composición y utilidades reales de los productos*

ofertados en el mercado (...) El bien jurídico directamente tutelado es de naturaleza económica. (...) En todo caso, se está ante la tutela de un básico interés colectivo, no individual, o que deja abierta la posibilidad de concurso en los casos en que la publicidad engañosa haya determinado a la adquisición del producto así ofertado.¹”.

Continúa expresando la doctrina que *“La conducta típica consiste básicamente en realizar alegaciones falsas o manifestar características inciertas en las ofertas o publicidad de productos o servicios destinados al mercado.”.*

“Una primera delimitación de la conducta típica nace de la exigencia de una cierta idoneidad o aptitud de lo falso. Idoneidad del mensaje objetivamente establecida ex-ante para inducir a error a la generalidad de las personas a quienes se dirija o alcance la publicidad en su condición de consumidores (...)”.

“La conducta típica puede realizarse bajo cualquier forma. No se limita a la expresión oral o escrita en cuanto que el acto de comunicación en que consiste la publicidad puede ser expresado en forma visual y aún simbólica, siendo bastante, por lo tanto, que lo esencial del producto o servicio ofertado sea comprendido y captado por los destinatarios de la publicidad (...).

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España es aún más severa, al considerar que la publicidad falsa debe ser sancionada como estafa, trascendiéndose así de la orbita del Derecho Administrativo Sancionador a la orbita del Derecho Penal.

De esta manera el Tribunal Supremo en la Sentencia del 19 de junio de 1991 respecto a la publicidad falsa estableció lo que sigue: *“Se propició una actuación propagandística para captar arteramente la voluntad de numerosos perjudicados (...) El ánimo de lucro determinó a través del engaño, y en perfecta relación causal, el grave perjuicio económico sufrido. El engaño fue adecuado y proporcionado a la cultura y a la credibilidad de los defraudados, precisamente porque la suscripción anunciada, con evidente apariencia de realidad, de certeza y de verosimilitud supuso el cebo o señuelo de lo que no era más que una superchería, falacia o*

¹ Derechos de los consumidores y usuarios. Alicia de León Arce. Página 1063 y siguientes. Tirant lo blanch. Primera edición. Valencia. Año 2000.

mendacidad (...) La publicidad por falsa, desproporcionada o desleal puede conculcar preceptos concretos del Código Penal²".

En el caso salvadoreño, a nuestro criterio consideramos que la publicidad acá denunciada encaja perfectamente en la figura típica descrita por el legislador como **PUBLICIDAD ENGAÑOSA O FALSA**, descrita en el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor.

A partir de lo antes dicho, con la presente denuncia se pretende activar la tutela efectiva de las personas consumidoras a través del derecho administrativo sancionador vigente en nuestra legislación, por lo que en el apartado siguiente se señalarán las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y supletoriamente las del Código de Comercio que servirán de sustento jurídico a la presente denuncia.

III.- DERECHO QUE ASISTE A LA PRESENTE DENUNCIA (SUSTRATO JURIDICO).

Artículo 4 letras "a" y "b" Ley de Protección al Consumidor.

Art. 4.- Sin perjuicio de los demás derechos que se deriven de la aplicación de otras leyes, los derechos básicos de los consumidores son los siguientes:

- a) Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz³, 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;
- b) Ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa, en los términos establecidos en el inciso cuarto del Art. 31 de esta ley;

Artículo 31 Ley de Protección al Consumidor.

² Derechos de los consumidores y usuarios. Alicia de León Arce. Página 1073. Tirant lo blanch. Primera edición. Valencia. Año 2000.

³ El subrayado es mío.

Art. 31.- La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, deberán establecerse en forma clara y veraz⁴, 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.

Quedan prohibidas 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.

Se considerará publicidad engañosa o falsa, cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa⁵ 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.

La responsabilidad por publicidad engañosa o falsa 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, como medida cautelar, suspender de inmediato la publicidad que se considere engañosa o falsa⁶.

Artículo 43 letra "g" Ley de Protección al Consumidor.

Art. 43.- Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: (.....)

g) Realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa. En el caso de difusión de publicidad por

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

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

Artículo 46 Ley de Protección al Consumidor.

Art. 46.- Las infracciones graves se sancionarán con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Artículo 48 de la Ley de Protección al Consumidor.

Art. 48.- No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la cuantía de la multa que deba imponerse al proveedor que resultare culpable de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, nunca será inferior al daño causado o a lo cobrado indebidamente a consecuencia de la infracción que se la ha comprobado, sin que pueda exceder de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Asimismo, se obligará al proveedor a devolver a los consumidores lo que éstos hubieren pagado indebidamente por el bien o servicio.

Artículo 53 de la Ley de Protección al Consumidor.

Art. 53.- Para efectos de esta ley se entenderá como intereses colectivos, aquéllos que son comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, vinculados con un proveedor por una relación contractual; (...).

Artículo 143 letra “d” Ley de Protección al Consumidor.

Art. 143.- El procedimiento se inicia: (...)

- d) Al tener la Defensoría conocimiento de la infracción por cualquier medio.

En los casos de los literales b) y d), el procedimiento se iniciará por denuncia escrita del Presidente de la Defensoría en la que se expongan en forma precisa las conductas observadas, sus antecedentes, disposiciones legales que se consideren

infringidas, medidas cautelares ordenadas en su caso, así como la calificación que le merezcan los hechos y demás datos que considere oportunos. (...).

Artículo 167 Ley de Protección al Consumidor.

Art. 167.- En lo no previsto en esta ley, se aplicarán las disposiciones del derecho común siempre que no contradigan los principios que informan la presente.

Artículo 970 Código de Comercio.

Art. 970.- 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 indicado⁷; 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.

IV.- DOCUMENTACIÓN QUE SE ANEXA.

a) Certificación de poder general judicial con cláusula especial, otorgado a mi favor por la representante legal de la Asociación Centro para la Defensa del Consumidor, a efectos que sea agregado al expediente que se forme a partir de la presente denuncia.

b) Original y copias de las publicaciones ahora denunciadas como **PUBLICIDAD FALSA** que han aparecido en los periódicos de mayor circulación a nivel nacional.

V.- PETITORIO.

En consideración a todo lo antes expuesto a usted con el debido respeto **PIDO:**

1.- Se me tenga por parte en el carácter en que comparezco.

2.- Se admita la presente denuncia a efectos de iniciar el procedimiento sancionatorio correspondiente.

3.- Se agregue en legal forma la documentación que anexo.

⁷ Ídem.

4.- Una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, se ordene como medida cautelar la suspensión inmediata de la publicidad que ahora se señala como engañosa, todo de conformidad al inciso final del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor.

5.- En aplicación del artículo 970 del Código de Comercio relacionado con el 167 de la Ley de Protección al Consumidor, se de estricto cumplimiento a lo ofertado por Digicel El Salvador, en el sentido que los usuarios adscritos al servicio de telefonía celular prepago puedan hablar las 24 horas X \$0.99, tal como de forma expresa lo señalan las publicaciones acá impugnadas.

6.- De no ser posible lo solicitado en el numero anterior, y de conformidad al artículo 48 de la Ley de Protección al Consumidor, se exige una justa compensación a todos los usuarios que suscribieron esta promoción entre la semana del 16 al 22 de marzo del presente año, lapso durante el cual se encontró vigente la promoción acá refutada.

7.- Se investiguen los perjuicios económicos que este tipo de publicidad genera en las personas consumidoras a efectos de informarlo públicamente y prohibir su difusión.

VI.- LUGAR PARA RECIBIR NOTIFICACIONES.

Señalo para recibir notificaciones la once avenida norte bis, número quinientos veinticinco, Centro de Gobierno, San Salvador.

San Salvador, a los veintitrés días del mes de marzo de dos mil nueve.