

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LAS DESVIACIONES PUBLICITARIAS Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN
LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO**

CARLOS ENRIQUE CORONADO GUZMÁN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2009

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LAS DESVIACIONES PUBLICITARIAS Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN
LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ENRIQUE CORONADO GUZMÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2009

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

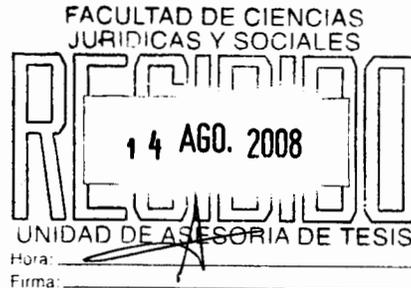
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

M.A. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGÓN
Boulevard Sur 1-025 Zona 4 de Mixco, Residenciales El Pedregal del Narayo
Teléfono 24374220



Guatemala, 13 de Agosto del año 2008.

Señor Jefe
De la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Estimado Licenciado Castro Monroy:

Por este medio me dirijo a usted, con el propósito de informarle que de conformidad con el nombramiento que se me hiciera para asesorar al bachiller CARLOS ENRIQUE CORONADO GUZMAN, respecto a su trabajo de tesis intitulado "LAS DESVIACIONES PUBLICITARIAS Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR Y USUARIO", procedí a emitirle mi opinión y los arreglos que la suscrita consideró pertinentes, los cuales fueron atendidos por el Bachiller CORONADO GUZMAN.

El trabajo desarrollado es interesante y novedoso, toda vez que en mi conocimiento sobre investigaciones no se ha profundizado en temas como las desviaciones publicitarias y su relación con el derecho, como lo abordó el ponente, respecto a la desprotección en que se encuentra la sociedad, que en su mayoría esta comprendida por consumidores y usuarios, ya que el control del Estado de los mensajes publicitarios y la forma en que emplean las agencias de publicidad para informar sobre productos o bienes que han sido contratados por los proveedores, debiera tener un marco regulatorio, lo cual no es así, y es por ello, que el ponente hace una descripción de las consecuencias de que no se regule y establece algunas bases para ser consideradas para que se cree el marco normativo relacionado, por lo que considero que el referido trabajo tiene un contenido científico y técnico, y el Bachiller CORONADO GUZMAN utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, su redacción es congruente con los hallazgos, y aceptables encuentro las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, por lo que considero que cumple con los requisitos que para el efecto establece el artículo 32 del instructivo vigente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y emito el presente dictamen en forma favorable.

Atentamente,

LICENCIADA
Coralia Carmina Contreras Flores
ABOGADA Y NOTARIA

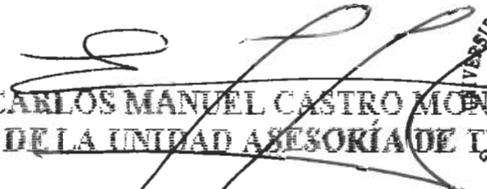
M.A. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGÓN
COLEGIADA ACTIVA Número 5656



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de agosto de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCO JUNIO MARTÍNEZ DARDÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS ENRIQUE CORONADO GUZMÁN, Intitulado: "LAS DESVIACIONES PUBLICITARIAS Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
GUATEMALA, G. A.

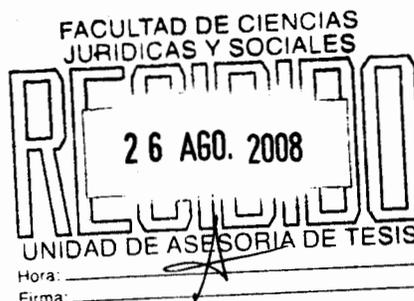
cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

LIC. MARCO JUNIO MARTINEZ DARDON
4ª. CALLE 3-16 ZONA 11 COL. EL PROGRESO CIUDAD.
TEL. 24736486



Guatemala, 25 de agosto de 2008.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis:

En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo con fecha 15 de agosto del año en curso, por la cual se me designó revisor de tesis del estudiante **CARLOS ENRIQUE CORONADO GUZMAN**, en la realización del trabajo titulado " LAS DESVIACIONES PUBLICITARIAS Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR Y USUARIO", respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Que procedí a la revisión del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina.
- b) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- c) El trabajo realizado, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Atentamente,

Colegiado No. 2182

Lic. Marco Junio Martínez Dardón
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **CARLOS ENRIQUE CORONADO GUZMÁN**, Titulado **LAS DESVIACIONES PUBLICITARIAS Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de **Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales** y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme fortaleza para culminar mi carrera.
- A MIS PADRES:** CARLOS ENRIQUE CORONADO BOLAÑOS (+)
MARÍA TERESA GUZMÁN DE CORONADO (+)
Por todo el amor y apoyo que me brindaron en la vida,
sea mi triunfo para ellos.
- A MARIZA:** Gracias por su amor y comprensión.
- A MIS HERMANOS:** Arturo Raúl, Zonia Edith, Aura Ileana, Héctor y Dora Luz
Como un ejemplo a la dedicación y perseverancia para
alcanzar el éxito.
- A MIS SOBRINOS:** Doris, Carlos José, Caleb, Karen María, Marlon Alejandro,
Evelyn Edith, Ricardo Roberto, Vivian, José Fernando, Arturo
Raúl, Abigail, Pablo Arturo, Jennifer, Pablo José, Ricardo
José, Daniel Alejandro y Cesia Yemina
Que este logro, los motive en sus objetivos futuros.
- A MI FAMILIA:** En general, con mucho respeto.
- A MI PADRINO:** Lic. Carlos M. Castro Monroy
Por sus consejos y apoyo.
- A MIS COMPAÑEROS
Y AMIGOS:** Con cariño. Experiencias inolvidables compartidas.
- A:** La tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala,
especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A USTED:** Con aprecio.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de consumo.....	01
1.1 Antecedentes.....	01
1.2 Concepto.....	05
1.3 Naturaleza jurídica.....	06
1.4 Características.....	08
1.5 Contenido del derecho de consumo.....	09

CAPÍTULO II

2. Ley de Protección al Consumidor y Usuario.....	15
2.1 Antecedentes.....	15
2.2 Análisis del contenido de la ley.....	16
2.2.1 Objeto de la ley.....	16
2.2.2 Ámbito de aplicación de la ley.....	16
2.2.3 Definiciones importantes de la ley de protección al consumidor y usuario.....	17
2.2.4 De los consumidores y usuarios.....	19
2.2.5 De las organizaciones de los consumidores y usuarios.....	21
2.2.6 Derechos y obligaciones de los proveedores.....	23
2.2.7 Información y publicidad.....	28

	Pág.
2.2.8 Seguridad de los productos y servicios.....	29
2.2.9 Protección contractual.....	30
2.2.10 Protección institucional del consumidor o usuario.....	33
2.2.11 Infracciones y sanciones.....	40

CAPÍTULO III

3. Las desviaciones publicitarias en el derecho de consumo, la intervención de las agencias de publicidad y la necesidad de que se regule en la ley de protección al consumidor y usuario.....	53
3.1 Definición de desviación publicitaria.....	53
3.2 Naturaleza jurídica.....	59
3.3 Antecedentes históricos.....	59
3.3.1 Análisis de legislación comparada.....	60
3.4 Los proveedores de bienes y servicios y las agencias de Publicidad.....	69
3.5 Análisis de la ley de protección al consumidor y usuario.....	73
3.6 Repercusiones de las desviaciones publicitarias y necesidad de su protección estatal.....	74
3.7 Tipos de desviaciones publicitarias que existen.....	75
3.7.1 Falsedad o engaño en el mensaje.....	75
3.7.2 La publicidad abusiva y publicidad engañosa.....	78
3.7.3 Difusión de valores inapropiados para la sociedad.....	120
3.7.4 El miedo, la violencia, la discriminación.....	124
3.8 Otros.....	126

CAPÍTULO IV

4.	Necesidad de que se regule en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, la prohibición y sanción de las desviaciones publicitarias.....	129
4.1	Análisis del trabajo de campo.....	129
4.1.1	Análisis de entrevistas y estadísticas de la dirección de atención y asistencia al consumidor y usuario.....	129
4.2	Bases para una propuesta de reforma a la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.....	138
	CONCLUSIONES.....	147
	RECOMENDACIONES.....	149
	BIBLIOGRAFÍA.....	151

INTRODUCCIÓN

Es innegable considerar que los proveedores de bienes o servicios necesiten de la publicidad, precisamente para dar a conocer de las ventajas o beneficios que pudieran tener sus productos o bienes que tiene como fin entre otras cosas agenciarse de más y más compradores y que de esa manera se puedan vender los productos que ofrecen al público de una forma fácil y en cantidades que les represente fines lucrativos.

Sin embargo, existen formas que producen desviaciones publicitarias como la falsedad o engaño en el mensaje que se transmite a los consumidores o usuarios, la publicidad abusiva que se utiliza como recurso en la transmisión y difusión de valores inapropiados para la sociedad, todo lo cual es perjudicial para los consumidores o usuarios, porque en muchos casos, como se demostrará en la legislación comparada, produce miedo, violencia y discriminación, estas circunstancias no se encuentran reguladas en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, por lo que la propuesta a través de las bases que en este trabajo se incluyen, permitirá inferir la necesidad de que se regulen determinadas prohibiciones a los proveedores de bienes o productos y que en todo caso, tengan carácter preventivo y sancionable.

Para una mayor comprensión, el trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos. En el primero, se establece un breve análisis de lo que es el derecho de consumo, breves antecedentes, concepto, características, y contenido. En el segundo capítulo, se describe un análisis de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. En el capítulo tercero, se analiza lo que son las desviaciones publicitarias, empezando con determinar que es la publicidad y como se produce en el derecho de consumo, estableciéndose también lo que sucede en la legislación comparada al respecto. En el capítulo cuarto se establece un breve análisis del trabajo de campo, y bases para el establecimiento de una reforma a la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, para que se prohíban determinadas conductas abusivas y perjudiciales para los consumidores o usuarios y que en todo caso, sean sancionables.

En el presente trabajo, se utilizaron los métodos deductivo, inductivo, estadístico, experimental y científico, por procedimientos lógicos para considerar la realidad, permitiendo obtener en forma ordenada y sistemática verdades objetivamente válidas.

Así mismo, se hizo uso de técnicas de investigación social, observación, documental, encuestas, entrevistas, etc., también observación estructurada por medio de instrumentos para la recopilación de los datos

Por último, se incluyen las conclusiones y las recomendaciones en el presente trabajo de investigación de tesis.

CAPÍTULO I

1. El derecho de consumo

1.1 Antecedentes

Los derechos de los consumidores han sido circunstancias que hasta hace poco se han considerado de manera autónoma. Hasta épocas recientes los intereses de los consumidores se confundían con el interés general de los ciudadanos, precisamente porque la mayoría de los ciudadanos formaban o forman parte del consumo. Las profundas transformaciones económicas y sociales que han tenido lugar en las últimas décadas han justificado numerosos intentos de preservar la posición del consumidor en el mercado, lo cual no significa que a lo largo de la historia el consumidor haya estado desprovisto de toda protección al tenerse en cuenta la condición débil de ciertas personas.

Sin embargo, el derecho se ha mostrado insuficiente para abordar la problemática que ha originado la llamada Sociedad de Consumo en donde el consumidor aparece como la parte débil de la contratación. Precisamente, el fenómeno novedoso de las últimas décadas ha sido la consolidación de la política de protección a los consumidores.

El objeto de esta política consiste en ayudar a los consumidores a encontrar el papel que la teoría económica común o tradicional les ha prestado sin duda, pero el medio socioeconómico real de la sociedad moderna les ha hecho perder. Dicha política busca restablecer cierto equilibrio entre recursos y los poderes respectivos de los actores participantes del sistema; corrigiendo las lagunas o insuficiencias que afectan el buen funcionamiento del mercado. La tutela del consumidor actual tiene precisamente la misión de erradicar algunas disfunciones de la economía del mercado, en donde el proveedor de bienes o servicios ha tenido una gran ventaja, la falta de regulación específica.

El derecho del consumidor ha surgido como un estatuto personal del consumidor, se ha planteado que el objeto y razón de ser de esta nueva disciplina jurídica es la protección de aquel sujeto que denominamos consumidor. Por ello considero importante iniciar este trabajo conceptualizándolo en un principio el concepto de consumidor estaba ligado al comprador de productos alimenticios y farmacéuticos, llegándose con el tiempo a una concepción más amplia del consumidor como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada, con lo cual se perfila la idea del consumidor final de bienes y servicios para uso privado. En este sentido hoy podría definir al consumidor, básicamente, “como toda persona física o jurídica que adquiere bienes (cosas o servicios) como destinatario final de los mismos, es decir, con el propósito de no volver a introducirlos nuevamente en el mercado. En otras palabras es el último eslabón en la cadena de producción, distribución y comercialización”.¹

La cuestión de defensa de los consumidores es uno de los temas clave en la sociedad moderna, precisamente calificada como “sociedad de consumo”. Pero, en opinión de quien escribe, si es cierto que en un momento determinado la problemática surgió como mera defensa o protección, hoy esa problemática, debe enfocarse con una perspectiva más amplia y más profunda: esta perspectiva debe contemplar, por supuesto, la defensa del consumidor y usuario, pero también la promoción del consumidor, aunado a que respecto a los avances en las relaciones de las sociedades modernas, esto implica un mayor esfuerzo de los Estados, precisamente en resguardar esos derechos o garantías de la colectividad, que es la que conforma el papel de consumidor.

Por ello, existe una doble dirección de regulación: de un lado, crear los marcos normativos adecuados para la defensa de los derechos de los consumidores, tomando en cuenta también el hecho de que existe una desigualdad económica o material entre ambos, y por otro lado, buscando la autodefensa de los propios consumidores mediante su integración en poderosas asociaciones de consumidores y usuarios que

¹ Piris, Cristian Ricardo. **Evolución de los derechos del consumidor**. Pág.2

contrarresten las fuertes posiciones de las empresas y sus organizaciones, las cuales se manifiestan en sus relaciones con aquellas; como sucede con la realidad guatemalteca, eso se encuentra muy lejos de alcanzarse, tomando en cuenta que existen muy pocas e incluso contadas organizaciones de consumidores y usuarios que funcionan en el país, y respecto a la legislación existen todavía conductas que no se han regulado aún, como la que ocupa el presente trabajo de investigación, todo lo cual perjudica indiscutiblemente al consumidor o usuario que es la gran mayoría de la población guatemalteca.

Lo anterior no sucede a nivel internacional, como se verá más adelante, la historia del derecho de consumo y la protección a los consumidores ha surgido con mayor fuerza en otros países, especialmente los desarrollados en Europa y Estados Unidos. Por un lado, se encuentra la protección que debe brindarse a los consumidores o usuarios considerando que se constituye en la parte más débil de las relaciones comerciales o mercantiles y, de otro lado, potenciando el sistema de la libre empresa que haga posible la competencia viva en el marco de una economía de mercado, lo que tendrá seguramente como consecuencia la mejora de la vida en calidad y cantidad, lo cual se consigue obviamente con mejores bienes y servicios, y más abundantes, puestos por las empresas al alcance del mayor número posible de ciudadanos.

En el derecho occidental moderno se arraigaron ciertos principios que datan de la Revolución Francesa. Efectivamente, si a todos los hombres se los consideraba libres e iguales, era lógico que la contratación esté regida por el principio de autonomía de la voluntad y que entonces el contrato fuera ley para las partes. Por otra parte en los tiempos previos a la sociedad de consumo, el contrato era un acto casi excepcional, que por ese motivo, resultaba previamente negociado, discutido y acordado casi en detalle. “El derecho entonces, solo debía intervenir para velar que la voluntad manifestada fuera realmente libre y en definitiva rodear de garantías a los negocios jurídicos de los particulares, individualismo y principio de no intervención del estado aplicados a la relación de consumo dio origen a la Teoría del Libre Mercado y el Consumidor Individual, en la que hipotéticamente empresario y consumidor, se

encontraban en igualdad de condiciones en el contexto de un mercado libre regido por las reglas de la oferta y la demanda”.²

Los mercados habían experimentado en épocas antiguas fuertes y crecientes demandas de bienes y servicios. “Los consumidores que se vieron privados de bienes materiales, por efectos de dos guerras mundiales y una depresión económica sin par en los años ‘30, estaban más que satisfechos de comprar cuanto les ofrecían las empresas. Rara vez exigían alta calidad. Cualquier casa, cualquier automóvil, cualquier heladera eran infinitamente mejor que nada. No se producía pensando en las necesidades o seguridad del consumidor, en realidad no se producía pensando en el consumidor porque de todas forma se vendía todo lo que se producía”.³

En definitiva, la mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, es asegurando la justicia en sus relaciones económicas y sociales, siendo aspiraciones que han existido desde tiempos remotos, en estos tiempos deben mejorarse y regularse, como una situación de resguardo a los derechos y garantías actuales contenidos especialmente en las Cartas Magnas.

El derecho del consumidor nace, se desarrolla y se justifica en la sociedad de consumo. Regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del mundo del consumo. El derecho del consumidor es la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo. Su surgimiento corre directamente de la revolución industrial, ya que esta cambió por entero el día a día de los hombres.

Cuando se refiere al derecho del consumidor no se quiere decir, que antes de su formación no existieran consumidores o que éstos, estaban absolutamente desamparados; ya que los consumidores han existido siempre, simplemente los mecanismos previstos para su tutela resultaban incorrectos, pues se regían en muchos casos a través de las normas del derecho civil y las conductas que se podían producir,

² Arrighi, Jean. **Comercio internacional y protección del consumidor**. Pág. 25

³ Hammer Michael y Champú James. **Reingeniería**. Pág. 32

eran parte del derecho de obligaciones y de los contratos de adhesión con todas sus características, sin ningún control y discusión y que no le quedaba más al consumidor o usuario de aceptar o no aceptarlo.

Es por ello, que se ha dicho que dentro de estas circunstancias, se acomodan soluciones propias del liberalismo, se empieza a tener en cuenta que los fenómenos de masa no permiten remedios individualistas, basados en ideas sin ningún tipo de conexión con la sociedad de consumo.

La solución legislativa surge a consecuencia, de la aparición de formas de manifestación singulares para las relaciones jurídicas clásicas y en segunda medida, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor frente al fortalecimiento de la empresa.

Modernamente, la promulgación de los llamados estatutos de los consumidores, han sido una de las vías de protección de los ciudadanos, en cuanto adquirentes o aspirantes a la adquisición y al disfrute de bienes y servicios. En el ordenamiento jurídico, este esquema de protección se encuentra constitucionalizado, en los Artículos 2, 4, 44 y 119 inciso i) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.2 Concepto

En nuestro país, no consta una definición actual y vigente del consumo, aunque si se reconoce que se tiene nueva forma de vida con la apertura comercial (macroeconomía), en donde el “pequeño consumidor” no tiene un lugar, debido a que las reglas están hechas y conforme a la legislación existe una igualdad de trato entre consumidor, usuario y proveedor de bienes o servicios, y que para que esa igualdad se materialice, existen leyes que protegen los derechos de los consumidores.

“Derecho del Consumo o Derecho del Consumidor, es la denominación que se da al 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”.⁴

De conformidad con lo anterior, se puede considerar que el Derecho de Consumo, es el conjunto de normas que tienden al restablecimiento de la libertad contractual o libertad privada, de la libre prestación del consentimiento en una economía de mercado. Es decir, a la válida declaración de voluntad unida a la noción de equilibrio.

Se denomina Derecho de Consumo así mismo, a las normas de distinta naturaleza y origen, que atienden también por diversas vías, a la protección de los intereses jurídicos y económicos, personales y sociales, de los consumidores. Es un derecho pluridisciplinar, carente de autonomía. No es una rama concreta del derecho.

En general, se considera consumidor o usuario a toda persona física o jurídica, que contrata a título oneroso, para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes o la prestación o arrendamiento de servicios. “El Derecho del Consumo no es una rama autónoma del derecho, sino una disciplina transversal, con elementos que se encuadran dentro del Derecho Mercantil, del Derecho Civil y otros dentro del Derecho Administrativo e incluso del Derecho Procesal”.⁵

1.3 Naturaleza jurídica

Como se ha establecido en los antecedentes del Derecho de Consumo, se conceptualiza en la actualidad, como una disciplina independiente que forma parte del derecho. Sin embargo, con anterioridad su naturaleza jurídica era eminentemente civil, y derivado de la complejidad que se suscita en las relaciones de los actores

⁴ Reyes López, María José. **Derecho privado de consumo**. Pág. 23

⁵ Wikipedia.com.html. **Derecho de consumo**. Día de consulta: 20-6-08

principales, y por la naturaleza difusa de los intereses de los consumidores, constituyen factores que obstaculizan su regulación jurídica adecuada, sin embargo, ha tenido su fundamento en el derecho de obligaciones.

Junto a la perspectiva individual que evidentemente ofrece la protección de los consumidores, constituye un punto de partida ineludible; y así mismo, inscribible dentro del marco de los intereses colectivos y difusos. La realidad en que se vive, es la de una sociedad en la que la producción, el consumo, los intercambios, los conflictos, se producen en torno a “la masa”. En este contexto, una cantidad creciente – por número e importancia- de actividades que afectan no sólo a individuos aisladamente considerados, sino a clases, colectividades, grupos por enteros, cuyas relaciones presentan características particulares y una importancia desconocida, hasta ahora, en la historia de la civilización y del derecho.

En esa virtud, en que para su regulación se debe pensar en “las masas”, tales relaciones son la manifestación de intereses difusos, que no pertenecen a individuos en cuanto a tales, sino a la colectividad. Ello determina que las situaciones a las que se debe dar protección, no sean sólo las de carácter individual, sino también de naturaleza colectiva, que afecta a categorías y grupos de consumidores, y que es tan variado que siempre se estaría pensando que debe estar en constante regulación.

Por ello, ya que el Derecho Civil, es uno de los pilares en el origen del Derecho al Consumo, el Derecho Civil abarca las instituciones jurídicas fundamentales de la vida económica. Entre ellas, el contrato, principal mecanismo de intercambios. Es la razón por la cual este derecho protege al consumidor, en tanto es parte contractual, por medio de distintos mecanismos jurídicos como el de la protección del consentimiento. La vida contractual comienza con la oferta. Para dar a conocer los términos de un contrato, se tiene que recurrir a ella definida como “el acto por el cual una persona propone a otra la conclusión de un contrato”. Normalmente ésta se dirige a una persona determinada y conocida, pero también puede ser dirigida a cualquier destinatario. Así también el objeto

del contrato, y dentro de ello, que sucede en el caso de los contratos de adhesión que son los que fundamentalmente predominan en las relaciones de consumo.

Es por todo lo anterior, que la naturaleza del Derecho de Consumo se puede circunscribir, en ser una disciplina del derecho y por lo tanto, se ubica dentro del Derecho Público.

1.4 Características

Las características, no son más que circunstancias que identifican al Derecho de Consumo como tal, y que lo diferencian de otras formas del derecho, y concretamente, se refiere a que dentro de las relaciones que se suscitan de carácter mercantil, comercial o de consumo, se encuentra el consumidor y usuario, proveedor de bienes o servicios.

Así también, se basa en que debe protegerse a la parte más débil de las relaciones comerciales o de consumo, dada la gran desigualdad que suele existir, entre consumidores y usuarios y las grandes empresas proveedoras de bienes y servicios.

También, otra característica es que se materializa esa protección especial, por la proliferación de las contrataciones en masa, mediante los llamados contratos de adhesión, los distintos ordenamientos jurídicos han ido viendo la necesidad de proceder a equilibrar la relación contractual, mediante medidas que controlen la calidad de los productos y servicios, así como el equilibrio en las disposiciones contractuales.

Así, en el Derecho de Consumo se cubren varios aspectos fundamentales de las relaciones entre los productores y los consumidores y éstos son:

- a) Los derechos de los consumidores tienen carácter irrenunciable.

- b) Los contratos de adhesión: prohíbe las cláusulas abusivas que desequilibren la relación contractual en favor del proveedor de bienes y servicios y trata de asegurar que el consumidor conozca por anticipado todas las condiciones generales de la contratación que el empresario pretende utilizar.
- c) Calidad de los bienes y servicios ofrecidos: requisitos mínimos.
- d) Regulación de la publicidad y de las ofertas dirigidas al público.
- e) Establece procedimientos especiales para que los consumidores y las asociaciones y organismos públicos creados para su defensa puedan defenderse y prohibir ciertas prácticas abusivas.
- f) Enumera un elenco de infracciones por parte de los empresarios y las correspondientes sanciones a imponer por las autoridades competentes en materia de consumo.

1.5 Contenido del derecho de consumo

Como se ha establecido que una de las características importantes del Derecho de Consumo, es que se pretende dar una protección jurídica preferente a los consumidores y que por lo tanto, constituye una forma de derecho con carácter irrenunciable, porque gozan de una defensa prioritaria, el contenido del Derecho de Consumo, es precisamente, todas las instituciones, personas, objeto, que intervienen precisamente en las relaciones de consumo, y que comprende a nivel general, una serie de derechos fundamentales que deben observarse no solo por la legislación guatemalteca, sino por las legislaciones del mundo, a saber:

- a) Ningún vendedor puede imponer que renuncien los consumidores o usuarios a los derechos a la salud, seguridad, información, reparación de daños.

- b) Por lo anterior, prevalece el derecho a la protección de la salud y seguridad, al respecto significa que ningún producto, actividad o servicio puesto en el mercado, tendrá riesgo para la salud o seguridad del consumidor o usuario y en caso de que haya artículos que sin ser peligrosos puedan no ser recomendables para algunos usuarios es obligatorio informar en el etiquetado de los riesgos, consecuencias y cómo evitarlos. Con la finalidad de garantizar la protección de este derecho la ley establece:
- i. Prohibición de aditivos no autorizados expresamente.
 - ii. Prohibición de almacenamiento de productos tóxicos en locales y el transporte de alimentos y bebidas.
 - iii. Control de los productos tóxicos o venenosos.
 - iv. Prohibición de la venta a domicilio de bebidas y alimentos.
 - v. Regulación de las condiciones de venta ambulante.
 - vi. Control de los productos manufacturados que afecten a la seguridad física de las personas y el retiro de los productos que supongan un riesgo previsible para la salud de las personas.
- c) El derecho a la protección de los intereses económicos y sociales: Este es el derecho más conocido y quizás más importante para el consumidor, ya que le permite exigir la reparación de los daños que haya sufrido como consecuencia de la adquisición de bienes o la prestación de servicios.

Este derecho protege el “bolsillo”, de su economía doméstica. Se trata de garantizar que la publicidad, promociones y ofertas, los sorteos, las cláusulas de los contratos, las garantías de los productos no le engañen.

En nuestros días, la publicidad tiene un enorme impacto social, trata de influir en nuestro comportamiento como consumidores. Por eso, la ley regula las técnicas publicitarias, estableciendo que han de ser fieles a la realidad de los servicios y productos que se anuncian. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los productos o servicios será sancionada como fraude y las Asociaciones de Consumidores están legitimadas para perseguirla y hacerla cesar. Imagínese que se anuncia un producto adelgazante que le asegura que usted tendrá una figura similar a la de la modelo que lo anuncia. Este anuncio no es fiel a la realidad, se considera que engaña al consumidor y, por tanto, constituye un fraude. En la mayoría de los casos los contratos de compra de bienes de consumo o de utilización de servicios, están ya casi totalmente redactados por la empresa suministradora, dejando en blanco unas cuantas cláusulas, de modo que usted se adhiere al contrato aceptando las condiciones impuestas por el vendedor. Esto puede dar lugar a abusos ya que se pueden consignar cláusulas que perjudiquen al consumidor y que le dejen prácticamente indefenso. Es por ello, que la ley establece que estas cláusulas deben cumplir una serie de requisitos, entre los que señalamos los siguientes:

- i. Han de ser claras, concretas, sencillas y fácilmente comprensibles.
- ii. Cuando hay duda en la interpretación de alguna cláusula se resolverá en contra del suministrador.
- iii. Salvo que se renuncie, hay una obligación de entregar recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente desglosado.
- iv. No deberán contener ninguna clase de limitación absoluta de responsabilidad frente al consumidor o usuario.

- v. No podrá imponerse la renuncia a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en la ley.
- vi. Prevalecerán las cláusulas particulares frente a las generales, siempre que aquellas sean más beneficiosas que éstas.

Otra manifestación más del derecho a la protección de los intereses económicos y sociales, es la relativa a la garantía postventa de los productos, que debe entregarse al consumidor en el momento de la compra y que debe contener como mínimo los siguientes datos:

- i. Modelo y denominación comercial del objeto adquirido.
 - ii. Nombre del titular del establecimiento o vendedor.
 - iii. Nombre del titular de la garantía o comprador.
 - iv. Los derechos del titular de la garantía (reparaciones y accesorios que incluye).
 - v. El plazo de duración de la garantía.
- d) El derecho a la información: Es otro de los derechos básicos de los consumidores y que complementa a los anteriores. Es el derecho que tenemos todos los consumidores a saber y conocer suficientemente las características reales de los productos y servicios que nos ofrecen y ese conocimiento debe ser de forma directa e inmediata. Los fabricantes están obligados por ley a indicar: nombre genérico o marca comercial, naturaleza del producto, composición, categoría, cantidad, precio de venta al público, fecha de caducidad e instrucciones de uso o consumo. Por otra parte, el derecho a la información supone la facultad del consumidor de acudir a las oficinas de información públicas. Estas oficinas tienen el siguiente cometido:

- i. Informan, ayudan y orientan a consumidor para ejercer adecuadamente su derecho.
- ii. Facilitan direcciones de organizaciones, centros y organismos relacionados con el consumo.
- iii. Realizan charlas, cursos y otras actividades para formar y educar en temas de consumo.
- iv. Reciben quejas y reclamaciones, intentando mediar para obtener su resolución remitiéndolas, a los organismos que correspondan.
- e) Derecho a la educación y formación en materia de consumo: Es necesario formar a la población para adquirir hábitos saludables para que puedan acceder con mayor libertad a los bienes del mercado, utilizarlos de manera más racional y evitar riesgos. Los medios de comunicación públicos, las asociaciones de consumidores, las oficinas de información al consumidor y la educación escolar son instrumentos fundamentales para ello.
- f) Derecho de representación, consulta y participación: Es casi imposible que cada consumidor pueda dar su opinión de manera individual, ante cualquier conflicto que afecte al colectivo. Por eso, este derecho se ejerce de manera indirecta, a través de las Asociaciones de Consumidores. Sus propuestas no siempre son recogidas por el Parlamento, aunque sí oídas, contribuyendo a dar un enfoque realista de los derechos de los ciudadanos.
- g) Derecho a obtener protección ante cualquier situación que cause inferioridad, subordinación o indefensión: En ocasiones el consumidor, es la parte más débil de la relación jurídica, que se establece entre él y el comprador. La ley, se hace eco de estas situaciones y establece unas acciones que adoptarán los poderes

públicos, que permitan a los consumidores estar en condiciones de mayor igualdad:

- i. Campañas de orientación al consumo, campañas de control de calidad.
- ii. Análisis de las reclamaciones o quejas, que impliquen obligaciones innecesarias de cumplimentar impresos y aportar datos, trámites sin utilidad para el consumidor con costes desproporcionados, limitaciones abusivas de garantías, controles, repuestos o reparaciones, dudas razonables sobre la calidad o idoneidad del producto o servicio, etc.
- h) Derecho a la reparación de los daños y perjuicios que se le causen: En el caso de haber sido víctima de un engaño, fraude o similar tiene derecho a recibir una compensación por ello. Todos los consumidores, tenemos derecho a que nos indemnicen por los daños y perjuicios que nos ocasionen, salvo que el daño se deba exclusivamente a una mala utilización por nuestra parte. Así, si utilizamos el producto sin seguir las instrucciones indicadas por el fabricante, la responsabilidad es sólo nuestra y no podremos exigir compensación del daño. La vía más eficaz para conseguir una rápida respuesta a nuestros conflictos de consumo es el arbitraje de consumo que permite resolver fácilmente los desacuerdos que puedan surgir entre los dos protagonistas de consumo: el comprador y el vendedor.

CAPÍTULO II

2. Ley de Protección al Consumidor y Usuario

2.1 Antecedentes

Esta ley tuvo como antecedente fundamentalmente, dar cumplimiento a uno de los compromisos que el Estado de Guatemala había adoptado a nivel internacional, y específicamente se hace mención en uno de los considerandos del Decreto 006-2003 del Congreso de la República que contiene dicha ley, que literalmente dice: “CONSIDERANDO: Que Guatemala adquirió el compromiso de aplicar y cumplir las directrices para la protección del consumidor, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, mediante Resolución Número 39/248 del 9 de abril de 1985, en las que se define el que hacer de los gobiernos, para la concreción de una efectiva protección y salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de los consumidores.”

Sin embargo de lo anterior, cabe señalar que el Estado de Guatemala, no ha realizado un gran avance o el avance que se desea respecto a fortalecer un marco normativo que regule los derechos y obligaciones de los proveedores de bienes o servicios, es decir, su intervención ha sido muy tibia, y esto se toma en cuenta por cuanto, como se verá más adelante, existen legislaciones que dentro de su normativa de protección principal de los derechos de los consumidores o usuarios, regula ilícitos de carácter penal en que pueden incurrir los proveedores de bienes o servicios cuando realizan prácticas desleales y perjudiciales sobre todo para los consumidores o usuarios, lo cual no sucede en el caso de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

Adicionalmente, estas directrices que fueron emanadas en el año de 1985, implican un análisis lógico y determinar que hasta el año 2003, fue que el Estado

de Guatemala, ha creado esta ley, con mucho tiempo de atraso y retraso, ignorando las causas de ello, pero suponiendo que se debe fundamentalmente a que muchos de los mandados por ley a crear las leyes, se encuentran sujetos al poder económico, del cual se emanan muchos de ellos, los sectores de proveedores de bienes o servicios, y claramente una ley que proteja los derechos de los consumidores no era conveniente.

2.2 Análisis del contenido de la ley

2.2.1 Objeto de la ley

El Artículo 1 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, establece que tiene por objeto promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, establecer las infracciones, sanciones y los procedimientos, aplicables en dicha materia. Las normas de esta ley, son tutelares de los consumidores y usuarios y constituyen un mínimo de derechos y garantías de carácter irrenunciable, de interés social y de orden público.

2.2.2 Ámbito de aplicación de la ley

El Artículo 2 del citado cuerpo legal establece que: Están sujetos a las disposiciones de esta ley, todos los actos jurídicos que se realicen, entre proveedores, consumidores y/o usuarios dentro del territorio nacional; se aplicará a todos los agentes económicos, se trate de personas naturales o jurídicas. Lo normado en leyes especiales, así como en los servicios públicos con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los órganos que la misma contemple, se regirán por esas normas, aplicándose esta ley en forma supletoria. Esta ley no será aplicable a los servicios personales prestados en virtud de una relación laboral, ni a los servicios profesionales o técnicos para cuyo ejercicio se requiera tener título facultativo.

Así también en relación con el artículo anterior, cabe señalar que el ámbito de aplicación es únicamente nacional, lo cual ocasiona perjuicio a los consumidores o

usuarios, por cuanto, se cita el ejemplo de las transacciones que guatemaltecos, realizan por vía Internet a través de otros países, y pueden en todo caso, también ser víctimas de estafas o robos, por parte de los proveedores de bienes o servicios, sin embargo, esto constituye otra limitación más.

2.2.3 Definiciones importantes de la ley de protección al consumidor y usuario

El Artículo 3 de la ley en mención, establece una serie de definiciones respecto al ámbito de su aplicación, y que son:

- a) Anunciante: Proveedor que, mediante publicidad se propone ilustrar al público sobre la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituyen el objeto de su actividad.
- b) Bienes: Son las cosas que por sus características pueden ser apropiables y enajenables.
- c) Consumidor: Persona individual o jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera, que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso o por derecho establecido, adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza.
- d) Contratos de adhesión: Es aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor o el usuario pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar.
- e) Oferta: Práctica comercial transitoria, consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios más bajos que los habituales en el respectivo establecimiento.

- f) Promoción: Práctica comercial transitoria, cualquiera que sea la forma utilizada en su difusión, consistente en el ofrecimiento al público de bienes y/o servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que impliquen una oferta.
- g) Proveedor: Persona Individual o jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera que en nombre propio o por cuenta ajena, con o sin ánimo de lucro, realice actividades de producción, fabricación, transformación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios en el territorio nacional y por las que cobre precio o tarifa.
- h) Publicidad: Comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar bienes o servicios.
- i) Servicio: Prestación destinada a satisfacer necesidades o intereses del consumidor o usuario y que se pone a disposición por el proveedor.
- j) Servicios públicos: Los servicios de energía eléctrica, telefonía celular, fija pública o domiciliar, transmisiones de televisión en sus distintas formas, telecomunicaciones en general y agua potable prestados en el domicilio o locales del consumidor o usuario, drenajes, recolección de desechos, transporte cualquiera otros servicios públicos que se prestan a usuarios o consumidores, por medio de empresas organizadas públicas o privadas para la prestación generalizada de estos servicios.
- k) Usuario: Persona individual o jurídica que adquiere a título oneroso o por derecho establecido legalmente, servicios prestados o suministrados por proveedores de carácter público o privado.

- l) Dirección: Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, Dependencia Administrativa del Ministerio de Economía, la que podrá abreviarse DIACO o denominarse la dirección, para los efectos de la presente ley.

2.2.4 De los consumidores y usuarios

- A) De los derechos de los consumidores y usuarios

El Artículo 4, regula los derechos de consumidores y usuarios, e indica que sin perjuicio de los establecidos en otras leyes, son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección a su vida, salud y seguridad en la adquisición, consumo y uso de bienes y servicios.
- b) La libertad de elección del bien o servicio.
- c) La libertad de contratación.
- d) La información veraz, suficiente, clara y oportuna sobre los bienes y servicios indicando además si son nuevos, usados o reconstruidos, así como también sobre sus precios, características cualidades, contenido y riesgos que eventualmente pudieren presentar.
- e) La reparación, indemnización, devolución de dinero o cambio del bien por incumplimiento de lo convenido en la transacción y las disposiciones de ésta y otras leyes o por vicios ocultos que sean responsabilidad del proveedor.
- f) La reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que se haya pagado en exceso, cuando la calidad o cantidad sea inferior a la indicada.

- g) La sostenibilidad de precios con el que se oferte, promocióne, publicite o marque el producto en el establecimiento comercial respectivo.
- h) La devolución al proveedor de aquellos bienes, que éste le haya enviado sin su requerimiento previo. En este caso el consumidor o usuario, no está obligado a asumir responsabilidad ni a efectuar pago alguno, salvo si se comprueba que el consumidor o usuario, ha aceptado expresamente el envío o entrega del bien o lo ha utilizado o consumido.
- i) Recibir educación sobre el consumo y uso adecuado de bienes o servicios, que le permita conocer y ejercitar sus derechos y obligaciones.
- j) Utilizar el libro de quejas o el medio legalmente autorizado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, para dejar registro de su disconformidad con respecto a un bien adquirido o un bien contratado.

B) Obligación del consumidor o usuario

El Artículo 5, regula que son obligaciones del consumidor o usuario:

- a) Pagar por los bienes o servicios en el tiempo, modo y condiciones establecidas en el convenio o contrato.
- b) Utilizar los bienes y servicios en observancia a su uso normal y de conformidad con las especificaciones proporcionadas por el proveedor y cumplir con las condiciones pactadas.
- c) Prevenir la contaminación ambiental mediante el consumo racional de bienes y servicios.

2.2.5 De las organizaciones de los consumidores y usuarios

El Artículo 6, indica: Organizaciones. Las organizaciones de consumidores y usuarios son asociaciones civiles sin finalidades lucrativas, organizadas con la exclusiva finalidad de defender en forma colectiva los derechos de los consumidores y usuarios, deberán inscribirse en el Registro Civil y en el registro que para el efecto llevará la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor.

El Artículo 7, señala respecto a la personalidad Jurídica de las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas de conformidad con la ley e inscritas en el Registro Civil y el que para el efecto lleve la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, tendrán personalidad jurídica propia y distinta de la de sus asociados individualmente considerados para realizar sus fines y serán representadas por la persona u órgano que designen sus estatutos o reglamentos.

El Artículo 8, indica: Inscripción y registro. Las asociaciones presentarán para su inscripción en los respectivos registros, el primer testimonio de la escritura pública de su constitución en el que consten sus estatutos o reglamentos; así como de cualquier ampliación o modificación, a los respectivos registros.

Respecto a las finalidades de este tipo de organización, el Artículo 9 de la ley señala las siguientes:

- a) Promover, proteger y defender los intereses de los consumidores y usuarios.
- b) Difundir el contenido de las disposiciones de esta ley y sus regulaciones complementarias.
- c) Informar, orientar y educar a los consumidores y usuarios por cualquier medio de difusión que consideren conveniente, en el adecuado ejercicio de sus derechos y

en el cumplimiento de sus obligaciones y brindarles asesoría cuando la requieran.

- d) Estudiar y proponer medidas técnicas y legales encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios y efectuar o apoyar investigaciones en el área del consumo.
- e) Representar a sus asociados ante las autoridades administrativas del país, en todos los asuntos de interés general y particular, salvo que los asociados decidieran ejercer personalmente las acciones que les correspondan.
- f) Recopilar, recabar y difundir información que se considere conveniente para los consumidores y usuarios.
- g) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor y usuario.
- h) Recibir reclamos de consumidores o usuarios y presentar las denuncias correspondientes.
- i) Organizar y realizar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda información de interés para los consumidores y usuarios. En los estudios sobre controles de calidad, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos correspondientes.

El Artículo 10, indica: Limitaciones. Las organizaciones de consumidores o usuarios en ningún caso podrán:

- a) Tener fines de lucro.
- b) Percibir ayudas, donaciones y subvenciones de los proveedores.

- c) Realizar publicidad o difundir comunicaciones que sobrepasen las finalidades establecidas en sus estatutos y en esta ley.
- d) Ejercer finalidades distintas a las establecidas en el artículo anterior.

2.2.6 Derechos y obligaciones de los proveedores

Como se ha venido estableciendo, los proveedores de bienes o servicios, son parte de los personajes que integran las relaciones de consumo. Al respecto, el Artículo 14 regula los derechos y dice: Son derechos del proveedor, sin perjuicio de los contenidos en la Constitución Política de la República y en las demás leyes del país:

- a) Percibir las ganancias o utilidades que por sus actividades económicas apegadas a la ley, la ética y la moral les correspondan.
- b) Exigir al consumidor o usuario el cumplimiento de los contratos válidamente celebrados.
- c) El libre acceso a los órganos administrativos y judiciales para la solución de conflictos que sugieren entre proveedores y consumidores o usuarios.
- d) Los demás que establecen las leyes del país.

El Artículo 15 regula las obligaciones y dice: Sin perjuicio de las contenidas en otras leyes, son obligaciones de los proveedores:

- a) Cumplir las obligaciones legales que le sean aplicables tanto nacionales como internacionales, derivadas de los convenios o tratados internacionales de los que Guatemala sea parte.

- b) Respetar la vida, la salud y la seguridad del consumidor o usuario, al proveerle bienes o prestarle servicios.
- c) Proporcionar la información básica sobre los bienes y servicios que provee.
- d) Cumplir con las leyes tributarias del país.
- e) Extender al consumidor y/o usuario la factura correspondiente de conformidad con la ley.
- f) Utilizar el idioma español en las especificaciones de contenido, manejo, uso, fecha de producción, de vencimiento y demás indicaciones de los productos que se ofrecen al público.
- g) Traducir al idioma español las especificaciones completas de los productos importados que las traigan impresas en idioma extranjero, así como identificar plenamente al importador.
- h) Indicar con caracteres gráficos notorios cuando se ofrezcan al público productos deficientes, usados o reparados, así como la indicación de que son reconstruidos, lo cual deberá además constar en la factura.
- i) Entregar los bienes y sus accesorios completos cuando formen parte integrante del bien objeto de la transacción, o sean indispensables para su funcionamiento óptimo, en el tiempo y lugar convenidos.
- j) Responder por los vicios ocultos que tuvieren los productos motivo de la transacción o por daños a instalaciones, aparatos u otros, imputables a personal del proveedor en la instalación de productos o servicios contratados.

- k) Devolver el pago de lo indebido mediante procedimientos sencillos y ágiles, cuando alguna persona creyéndose deudora emita pago a su favor.
- l) Entregar al consumidor o usuario los productos según las especificaciones que se le ofrecen por medio de la publicidad.
- m) Probarle al consumidor y/o usuario, antes de su entrega, los productos que por su naturaleza sean susceptibles de ello, tales como los mecánicos, eléctricos, electrónicos u otros.
- n) Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas las pesas, medidas, registradoras, básculas y los demás instrumentos de peso, que se utilicen en el negocio. Incorporar en listados, rótulos, letreros, etiquetas o envases, el precio de los bienes o servicios que se ofrecen al público, incluyendo el Impuesto del Valor Agregado (IVA).
- ñ) Respetar las especificaciones de los productos, así como las ofertas, promociones y liquidaciones hechas sobre los mismos, cumpliendo exactamente con los términos contractuales.
- o) Responsabilizarse por la idoneidad y calidad de los productos y servicios, por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos, por la veracidad de la propaganda comercial de los productos, por el contenido y la vida útil del producto, así como poner a disposición del público número telefónico para la atención de reclamos, atendido por persona idónea, capacitada para ese servicio.
- p) Cumplir sin mayores formalismos con las garantías a las que se hubiere obligado por medio del certificado o constancia que haya librado a favor del cliente.

- q) Responsabilizarse por los productos cuyo uso resulte peligroso para la salud o integridad física de los consumidores, si éste no se comercializa bajo las prevenciones que correspondan tanto en su manejo como en su administración.
- r) Responsabilizarse porque, al introducir un bien en el mercado del cual se tenga conocimiento de existencia de peligro o riesgo, se comunique e informe al público sobre la existencia de dichos peligros o riesgos en el uso o consumo del mismo, especialmente para la salud.
- s) Resarcir al consumidor y/o usuario de acuerdo con las leyes del país, los daños y perjuicios que le ocasione debido al incumplimiento de lo convenido con él, de las disposiciones de la presente ley o de otras vigentes del país que sean aplicables.
- t) Respetar la dignidad de la persona humana no discriminando al consumidor o usuario, negándose injustificada o arbitrariamente a proveer un bien o prestar un servicio.
- u) Atender los reclamos formulados por los consumidores o usuarios, sin condición alguna.
- v) Proporcionar la información que le sea requerida por la autoridad competente.
- w) Las demás contenidas en ésta y otras leyes del país, que le sean aplicables.

Algo muy importante de abordar respecto a lo que contiene la ley confrontado con lo que se analizará más adelante, son las prohibiciones que la ley de la materia regula para los proveedores de bienes o servicios. El Artículo 16, establece las prohibiciones pero añade que son sin perjuicio de las demás contenidas en otras leyes del país, sin embargo, la ley más importante en materia de consumo es esta, entonces,

a juicio de quien escribe, hace falta regular más al respecto, como el caso del presente estudio y esto se verificará más adelante.

Dentro de las prohibiciones que la ley regula a los proveedores de bienes o servicios, son:

- a) El cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicado. En todo caso, el consumidor tiene el derecho a pagar al proveedor el precio, tal y como se muestra en la información.
- b) La fijación de precios fraccionados para los distintos elementos de un bien o servicio que constituye una unidad, cuando la finalidad es el incremento del precio normal para dicho bien o servicio.
- c) La adulteración de los productos, sea en sus componentes químicos, orgánicos o de cualquier tipo que modifique su idoneidad o calidad.
- d) La adulteración de peso, masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en los productos que se ofrecen al público.
- e) La venta al público de cualquier clase de productos con posterioridad a la fecha de su vencimiento o adulterando dicha fecha.
- f) El acaparamiento, especulación, desabastecimiento o negativa a vender productos esenciales o básicos, con la finalidad de provocar el alza de sus precios. Dicho procedimiento será sancionado de conformidad con el Código Penal y demás leyes aplicables.
- g) La producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de alimentos, medicamentos u otros bienes prohibidos por otras leyes específicas.

- h) Cobrar por un servicio que no se ha prestado, o que no se ha prestado en su totalidad, o no se ha demostrado que se ha prestado mediante la factura correspondiente, salvo que así lo convengan las parte y exista constancia de ello.
- i) Cobrar por concepto de intereses por mora y cheques rechazados, recargos evidentemente desproporcionados.
- j) Cualquier acción u omisión que redunde en perjuicio de los derechos de los consumidores y usuarios contenidos en esta ley.

2.2.7 Información y publicidad

A continuación se señalan algunos artículos de la ley que se consideran importantes respecto a la publicidad y la información de que deben tener los consumidores o usuarios en cuanto a los productos o bienes que se ofrecen y que de conformidad con ello, es evidente de que hace falta mucho, por regular al respecto, si se analiza por ejemplo, lo que sucede con las desviaciones publicitarias y sus consecuencias.

El Artículo 18, establece: Información básica. Se considera básica la información relativa a las características de los bienes y productos, así como sus medidas, composición, peso, calidad, precio, instrucciones de uso y riesgos o peligros que represente su consumo o uso, condiciones de pago y garantía, fecha de fabricación y vencimiento, consignadas en etiquetas, envolturas, envases y empaques, la cual deberá ser veraz, exacta, clara y visible, consignada en idioma español o a través de la simbología internacionalmente aceptada, en moneda nacional y con las unidades de medida que correspondan.

Respecto a la información o publicidad, se encuentra la obligatoriedad de exhibir los precios. Al respecto el Artículo 19 indica: Exhibición de precios. Los establecimientos comerciales deberán contar y poner a disposición del consumidor, la

información de los precios finales de todos los bienes y servicios que ofrecen. De acuerdo al tipo de actividad, dicha información deberá colocarse de manera visible al público expresada en quetzales, moneda nacional.

Otro aspecto que tiene relación con la publicidad y algunas prohibiciones que señala la ley es la publicidad engañosa, aunque no dice nada con la publicidad abusiva, la publicidad subliminal, como se regula en otras legislaciones, tal como se verá más adelante en este análisis. Sin embargo, respecto a la publicidad engañosa, el Artículo 20 indica: Publicidad engañosa. Se prohíbe la publicidad engañosa que induzca al consumidor o usuario a error mediante ardid o engaño, para defraudarlo en su patrimonio en perjuicio propio o de tercero.

Se puede observar también de que respecto a la publicidad engañosa, no se define técnicamente y no señala los supuestos en que pueden caer los proveedores para que se produzca la publicidad engañosa, es por ello, que se considera que esa ambigüedad puede ser perjudicial en la interpretación para el consumidor o usuario y ser manipulado por el proveedor de bienes y servicios.

2.2.8 Seguridad de los productos y servicios

Uno de los derechos fundamentales que le asisten al consumidor o usuario, es la salud y seguridad, tal como se anotó anteriormente. En esta materia, es conveniente señalar en el análisis de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, el Artículo 39, que se refiere a la información de productos peligrosos. Y establece: Los productos cuyo uso resulten potencialmente peligrosos para la vida, la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, o de los animales para la seguridad de sus bienes, el proveedor deberá incorporar en los mismos, o instructivos anexos, las advertencias e indicaciones necesarias para que puedan ser utilizados con la mayor seguridad posible. En lo que se refiere a la presentación de servicios riesgosos, el proveedor deberá adoptar las medidas necesarias para que se realicen en adecuadas condiciones de seguridad, informando previamente al consumidor o usuario y a quienes puedan verse

afectados por tales riesgos para que se tomen las medidas preventivas que correspondan.

Adicionalmente, el Artículo 40, señala: Información al consumidor o usuario. El proveedor, que posterior a la introducción de un bien en el mercado de consumo, tenga conocimiento de la existencia de peligros o riesgos para la salud en el uso del mismo, especialmente en el caso de medicamentos, deberá comunicarlo inmediatamente al órgano estatal que corresponda, a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor e informar al público consumidor, mediante anuncios publicitarios por los medios de comunicación social adecuados al caso, sobre la existencia de tales riesgos y peligros y, de ser necesario deberá proceder a retirar dichos productos del mercado, reembolsando sin mayores formalismos su importe a quienes los hubieren adquirido. En casos especiales en donde se hubiere causado un daño grave a los consumidores o usuarios, el proveedor responsable deberá indemnizar a los mismos en la forma legal que corresponda.

Así también, tiene congruencia con lo anterior, el Artículo 41, que señala: Cumplimiento de normas. Todo productor, importador o distribuidor de productos alimenticios, bebidas, medicinas o productos que puedan incidir en la salud humana, deberá cumplir estrictamente con las normas contenidas en el código de salud, las regulaciones dictadas por las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, respectivamente, así como todos aquellos reglamentos técnicos de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional. La obligación de cumplir con dichas normas se aplica también a aquellos productos que han sido exportados, rechazados e internados nuevamente al país. Estos se tratarán como importaciones, para efectos de verificar su inocuidad.

2.2.9 Protección contractual

Es innegable determinar que en el Derecho de Consumo, en donde se suscita la contratación. En un alto porcentaje ésta se realiza, a través de los contratos de

adhesión. Estos contratos han surgido en el derecho de obligaciones, sin ninguna razón lógica a juicio de quien escribe, porque esta forma de contratación es elaborada por una de las partes, y que le resta a la otra adherirse o no, por ello, se llama adhesión, sin embargo, a pesar de que esto es grave perjuicio para los consumidores o usuarios, el legislador quiso dejar establecido en la ley algunos requisitos, lineamientos, principios, no solo en esta ley, sino también en el Código Civil y el Código de Comercio.

Respecto a la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, el Artículo 47, señala: Contratos de adhesión. Se entenderá por contrato de adhesión, aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por una de las partes, sin que la otra pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar. No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

- a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su sólo arbitrio el contrato, salvo cuando esta facultad se conceda al consumidor o usuario en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario o catálogo, usando medios audiovisuales u otras análogas y sin perjuicio de las excepciones que las leyes establezcan.
- b) Establezcan incremento de precios del bien o servicio por accesorios, financiamiento o recargos no previstos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separadas en forma específica.
- c) Hagan responsable al consumidor o usuario por los efectos de las deficiencias, omisiones o errores del bien o servicio cuando no les sean imputables.
- d) Contengan limitaciones de responsabilidad ante el consumidor o usuario, que puedan privar a éste de su derecho o resarcimiento, por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esenciales del bien o servicio.

- e) Incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes que se suscriba el contrato.
- f) Impliquen renuncia o limitación de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y/o usuarios.

Adicionalmente, respecto al artículo anterior, también el Artículo 48 señala: Características. Además de lo establecido en otras leyes, los contratos de adhesión podrán constar en formularios ya impresos o reproducidos y deberán estar escritos en idioma español con tamaño de letra y caracteres legibles a simple vista. Las cláusulas en que no se cumplan dichos requisitos no producirán efecto alguno para el consumidor o usuario. No deberá hacerse relación a textos o documentos que no se proporcionen al consumidor o usuario simultáneamente a su suscripción. Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos la siguiente advertencia: “ESTE CONTRATO INCLUYE ACUERDO DE ARBITRAJE”.

Y respecto a la interpretación el Artículo 49 señala las siguientes reglas: Las cláusulas de los contratos de adhesión se interpretarán de acuerdo con el contenido literal de las mismas; en caso de duda, deberán interpretarse en el sentido más favorable al consumidor o usuario. Serán nulas ipso jure las cláusulas que infrinjan las disposiciones de la presente ley. El Artículo 50 señala: Copia de contratos de adhesión. De todo contrato de adhesión, deberá entregarse copia íntegra a las partes que lo hubieren suscrito. Si no fuera posible hacerlo en el acto, el proveedor entregará de inmediato una fotocopia al consumidor o usuario, con la constancia que la misma es fiel al original suscrita por este. Mientras no se cumpla con ello, las obligaciones del consumidor o usuario no serán exigibles.

2.2.10 Protección institucional del consumidor o usuario

La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, crea una dependencia adscrita al Ministerio de Economía para operar la ley y al respecto, el Artículo 53 señala: Creación. Se crea la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor como una dependencia del Ministerio de Economía, que gozará de independencia funcional y técnica con competencia en todo el territorio nacional, siendo el órgano responsable de la aplicación de la presente ley y reglamentos, sin perjuicio de las funciones que competen a los tribunales de justicia.

Las atribuciones de la DIACO, se encuentran contenidas en el Artículo 54 y son:

- a) Velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de los consumidores o usuarios y de las obligaciones de los proveedores.
- b) Aplicar las medidas necesarias, para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores y/o usuarios.
- c) Recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor o usuario, un mejor conocimiento de las características de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.
- d) Formular y realizar programas de difusión y capacitación de los derechos del consumidor y usuario.
- e) Promover y realizar directamente, en su caso, programas educativos y de capacitación en materia de orientación al consumidor y usuario, así como prestar asesoría a consumidores, usuarios y proveedores.
- f) Promover y realizar investigaciones técnicas en las áreas de consumo de bienes y uso de servicios.

- g) Iniciar las actuaciones administrativas, en caso de presunta infracción a las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuar en defensa del interés general de los consumidores y usuarios.
- h) Establecer procedimientos ágiles y conciliadores, para la solución de los conflictos de los que tenga conocimiento de conformidad con esta ley.
- i) Celebrar convenios con proveedores, consumidores y/o usuarios y sus organizaciones para alcanzar los objetivos de esta ley.
- j) Vigilar porque la oferta de productos y servicios, se enmarquen en los principios que rigen la economía de mercado.
- k) Velar por la observancia, por parte de los proveedores, en coordinación con los entes administrativos especializados, de las disposiciones legales relacionadas con reglamentos técnicos o normas de calidad, pesas y medidas para la actividad comercial o la salud de la persona humana, así como, requerir de la autoridad competente se adopten las medidas correctivas necesarias, en su caso.
- l) Aplicar las sanciones administrativas establecidas en esta ley, cuando corresponda y publicar los resultados.
- m) Promover y apoyar la constitución de organizaciones de consumidores o usuarios, proporcionándoles capacitación y asesoría.
- n) Llevar registro de las organizaciones de consumidores o usuarios y, cuando sea posible, de los proveedores de determinados productos o servicios.

- ñ) Llevar a cabo en forma directa o indirecta, un programa general de verificación de las mediciones de los servicios públicos, en coordinación con los entes administrativos especializados.
- o) Representar los intereses de los consumidores o usuarios, abogando por los mismos mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites y gestiones que procedan.
- p) Dictar medidas administrativas, en los casos que se presuma errores de cálculo de parte de los proveedores, que afecten económicamente al consumidor o usuario.
- q) Establecer dependencias para diferentes áreas del país que la dirección determine, atendiendo a su ubicación geográfica y de acuerdo a sus posibilidades presupuestarias.
- r) Registrar los contratos de adhesión, cuando exista requerimiento de los proveedores y se llenen los requisitos legales.
- s) La dirección deberá llevar una memoria mensual sobre los procedimientos administrativos que se inicien ante ella, la cual deberá publicar mensualmente, con indicación de las partes involucradas.

Las siguientes normas, se refieren a las funciones de las autoridades de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuario.

Director:

Artículo 55. Jerarquía. El director es la autoridad administrativa superior y el funcionario ejecutivo de mayor nivel jerárquico de dicha dirección, ejercerá sus funciones con absoluta independencia de criterio, pero apegándose a criterios técnicos

y legales, bajo su responsabilidad de conformidad con la ley, así mismo tendrá a su cargo la representación legal de la dirección.

Artículo 56. Calidades. Para ser director se requiere:

- a) Ser guatemalteco.
- b) Estar en el goce de sus derechos ciudadanos.
- c) Ser persona de reconocida honorabilidad, probidad y experiencia.
- d) Ser Abogado y Notario o profesional de las Ciencias Económicas, colegiado activo.

Artículo 57. Nombramiento. El director será nombrado por el Ministerio de Economía.

Artículo 58. Remoción. El director podrá ser removido por el Ministerio de Economía, fundamentado en las causales siguientes:

- a) Por cometer actos fraudulentos, ilegales o evidentemente opuestos a las atribuciones o intereses de los consumidores o usuarios, de la dirección y del Estado en general.
- b) Por actuar o proceder con manifiesta negligencia en el desempeño de sus funciones.
- c) Por ser declarado judicialmente en estado de interdicción o por padecer incapacidad física que lo imposibilite para el ejercicio del cargo.
- d) Por haber sido condenado en sentencia firme por la comisión de un delito doloso.

Artículo 59. Atribuciones del director. Además de las atribuciones establecidas en la presente ley, son atribuciones del director:

- a) Planificar, organizar, controlar, dirigir e integrar los recursos físicos, humanos y financieros de la dirección.
- b) Velar por el cumplimiento de la presente ley y sus respectivos reglamentos.
- c) Presentar el proyecto de presupuesto anual de la dirección, al Ministerio de Economía para su discusión y aprobación.
- d) Crear las secciones técnicas que se requieran para el buen funcionamiento de la dirección, señalándoles sus funciones.
- e) Promover la colaboración con otros organismos nacionales e internacionales u otros estados, en relación con las materias contenidas en la presente ley y sus reglamentos.
- f) Diseñar las políticas de la dirección para la consecución de sus objetivos.
- g) Las demás que sean inherentes a su cargo.

Artículo 60. Subdirector. La dirección contará con un subdirector. Para ser subdirector se requieren las mismas calidades del director y así mismo, será nombrado por el Ministerio de Economía. En casos de ausencia o impedimento temporal del director, asumirá el cargo el subdirector.

Artículo 61. Consultores. Los consultores se incluirán en un listado o banco de datos de técnicos y profesionales en diferentes ámbitos jurídicos, sociales y económicos, que podrán ser consultados por la dirección durante el procedimiento administrativo. Deberán ser personas de reconocida honorabilidad, poseer

conocimientos sobre las materias que regula esta ley y deberán estar en el goce de sus derechos civiles. En sus actuaciones, se desempeñarán con independencia de criterio, aplicando sus conocimientos y experiencia en lo que fueren requeridos, debiendo sujetarse a lo prescrito por esta ley y devengarán para los casos que fueren nombrados conforme a los honorarios pactados.

Artículo 62. Asesoría. La dirección contará con un cuerpo de asesores jurídicos, técnicos y administrativos, quienes serán nombrados por el director y desempeñarán las funciones inherentes a su cargo. Su función principal será, asesorar a la dirección en el ámbito de su competencia, según las atribuciones que le otorga la presente ley.

Los Artículos del 63 al 65, se refieren al régimen económico y financiero de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor. En cuanto a de dónde se obtendrán los recursos para el funcionamiento y organización de la DIACO y que, fundamentalmente deben ser erogados del presupuesto nacional del Estado. Así también, se refiere a la forma de control y fiscalización de sus actividades, a la intervención que deben tener la auditoría interna de dicha institución y la Contraloría General de Cuentas.

El Artículo 66, se refiere a los programas de tutela y literalmente señala esta norma: La dirección representará los intereses de los consumidores o usuarios, abogando por los mismos mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites y gestiones que procedan en la protección al consumidor o usuario. Para ser operativa la función de protección antes indicada, la dirección deberá implementar los siguientes programas:

- a) Defensa legal del consumidor o usuario.
- b) Investigación de mercados y productos de consumo final, productos peligrosos y de riesgo en el consumo.

- c) Educación y orientación al consumidor o usuario.
- d) Apoyo técnico a la organización de consumidores y usuarios.
- e) Promoción de la resolución negociada de conflictos entre proveedores y consumidores y/o usuarios.
- f) Cooperación con entidades públicas y privadas para lograr mejoras en las condiciones del consumidor y usuario.
- g) Estudio, formulación y planteamiento de sugerencias para la emisión de nuevas leyes o reformas a las mismas para mejorar la defensa del consumidor o usuario.

Artículo 67. Áreas de investigación. Para generar los conocimientos indispensables para la defensa del consumidor o usuario y para apoyar el programa de educación y orientación, se deberán cubrir con más énfasis las áreas siguientes:

- a) Derechos del consumidor o usuario.
- b) Publicidad engañosa.
- c) Operaciones de crédito.
- d) Obligaciones en la prestación de servicios.
- e) Garantías comerciales.
- f) Metodología de información.
- g) Advertencia en el uso o adquisición de bienes y servicios.

- h) Alimentos.

2.2.11 Infracciones y sanciones

Como se había comentado anteriormente, esta ley es de carácter administrativo, por lo tanto en su contenido, no regula ilícitos que se pudieran generar dentro de las relaciones de consumo, a pesar de que existe legitimidad en el resguardo del bien jurídico tutelado del Estado, como son los derechos de los consumidores que tienen relación con otros bienes tutelados como la salud, la vida, la seguridad, etc., sin embargo, a juicio de quien escribe, esto constituye una deficiencia de la ley, y por ello, la siguiente normativa es la que regula la forma en que se establecen las infracciones y sanciones al respecto.

Artículo 68. Infracción. Toda acción o omisión por parte de proveedores y consumidores y/o usuarios u organizaciones de consumidores y usuarios, que implique violación de las normas jurídicas sustantivas en esta materia o el abuso del ejercicio de los derechos y obligaciones que establece la presente ley, constituye infracción sancionable por la dirección, en la medida y con los alcances que en ella se establecen. Los funcionarios y empleados de la dirección, que en ejercicio de sus funciones, tengan conocimiento de la comisión de un hecho, que pueda ser constitutivo de delito, deben denunciarlo inmediatamente a la autoridad competente, bajo pena de incurrir en responsabilidad.

Artículo 69. Sanciones. Sin perjuicio del derecho de defensa, que tienen los proveedores o prestadores de bienes y servicios de ejercitar su derecho, a través de los procedimientos administrativos para solucionar conflictos que se regulan más adelante, la dirección podrá imponer progresivamente las sanciones siguientes:

- a) Apercibimiento escrito, que formulará el funcionario o empleado debidamente autorizado por la dirección, según lo establecido en esta ley.

- b) Apercibimiento público, el cual se podrá publicar en los medios masivos de comunicación.
- c) Multas, las cuales serán calculadas en la Unidades de Multas Ajustables (UMAS). El valor de cada UMA será equivalente al salario mensual mínimo vigente para las actividades no agrícolas, siempre que no exceda del 100% del valor del bien o servicio.
- d) Publicación de los resultados de la investigación a costa del infractor, en el diario de mayor circulación del país.

Para determinar la sanción de multa a imponer, la dirección tomará en cuenta el tipo de infracción, el riesgo o daño causado, condición económica del infractor, perjuicio causado, intencionalidad, reincidencia, su trascendencia a la población, y el valor de los bienes y servicios objeto de la infracción.

Artículo 70. Infracciones. La dirección deberá sancionar con multa de quince a setenta y cinco UMAS a aquellos proveedores que incurran en las siguientes infracciones:

- a) Incurrir en alguna o algunas de las prohibiciones establecidas en la presente ley.
- b) No cumplir con sus obligaciones.
- c) La omisión de proporcionar la información básica de los productos y servicios, que se ofrecen a los consumidores y usuarios.
- d) No exhibir los precios de los bienes o servicios que se ofrecen al público.

- e) La omisión de la información a los consumidores o usuarios, cuando se expendan productos deficientes, usados, reparados, u otros en cuya elaboración o fabricación, se hayan utilizado partes o piezas usadas.
- f) Omitir la información complementaria que le sea requerida por la dirección, siempre que no se viole la garantía del secreto profesional y cualquier información confidencial por disposición legal.
- g) Proporcionar información no susceptible de comprobación, o que induzca a error o engaño.
- h) Infringir las normas relativas a promociones de temporada o liquidaciones, establecidas en esta ley.
- i) No informar previamente al consumidor o usuario, sobre las condiciones sobre las que se le otorga un crédito.
- j) No advertir ni proporcionar, las indicaciones sobre el uso de productos potencialmente dañinos para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, o para la seguridad de sus bienes.
- k) Cuando, en el momento de tener conocimiento de que un producto sea dañino o peligroso para el consumo o uso, no informar al público y no retirarlo del mercado.
- l) No cumplir con la garantía extendida al consumidor o usuario.
- m) No proveer el libro de quejas que establece la presente ley, o el medio legalmente autorizado por la dirección.

- n) Impedir el acceso al medio legalmente autorizado o al libro de quejas, a los consumidores o usuarios, que desean registrar sus reclamos sea por pérdida o extravío, por deterioro o por estar agotados los folios respectivos. En ningún caso, se puede negar al consumidor o usuario el derecho a inscribir sus reclamos.
- ñ) No mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas las pesas, medidas, registradoras, básculas y los demás instrumentos de peso, que se utilicen en el negocio.
- o) Cobrar en exceso los intereses que se deban aplicar sobre saldos pendientes de créditos concedidos, o por exigir pagos por adelantado, sin la existencia de un pacto de anuencia por parte del consumidor o usuario.
- p) No registrar en la dirección los contratos de adhesión.

Artículo 71. Casos especiales. Constituyen casos especiales de infracciones contra los derechos de los consumidores o usuarios, los siguientes hechos:

- a) Precio superior: Quien cobre un precio superior al exhibido, informado o publicado, se le impondrá una multa de quince a veinte UMAS.
- b) Fraccionamiento del precio: Quien fije precios fraccionados para los distintos elementos de un bien o servicio que constituye una unidad, cuando la finalidad es el incremento del precio normal para dicho bien o servicio, se le impondrá una multa de diez a veinticinco UMAS.
- c) Condiciones de entrega: Quien incumpla con las condiciones de entrega, plazos y características que fueron ofrecidas o pactadas con el consumidor, se le impondrá una multa de diez a veinte UMAS.

- d) Adulteración de productos: Quien adultere productos, ya sea en sus componentes químicos, orgánicos, o de cualquier tipo que modifique su idoneidad o calidad, se le impondrá una multa de veinte a ochenta UMAS.
- e) Contenido inferior: La fijación inferior en el envase o empaque, de la cantidad o del contenido neto de un producto, dará lugar a una multa de veinte a ochenta UMAS.
- f) Obstrucción o resistencia: Quien por cualquier acto o acción dolosa, obstaculice o impida la acción de investigación y fiscalización de la dirección, se le impondrá una multa de quince a cincuenta UMAS.
- g) Publicidad: Por la utilización de publicidad engañosa por parte del proveedor, se le impondrá una multa de cuarenta a ochenta UMAS.
- h) Garantía: No extender garantía de los productos que vende el proveedor, de conformidad con lo establecido en la presente ley o por no extenderla completa, se le impondrá una multa equivalente a cincuenta UMAS.
- i) Abuso de derecho: A las organizaciones de consumidores o usuarios, que contravengan las limitaciones contenidas en el Artículo 10 de esta ley, se les impondrá una multa equivalente a veinticinco UMAS.
- j) Negligencia: Quien en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, cause menoscabo al consumidor o usuario, debido a fallas o deficiencias en la identidad y procedencia del respectivo bien o servicio y la seguridad en su uso, se le impondrá una multa de veinte a cincuenta UMAS.

Artículo 72. Reincidencias. Existe reincidencia cuando en un período de dos años, una persona individual o jurídica, incurre en la infracción de la misma naturaleza y

por la cual ya había sido sancionado, en cuyo caso la sanción a imponer se aumentará en un veinticinco por ciento.

Artículo 73. Registro. La dirección llevará un registro público de todas las quejas que se planteen ante ella.

Artículo 74. Reparación, restitución, reposición o devolución. Sin perjuicio de la indemnización por daños ocasionados, cuando proceda, el consumidor o usuario, previa devolución al proveedor, podrá optar entre la reparación gratuita del bien, su reposición o devolución de la cantidad pagada. El ejercicio de estos derechos, deberá hacerse efectivo ante el proveedor, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto, siempre que no se hubiere deteriorado por el hecho imputable al consumidor o usuario. Si el producto se hubiere vendido con determinada garantía, prevalecerá el plazo por el cual ésta se extendió si fuera mayor. Para los productos perecederos el plazo no podrá ser mayor de siete días.

Así también dentro de éstas, se establecen sanciones a que pueden estar sujetos los consumidores o usuarios. El Artículo 76 de la ley las señala y dice: Siempre que los consumidores o usuarios, incurran en violaciones a lo negociado o pactado con los proveedores o prestadores de servicios y tal circunstancia pueda ser comprobada por éstos, podrán ser sancionados de acuerdo con lo establecido por el propio contrato o negociación de que se trate, pero en todo caso se garantiza el derecho del consumidor o usuario, a ejercitar su derecho de defensa, a través del procedimiento administrativo o legal que corresponda.

Respecto a la forma de resolución de los conflictos en el orden administrativo, con intervención de la DIACO, se señala la siguiente normativa:

Artículo 77. Procedimientos. La dirección actuará de oficio o por denuncia de consumidores o usuarios agraviados, o de parte interesada, para asegurarse que las infracciones a esta ley sean debidamente sancionadas.

Artículo 78. Resolución de conflictos. Para la resolución de los conflictos y controversias que surjan entre proveedores y consumidores o usuarios que puedan constituir infracción a la presente ley, se establecen los siguientes procedimientos:

- a) Arreglo directo conciliatorio entre las partes.
- b) Arbitraje de consumo.
- c) Procedimiento administrativo.

Artículo 79. Actas. Todas las actuaciones del procedimiento administrativo se asentarán en actas.

Artículo 80. Conciliadores. La dirección contará con un cuerpo de conciliadores capacitado y especializado, quienes tendrán a su cargo la audiencia de conciliación.

Artículo 81. Permisos para asistir a las audiencias. Para que el consumidor o usuario pueda asistir, cuando haya sido requerido personalmente a las audiencias fijadas por la dirección, su empleador deberá otorgarle el permiso correspondiente, previa citación enviada por escrito por la dirección. El trabajador que se ausente de su trabajo por este motivo, deberá comprobarlo mediante la constancia de asistencia y de tiempo de duración de la audiencia, otorgada por la dirección.

Artículo 82. Audiencia de conciliación. En la primera audiencia, si las partes optan por el arreglo directo conciliatorio, esta audiencia se convertirá en audiencia de conciliación. El conciliador nombrado por la dirección, buscará avenir a las partes, proponiéndoles formulas ecuanimes de conciliación. Si se llegara a un acuerdo, el conciliador levantará un acta que documente el acuerdo y conciliación a que hayan llegado las partes. En cualquier momento las partes podrán conciliar quedando concluido el proceso.

Artículo 83. Arbitraje de consumo. En la primera audiencia o en cualquier momento, las partes podrán someterse voluntariamente al arbitraje de consumo, que se deberá formalizar de acuerdo con la Ley de Arbitraje, a su trámite y demás cuestiones aplicables.

Artículo 84. Procedimiento administrativo. A través del procedimiento administrativo, la dirección queda facultada para sancionar a los infractores de la presente ley. La dirección podrá iniciar el procedimiento administrativo, de oficio o por medio de queja presentada por un consumidor o usuario, o asociación de consumidores. El presente procedimiento se basa en los principios de celeridad, oralidad, equidad, informalidad y publicidad.

Artículo 85. Representación. Tanto los consumidores o usuarios como los proveedores, podrán acudir ante la dirección en nombre propio o por medio de sus representantes legales.

Artículo 86. Planteamiento de la queja. El consumidor o usuario que se considere agraviado, deberá llenar el formulario proporcionado por la dirección en la cual expresará la queja, consignará sus datos personales y lugar para recibir notificaciones, así como los datos del proveedor o prestador de servicios, contra quien se plantea la queja y la dirección donde éste puede ser notificado, o bien la sucursal o agencia del proveedor donde adquirió o contrató el bien o servicio.

Artículo 87. Notificación. La dirección deberá notificar en forma personal a los interesados, citándolos para el efecto por correo que certifique la recepción de la citación, en caso de la incomparecencia por medio del procedimiento de notificación establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil. Para continuar el procedimiento administrativo, deberá constar fehacientemente que las partes fueron debidamente notificadas con referencia expresa del lugar, forma, día y hora.

Artículo 88. Citación. La dirección citará al presunto infractor y al consumidor o usuario que presentó el reclamo, señalando día y hora para la audiencia administrativa, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se presentó la queja, para que las partes comparezcan con elementos idóneos que fundamenten su posición; así mismo para informarles sobre los procedimientos a su disposición para resolver el conflicto de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Artículo 89. Audiencia. Durante la audiencia, el conciliador nombrado por la dirección buscará dirimir la controversia o conflicto, buscando la conciliación entre las partes. Si las partes voluntariamente lo desean, podrán someterse al arreglo directo o al arbitraje de consumo. Si el infractor no compareciere a la audiencia, o compareciendo a la misma manifiesta que no desea conciliación o someterse al arbitraje de consumo, la audiencia terminará. Si se llegara a un acuerdo, el conciliador de la dirección levantará acta que documente los acuerdos a que hayan llegado las partes.

Artículo 90. Procesamiento sancionador. Si en la audiencia no se logra la conciliación o al sometimiento al arbitraje de consumo, la dirección deberá iniciar el procedimiento administrativo para sancionar la infracción a la presente ley. Para tal efecto, volverá a citar al infractor a una segunda audiencia administrativa, para que éste sea oído y ofrezca las pruebas en que basa su defensa.

Artículo 91. Rebeldía. Si el infractor no evacua la audiencia, la dirección procederá a dictar la resolución correspondiente declarando su rebeldía.

Artículo 92. Prueba. Dentro del procedimiento habrá un período de prueba que tendrá un plazo de diez días, para que el supuesto infractor aporte sus pruebas de descargo, pudiendo utilizarse todos los medios legales de prueba.

Artículo 93. Prueba pericial. En el caso que sea necesario, la dirección podrá contratar los servicios de un perito. En caso de expertajes contradictorios, los expertos designarán un tercero para que emita dictamen.

Artículo 94. Nombramiento del perito. Si la dirección considera necesario, deberá designar un perito. La dirección debe elaborar una lista de peritos expertos en la materia objeto de la queja, entre los cuales puede escoger. El infractor podrá proponer un experto a su costa.

Artículo 95. Impedimentos. No podrán desempeñarse como peritos los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo, quienes tengan con las partes o con la controversia que se somete a su peritaje, algunas de las relaciones que den lugar a abstención, excusa o recusación de juez, de conformidad con la Ley del Organismo Judicial.

Artículo 96. Dictamen. El perito deberá presentar su dictamen dentro del plazo que le fije la dirección, el que no deberá ser mayor de cinco días, a menos que la naturaleza del asunto requiera un plazo mayor. El dictamen deberá contener la opinión del perito sobre la materia que se le solicite, estableciendo, según su criterio y pruebas o análisis realizados, a que persona le asiste la razón.

Artículo 97. Publicidad. Todos los expedientes que inicie la dirección, son públicos y pueden ser consultados por las partes interesadas en el procedimiento, sus abogados y representantes.

Artículo 98. Resolución. Concluido el procedimiento, se dictará resolución dentro de los cinco días siguientes, debiendo la dirección, en base a las pruebas recabadas, determinar si el proveedor o prestador de servicios, incurrió o no en la infracción y la sanción en caso afirmativo. La resolución deberá llenar, en lo aplicable, los requisitos que establece la Ley del Organismo Judicial.

El Artículo 99 se refiere a la competencia en la aplicación de las sanciones y literalmente la norma indica: La aplicación de sanciones establecidas en esta ley corresponde a la dirección, salvo los casos que constituyan delitos, cuyo conocimiento y sanción corresponde a los órganos jurisdiccionales. En el trámite administrativo que se

siga para determinar la comisión de una infracción a los derechos de los consumidores o usuarios, la dirección debe actuar con oficiosidad, celeridad, imparcialidad y especialidad de las actuaciones. Si de la investigación que se realice apareciera la comisión de un delito, la dirección se abstendrá de imponer sanción alguna y pondrá, de oficio, el hecho de conocimiento del Ministerio Público.

Artículo 100. Aplicación. Si agotada la vía administrativa, la parte a la que se le hubiere puesto alguna sanción, no recurre a lo establecido en el Artículo 106 de esta ley, la resolución sancionadora quedará firme y se procederá de la siguiente forma:

- a) Si la sanción consiste en la imposición de multa, ésta deberá pagarse dentro de los diez días siguientes, en la tesorería de la dirección con cargo específico a sus fondos privativos. En caso de incumplimiento, el cobro se llevará a cabo en la vía económico-coactiva, constituyendo título ejecutivo los documentos siguientes:
 - 1) Certificación de la resolución que contenga la multa impuesta.
 - 2) Certificación del documento en que conste el reconocimiento de la deuda por concepto de multa, efectuada por el infractor o su representante legal, ante funcionario o empleado competente.
 - 3) Acta notarial o testimonio de instrumento público autorizado por notario, en que conste el reconocimiento de la deuda por concepto de multa, efectuado por el infractor o su representante legal.
 - 4) Cualquier otro documento que por disposición legal tenga fuerza ejecutiva.
- b) En los casos en que la sanción consista, en la publicación de los resultados de la investigación a costa del infractor, la dirección supervisará el cumplimiento de esta sanción.

Artículo 101. Prohibición de doble sanción. Por cada infracción que se cometa, la dirección aplicará una sanción. Sin embargo, cuando un mismo hecho constituya más de una infracción, se aplicará la sanción de mayor valor.

Artículo 102. Destino de los fondos. Los fondos recaudados por concepto de multas y sanciones, que se impongan y provengan por la aplicación de esta ley, ingresarán a los fondos privativos de la dirección para promover la educación al consumidor.

Artículo 103. Extinción de la responsabilidad. La responsabilidad por infracciones y las sanciones establecidas en esta ley y su reglamento, se extinguen en los casos siguientes:

- a) Cumplimiento de la sanción.
- b) Prescripción de la responsabilidad.
- c) Prescripción de la sanción.
- d) Por conciliación.

Artículo 104. Prescripción. La responsabilidad por infracciones y las sanciones establecidas en esta ley, prescriben por el transcurso del plazo de tres años, los que principian a contarse a partir de la fecha que se cometió la infracción, y si se hubiere impuesto alguna sanción, desde la fecha en que se notificó al infractor la resolución que la impuso. El plazo de prescripción se interrumpe por:

- a) La notificación al infractor de la orden de instrucción de procedimiento para determinar su responsabilidad.

- b) La notificación de la resolución que determina la responsabilidad del infractor y la sanción que se le impone.
- c) El reconocimiento expreso o tácito, por parte de la persona señalada como infractor, de que cometió la infracción.
- d) Por cualquier acto o gestión escrita de la persona señalada como infractor dentro el expediente administrativo, o cualquier otro tipo de actuación producida por funcionario o profesional que esté investido de fe pública.
- e) La renuncia del infractor a prescripción consumada.

CAPÍTULO III

3. Las desviaciones publicitarias en el derecho de consumo, la intervención de las agencias de publicidad y la necesidad de que se regule en la ley de protección al consumidor y usuario

3.1 Definición de desviación publicitaria

Conviene establecer en primer término la definición de cada uno de estos conceptos por separado y luego interpretar su definición en forma integral. El Diccionario de La Lengua Española define la publicidad como la "Cualidad o estado de público", "Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos" y "Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores usuarios, etc.". ⁶

"Guillermo Cabanellas, por su parte define la publicidad "Como conjunto de procedimientos psicológicos de que los comerciantes o industriales se valen para atraer y retener la atención del público, para convertirlo en clientela, como compradores o usuarios de ciertos productos especialmente, en los cuales se recargan los gastos que la publicidad origina, Serra Moret expresa que este arte de dar a conocer las excelencias de un artículo, de un servicio o de una idea, por todos los medios imaginables, es hoy el más eficaz auxiliar del comercio y se ha convertido en una industria pujante, con empresas especializadas, escuelas, tratados, teorías y sistemas que se relacionan íntimamente con la psicología individual y social y estudian todos los medios para hacer efectiva la propaganda por medio de la prensa, la radio fusión ulteriormente y con eficacia estragadora a veces la televisión, los carteles, letreros luminosos, atracciones, exposiciones, y todo cuanto pueda llamar la atención del presunto cliente o adepto". ⁷

⁶ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. Tomo II Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2001.

⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 651

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho define publicidad como: "Posibilidad para las partes de tomar conocimiento de las actividades del proceso y para los terceros la de asistir a las audiencias".⁸

La publicidad para las personas no interesadas es un medio de combatir la desconfianza del público hacia los tribunales, que encuentra aliento en el procedimiento escrito, sustraído a la fiscalización del pueblo.

De manera muy concisa y certera Philip Kotler y Gary Armstrong en su libro Fundamentos de Mercadotecnia definen publicidad como "Cualquier forma pagada de presentación no personal y de promoción de ideas, bienes o servicios, que hace un patrocinador identificado".⁹

La actividad publicitaria consta de tres etapas dependientes entre si y que representan el elemento que estimula a las personas o consumidores a la adquisición del producto. Estas etapas son:

- La presentación comercial favorable del producto.
- La presentación del empaque en cada producto presentado separadamente.
- La imagen del producto presentada por los medios de comunicación masiva.

Como se puede notar en las definiciones presentadas por todos los autores mencionados anteriormente, la publicidad posee un carácter comunicativo que tiene como objetivo principal la persuasión, para lograr la venta del bien o servicio que anuncian.

⁸ De Pina, Rafael. **Diccionario de derecho**. Pág. 65

⁹ De Pina, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 65

Estudiadas todas estas definiciones, puede definirse la publicidad como: Proceso de carácter impersonal y controlado, que utiliza los medios de comunicación masiva para dar a conocer un producto, bien o servicio, con el objeto de atraer la atención, avivar el deseo o crear la voluntad de la persona o entidad a quien esta dirigida, para lograr de ella su adquisición, suscripción o inscripción.

La palabra “desviación” ¹⁰ tiene varios significados, los cuales son:

1. Cambio de trayectoria o de intenciones: desviación de un propósito.
2. Separación de un cuerpo respecto de su posición correcta: hay una pequeña desviación respecto a la posición de la plomada.
3. Tramo de una carretera que se aparta de la general: al final de esta desviación hay un monasterio.
4. Camino provisional por el que han de circular los vehículos, mientras está en reparación un trozo de carretera: han habilitado una desviación provisional para evitar el tramo de obras.
5. Cambio de la posición natural de los órganos, y en especial de los huesos: desviación del tabique nasal.
6. Diferencia entre un valor estadístico y el valor medio.
7. Tendencia o hábito que se considera anormal en el comportamiento de una persona: aún hay gente que considera la homosexualidad como una desviación.

¹⁰ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. Pág. 256

Entonces, al tener conformado los significados anteriores, es importante señalar que en la doctrina no se encuentra establecido el término como tal, sin embargo, existen una serie de desviaciones, como por ejemplo las desviaciones psicológicas, que se refieren a una conducta diferente a la normalmente esperada de una persona. Es por ello que aplicado a la publicidad, y en especial a las relaciones que se suscitan entre los consumidores, usuarios y los proveedores de bienes o servicios, conviene determinar que se refiere a “la forma que se utiliza la publicidad para dirigir un objetivo de forma distinta a la normalmente aplicada y que produce una alteración que tienen como consecuencia dos situaciones: producir un perjuicio por un lado y con ello, obtener ganancias por el otro”.

Desde el punto de vista sociológico y aplicado a lo que es la publicidad, y con el objeto de comprender mejor lo que puede comprenderse por desviaciones publicitarias en el Derecho de Consumo, conviene señalar que es "el proceso psicológico de la captación por medio de la publicidad utilizando medios no tradicionales o normales que comprende atraer la atención, grabar en la memoria, suscitar el interés, avivar el deseo, crear la voluntad, para lograr la adquisición, suscripción o inscripción".

Sin embargo, al considerar en el campo de la sociología “la conducta desviada”.¹¹, es consecuencia de considerar a la sociedad como un sistema social estable e integrado. Esa estabilidad e integración resultan principalmente del funcionamiento estándares morales o de orientación valorativa. Es decir si se toma el modelo de análisis estructural-funcional puede darse desviación social, como resultado de condiciones negativas de integración y conformidad social. Condiciones que consisten en deficiencias de funcionamiento de dichos estándares morales, o en las vías por las que se produce la aceptación de valores y de las normas en una sociedad (aprendizaje, socialización).

¹¹ López, Luisa. **La conducta desviada y su aplicación en la sociología**. Pág. 165

Para analizar este tema, puede usarse como punto de partida, el procedimiento "del método cero", señalado por Popper. Tal procedimiento se caracteriza por una suposición básica de completa racionalidad (en este caso, de perfecto ajuste a las normas por parte de todos los individuos implicados), y luego por estimar las desviaciones de la conducta de estos individuos con respecto a la conducta modelo, usando ésta última como una especie de "coordenada cero".

La desviación social, es un fenómeno definido en relación a normas sociales. Consiste en lo contrario a la suposición de ajuste perfecto, a las normas sociales (coordenada cero). Por ello cabe señalar, que allí donde existen reglas puede existir y de hecho existen, desviaciones.

Si la conducta desviada, es toda aquella conducta que infringe reglas sociales, serán las reglas sociales las que crean las desviaciones, como una contrapartida negativa. Esas reglas son elaboradas por grupos sociales que al imponerlas, originan por definición la desviación y las diferentes propensiones a la desviación en los diferentes grupos.

Si esto es así, la conducta desviada abarca un campo muy amplio, porque constantemente se producen conductas infractoras de normas y el deslinde entre "normalidad y desviación" es difícil. El campo de las infracciones mínimas es ilimitado, por consiguiente el problema es saber ¿Cómo acortar el campo de la desviación significativa?

Un primer intento de delimitación lo hace Cohen, efectuando una distinción entre infractor y desviado. El infractor sería, el que comete el acto desviado aislado, en cambio el desviado es el quien tiene hábito por la desviación. Es decir, el desviado se ha hecho a lo largo de un proceso, posee un carácter, un rol y un calificativo público, se crea una imagen, mientras que el infractor no.

Por otra parte la definición de conducta desviada, como infracción de normas, implicaría que el "conflicto social" y el "conflicto político, quedarían absorbidos dentro del estudio de la desviación. Para evitar imprecisiones y ambigüedades, Merton establece una distinción entre: conducta aberrante, conducta conformista y conducta rebelde. La distinción se basa en que la infracción a la regla, vaya acompañada de una denegación de legitimidad, validez y autoridad respectivamente, y con una pretensión de cambiar dicha regla.

De conformidad con lo anterior, si existe una conducta desviada aplicando la publicidad en las relaciones de consumo, se traduce en la intencionalidad del infractor, de utilizar como medio la publicidad para fines lucrativos y que a pesar de estar consciente, de que esto no concuerda con la realidad y que podría provocar perjuicio dentro de una sociedad, que tiene un nivel de cultura que no encaja dentro de los mensajes, que se producen a través de esta conducta de desviación, respecto a la compra o venta de productos o bienes, pueden suscitarse en distintas formas, como publicidad engañosa, publicidad abusiva, publicidad subliminal que puede también traducirse en incidir en el cambio de niveles de cultura, de ética, etc., a través de la aplicación del miedo, la violencia, la discriminación, etc., lo cual no debe ser permitido.

En conclusión el mercado, se caracteriza por la utilización de instrumentos para aproximar a los consumidores, los productos o servicios ofertados por los empresarios. Esos instrumentos, pueden quedar acogidos dentro del concepto "publicidad". La publicidad es un modo de promoción a través de la cual el consumidor conoce, se motiva y decide sobre bienes y servicios existentes en el mercado. Como resultado de la actividad publicitaria, el consumidor determina su consumo con la información contenida en el mensaje publicitario, por lo que dicha información desempeña un papel fundamental en el otorgamiento de su consentimiento contractual, y por lo tanto, no debe tener otros fines que eso, sin embargo, cuando se pretende cambiar esos fines, es cuando se produce las desviaciones publicitarias y éstas por lo tanto, no deben estar permitidas y deben ser controladas.

3.2 Naturaleza jurídica

Los actos jurídicos celebrados con consumidores se regulaban, como acto jurídico civil, y se regía por la legislación civil, sin embargo, derivado de la complejidad de los conflictos que se generan de las relaciones de consumo entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes o servicios, es que se habla actualmente de un Derecho de Consumo, como una disciplina independiente de tipo público, como lo es el derecho. En ese orden de ideas, lo que sucede con la actividad que realicen los proveedores de bienes o servicios, principalmente, derivado de la promoción y venta de sus productos o bienes, que se hace comúnmente a través de la publicidad, constituye entonces, parte de una naturaleza pública que trasciende a una intervención o regulación por parte del Estado.

Estas formas de relación se establecen específicamente, en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, siendo una ley de naturaleza administrativa.

3.3 Antecedentes históricos

Es de considerar que en Guatemala no se ha hablado del tema de las desviaciones publicitarias, por cuanto no se tienen antecedentes del mismo, aunque podría decirse, que se suscitan circunstancias que pueden considerarse como tal y que de alguna manera incipiente, se prohíben en el caso de los consumidores o usuarios, si se analiza lo que al respecto regula la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

Es por ello que a continuación, se hace una descripción de lo que sucede en el caso, de la legislación comparada con éstas prácticas desleales y abusivas de parte de los proveedores de bienes o servicios, aplicando las desviaciones publicitarias, y que de su lectura de alguna manera, podría existir correspondencia con algunas prácticas que se suscitan en el caso de Guatemala, pero que sin embargo, son vistas de forma normal y aún no se encuentran reguladas.

3.3.1 Análisis de legislación comparada

A) Legislación Española¹²

La Ley General 26/1984, del 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece entre otros el derecho básico de los consumidores y usuarios a la información correcta sobre los diferentes productos puestos a su disposición en el mercado, a fin de facilitar el necesario conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y disfrute.

En la legislación española existen diversas disposiciones que desarrollan este derecho a la información, entre ellas el Real Decreto 1468/1988, del 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales, destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios, en el que se establece que en el etiquetado de estos productos, deberán indicarse las características esenciales del mismo.

En la mayoría de leyes referidas a la protección del consumidor o usuario en la legislación española, desarrollan los principios, y en el tema de la información y publicidad, se señala:

Derecho a la información y educación:

Los consumidores y usuarios, tienen derecho a recibir una información veraz, completa, objetiva y eficaz sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado, con las indicaciones para su correcto uso o consumo y las advertencias sobre riesgos previsibles, de tal forma que puedan realizar

¹² www.goesjuridica.com.html. Real Decreto 213/1992 sobre información y publicidad. España. Madrid. Consulta Electrónica Internet. Día de consulta: 28-6-2008.

una elección consciente y racional, entre los diversos bienes y servicios concurrentes y utilizarlos de una manera segura y satisfactoria.

Para garantizar el derecho de los consumidores y usuarios, a una correcta información sobre los diversos bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, exigirá el estricto cumplimiento de la normativa vigente, común o específica de cada producto o servicio, relativa a la fabricación, composición y etiquetado, presentación y publicidad de los productos y servicios puestos a la venta.

Se arbitrarán las medidas oportunas para que la información sobre bienes y servicios, contenida en el etiquetado, facilitada en los establecimientos mercantiles, o difundida mediante anuncios publicitarios, sea rigurosamente veraz y objetiva y, particularmente, sobre los siguientes extremos: Origen empresarial y procedencia geográfica, naturaleza y composición; calidad, cantidad y categoría comercial; condiciones de idoneidad para el consumo y advertencias sobre riesgos previsibles; condiciones de los servicios, precios y demás características relevantes.

En todo caso la Administración de la Comunidad Autónoma, fomentará la oportuna información sobre el modo de utilización, las contraindicaciones y las garantías de los productos.

A estos efectos, y en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega, se propiciará el empleo del gallego.

Con el fin de facilitar a los consumidores y usuarios, la información precisa para el adecuado ejercicio de los derechos que esta ley les reconoce y, en general, atender a la defensa y protección de sus legítimos intereses, la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia promoverá, fomentará y, en su caso, habilitará o apoyará la creación de oficinas y servicios de información al consumidor y usuario, ya sean de titularidad pública, ya dependan de una organización o asociación de consumidores.

En las Oficinas de Información, no estará permitida la publicidad expresa o encubierta.

Con la finalidad de conseguir que el consumidor o usuario, pueda efectuar una elección racional entre los diversos productos y servicios puestos a su disposición en el mercado, el Gobierno Gallego instrumentará las medidas precisas para el desarrollo de las siguientes actuaciones:

- La utilización de etiquetas voluntarias informativas.
- El otorgamiento por una entidad pública o privada, de certificados de calidad o denominación de origen, que acrediten la adecuación del producto o servicio o determinadas normas de calidad.
- La realización de ensayos o pruebas comparativas entre los productos y servicios concurrentes.

Los poderes públicos promoverán la educación y la formación permanente de los consumidores o usuarios, con la finalidad de que puedan conseguir y desarrollar un comportamiento en libertad y responsabilidad en el mercado de bienes y servicios, y lleguen a conocer sus derechos y deberes y la forma de ejercerlos adecuadamente.

Para lograr estos fines, el Gobierno Gallego adoptará las medidas oportunas, en orden a que se de acogida en el sistema educativo a las enseñanzas en materia de consumo.

Se promoverá también la información y educación de los consumidores o usuarios, a través de los medios de comunicación social de titularidad pública, facilitando el acceso a ellos a las asociaciones de consumidores y usuarios y a grupos o entidades interesadas.

Además se llevarán a cabo campañas informativas, con la finalidad de conseguir que el usuario de servicios, alcance los conocimientos adecuados sobre sus peculiaridades.

B) Un caso peruano de desviación publicitaria

Empresas cerveceras: Atribución “La cerveza más cara de Sudamérica”¹³

El modelo social de represión de la competencia desleal, acepta que la publicidad comparativa es capaz de producir un daño al competidor; sin embargo, afirma también que —en cuanto sirva al interés superior del consumidor brindándole información— deberá ser tolerada. Cabe agregar que la publicidad comparativa basada en afirmaciones objetivas (siempre y cuando éstas sean verdaderas) será considerada leal y legal, pues produce un daño concurrencial lícito a los competidores. Aún cuando esté permitido el uso de la publicidad comparativa, es necesario señalar que dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida también a los principios que rigen la actividad publicitaria en general, tales como el principio de veracidad, el Asistente Legal de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.

Este artículo se ha denominado “Guerra de las cerveceras”, donde se realizará un análisis jurídico-económico —con apreciación de las metodologías denominadas de “Dólares corrientes” y de “Paridad de poder de compra”— de los principios reguladores de la publicidad comercial en la modalidad de publicidad comparativa. Igualmente, se realizarán comentarios respecto a lo señalado en su momento por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi en el caso, con la atribución “La cerveza más cara de Sudamérica”.

¹³ Ipaguirre, Gianfranco – Palmesano, Antonio. **Indecopi**. Perú. Consulta Electrónica Internet. www.goesjuridica.com.html. Día: 28-6-2008

En los últimos tiempos, gracias a la evolución y al desarrollo, tanto de los medios de comunicación, como de las técnicas de información que poseen los agentes concurrentes al mercado, la publicidad, en tanto herramienta de comunicación y de información, ha presentado un vertiginoso crecimiento en lo relativo, a su valoración como instrumento para desplegar la acción de competencia en el mercado. Así, hoy en día resulta común que grandes, medianas y pequeñas empresas, individualmente o en conjunto, inviertan cantidades impresionantes de dinero en la promoción de sus bienes y servicios, con la finalidad de posicionar las características positivas de éstos en la mente del receptor de un mensaje publicitario, y conseguir, de esta manera, su preferencia.

- I.- Este artículo tiene por finalidad realizar un análisis —con la ayuda de parámetros económicos y jurídicos— de las resoluciones emitidas por las dos instancias administrativas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), en el procedimiento seguido por la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en adelante Backus) en contra de la Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (en adelante Ambev) por la difusión —en el contexto del ingreso de un nuevo jugador al mercado peruano de comercialización de cerveza— de un anuncio publicitario que intentaba informar a los peruanos acerca de que a raíz del ingreso del referido agente comercial al mercado, no volverían a pagar aquello que Ambev denominó la “cerveza más cara de Sudamérica”, supuestamente haciendo referencia al producto que comercializaba Backus, en dicho momento en el mercado.
- II.- El procedimiento seguido por la denuncia presentada por Backus en contra de Ambev.
- II.I.- El caso: “Los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica”

A finales del año 2004, el mercado cervecero nacional se vio natural y particularmente convulsionado por el ingreso de un nuevo agente competidor, el belga brasilero Grupo Ambev, a través de la empresa peruana Ambev. En ese entonces, resultaba indudable que ante el inminente ingreso de dicho agente al referido mercado, se avizorara un nuevo panorama de ardua competencia frente al que, en ese momento, constituía un significativo agrupamiento de empresas que, por una agresiva política de adquisiciones estratégicas de diversos competidores, paulatinamente había conformado la corporación cervecera peruana Backus. Ante tal contexto, resultaba inevitable y hasta cierto punto evidente que uno de los frentes de la lucha concurrencial, con la finalidad de obtener —para el caso de Ambev— o mantener —para el caso de Backus—, en el corto plazo, una significativa cantidad de consumidores de la plaza cervecera, resultaría siendo el ámbito publicitario.

En este orden de ideas y a manera de paréntesis en el desarrollo de los hechos del caso a analizar, destaca por su importancia aquello que cierto sector de la doctrina, refiere con relación a la finalidad del mensaje publicitario en sí. En tal sentido, se ha manifestado que la función de la actividad publicitaria estriba justamente en abrir las puertas del mercado a las mercancías y servicios de la empresa. La actividad publicitaria actúa a modo de eslabón que enlaza y pone en comunicación a la empresa con la gran masa de consumidores (...) junto a la finalidad informativa aparece en la actividad publicitaria una finalidad ulterior: persuadir al público para que compre los productos anunciados. Los anuncios y demás expresiones publicitarias albergan en su interior tanto comunicaciones puramente informativas como manifestaciones esencialmente persuasivas.

La persuasión del mensaje publicitario, particularmente en un entorno de competencia tal como el que empezaba a crearse entre las empresas comercializadoras de cerveza a finales del año 2004, podría haber resultado ser un “arma letal”, utilizada lícitamente, con la finalidad de “golpear” a un competidor —particularidad que potencialmente sí puede tener todo anuncio publicitario, lícito o ilícito respecto de las consecuencias económicas que acarrea en el mercado, sobre todo en

la persuasión de las decisiones de consumo que en éste se concretan. Por ello, el nuevo inquilino “pegó” uno de los golpes del naciente combate comercial, seguramente en una de las fibras más sensibles, que la percepción de los consumidores puede tener, en lo que atañe las ofertas de los concurrentes al mercado: el precio.

A través de anuncios publicitarios difundidos en medios tales como la televisión y los diarios, Ambev comenzó a informar a los peruanos, sobre su cercano e inminente ingreso en el mercado nacional de comercialización de cerveza. Sin embargo, la particularidad del mensaje de dicha empresa, no solamente se concentraba en informar acerca del inicio de sus actividades empresariales, sino que además presentaba un mensaje singular y sumamente efectista: “los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica”. A continuación se presenta el anuncio gráfico materia de la campaña publicitaria de la referencia, que fuera difundida por Ambev.

II.II.- La denuncia de Backus por presuntas infracciones a los mandatos de no engañar y de no denigrar, aplicables a la publicidad comparativa.

Como el lector podrá intuir, ante la difusión de los anuncios anteriormente descritos la empresa cervecera Backus, presentó una denuncia ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, la comisión), en contra de su par extranjero, debido a que consideró que a través de los anuncios mencionados, en los que se consignó la afirmación referida a que los peruanos pagaríamos la cerveza más cara de Sudamérica, se habrían utilizado cifras obtenidas mediante una metodología inadecuada.

En tal sentido, al decir de Backus, la información utilizada a efectos de realizar la afirmación denunciada debió sustentarse en la metodología de “paridad de poder de compra” en lugar de sustentarse en la metodología de “dólares corrientes” —utilizada por Ambev—, por ser, a su criterio, la mejor metodología para realizar una comparación de precios en distintos mercados. Según Backus, aplicando este método la afirmación “los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica” no habría sido cierta,

porque de haberlo hecho dicho producto hubiese resultado ser el cuarto más caro de los países comparados.

III.- Criterios de aplicación a la publicidad comparativa en la regulación publicitaria nacional.

La publicidad comparativa, es una de las modalidades a través de la cual los agentes de mercado, pueden ocasionar un daño lícito concurrencial a sus competidores. Dicha modalidad publicitaria se desarrolla, mediante la presentación de las bondades de los bienes o servicios ofrecidos por un agente en el mercado, frente a las carencias de los bienes o servicios que, en la misma plaza, ofrecen también sus competidores, con el objeto de persuadir a los consumidores de adquirir sus productos. La publicidad comparativa aparece caracterizada fundamentalmente por dos elementos. En primer lugar, en ella se hace referencia no solo a los productos o servicios propios de la empresa anunciante, sino también a los productos o servicios ajenos. En segundo lugar, la referencia conjunta, en la comunicación publicitaria, a los productos o servicios propios y ajenos tiene como finalidad primordial la de entablar una comparación entre éstos, comparación que produzca el efecto, directo o indirecto, de presentar las ventajas de los productos o servicios propios de la empresa anunciante frente a las desventajas de la empresa competidora”.

Al respecto, en esa línea de razonamiento, jurisprudencia recientemente emitida por los órganos resolutivos del Indecopi, ha permitido delinear diversas pautas para la interpretación y aplicación de las normas publicitarias a la publicidad comparativa en general. Entre éstas se encuentra, como eje principal, el precedente de observancia obligatoria desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C., tramitado bajo Expediente N° 051-2002/CCD. En

dicho caso, el órgano colegiado estableció, mediante el referido precedente, que la publicidad comparativa tiene dos elementos fundamentales que la caracterizan, que están constituidos por la referencia efectuada —la cual puede ser explícita o implícita—de manera conjunta e inequívoca, a la oferta propia y a la de uno o varios competidores determinados, y que aquella inequívoca alusión tiene por finalidad presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.

En tal sentido, resulta obvio que la utilización de la publicidad comparativa como herramienta de competencia por parte de los agentes concurrentes al mercado, busca evidenciar las posibles desventajas de aquellos bienes o servicios de un competidor que pugna por obtener la preferencia de los consumidores en la plaza, con la finalidad de generar en éstos —y consecuentemente, sobre dicho competidor—, una percepción negativa en comparación con la oferta que presenta el emisor de dicha publicidad comparativa.

Asimismo, en el referido precedente también se ha señalado que no será permitida aquella publicidad comparativa que, vulnerando el principio de lealtad publicitaria, carezca, en su integridad, de información objetiva en el mensaje comparativo que presenta al consumidor. Esto, cuando se presente centrándose, indebidamente, en la utilización de la reputación del competidor con la finalidad de presentar las ventajas de su oferta frente a las desventajas —a través de afirmaciones de imposible comprobación por su núcleo subjetivo— de la oferta del competidor.

Así, la utilización de comentarios u opiniones del anunciante —referidas, por ejemplo, a lo “delicioso” que le pueda parecer un producto frente a otro— no brindarán al receptor del mensaje publicitario elementos objetivos para que, luego de observar la comparación planteada en un anuncio, pueda tomar una decisión de consumo razonablemente adecuada a sus expectativas y a las reales características de los bienes o servicios que le ofrecen.

Por otra parte cabe señalar, que la publicidad comparativa deberá cumplir, con todos los principios que la regulación publicitaria nacional reconoce como aplicables a todo tipo de publicidad que sea difundida en el territorio peruano, tales como el principio de autenticidad o de legalidad, y particularmente los principios de veracidad y de no denigración.

3.4 Los proveedores de bienes y servicios y las agencias de publicidad

Tanto en Guatemala como en otros países, existen agencias de publicidad. Éstas intervienen únicamente en relación a los proveedores de bienes o servicios, con quienes se realiza un contrato de publicidad comercial, precisamente. Como es de conocimiento también, en el caso de la legislación nacional, no existen requisitos previos o muchas formalidades para que un contrato quede perfecto, especialmente porque también puede ser verbal. Es innegable también, y como se dijo anteriormente, la publicidad es un modo de comunicación o bien es uno de los medios que garantiza la toma de contacto entre empresario y consumidor.

Por ello es importante determinar, que existe una relación entre el sujeto emisor del mensaje publicitario; el anunciante, y el receptor del mensaje; un potencial consumidor, sin que aparezca la agencia de publicidad, puesto que con ésta, nada más existe un vínculo contractual, quizás semejante a uno que se refiera a contratación de servicios profesionales, entre los proveedores de bienes o servicio y éstos.

El anunciante emite un mensaje, con 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 que debe tener la característica de no faltar a la verdad y que 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 (supone una incitación al receptor del mensaje para que compre). Para que se vea satisfecha la finalidad de la publicidad comercial, el receptor

ha de tener un determinado comportamiento consistente en la búsqueda de la oferta para la perfección de un contrato.

Desde el momento en que se emite el mensaje publicitario, aparece una relación entre los sujetos partes (vendedor-consumidor). Sin embargo, no existe un vínculo jurídico entre las partes, hasta que no se haya perfeccionado un determinado contrato. Por ello, se debe preguntar si la publicidad es una autentica oferta de contrato (cuya aceptación daría lugar al nacimiento de un contrato) o si, por el contrario, es una simple invitación a negociar. La primera toma de contacto entre vendedor y consumidor se produce, en la mayoría de las ocasiones, como consecuencia de la publicidad comercial y a partir de aquí se desencadena una relación que puede finalizar en un negocio jurídico de compraventas, etc.

Ahora bien la oferta, es una propuesta de contrato que una persona hace a otra, es una proposición seria de realizar un contrato dirigida a una persona determinada o a un colectivo, es una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación. Atendiendo a esto, la oferta es en primer lugar una declaración de voluntad unilateral que contiene todos los elementos del contrato y que el oferente emite con una seria intención de obligarse y dar a conocer al destinatario. En la oferta, el emisor oferente transmite un mensaje con un marcado carácter informativo y con una clara voluntad de contratar. La finalidad del oferente será satisfecha si el receptor del mensaje acepta la oferta, momento en el cual se produce la perfección del contrato.

Es este el punto de conflicto entre la publicidad y la oferta, pues la determinación de un mensaje transmitido como oferta o como publicidad, dará lugar a una relación jurídica totalmente distinta. La finalidad de la publicidad comercial no es, en sí, la perfección de un contrato; sino que es fomentar directa o indirectamente la perfección de ese contrato. Esta finalidad esencial de la publicidad comercial, la sitúa de lleno en el

ámbito propio de la fase precontractual del futuro contrato, como señala Díez Picazo,¹⁴ citando a la doctrina tradicional, se trata de una invitatio ad offerendum. Mientras que la aceptación de la oferta supone el inicio de una relación contractual, el mensaje publicitario se sitúa siempre en una fase precontractual.

Sin embargo, no podemos negar que la publicidad cumple una función fundamental, en la formación del consentimiento contractual por el carácter informativo de la misma, a través del cual se conocen determinadas características del producto o servicio que se ofrece. El consumidor adquiere ciertos conocimientos, datos en los que se añan ciertas condiciones de objetividad necesarias para ser calificados de informativos, junto con la opinión de quien desea comercializar sus productos. El carácter informativo de la publicidad ha supuesto que en ocasiones sea difícil diferenciar claramente cuando nos encontramos ante publicidad comercial y cuando ante una verdadera oferta de contrato. Esta situación se agrava en la contratación electrónica y ello porque el medio utilizado para la publicidad es el mismo medio que en el que se producirá la contratación.

La publicidad, retomando lo dicho anteriormente, implica la manifestación del ejercicio de un derecho por parte del vendedor. Por lo que el publicista goza de plena libertad en el ejercicio de su derecho, siempre que no viole otros derechos reconocidos en las leyes. En este precepto se señala ilícita la publicidad engañosa, desleal, subliminal, a la cual no deben estar expuestos los contratos de publicidad que se celebren entre las agencias de publicidad y los interesados en dar a conocer su producto o servicio.

Con la intención manifiesta de no solo dar a conocer los productos o sus servicios, se evidencia de que trae consigo, en caso recaiga en un tipo de publicidad abusiva, engañosa o subliminal que constituye también, características de las desviaciones publicitarias, es que se debe sancionar incluso penalmente. Con esto se

¹⁴ Citado por Vladimir Aguilar. **El negocio jurídico**. Pág. 63

está protegiendo de un modo especial a los consumidores, que formarán su consentimiento de acuerdo - entre otras cosas - con la publicidad; y al libre mercado, de modo que la libertad de expresión no atente en ningún caso contra la libre y leal competencia.

Esta limitación en la libertad de expresión, no puede confundirse con el deber de información que tiene el vendedor y al que se refiere la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. El deber de información está presente, como un medio eficaz para restablecer la igualdad entre los contratantes, proporcionando al consumidor un conocimiento suficiente sobre las características esenciales del contrato, que contribuyan a formar un consentimiento ausente de vicios. De este modo, el deber de información del vendedor se configura a su vez como un derecho a la información de los consumidores, y se relaciona sin duda vía indirecta con el principio de veracidad publicitaria pero con un matiz diferente. No se hace referencia a que la publicidad tenga que contener toda la información que implique necesariamente gastos extras en la publicidad del proveedor de bienes o servicios, sino que el mensaje transmitido sea apegado a la veracidad de la publicidad del caso, y esto se determinará en atención a la posible confusión entre los datos dados en la misma y la realidad, teniéndose en cuenta la información obligada que conste en los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios.

Por último, los criterios para distinguir una publicidad que pueda inducir a error, debe comprender la valoración de elementos como la entidad y características de la empresa, su posición en el mercado, el valor de la información para la competencia, las características de los productos, el medio de difusión empleado. Algo importante de señalar y lo que se ha establecido como parte de la jurisprudencia española es que esta ha seguido la línea de los tribunales alemanes, y ha destacado el siguiente criterio: para determinar el sentido y efecto de un anuncio, no deben emplearse exclusivamente criterios gramaticales o filológicos. De este modo, el anuncio induce a error si la mayoría de los consumidores entienden la alegación en sentido distinto al gramatical. El anuncio debe ser imputado al empresario anunciante tal y como lo interprete el público

destinatario del anuncio, acudiendo al criterio del consumidor medio, lo cual fácilmente es comprensible con la realidad nacional y con el principio de trato preferente a los consumidores o usuarios, por considerar que son la parte más débil económica o materialmente hablando de las relaciones que suscitan entre éstos y los proveedores de bienes o servicios.

3.5 Análisis de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario

Como se evidenció en el capítulo II, existen normas generales que tratan los aspectos que entre los derechos de los consumidores, se encuentra el de información y publicidad. El Artículo 18, establece: Información básica. Se considera básica la información relativa a las características de los bienes y productos, así como sus medidas, composición, peso, calidad, precio, instrucciones de uso y riesgos o peligros que represente su consumo o uso, condiciones de pago y garantía, fecha de fabricación y vencimiento, consignadas en etiquetas, envolturas, envases y empaques, la cual deberá ser veraz, exacta, clara y visible, consignada en idioma español o a través de la simbología internacionalmente aceptada, en moneda nacional y con las unidades de medida que correspondan.

Respecto a la información o publicidad, se encuentra la obligatoriedad de exhibir los precios. Al respecto el Artículo 19 indica: Exhibición de precios. Los establecimientos comerciales deberán contar y poner a disposición del consumidor, la información de los precios finales de todos los bienes y servicios que ofrecen. De acuerdo al tipo de actividad, dicha información deberá colocarse de manera visible al público expresada en quetzales, moneda nacional.

Otro aspecto que tiene relación con la publicidad y algunas prohibiciones que señala la ley es la publicidad engañosa, aunque no dice nada de la publicidad abusiva, la publicidad subliminal, como se regula en otras legislaciones, tal como se verá más adelante en este análisis. Sin embargo, respecto a la publicidad engañosa, el Artículo 20 indica: Publicidad engañosa. Se prohíbe la publicidad engañosa que induzca al

consumidor o usuario a error mediante ardid o engaño, para defraudarlo en su patrimonio en perjuicio propio o de tercero.

Se puede observar también de que respecto a la publicidad engañosa, no se define técnicamente y no señala los supuestos en que pueden caer los proveedores para que se produzca la publicidad engañosa, es por ello que se considera, que esa ambigüedad puede ser perjudicial en la interpretación para el consumidor o usuario y ser manipulado por el proveedor de bienes y servicios.

3.6 Repercusiones de las desviaciones publicitarias y necesidad de su protección estatal

En primer lugar, es importante señalar que se suscitan y son permisibles las desviaciones publicitarias, porque los consumidores o usuarios no hacen uso de sus derechos que están plasmados en las leyes para promover denuncias y reparación de los daños y perjuicios consiguientes.

Esto también, amerita el análisis de que estas circunstancias aunque están regladas adecuadamente, resulta muy difícil que se susciten, aunque de hecho si sucede, pero con menor índice, en países desarrollados, puesto que el nivel cultural de éstos, amerita que los consumidores o usuarios no se deben engañar y en todo caso, existen organizaciones de consumidores y organizaciones de usuario bastante fortalecidas y con un gran empuje político que trasciende a obligar a los Estados a intervenir. Esto no sucede en el caso de Guatemala, que al describir cada uno de los aspectos que comprende las desviaciones publicitarias que se señalan a continuación, puede que se suscite, y quien escribe, ha tenido experiencia con algunas, sin embargo, la población no dice nada, y esto se deja manejar por parte de consumidores o usuarios en estos tipos de publicidad.

Por otro lado, como se ha evidenciado la legislación guatemalteca, en la materia como lo es la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, no es efectiva en ese sentido,

y en términos populares, se ha quedado corta al respecto, lo cual lógicamente trasciende en perjuicio de la sociedad guatemalteca.

Es responsabilidad de los consumidores o usuarios, tomar nota de que debe mantener una actividad crítica frente al consumo indiscriminado, irreflexivo e impulsivo. También, debe mantener una actitud solidaria frente a la trasgresión o lesión de los derechos de los consumidores, y participar en las organizaciones de consumidores o de usuarios, aunque no este afectado directamente de determinados perjuicios que se deriven de las relaciones comerciales. Debe mantener un comportamiento activo: denunciar, reclamar, pedir explicaciones, aportar sugerencias... y debe pedir los documentos que demuestren la compra efectuada (factura, contrato, ticket. etc., con lo anterior, se quiere decir, que debe mantener un papel más activo en lo que sucede en el mundo del consumo y tener conciencia de su papel como consumidor y que como lo dice en su refrán la DIACO, su decisión es el poder de compra.

3.7 Tipos de desviaciones publicitarias que existen

3.7.1 Falsedad o engaño en el mensaje¹⁵

El principio general que rige la información y con ella la comunicación comercial, es que todo aquello que se diga debe ser verdadero y no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engañosa que le es transmitida y al competidor del desvío de su clientela mediante mecanismos indebidos.

El principio de veracidad mencionado debe ser entendido dentro del contexto general de transparencia que persiguen las normas que afectan la publicidad, en las que la descalificación de una actuación se concreta en la capacidad que tiene el

¹⁵ Ramírez Aguilar, Luís. **Publicidad engañosa en el derecho de consumo**. Consulta electrónica Internet www.goesjurídica.com.html. Día de consulta: 28-6-2008.

mensaje para engañar al destinatario del mismo. En tal sentido, el elemento que caracteriza las conductas reprobadas es el engaño y no simplemente el enfrentamiento de una afirmación o una imagen con una realidad, pues como se verá, existen mensajes que siendo literalmente ciertos inducen a engaño y mensajes que a pesar de que objetivamente no pueden ser comprobados, no afectan la percepción real de un producto.

Es importante resaltar que el consumidor es bastante vulnerable al engaño, toda vez que por lo general confía en que el mensaje que se transmite, a pesar de no ser neutral, es cierto.

Algunas de las razones que explican la confianza del consumidor en la veracidad de los mensajes son las siguientes:

- a) El consumidor asume que aquellas afirmaciones que se realizan, están respaldadas por el conocimiento pleno que el anunciante tiene las características de su producto, de forma tal que si el producto no ofreciera la ventaja que se anuncia, el oferente no se expondría a que el consumidor descubriera el engaño y no volviera a comprar el producto.
- b) El consumidor asume que durante el desarrollo de los productos, se han realizado investigaciones que respaldan las características que se anuncian.
- c) El consumidor no cuestiona la seriedad de aquellos productos, marcas o anunciantes que gozan de reconocimiento o recordación (grandes marcas y compañías).

El mensaje es literalmente falso, cuando las afirmaciones objetivas que se hacen se apartan de la realidad del producto, servicio o hecho al que se refieren y por tal razón no pueden ser comprobadas. Ejemplo de lo anterior, es un comercial en el que se

afirma que el producto que se ofrece no tiene azúcar, cuando la realidad es que sí la tiene.

En estos casos, basta con que se verifique la falsedad de la afirmación o la imposibilidad del anunciante para probar el contenido de la misma, para que el mensaje sea descalificado, pues tratándose de afirmaciones, imágenes o hechos objetivamente contrarios a la realidad, el engaño que sufre el consumidor es una consecuencia directa de la falsedad.

También existen mensajes de productos que son ciertos pero engañosos y esto, porque es posible que una afirmación literalmente sea cierta y transmita al consumidor un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia, o el del competidor, capaz de inducirlo a engaño. En este evento el mensaje debe ser catalogado como engañoso, toda vez que lo que prima es el engaño que sufre el consumidor.

Lo anterior se explica por las siguientes razones:

- a) El fin primordial que persiguen las normas sobre engaño, es prevenir al consumidor del error al que puede ser inducido como consecuencia de los mensajes que recibe. Así, a pesar de que el análisis del contenido de una afirmación puede ser objetivamente verdadero, la forma como es expuesto conduce al consumidor a una percepción distorsionada del producto que se ofrece.
- b) El análisis de un anuncio, debe hacerse en su conjunto y dentro del contexto en el que se presenta. En tal sentido, no es correcto analizar afirmaciones sueltas y descontextualizadas, toda vez que el consumidor no decodifica el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo que transmite una idea central, siguiendo una misma línea de argumentación. Ejemplo de lo anterior, es un comercial en el que se presentan dos productos resaltando las características

del anunciado (que son ciertas), sin decir nada del competidor, que en realidad es un producto superior. En este casos, las afirmaciones objetivas respecto del producto anunciado son ciertas y comprobables; sin embargo el mensaje que recibe el consumidor es más extenso, pues asume que el producto anunciado es superior al enfrentado, lo cual no es real. A pesar de que el anunciante literalmente hace una afirmación cierta y no dice nada falso respecto del producto anunciado o el del competidor, el mensaje en su contexto engaña al consumidor, pues presenta al producto anunciado como superior, sin que esto corresponda a la realidad.

3.7.2 La publicidad abusiva y publicidad engañosa

En términos generales, se puede entender por publicidad abusiva la que no solo comprende dar a conocer el producto y de las bondades y beneficios que obtendrá el consumidor o usuario por su compra, y que eso debe ser veraz, sino que como un aditivo es aquella que tiene el carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, la que la incite a la violencia, explote el miedo, aproveche la falta de madurez y credibilidad del receptor, especialmente a niños, la que infrinja valores ambientales o sea capaz de inducir al receptor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud física o mental, su seguridad personal o contra su patrimonio económico.

Es "Aquella que afecta a la dignidad de la persona, sus valores y derechos o agreda los valores ambientales". Por su parte, la Delegación de Argentina, en principio, acuerda con la definición dada por la Delegación del Brasil que dice: "Es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza o que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juzgamiento y de la inexperiencia de los niños, que no respete valores ambientales, o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad". La Delegación Argentina declaró que no está de acuerdo en la fórmula amplia cuando la definición dice: "entre otras" y que en vez de "valores ambientales" se

pronuncia en favor de acortar dicho concepto a la publicidad que "no respete la legislación de defensa ambiental".¹⁶

Ahora, en el caso de la publicidad engañosa, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, el Artículo 20 indica: Publicidad engañosa. Se prohíbe la publicidad engañosa, que induzca al consumidor o usuario a error mediante ardid o engaño, para defraudarlo en su patrimonio en perjuicio propio o de tercero. Con lo anterior, a juicio de quien escribe, no se está diciendo nada y comprende, de que se refiere a que haya mediado engaño y que ello, haya inducido a error lo cual produjo un perjuicio al comprador o consumidor o bien usuario. Sin embargo, como se dijo anteriormente, esta ley no regula lo relativo a la publicidad abusiva, que podría comprender uno de los más importantes aspectos de las desviaciones publicitarias, así como el caso de la publicidad subliminal, de la cual se hablará más adelante.

Entonces es importante diferenciar, entre la publicidad abusiva y la publicidad engañosa. En cuanto a la primera, se refiere a toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor, a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud, seguridad personal y colectiva. Adicionalmente también se debe considerar como publicidad abusiva, toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales, aunque como se dijo, esto podría ser independiente de otro tipo de publicidad, que debe regularse también con las variantes que se suscitan en la realidad y que forman parte de ésta.

En el caso de la publicidad engañosa, se refiere a toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario, a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o

¹⁶ Mercosur. **Comité técnico de defensa del consumidor**. Acta 07-1995.

indirectamente, e incluso omitan datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor y que como consecuencia de ello, se produzca un perjuicio que debe ser reparable no solo moral sino materialmente.

A continuación se describen dos casos procedentes de Costa Rica, en donde ya se ha sentado jurisprudencia en el caso de la publicidad engañosa.¹⁷

Caso N°1

86-2001 Actor: Lic. Alejandro Batalla Bonilla.

Demandado: Omar Rivera Mesén. Cas 290

86-2001 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II Circuito Judicial.

San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintitrés de marzo del dos mil uno.

Proceso contencioso administrativo-especial del Consumidor -,establecido por Cinta Azul Sociedad Anónima, representada por su Secretario con facultades de apoderado generalísimo, Tomás Arturo Batalla Esquivel, cédula de identidad número uno - quinientos tres - novecientos setenta y nueve, contra el Estado, en la persona del Procurador Adjunto, Omar Rivera Mesén, cédula de identidad número uno - seiscientos seis - ciento veintinueve. Interviene además, en su carácter de apoderado especial judicial de la actora, Alejandro Batalla Bonilla, vecino de San Ramón de Tres Ríos, cédula de identidad número uno - quinientos veinticinco - ciento ochenta y seis.- Todos son mayores, casados, abogados y con la excepción dicha, vecinos de esta ciudad.

RESULTANDO:

1º.- Que de cuantía inestimable, con fundamento en los hechos y citas legales que indica, la presente demanda es para que en sentencia se declare "(...) la nulidad absoluta de las resoluciones de las 9:55 Hrs. del 11 de febrero de 1998 mediante la cuál (sic) se tomó el voto número 1631-98, y de las 9:10 Hrs. del 17 de junio de 1998 mediante la cuál (sic) se tomó el voto 1948-98, que rechazó el recurso de reposición. En

¹⁷ Rincondelvago. **La defensa del consumidor en Costa Rica**. Consulta Electrónica Internet. www.goesjuridica.com.html. Rincón del Vago, día de consulta: 28-6-2008.

subsidio solicito se declare la nulidad relativa de los actos impugnados. Solicito se conde (sic) al Estado al pago de daños y perjuicios sufridos por mi representada, daños y perjuicios cuya naturaleza, origen y la cuantía fueron señalados en los hechos Décimo tercero y décimo cuarto de esta demanda. Finalmente solicito se condene al Estado al pago de las costas personales y procesales del presente proceso”.

2º.- Que el Estado se opuso a las pretensiones de la demandante e invocó las defensas de falta de derecho y la genérica de sine actione agit.-

3º.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de rigor sin que se noten causales de nulidad capaces de invalidar lo actuado.

Esta sentencia se dicta dentro del término de ley.

CONSIDERANDO:

I.- Que de importancia, para la solución de este asunto, el Tribunal tiene por demostrados los siguientes extremos:

a.- Que la empresa actora, en enero de mil novecientos noventa y siete y con una duración de tres semanas, lanzó una promoción de los productos que elabora, en los que se indicaba que se incluía una unidad más en cada paquete de los alimentos preenvasados: salchichitas, salchicha, jamón, jamonada, salame, etcétera (hecho tercero de la acción, aceptado en ese sentido por el demandado, folios 34 vto. y 50 fte. del judicial).

b.- Que el veintiocho de enero de mil novecientos noventa y siete, la señora Ana Barguil, cédula de identidad número tres - trescientos treinta y seis- seiscientos setenta y tres, interpuso denuncia ante la Comisión Nacional del Consumidor contra la aquí demandante (folios 1 y 2 del administrativo).

c.- Que la Unidad Técnica de Apoyo, en resolución de 15 horas 50 minutos del 29 de enero, notificada el 20 de febrero, ambos meses del año citado, previno a la Oficina Nacional de Normas y Medidas del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, verificar los hechos denunciados (folios del 4 al 8 del administrativo).

d.- Que la Coordinadora de la Oficina Nacional de Normas y Unidades de Medida, mediante oficio número ONNUM-567 de 12 de mayo de 1997, manifestó, que en la inspección realizada en Super Mercados Rayo Azul, Cartago Centro, “(...) en la

actualidad no tenían ninguna promoción (+1) (...)” y adjuntó el acta respectiva (folios 17 y 18 del administrativo).

e.- Que mediante oficio de 26 de junio de 1997, la denunciada adjunta “control estadístico de proceso”, incorporando una serie de elementos tales como: variable aleatoria discreta y continua; medida aritmética, desviación, Estándar, concepto de probabilidad; distribución normal y recolección y procesamiento de datos. Realiza un cuadro comparativo de los diferentes tipos de productos que distribuye en cuanto a pesos promedios en gramos, en producción normal y en la fecha de la promoción que detalla así: Bologna 152, promoción en enero 171.0; Jamón 152, promoción 170.0; Salchicha 247, promoción 290.0 y Jamonada 152, promoción 179.0 (folios del 22 al 28 del administrativo).

f.- Que en acta levantada a las trece horas veinticinco minutos del dos, notificada a las partes el diez, ambos días de julio de mil novecientos noventa y siete, en presencia de los licenciados Sergio Mena García y Flor Ivette Vargas Castillo, Giselle Monte Soto y Jenory Días Molina, de la Unidad Técnica de Apoyo, se procedió a abrir dos paquetes sellados de “salchichitas”, marca Cinta Azul, aportadas por la denunciante, las que se tuvieron a la vista en la audiencia oral y privada. El primero en presentación normal tenía treinta y nueve “salchichitas” y el segundo, con la etiqueta roja de oferta, treinta y siete, todas del mismo tamaño (acta y notificaciones, folios del 34 al 40 del administrativo; hecho cuarto de la demanda, contestado afirmativamente en este aspecto, folios 34 vto., 50 y 51 fte. del judicial);

g.- Que la audiencia oral y privada se llevó a cabo a las once horas veinticinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y siete. Estuvo presente la denunciada, no así por parte de Rayo Azul ni la denunciante (folios del 56 al 60 del administrativo).

h.- Que el señor Dennis Aguiluz Milla, funcionario de Cinta Azul Sociedad Anónima manifiesta, que los anuncios lo que estaban ofreciendo como promoción durante tres semanas, era una rebanada o una salchicha más. Se utilizó el mismo empaque, con una calcomanía indicando la oferta (mismo elemento probatorio).

i.- Que el señor Rommel Benavides Granados, testigo de la demandante, indica en su declaración, que él maneja la parte de calidad de los embutidos. Que el peso declarado viene siendo el mismo diferenciándose el contenido del paquete y que el procedimiento

utilizado es el siguiente: en planta se informa que en un determinado período se va a dar una promoción y se les expone en una pizarra lo que deben hacer. Asimismo, que el rebanado se hace automáticamente por una máquina, mientras que en el caso de las salchichas el proceso es manual, determinando la cantidad de salchichas de conformidad al peso declarado 300 gramos, y en algunas oportunidades deben incorporarse más unidades porque no llegan a ese peso. Expresa, que el control estadístico tiene aproximadamente dos años y es realizado por los operarios encargados del empaclado y que el peso que viene en los paquetes de oferta es superior al declarado; en la publicidad no se está ofreciendo más gramaje sino un adicional, sea un producto más (rebanada o salchicha); la etiqueta siempre fue con un peso mínimo de 240 gramos, pero el beneficio fue recibido por el consumidor al obtener una salchicha más y desde luego, un peso superior (declaración a folios del 56 al 60 del administrativo).

j.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1631-98 de 9 horas 55 minutos del 11 de febrero, notificada el 28 de abril, ambos meses de 1998, declaró a la denunciada responsable de violación al artículo 31 inciso c) y 34 de la Ley número 7472, y ordenó, que en el plazo de diez días, procediera a rectificar la publicidad, costearla y divulgarla por el mismo medio y forma empleado, en los siguientes términos: que el producto salchicha cóctel, durante la oferta cuestionada no se adicionó una unidad más y, dado el riesgo para la seguridad de los consumidores, publicar la sanción impuesta (resolución y notificaciones, folios del 68 al 72, del 76 al 81 y del 85 al 89 del administrativo; hecho primero de la demanda aceptado por el Estado, folios 34 fte. y vto. y 49 del judicial).

k.- Que mediante resoluciones de la Unidad Técnica de Apoyo de 13 horas del 1° de abril de 1998, y 10 horas del 19 de mayo de 1998, se hizo a la empresa las dos intimaciones (folios 73, 75, 107 y 108 del administrativo).

l.- Que mediante libelos recibidos el 26 de mayo y el 17 de junio, ambos de 1998, la empresa presentó suspensión del acto administrativo de sanción, sin que conste que haya sido resuelto (folios 117 al 120 y 124 y 125 del administrativo).

m.-Que por escrito recibido el 8 de junio, la empresa formuló recurso de reconsideración, rechazado en pronunciamiento número 1948-98 de 9 horas 10 minutos

del 17 de junio, notificado el 26 de ese mes (folios del 121 al 123 y del 127 al 143 del administrativo; hecho segundo contestado afirmativamente, folios 34 vto. y 50 del judicial).

II.- Que para efectos de clarificar su pretensión, la demandante en primer término, procede a hacer un comentario respecto a la forma en que se envasan los productos alimenticios que elabora. Indica, que se desarrolla con máquinas llenadoras con una pesa y cada vez que el paquete o envase llega al marcado de detiene. Sigue, que al tratarse de unidades y no de líquidos, no es posible para ciertas herramientas, establecer el contenido exacto de cada paquete, y en razón de lo cual, aunque el peso sea siempre de 300 mg., puede ser que unos contengan únicamente 35 unidades y otros 40. Para la oferta, según su dicho, las máquinas fueron calibradas para que una vez alcanzada la masa, introdujera una unidad adicional, resultando obvio, que si el producto estaba expresado por su peso, el acta que levantó la Unidad Técnica de Apoyo, debió, como mínimo, tomarlo de los dos paquetes para determinar, si el de promoción contaba o no con una unidad más del peso declarado. Insiste, en que la muestra se levantó en abierta violación de todas las reglas que regulan su recopilación, al no contar con un carácter representativo de un determinado grupo, ya que al menos, debieron "muestrearse" diez unidades. En virtud de lo anterior, invoca tres vicios de los actos impugnados. El primero, se refiere a la inexistencia del motivo del acto, basándose para ello, en el numeral 133 de la Ley General de la Administración Pública, desde que la Administración no pudo legalmente tener por demostrado, que su representada hiciera propaganda engañosa, al no tomar el modelo en forma legal ni pesar el producto, a su entender, única forma de establecer si había una unidad más en cada paquete por lo que concluye, no existe en la realidad el motivo del acto administrativo y al constituir un elemento esencial, está viciado de nulidad absoluta por falta de un elemento.

En segundo lugar, aduce violación al derecho de defensa, al no valorarse la prueba aportada y que consistía en el control estadístico del proceso elaborado por el licenciado Romel Benavides, Gerente Técnico de la empresa. Insiste, en que este derecho no está limitado a otorgar al particular la posibilidad de ofrecer sus pruebas, sino la obligación que tiene la Administración de hacer un análisis detallado para

valorarla, lo que se demuestra con el hecho de que las resoluciones combatidas no realizaron ningún tipo de análisis sobre los argumentos expresados. Por último, acusa violación al contenido del acto. Expone, que al obligarla a publicar la sanción, se provoca un doble castigo desautorizado por el Ordenamiento Jurídico, salvo que, atendiendo al riesgo para la seguridad de los consumidores, sea necesario. Tomando en cuenta que su representada sí incluyó una unidad más en cada paquete - alega, que aún asumiendo que no lo hubiere realizado, se pregunta ¿Qué riesgo para la seguridad de los consumidores se puso en peligro?; aparte de que, cuando se inició el procedimiento administrativo, la oferta ya no estaba vigente y por ende, no se encontraban productos en el mercado, por lo que argumenta, el contenido del acto es absolutamente ilegal, por desviación de poder, ya que es utilizado por la Comisión Nacional del Consumidor como una pena de exhibición ante el público.

III.- Que por su parte, el personero estatal puntualiza, que tal y como se demostró en sede administrativa, la campaña publicitaria lanzada por la actora ofrecía un producto más en cada paquete de embutidos, lográndose acreditar lo engañoso de la oferta; al abrirse dos paquetes de “salchichitas”, el de la promoción contenía dos unidades menos que el de presentación normal.

Por otra parte, indica, los personeros de la demandante insistieron, que en ningún momento ofrecieron aumento de peso sino una unidad más, cuando por el contrario se demostró la falsedad de lo dicho, por lo que incurrieron en publicidad engañosa. En sede judicial - expresa -, se centra la defensa alegando, que en realidad lo ofrecido fue una unidad más de producto por encima del peso de las presentaciones normales, sin corresponder a lo publicitado en la campaña lanzada. Quedó claramente demostrado - refiere -, que los consumidores adquirentes del producto en oferta no recibieron beneficio alguno, sino que fueron lesionados sus derechos desde que de la muestra tomada por las instancias administrativas, se determinó, que los de la promoción contenían menos cantidad que los de presentación normal. Existió motivo legítimo - aduce -, aparte de que la prueba aportada y argumentos de descargo fueron debidamente valorados e incapaces de desvirtuar lo engañoso de la publicidad. Las manifestaciones de la demandante, indica, son contradictorias, ya que en sede administrativa - en la audiencia oral y privada -, fueron insistentes al alegar que nunca

se ofreció más “gramaje” sino una unidad de más. Rebate lo invocado como violación del contenido del acto. La obligación de comunicar en un medio de comunicación social está amparado en el artículo 34 de la Ley de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, con independencia de lo establecido por el numeral 57 ibídem, y el hecho de que al momento de dictarse la sanción haya desaparecido del mercado la oferta, no constituye justificación válida para dejar de publicar la pena impuesta. Por último, en lo que se refiere al cobro de daños y perjuicios, manifiesta, es totalmente improcedente. La actora, dice, omitió establecer cuáles son, carecen de individualización y estimación, así como tampoco determinó la necesaria relación de causalidad entre las resoluciones de la Administración y los reclamados, por lo que pide su rechazo de conformidad con los artículos 290 inciso 5) del Código Procesal Civil y 196 de la Ley General de la Administración Pública.

IV.- Que a pesar de que en la especie no se está invocando la falta de debido proceso por parte de la Administración, tal y como lo mandan los numerales 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, sí se está acusando, la violación al derecho de defensa y por ello, aunque de manera general, se debe indicar, que se realizó la comparecencia oral y privada ante la Administración, se admitió y recibió toda la prueba propuesta y los alegatos pertinentes, en presencia de la denunciada. Esto, en virtud del principio de que, la parte citada cuenta con la obligación de ofrecer sus argumentos, obtener su admisión y trámite, pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, formular preguntas y repreguntas, aclarar, ampliar o reformar su petición de defensa, proponer alternativas probatorias y formular conclusiones.

Analizada que ha sido la comparecencia llevada a cabo, se llega al convencimiento, de que se cumplieron los requerimientos de la ley: se le citó con la antelación debida para la comparecencia, ofreció la documental y testimonial, esta última evacuada en aquel momento, y esto permite concluir, de que el debido proceso fue observado, en aras del cumplimiento de uno de sus principios cardinales que se amparan en él: oportunidad de que deben gozar las partes para que sus probanzas sean atendidas, analizadas y tomadas en consideración en la resolución final (artículos 39 de la Constitución Política, 218, 297-2, 300, 309, 312 y 317 de la Ley General de la Administración Pública).

El hecho de que no se haya dado relevancia al “Control Estadístico”, levantado por el licenciado Rommel Benavides, Gerente Técnico, no puede catalogarse de indefensión, sino que con él, no se logró desvirtuar lo denunciado, por referirse a aspectos generales sobre la elaboración de los diferentes productos y no, respecto de la propaganda efectuada.

V.- Que el problema suscitado dentro de este proceso, tal y como ha quedado descrito, se circunscribe, a que la actora, durante tres semanas realizó una promoción en la que se ofrecía, dentro de los productos que fabrica, incluir una unidad más - rebanada o salchicha -. Puesta la denuncia por una consumidora, a la que adjuntó dos empaques de salchichitas, se comprobó que la de oferta contenía dos unidades menos que la de presentación normal, lo que provocó, que se sancionara a la empresa con la obligación de publicar en un medio de circulación social, la medida impuesta y dentro de estos aspectos es que dicta el pronunciamiento del caso.

VI.- Que la Constitución Política estipula que los consumidores tienen derecho a la protección de salud, seguridad e intereses económicos, precepto desarrollado en el artículo 1° de la Ley de Protección al Consumidor, en cuanto establece, que “El objetivo de la presente Ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones necesarias para las actividades económicas”. Para ello, fue creada la Comisión Nacional del Consumidor, quien ostenta potestad sancionatoria administrativa, de oficio o por denuncia, para castigar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comerciante, respecto de las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan, innecesariamente, la fluidez del mercado - artículo 18 -. Este cuerpo normativo concede derechos a los consumidores. Así, el ordinal 29 inciso c), obliga a que tengan “(...) acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio (...)”, lo que se reitera en el artículo 31 inciso b), cuando dispone, que los comerciantes deben “(...) Informar, clara, veraz y suficientemente, al consumidor, de todos los

elementos que incidan directamente en su decisión de consumo. Debe informar sobre la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, cuando corresponda (...). El incumplimiento de tales deberes, configura de forma automática, infracciones susceptibles de ser sancionadas al margen de la existencia o no de un daño concreto.

VII.- Que dentro de esta misma tesitura, han de determinarse, entonces, cuáles son las penas a imponer cuando la información brindada, no se ajusta a los parámetros fijados por la ley. El artículo 34 del cuerpo normativo citado en lo que interesa indica: “La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor (...) Al productor o comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados”.

VIII.- Que en primer término, y en virtud de que la demandante alega que las muestras no se hicieron tal y como lo manda el Decreto Ejecutivo número 25234-MEIC, publicado en el Alcance número 38 a la Gaceta número 124 de 1° de julio de 1996, esto es lo que analiza el Despacho. Ciertamente, existe todo un procedimiento establecido en la ley, en defensa del consumidor, que se impone a quienes comercian con diferentes clases de productos, en el que se estatuye el método para muestrearlos. De la lectura del artículo 58 del citado Decreto se tiene, que para velar por el correcto cumplimiento de la ley y el reglamento, se pueden realizar inspecciones administrativas, con el propósito, según lo manda, el numeral siguiente - 59 -, para: ejercer control de precios y porcentajes de utilidad; verificar el correcto estado de pesas, medidas, registradoras y demás instrumentos de medición empleados por los comerciantes; velar porque los precios estén debidamente actualizados en bienes y servicios; instruir a quienes comercien con bienes y servicios sobre la correcta aplicación de la ley y el reglamento; verificar que los productos cumplan con las normas y reglamentaciones relativas a la salud, el ambiente, la seguridad y la calidad, entre otros. Para cumplir con este deber, el artículo 90, “Toma de muestras”, estatuye, que “Los comerciantes están igualmente

obligados a permitir en forma gratuita, la toma de muestras de los productos para verificar la calidad o la exactitud de la información suministrada al consumidor, mediante muestreos preliminares y muestreos estadísticos. Las muestras deberán ser tomadas de modo razonable, en la cantidad mínima necesaria (...) Para el muestreo preliminar se tomarán cinco unidades de cada presentación del producto y para el muestreo estadístico, se tomará el tamaño de muestra especificado (...) Las muestras serán tomadas en tres tantos y colocadas en recipientes sellados, sobre los cuales colocarán sus firmas y sellos tanto el funcionario responsable como el representante del establecimiento que asista al acto. Uno de estos tantos será sometido a análisis en los laboratorios de la ONNUM; otro deberá quedar en poder del comerciante, quien podrá someterlo a sus propios análisis; el tercer tanto quedará en custodia de la ONNUM y se empleará para el caso de que surja desacuerdo sobre los resultados de los primeros dos. Este último resultado será definitivo (...)”. Luego de la deliberación de rigor, el Tribunal llega a la conclusión de que la supra citada norma, no puede servir de sustento al caso concreto, por lo que de seguido se indica. Lo ahí establecido es de aplicación específica para actuaciones oficiosas de la Comisión del Consumidor. En otros términos, en una “inspección administrativa” que requiera de muestras, sin duda alguna, debe elaborarse de conformidad con los métodos establecidos, mas en circunstancias como la que se analiza, en que existió una promoción por un tiempo corto - tres semanas -, es imposible cumplir con esos requerimientos, máxime que cuando la denuncia se interpuso , la oferta al público ya había vencido, por lo que era imposible para la Administración tomar las muestras de la manera en que se indica, y por ese solo hecho, mal se haría en desestimar una acusación en la que se aportaron, al menos, dos paquetes de productos en diferente presentación: de oferta y corriente. En todo caso, el Tribunal concluye, que este ordinal no es de aplicación para el caso de denuncias específicas sino para actuaciones de oficio, y el argumento esgrimido en este sentido debe ser rechazado.

IX.- Que en consecuencia, debe analizarse, si Cinta Azul Sociedad Anónima incumplió con lo que ofrecía en la promoción y si la sanción impuesta se ajusta a lo mandado por la ley, no sin antes dejar claramente establecido, que para tomar la decisión, se desecha el argumento de que lo resuelto por la Administración debe dejarse sin efecto

por no haber pesado, los productos presentados. Esto, en virtud de que, efectivamente, la promoción no ofrecía más peso en la presentación de oferta, tal y como en sede administrativa insistieron los propios personeros de la empresa, por lo que ahora no pueden prevalerse de esta circunstancia para tratar de combatir lo dispuesto. Este órgano tiene por cierto, que lo ofrecido fue “una unidad más” - salchichas, bologna, jamón, jamonada -, y no “gramaje” superior al acostumbrado. Partiendo de ello, y dado que cuando fueron abiertos los dos paquetes aportados - de oferta y regular -, se comprobó que el de promoción contenía, incluso, dos unidades menos, no puede llegarse a convencimiento distinto del la Comisión Nacional del Consumidor; la publicidad fue engañosa y por ello la denunciada, se hace acreedora a la sanción impuesta de conformidad con el artículo 31 inciso c) y 34 de la ley 7472 publicada en la Gaceta número 14 de 19 de enero de 1995. La Ley General de Administración Pública preceptúa en sus numerales 132 y 133, que todo acto administrativo debe tener un motivo legítimo, y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto. Asimismo, que el contenido debe ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo. En este mismo orden, los actos que afecten derechos subjetivos de los particulares deben contar con un motivo legítimo y razonable y los combatidos en este proceso, en criterio del Tribunal, están ajustados a los principios rectores de los actos administrativos y por ello, la defensa de falta de derecho interpuesta en este aspecto, debe acogerse.

X.- Que de lo que sí discrepa el Tribunal, es de la imposición de la pena contemplada en el numeral 57 ibídem. En él se estipula, que “La comisión nacional del consumidor puede informar a la opinión pública u ordenar con cargo al infractor, la publicación en un me

dio de comunicación social, de la sanción impuesta, el nombre o la razón social del infractor y la índole de la infracción, cuando se produzca cualquiera de las siguientes situaciones: pueda derivarse, algún riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores, afectarse el medio ambiente, incumplir con los estándares de calidad respectivos, reincidir en las mismas infracciones o lesionar, directa o potencialmente, los intereses de la generalidad de los consumidores”. No se participa en modo alguno, de la propaganda engañosa que realizó Cinta Azul Sociedad Anónima, mas este órgano

colegiado, luego de analizar la norma en estudio llega a la conclusión, de que debe suspenderse la medida adoptada. En primer término, por ser la primera oportunidad en que se sanciona a la empresa y, en segundo lugar, dado que la pena no es imperativa del artículo, sino una facultad de la Comisión. No enmarca tampoco esta actuación, en ninguna de las situaciones de hecho previstas en el numeral como para obligarla a publicar la sanción impuesta. En virtud de ello, debe denegarse la defensa indicada - falta de derecho - y en este extremo, declarar procedente la demanda.

XI.- Que como corolario de lo expuesto, debe procederse al rechazo de la defensa genérica de sine actione agit, en sus modalidades de falta de interés y falta de legitimatio ad causam activa y pasiva, al ser evidente el que se mantiene en obtener el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional y estar presente, entre actora y demandado, la legitimación para buscar el diferendo del debate, al provenir del llamado a juicio los actos que lesionan los derechos de quien demanda.

XII.- Que por la forma en que se resuelve este asunto, donde se mantiene la sanción impuesta por propaganda engañosa, se estima conveniente imponer a la demandante, el pago de ambas costas de esta acción. Artículos 59. 2 y 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 221 del Código Procesal Civil.

POR TANTO:

Se rechaza la defensa genérica de sine actione agit, en sus modalidades de falta de legitimatio ad causam activa y pasiva y falta de interés. Se acoge parcialmente la de falta de derecho. En consecuencia, se declara con lugar la demanda en los términos que se dirá, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido así: que son nulas las resoluciones números 1631-98 de nueve horas cincuenta y cinco minutos del once de febrero y, 1948-98 de nueve horas diez minutos del diecisiete de junio, ambos meses de mil novecientos noventa y ocho, únicamente en cuanto al punto b) de ambos pronunciamientos que obligan a la demandante a publicar en un medio de comunicación social la sanción impuesta por ese órgano. Se impone a la actora el pago de ambas costas de esta acción. Sonia Ferrero Aymerich.

Análisis del caso:

En este caso, se enfrenta Cinta Azul Sociedad Anónima contra el Estado.

Se interpuso la demanda ante la Comisión Nacional del Consumidor, la cual es el órgano competente.

Luego la Unidad Técnica de Apoyo, órgano de ayuda de La Comisión Nacional del Consumidor aviso a la Oficina Nacional de Normas y Medidas del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, para que hiciera las respectivas inspecciones, sin embargo en el Súper Mercado que lo hicieron, ya no habían más de los productos que se promocionaban, dicha promoción consistía en que en los distintos productos de Cinta Azul ya sean salchichitas, salchichas, jamón, jamonada, salame, etc; se agregaría una unidad más, a cada paquete de dichos alimentos.

La Unidad Técnica de Apoyo procedió a hacer unas pruebas, que consistieron en abrir un paquete sin promoción, resultando que el contenido de éste, era superior al contenido de un paquete con promoción (39 salchichas sin promoción y 37 con promoción).

Por el lado de Cinta Azul, se defendieron alegando que ellos lo que ofrecían era una unidad más al peso establecido por ellos o sea 300 gramos, y que algunas veces como no se llegaba al peso declarado, tenían que agregar más salchichas; alegan que en la publicidad no se está ofreciendo más gramaje, sino una unidad más y que la etiqueta siempre fue con un peso mínimo de 240 gramos, por lo que el beneficiado sería el consumidor, al recibir una unidad más y por lo tanto, aumenta el peso del producto.

La Comisión Nacional del Consumidor mediante la resolución, encuentra culpable a Cinta Azul por la violación del Artículo 31 en su inciso c de la Ley Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor que dice:

Obligaciones del comerciante.

“Son obligaciones del comerciante y el productor, con el consumidor, las siguientes:

- c) Ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el Artículo 34 de esta ley”.

Y el Artículo 34 de la misma ley que dice:

“Oferta, promoción y publicidad. La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro, para la salud o la seguridad del consumidor”.

Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios.

El empleo de términos comparativos en la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios, sólo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado. La comparación no es admisible cuando se limite a la proclamación, general e indiscriminada, de la superioridad de los productos propios; se tiene por engañosa la que omita cualquier elemento necesario para determinar el valor real de los productos.

Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a

rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados.

Por lo que se les sancionó, con publicar que en la oferta de salchicha, nunca se agregó una unidad más y, como se puso en riesgo uno de los derechos fundamentales del consumidor como lo es su seguridad, se impuso que se debía publicar dicha sentencia.

La parte demandada alega que existen 3 vicios en la impugnación:

- Se refiere a la inexistencia del motivo del acto, debido a que como no se pesaron los productos a la hora de abrirlos, no se pudo comprobar si en realidad se agregaba o no, un producto más al llegar al peso declarado. Por lo que no se pudo legalmente tener por demostrado, que su representada hiciera propaganda engañosa.
- En segundo lugar, alega una violación al derecho de defensa, al no valorarse la prueba aportada, la cual consistía en el control estadístico del proceso de empaquetamiento del producto.
- De último, acusan de violación al contenido del acto, debido que al tener que publicar la sanción se les estaría dando una doble sanción.

Como conclusiones se obtuvo que:

- Se comprobó la publicidad engañosa, ya que en ningún momento se ofreció mayor peso, sino lo que se ofreció fue una unidad más.
- En cuanto a la violación del derecho de defensa, se consideró que aunque el “Control Estadístico” no haya tenido relevancia, no puede definirse como

indefensión, sino que con el Control Estadístico, no se logró desvirtuar lo denunciado, por referirse a aspectos generales sobre la elaboración de los diferentes productos y no respecto de la propaganda efectuada.

- En cuanto a los daños y perjuicios se declaró irrelevante, debido a que en ningún momento se individualizaron ni se estimaron.
- En cuanto a lo que obliga a la demandante, a publicar en un medio de comunicación social la sanción impuesta, fue anulado debido a que en el Artículo 57 dice que:

“Publicidad de la sanción. La Comisión Nacional del Consumidor, puede informar a la opinión pública u ordenar con cargo al infractor, la publicación en un medio de comunicación social, de la sanción impuesta, el nombre o la razón social del infractor y la índole de la infracción, cuando se produzca cualquiera de las siguientes situaciones: Pueda derivarse algún riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores, afectarse el medio ambiente, incumplir con los estándares de calidad respectivos, reincidir en las mismas infracciones o lesionar, directa o potencialmente, los intereses de la generalidad de los consumidores”.

Debido a que la pena no es imperativa del artículo, sino una facultad de la comisión, y por último, por ser la primera ocasión en que se sanciona a la empresa.

- Se impuso a la actora el pago de las costas.

Caso N°2

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. II Circuito Judicial.

San José, a las catorce horas del dieciséis de marzo del dos mil uno.

Proceso contencioso administrativo - especial del consumidor -, interpuesto por Florida Ice And Farm Company Sociedad Anónima, en la persona de su Gerente General, Pedro Dobles Villela, ingeniero industrial, vecino de San Ramón de Tres Ríos, cédula de identidad número nueve - cero veinticinco - ciento cuarenta contra el Estado, representado por el Procurador Adjunto, Omar Rivera Mesén, abogado, vecino de esta ciudad, cédula de identidad número uno - seiscientos seis - ciento veintinueve. Ambos son mayores y casados.

RESULTANDO:

1°.- Que de cuantía inestimable, con fundamento en los hechos y citas legales que se invocan, la presente demanda es para que en sentencia se declare "a) (...) nulos de toda nulidad los siguientes actos administrativos de naturaleza sancionatoria, conjuntamente con sus actos antecedentes y de procedimiento, con efectos ex tunc por la ostentación de la nulidad absoluta, por demás de forma evidente y notoria: 1) Las resoluciones de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión Nacional del Consumidor de las 8:19 horas; de las 8:25 horas y de las 8:30 horas, todas del día 13 de julio de 1998. 2) Los siguientes actos administrativos dictados todos por la Comisión Nacional del Consumidor: a) El voto número 1794-98 de las 9:35 horas del 1 de abril de 1998. b) El voto número 1954-98 de las 8:30 horas del 24 de junio de 1998. c) El voto número 1795-98 de las 9:40 horas del 1 de abril de 1998. d) El voto número 1955-98 de las 8:35 horas del día 24 de junio de 1998. e) El voto número 1796-98 de las 9:45 horas del día 1 de abril de 1998. f) El voto número 1956-98 de las 8:40 horas del 24 de junio de 1998. g) El voto número 2024-98 de las 8:30 horas del día 5 de agosto de 1998. h) El voto número 2025-98 de las 8:35 horas del día 5 de agosto de 1998. i) El voto número 2026-98 de las 8:40 horas del día 5 de agosto de 1998. 3) Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios ocasionados y al pago de ambas costas del presente proceso".

2°.- Que corrido el traslado, el Estado se opuso a las pretensiones de la demandante e invocó las defensas de falta de derecho y la genérica de sine actione agit.-

3°.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de rigor, sin que se noten causales de nulidad capaces de invalidar lo actuado.

Esta sentencia se dicta dentro del término de ley.

CONSIDERANDO:

I.- Que de importancia para la solución de este asunto, el Tribunal tiene por demostrados los siguientes extremos: 1.- que la promoción realizada por la Cervecería Costa Rica, con una duración del 29 de enero al 30 de abril de 1997, estableció en “Los requisitos y condiciones de la Promoción Verano Neón de Cervecería Costa Rica”, y en lo que al caso interesa, lo siguiente: “(...) La persona que forme la palabra NEON con chapitas y/o tapas contramarcadas del mismo color se hace acreedor a un vehículos (sic) Chrysler NEON: uno negro, uno azul, uno celeste, uno blanco, uno rojo y uno verde, que se podrá retirar en las instalaciones de las Oficinas Administrativas de Cervecería Costa Rica S. A., en San José, previa verificación de las claves de seguridad diseñadas. Las chapitas de cerveza a (sic) Maxi Malta participantes tienen una letra o figura impresa de color negro, o azul, o celeste, o blanco, o rojo, o verde, las tapitas de Cristal participantes tienen la contramarca impresa en negro, pero para efectos de participación en esta promoción, será válido el color que diga en letras debajo de la letra en negro, que es la que indica el color equivalente para efectos de participación en esta promoción. Para formar la palabra NEON, se pueden mezclar chapitas de Imperial, Pilsen, Bavaria Gold, Bavaria Light, Rock Ice, Tropical, Heineken y Maxi Malta del mismo color con tapitas de agua Cristal del color equivalente, siempre del mismo color (...)” (copia de certificación, folios 218, 219 y 220 del administrativo número 0466-97; 75, 76, 190, 191, 364 y 365 del judicial); 2.- Que en escritura pública número treinta y siete, ante el Notario, Rodrigo Antonio Hernández González de trece de enero de mil novecientos noventa y siete, se levantó el acta notarial de “(...) la plancha de impresión de chapas corona (...)” así: “(...) Serie cero cero cero nueve, impresa en color Rojo, con la Letra O, cuenta con la contraseña en cuarta línea, en vez de Rica dice “R ca”, línea seis, en vez de CCR dice “CRC”. Serie cero nueve cero seis. Impresa en color Negro, con la Letra E, cuenta con la contraseña en línea dos, primera, en vez de Costa dice “Costo”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC” y Serie siete seis dos seis, empresa en color Verde, con la Letra E, cuenta con la contraseña en línea quinta, en vez de Rica dice “Ric” y en línea seis en vez de CCR dice “CRC” (...). Se hace constar además, que la plancha original la guarda en su protocolo de referencia y que las chapas sobrantes se mantendrán en custodia por el Departamento de Auditoría de Florida Ice and Farm Co. S. A. (copia certificada, folios 35, 36, 127 y

128 del administrativo número 0489-97; 69, 72,73, 144 y 145 del administrativo número 0466-97 y 25 y 26 del administrativo número 0752-97); 3.- Que mediante escritura pública número cuarenta de 10 de febrero de 1997, ante el Notario Rodrigo Antonio Hernández González, se levanta acta de manufactura de “chapas corona” y se deja constancia de lo siguiente: “ (...) serie SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS, (...) Se confeccionan en cantidad de “SEIS” de las cuales se describen en Color Verde, impresa la letra “E” y de conformidad con las claves, tengo a la vista y doy fe que constan las siguientes: Línea quinta en vez de “Rica” dice “Ric”, en línea seis en vez de “CCR” dice “CRC”, las que están en este acto en custodia del señor Miranda Montero, se hace notar la existencia de coronas color verde con la letra “E”, pero sin el número de clave de la chapa, correspondiente a la chapa ganadora del color y marca “VERDE”, lo anterior en la chapa corona “dorada”. Igualmente he tenido a la vista la manufactura de la chapa corona de la Marca de Cerveza Imperial, serie CERO CERO CERO NUEVE, donde consta en color “ROJO” la letra “O” y las siguientes claves: en línea cuatro en vez de “RICA” dice “R ca” y en línea seis en vez de “CCR” dice “CRC”. Se manufacturan en cantidad de SEIS, las cuales son entregadas al señor Miranda Montero, el restante, sean treinta chapas corona, sin serie, son entregadas para custodia en el Departamento de Auditoria de Cervecería Costa Rica (...)” (copia certificada, folios 37, 129 y 130 del administrativo número 0489-97, folios 70, 74, 146 y 147 del administrativo número 0466-97; 24, 216 y 217 del administrativo número 0752-97; 66 y 215 del judicial); 4.- Que en escritura pública número cuarenta y uno, de 11 de febrero de 1997, ante el notario público, Rodrigo Antonio Hernández González, en las instalaciones de Crown Cork Centroamericana Sociedad Anónima, hace constar el acta de manufactura de “chapas corona” de la Promoción Encienda el Verano Neón, de acuerdo a la siguiente descripción “(...) Serie cero nueve cero seis, impresa en color Negro, con la Letra E, cuenta con la contraseña: en línea dos, en vez de CCR dice “CRC”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC”, Serie uno dos seis nueve, impresa en color Azul, con la Letra E, cuenta con la contraseña: en línea dos, en vez de Cervecería dice “Cervecerio”, línea seis, en vez de CCR dice “CRC”. Serie dos siete siete cinco, impresa en color Celeste, con la Letra O, cuenta con la contraseña: en línea primera en vez de Costa dice: “Co ta”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC”. Serie uno tres cero cuatro, impresa en

color Blanco, con la Letra E, cuenta con la contraseña: en línea primera, en vez de Costa dice "Costo", en línea seis, en vez de CCR dice "CRC" (...) Se confeccionan en cantidad de "SEIS" en cada una con cada clave, las que se entregan en custodia al señor Miranda Montero, se hace notar la existencia de coronas de cada color y letra que las antes descritas, pero sin el número de clave de la chapa, correspondiente a la chapa ganadora del color y marca correspondiente. Las restantes, sean treinta chapas corona de cada serie, color y letra, sin serie, son entregadas para custodia en el Departamento de Auditoría de Cervecería Costa Rica, de lo cual el Suscrito Notario da Fe (...) (copia certificada, folios 214 y 215 del administrativo número 0752-97; 65 y 214 fte. y vto. del judicial); 5.- Que la comunicación dando aviso de los ganadores de los vehículos marca Neón, salió publicada en La Nación de 19 y 21 de febrero, 3 y 24 de marzo, 4 y 28 de abril y 5 de mayo, todos los meses de 1997 y en el Diario La Extra, el 21 de febrero de 1997 (copias certificadas a folios 34 del administrativo número 0489-97; 65 del administrativo número 0466-97 y 57 del administrativo número 0752-97); 6.- Que el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, la señora Rocío Salas Solano, cédula de identidad número 1-696-144 interpuso denuncia ante la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión Nacional del Consumidor contra Cervecería de Costa Rica (folios 1 y 2 del administrativo número 0489-97); 7.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1795-98 de 9 horas 40 minutos del 1º de abril de 1998, notificada a las partes el 12 de mayo siguiente, declaró con lugar la denuncia por irrespeto a las condiciones de la contratación y falta de información, e impuso a Florida Ice and Farm Co. S. A., la obligación de integrar un vehículo marcha Chrysler color celeste neón a la señora Rocío Salas Solano en el plazo de diez días, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de testimoniar piezas para ante el Ministerio Público (resolución y notificaciones, folios del 90 al 99 del administrativo número 0489-97; del 271 al 278 del judicial); 8.- Que mediante resolución de la Unidad Técnica de Apoyo, de 16 horas del 14 de mayo, notificada el 26, se realizó la primera intimación a la empresa aquí demandante (folios 100, 101 y 102 del administrativo número 0489-97); 9.- Que mediante escrito presentado el 25 de mayo de 1998, la actora interpuso recurso de reconsideración (folios del 103 al 115 del administrativo número 0489-97); 10.- Que en libelo recibido el 2 de junio de 1998, la empresa interpuso incidente de nulidad

absoluta (folios 132 y 133 del administrativo número 0489-97); 11.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1903-98 de 14 horas 20 minutos del 27 de mayo, notificada el 16 de junio, ambos meses de 1998, suspendió los efectos de su pronunciamiento mientras se resolvía el recurso de reposición (folios 135, 136 y 137 del administrativo número 0489-97); 12.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1955-98 de 8 horas 35 minutos del 24 de junio, notificada el 23 de julio, de 1998, declaró sin lugar el recurso de reconsideración y la nulidad invocada (folios del 139 al 156 del administrativo número 0489-97; copia certificada a folios del 20 al 37 del judicial); 13.- Que la actora interpuso recurso de revisión, denegado mediante voto número 2025-98 de 8 horas 35 minutos del 5 de agosto, notificado el 18 de ese mes (folios del 158 al 233 del administrativo número 0489-97; copia certificada, folios del al 54 al 65, 106 al 117 del judicial); 14.- Que el diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y siete, la señora Ana Lucía Castillo Soto, cédula de identidad número 1-709-828, interpuso denuncia ante la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión Nacional del Consumidor contra Cervecería de Costa Rica (folio 1 del administrativo número 0466-97); 15.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1794-98 de 9 horas 35 minutos del 1° abril de 1998, notificada a las partes el 12 de mayo siguiente, declaró con lugar la denuncia por irrespeto a las condiciones de la contratación y falta de información, e impuso a Florida Ice and Farm Co. S. A., la obligación de integrar un vehículo marcha Chrysler color celeste neón a la señora Ana Lucía Castillo Soto en el plazo de diez días, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de testimoniar piezas para ante el Ministerio Público (resolución y notificaciones, folios del 97 al 104 y del 110 al 119 del administrativo número 0466-97; del 260 al 267 del judicial); 16.- Que mediante resolución de la Unidad Técnica de Apoyo, de 15 horas 58 minutos del 14 de mayo, notificada el 22, se realiza la primera intimación a la empresa aquí demandante (folios 106, 107 y 108 del administrativo número 0466-97); 17.- Que mediante escrito presentado el 25 de mayo de 1998, la actora interpuso recurso de reconsideración (folios del 120 al 132 del administrativo número 0466-97); 18.- Que en libelo recibido el 2 de junio de 1998, la empresa interpuso incidente de nulidad absoluta (folios 151 y 1523 del administrativo número 0466-97); 19.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1902-

98 de 15 horas del 27 de mayo, notificada el 8 de junio, ambos meses de 1998, suspendió los efectos de su pronunciamiento mientras se resuelve el recurso de reposición (folios del 153 al 157 del administrativo número 0466-97); 20.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1954-98 de 8 horas 30 minutos del 24 de junio, notificada el 21 de julio, de 1998, declaró sin lugar el recurso de reconsideración y la nulidad invocada (folios del 158 al 174 y del 176 al 196 del administrativo número 0466-97; copias certificadas a folios del 1 al 19 y del 38 al 56 del expediente judicial); 21.- Que el treinta de abril de mil novecientos noventa y siete, el señor Roberto Sancho Álvarez, cédula de identidad número 1-562-659, interpuso denuncia ante la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión Nacional del Consumidor contra Cervecería de Costa Rica (folio 1 del administrativo número 0752-97); 22.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1796-98 de 9 horas 45 minutos del 1° de abril de 1998, notificada a las partes el 18 de ese mes, declaró con lugar la denuncia por irrespeto a las condiciones de la contratación y falta de información e impuso, a Florida Ice and Farm Co. S. A., la obligación de integrar un vehículo marcha Chrysler color celeste neón a la señora Ana Lucía Castillo Soto en el plazo de diez días, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de testimoniar piezas para ante el Ministerio Público (resolución y notificaciones, folios del 82 al 90 y 92 del administrativo número 0752-97; del 249 al 256 del judicial); 23.- Que mediante resolución de la Unidad Técnica de Apoyo, de 15 horas 40 minutos del 14 de mayo, notificada el 9 de julio siguiente, se realizó la primera intimación a la empresa aquí demandante (folios 91, 93 y 94 del administrativo número 0752-97); 24.- Que mediante escrito presentado el 25 de mayo de 1998, la actora interpuso recurso de reconsideración y aportó nuevamente su prueba (folios del 96 al 125 del administrativo número 0752-97); 25.- Que en libelo recibido el 2 de junio de 1998, la empresa interpuso incidente de nulidad absoluta (folios 126 y 127 del administrativo número 0752-97); 26.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1904-98 de 14 horas 25 minutos del 27 de mayo, notificada el 16 de junio, ambos meses de 1998, suspendió los efectos de su pronunciamiento mientras se resolvía el recurso de reposición (folios del 129 al 131 del administrativo número 0752-97); 27.- Que la Comisión Nacional del Consumidor, en resolución número 1956-98 de 8

horas 40 minutos del 24 de junio, notificada el 16 de julio, de 1998, declaró sin lugar el recurso de reconsideración y la nulidad invocada (folios del 135 al 153 del administrativo número 0752-97; copias certificadas a folios del 1 al 19 y del 38 al 56 del expediente judicial); 28.- Que el señor Orlando Bravo Trejos, Ph. D, dictaminó, que “(..)1.- (...) la impresión de la letra en cada chapita no se afecta con el proceso normal de embotellado y almacenamiento de cerveza por cuanto esta impresión está protegida adecuadamente por una capa de barniz y un sello de plástico que la aísla totalmente del medio. Una vez abierta, separado el sello de plástico y expuesta a la luz solar por un período de ocho horas o a radiaciones ultravioleta por el mismo período de tiempo, no aparecieron indicaciones de cambios de color perceptibles. Por consiguiente, se concluye que el manejo normal de las chapitas no producen variaciones en la impresión ni en el color de las mismas (...) 2.- (...) es factible modificar chapitas originalmente con letra de color azul a letras celeste usando diferentes solventes accesibles a cualquier persona. El proceso se base en extraer parte del colorante azul de la impresión hasta que éste luzca como celeste (...) 3.- Un medio más burdo pero posible de realizar la falsificación, es conseguir chapitas sin impresión (o limpiar una usada) y directamente imprimir en ella la letra necesaria para completar una determinada palabra (...)”(documento de 25 de julio de 1998, folios 212 y 213 del administrativo número 0466-97; 166 y 167 del administrativo número 0752-97; 69, 70, 212 y 213 del judicial); 29.- Que el Gerente general de Deco Tintas Sociedad Anónima hace constar, que “(...) sus productos están dirigidos a la impresión por los sistemas de Flexografía, Rotograbado, Tipografía, Litografía y aplicadoras de rodillos (...)” y que “(...) Para la impresión de envases metálicos de tres piezas y tapas corona por el sistema de litografía, se ofrece la línea 76, Decolite, en los colores básicos para sistemas de intermezcla y con las características generales indicadas en la tabla adjunta (...)” (documento de 20 de julio de 1998, folios 216 y 217 del administrativo número 0466-97; 170 y 171 del administrativo número 0752-97; 73 y 74 del judicial); 30.- Que el señor Alberto Álvarez R. Gerente General de Crown Cork Centroamericana S. A., hace constar, que ante solicitud de la Cervecería de Costa Rica y para la promoción “Verano Neón”, “(...) apegándose a los estándares internacionales para la fabricación de coronas para cerveza y siguiendo las instrucciones de CCR en cuanto a los

requerimientos (...) se fabricaron solamente 6 tapas coronas correspondientes a la letra O en el color celeste, cada una de ellas con un sello de seguridad determinado (...) Para la impresión de varios de los colores que la promoción contemplaba se utilizaron tintas litográficas de Decotintas las cuales (...) llenan todos los requisitos exigidos para el proceso de fabricación de cerveza. 5. Como principio general, cualquier producto utilizado o manipulado bajo condiciones extremas y ajenas a aquellas para las cuales ha sido diseñado, puede estar sujeto a variaciones significativas de sus propiedades físicas o químicas cuyas manifestaciones ante los sentidos pueden resultar radicales (...)”(documento de 29 de julio de 1998, certificado a folios 212 y 213 del administrativo número 0752-97; 67 y 68 del judicial); 31.- Que el perito designado en sede judicial dictaminó, que analizadas las cinco chapas en custodia de la Comisión Nacional del Consumidor, de la reserva que tenía como respaldo la Cervecería Costa Rica, y que “(...) las chapas son del mismo tipo de bebida, esto es, corona exterior de color dorada (..)” y que ellas tienen “(...) el mismo estilo, color, arte y tamaño de la letra “O”, llamada por la Cervecería como, características de una “Chapa Ganadora”, que contiene su respectivo número clave No. 2275 y la leyenda “Cervecería Costa Rica” (ambas encontradas en la parte interna de la chapa o corona, exactamente por donde se ubica el “liner o sello”, repitiéndose esta palabra en 7 renglones. En cada renglón, debería estar la palabra completa, pero por lo estrecho del espacio, en cada renglón la frase es incompleta, tal y como lo hace constar el documento del notario Rodrigo Antonio Hernández (...)” (dictamen, folios del 317 del 324 del judicial); 32.- Que para ganar como premio el carro Celeste, “(...) se tiene que presentar 4 chapas que formen la palabra NEON, donde todas las letras son de color celeste, de igual forma y tamaño, excepto la letra O, que tiene que tener las características arriba citas. Es importante mencionar que esta única chapa con la letra O, corresponde a la sexta chapa y única lanzada al mercado, ya que las otras cinco estaban como reserva en la Cervecería, ahora en custodia de la CNCN (...)” (mismo elemento probatorio); 33.- Que “(...) Practicado un análisis cualitativo por simple observación, se mira una gran diferencia entre la letra O y el resto de las letras N y E, en estas últimas letras, independientemente del tipo de chapa donde estuvieran marcadas, se observa que ambas letras N y E son del mismo color celeste, forma y tamaño. En cambio la letra O,

corresponde a una letra de forma diferente y de un tamaño mucho mayor, con respecto al patrón de comparación letras N y E, que a pesar de ser todas las letras de color celeste, por simple observación se mira una diferencia entre la letra O y las letras N y E. Además la letra O tiene un número impreso 2775 y en 7 renglones está impreso la palabra Cervecería Costa Rica, cubriendo todo el fondo de la corona. La palabra queda incompleta por cada renglón (...) que la chapa con la letra O, corresponde a la sexta chapa citada en el apartado No.1, que fue la única que se lanzó al mercado. Por tanto, cualquier otra chapa que aparezca con la letra O y con las mismas características del apartado (sic) No. 1, se trata de una falsificación, pues la Cervecería nunca contrató la manufactura de una séptima chapa premiada. Por otro lado, la Cervecería establece que ninguna chapa con letra O puede ser ganadora, al menos que cumpla esa letra con las características del apartado No. 1 (...)" (ibíd.); 34.- Que en relación con la denuncia de la señora Ana Lucía Castillo Soto - expediente administrativo número 466-97 -, el experto manifiesta, que las letras "N" y "E", no tienen decoloración y en lo que atañe a la letra "O" color celeste expresa: "(...) Se observa en esta chapa diferencias con respecto a la chapa ganadora de la Cervecería, cuyas características se explican arriba en el punto No. 2. 1.- No tiene el número clave 2775. 2.- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica; 3.- El tamaño y forma de la letra es igual a las otras letras N y E que forma (sic) la palabra NEON, donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba, la letra O del punto No. 2, la chapa ganadora, esa letra debe ser de tamaño y forma diferente a la (sic) letras N y E, y no iguales como en este caso. 4.- Se puede mirar que la palabra PILSEN en la chapa, por la cara externa de la corona, experimentó un proceso de decoloración. (...) Sin embargo, llama la atención que las paredes cilíndricas externas de la chapa, su impresión también esta (sic) con una ligera decoloración (...). 5.- Finalmente, la letra O de color celeste, comparando con otros (sic) chapas de letras del mismo color, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más (sic) oscuro el color, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otra persona, ya que esto es un aspecto sensorial. También esta chapa tiene 4 puntos sin pintura sobre la letra O (...)" (dictamen pericial dicho, en especial folio 319); 35.- Que en relación con el expediente administrativo número 752-97 del señor Roberto Sancho

Álvarez, el perito indica, respecto las letras N y E, que el color está sin daño o decoloración. En lo que se refiere a la letra celeste O, manifiesta lo siguiente: “(...). 1.- No tiene el número clave 2775. 2.- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica. 3.- El tamaño y forma de la letra O es igual a las otras letras N y E, que forma la palabra NEON donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba letra O del punto No. 2, la chapa ganadora, esta letra debe ser de tamaño y forma diferente a la (sic) letras N y E, y no iguales como en este caso. 4.- Finalmente la letra O de color celeste, comparando con otros (sic) chapas de letras del mismo colores, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más oscuro el color, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otra persona, ya que esto es un aspecto sensorial. Pero en este caso la diferencia es notoria (...)” (mismo elemento probatorio, en especial, folio 320); 36.- Que en el caso del expediente administrativo número 489-97 de la señora Rocío Salas Solano, el experto expresa, en lo que al caso interesa, que las letras celestes N y E, se muestran sin daño o decoloración. En lo que hace a la letra O, expone, que “(...) 1.- No tiene el número clave 2775. 2.- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica. 3.-El tamaño y forma de la letra O es igual a las otras letras N y E, que forma la palabra NEON, donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba letra O del punto No. 2, la chapa ganadora, esta letra debe ser de tamaño y forma diferente a las letras N y E, y no iguales como en este caso. 4.- Finalmente la letra O de color celeste, comparando con otros (sic) chapas de letras del mismo color, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más oscuro, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otra persona, ya que esto es un aspecto sensorial. Pero en este caso la diferencia es notoria (...)” (dictamen pericial dicho, en especial, folio 321); 37.- Que los casos en disputa, no presentan la letra ganadora O con las características indicadas y que de acuerdo a la matriz de producción de la empresa que fabricó las chapas - Crown Cork -, nunca se programó fabricar chapas de color celeste con las características de las presentadas por las personas denunciantes. Asimismo, que se tiraron miles de chapas con las letras N y E en color celeste, y solo 6 chapas con la letra O - la ganadora lanzada al mercado y las otras cinco en reserva -. Concluye, que las

supuestas letras de color celeste si bien tienen la letra O, podrían haber sido fabricadas por otra empresa o partir de una decoloración por tratamiento químico de color azul y no por degradación natural y que él logró degradar el color azul a celeste (dictamen y aclaración, folios del 317 al 323 y del 339 al 341 del judicial); 38.- Que ante visita a Crown Cork C. A. y atendido por el Gerente de Producción - licenciado Miguel Gómez -, se le manifestó, que solo se fabricaron seis chapas de color dorado que corresponde a la cerveza Babaria Ligth, marcadas con la letra O en color celeste, impresa con el número clave 2775 y la leyenda Cervecería Costa Rica escrita en 7 líneas o renglones y que ninguna otra marca de cerveza - Imperial, Pilsen, Tropical, Rock Ice, Bav Gold. Heineken y Maxi -, podrían tener una letra de color celeste. Verificado el proceso continuo de fabricación de chapas, no existe posibilidad de que en la línea de producción se esté imprimiendo, por ejemplo, color verde y que de pronto aparezca una chapa con letra color celeste, dado que el sistema es automático y por medio de una sola orden es que la máquina imprime un determinado color (ibíd.); 39.- Que en reunión sostenida con los personeros de la Cervecería Costa Rica se constató que conserva 4 chapas ganadoras por cada color salvo el celeste que está en poder de la Comisión Nacional del Consumidor y que para cualquier caso ganador se verificó, que la letra premiada fuera diferente en tamaño y forma, además de contar con el número clave y la leyenda distribuida en 7 líneas ya que las otras letras que formaban la palabra Neón, tenían igual forma y tamaño lo que lo hace concluir, que las tres personas que reclaman el premio, no cumplen con los requisitos mínimos de un premio ganador y que la ganadora en el caso del color celeste, es de Babaria Ligth, color dorada en su cara exterior. Además hace constar, que es cierto que existen más chapas con la letra O, pero en otros colores - negras, rojo, azul, blanco y verde -, difiriendo en mucho a la celeste de que la que se elaboraron solo 6 por lo que cualquier chapa con color similar al celeste o de otro color diferente a éste, no corresponde a la serie de las seis fabricadas por Crown Cork, tal y como se comprueba con las presentadas por los quejosos (ídem); 40.- Que el perito expresa que tiene como ciertos los análisis fisicoquímicos practicados por el Dr. Orlando Bravo Trejos (mismo elemento); 41.- Que en aclaración al dictamen, el experto indica, que existen actas notariales ante testigos, en las que se da fe que solamente se fabricaron 6 chapas marcadas con la letra O en

color celeste, con la leyenda, número clave y tipo de color -, las que están en poder de la Comisión Nacional del Consumidor: una correspondiente a la chapa ganadora y única lanzada al mercado con la letra O en celeste, siendo la que cuenta con las características citadas. Puntualiza, reiterando lo ya dicho, que "(...) Las chapas que presentan las personas en disputa con la letra O, no cumplen con las características de la serie de las seis chapas de la letra O, pues como perito técnico, las clasificó como chapas diferentes que no cumplen las características (...) Por razonamiento, si hemos citado que se fabrican solo seis chapas con la letra O, con características particulares muy específicas de la serie, que cinco quedaron en custodia de la Cervecería y ahora en la CNC, esto implica que en teoría, se afirma lo indicado por la Cervecería, en mencionar que se lanzó una chapa con la letra O al mercado, para que la persona forme el resto de la frase NEON, junto a las letras N y E (...)

I.- Las chapas que presentan las personas en disputa marcadas con la letra O, no corresponden con la serie productiva, de las únicas seis chapas premiadas por la Cervecería, ya que no presentan los signos de veracidad de la serie premiada (...)" (folios del 339 al 341 del judicial).

II.- Que el objeto de este proceso, es la nulidad de las resoluciones de la Comisión Nacional del Consumidor por medio de las cuales se impuso a la demandante, la obligación de hacer entrega de tres vehículos más - fuera de los seis de la promoción -, por la supuesta propaganda incierta que llevó a confusión al consumidor. Para ello, debe determinarse, si los anuncios publicitarios se realizaron de conformidad con lo que manda la ley y si, los denunciantes, efectivamente, aportaron "las chapas ganadoras". De llegarse a este convencimiento, analizar si procede entonces, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

III.- Que la Constitución Política estipula que los consumidores tienen derecho a la protección de salud, seguridad e intereses económicos, precepto desarrollado en el Artículo 1° de la Ley de Protección al Consumidor, en cuanto establece, que "El objetivo de la presente ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las

regulaciones necesarias para las actividades económicas”. Por ello, fue creada la Comisión Nacional del Consumidor, quien ostenta potestad sancionatoria administrativa, de oficio o por denuncia, para castigar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del comerciante, respecto de las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan, innecesariamente, la fluidez del mercado - Artículo 18 -. Este cuerpo normativo concede derechos a los consumidores. Así, el ordinal 29 inciso c), obliga a que tengan “(...) acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio (...)”, lo que se reitera en el Artículo 31 inciso b), cuando dispone, que los comerciantes deben “(...) Informar, clara, veraz y suficientemente, al consumidor, de todos los elementos que incidan directamente en su decisión de consumo. Debe informar sobre la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, cuando corresponda (...)”. El incumplimiento de tales deberes, configura de forma automática, infracciones susceptibles de ser sancionadas al margen de la existencia o no de un daño concreto. La administración determinó, que la información brindada “(...) es muy diferente a la información que la empresa afirma haber transmitido (...) cuando lo cierto del caso es que ni en la publicidad a través de la radio, televisión o prensa escrita (incluido el supuesto “reglamento”) no se habla en ningún momento de una chapita ganadora, la mecánica de la promoción fue “destape, forme y gane” la palabra neón, la palabra insistimos, no la chapita ganadora (...)” por lo que, a su entender, (...) Los consumidores desconocían la existencia de esa chapita ganadora, para la empresa sólo una persona podía ser ganadora, pero para la generalidad de los consumidores esa única chapita ni siquiera existía, debido a que no fueron informados en la publicidad de su existencia (...)”.

IV.- Que para esclarecer el punto sometido a debate, es menester entonces, acudir a “Los requisitos y condiciones de la Promoción Verano Neón de Cervecería Costa Rica”, publicado en los diferentes medios de comunicación social. En él se lee, que “(...) La persona que forme la palabra NEON con chapitas y/o tapas contramarcadas del mismo color se hace acreedor a un vehículo (sic) Chrysler NEON (...) que se podrá retirar en las instalaciones de las Oficinas Administrativas de Cervecería Costa Rica S. A., en San

José, previa verificación de las claves de seguridad diseñadas (...)” (lo destacado no es del texto). Se obtiene de lo transcrito una primera consecuencia: efectivamente, la Cervecería anunció, que para la formación de la palabra Neón las chapitas contenían una clave de seguridad. Es lógico, que no podía divulgarse al público consumidor, el tipo de código establecido para propia seguridad de la empresa y de los efectivos ganadores. Refuerzan, tanto las medidas tomadas por la empresa como que efectivamente existían claves o códigos establecidos en cada chapita ganadora, las escrituras públicas levantadas ante el Notario Público Rodrigo Antonio Hernández González, números treinta y siete, cuarenta y, cuarenta y uno, por su orden, de trece de enero, diez y once de febrero, ambos meses de mil novecientos noventa y siete, se lee lo siguiente. En la primera, se hace referencia a “(...) la plancha de impresión de chapas corona (...)” así: “(...) Serie cero cero cero nueve, impresa en color Rojo, con la Letra O, cuenta con la contraseña en cuarta línea, en vez de Rica dice “R ca”, línea seis, en vez de CCR dice “CRC”. Serie cero nueve cero seis. Impresa en color Negro, con la Letra E, cuenta con la contraseña en línea dos, primera, en vez de Costa dice “Costo”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC” y Serie siete seis dos seis, empresa en color Verde, con la Letra E, cuenta con la contraseña en línea quinta, en vez de Rica dice “Ric” y en línea seis en vez de CCR dice “CRC” (...). Se hace constar además, que la plancha original la guarda en su protocolo de referencia y que las chapas sobrantes se mantendrán en custodia por el Departamento de Auditoría de Florida Ice and Farm Co. S. A. (...)”. En lo que se refiere a la manufactura de ellas, se hace constar lo siguiente: “ (...) serie SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS, (...) Se confeccionan en cantidad de “SEIS” de las cuales se describen en Color Verde, impresa la letra “E” y de conformidad con las claves, tengo a la vista y dos fe que constan las siguientes: Línea quinta en vez de “Rica” dice “Ric”, en línea seis en vez de “CCR” dice “CRC”, las que están en este acto en custodia del señor Miranda Montero, se hace notar la existencia de coronas color verde con la letra “E”, pero sin el número de clave de la chapa, correspondiente a la chapa ganadora del color y marca “VERDE”, lo anterior en la chapa corona “dorada”. Igualmente he tenido a la vista la manufactura de la chapa corona de la Marca de Cerveza Imperial, serie CERO CERO CERO NUEVE, donde consta en color “ROJO” la letra “O” y las siguientes claves: en línea cuatro en vez de “RICA” dice “R ca” y en línea

seis en vez de “CCR” dice “CRC”. Se manufacturan en cantidad de SEIS, las cuales son entregadas al señor Miranda Montero, el restante, sean treinta chapas corona, sin serie, son entregadas para custodia en el Departamento de Auditoría de Cervecería Costa Rica (...). En el último instrumento, se da fe de la forma de elaborar las chapas y se levanta en las instalaciones de Crown Cork Centroamericana Sociedad Anónima, sobre la manufactura de “chapas corona” de la Promoción Encienda el Verano Neón, de acuerdo a la siguiente descripción “(...) Serie cero nueve cero seis, impresa en color Negro, con la Letra E, cuenta con la contraseña: en línea dos, en vez de CCR dice “CRC”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC”, Serie uno dos seis nueve, impresa en color Azul, con la Letra E, cuenta con la contraseña: en línea dos, en vez de Cervecería dice “Cervecería”, línea seis, en vez de CCR dice “CRC”. Serie dos siete siete cinco, impresa en color Celeste, con la Letra O, cuenta con la contraseña: en línea primera en vez de Costa dice: “Co ta”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC”. Serie uno tres cero cuatro, impresa en color Blanco, con la Letra E, cuenta con la contraseña: en línea primera, en vez de Costa dice “Costo”, en línea seis, en vez de CCR dice “CRC” (...) Se confeccionan en cantidad de “SEIS” en cada una con cada clave, las que se entregan en custodia al señor Miranda Montero, se hace notar la existencia de coronas de cada color y letra que las antes descritas, pero sin el número de clave de la chapa, correspondiente a la chapa ganadora del color y marca correspondiente. Las restantes, sean treinta chapas corona de cada serie, color y letra, sin serie, son entregadas para custodia en el Departamento de Auditoría de Cervecería Costa Rica, de lo cual el Suscrito Notario da Fe (...). De conformidad con el artículo 1° del Código Notarial, “El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado (...) da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él”. Con base en ello, los documentos que emiten en el ejercicio de sus funciones, tienen fe pública, y de conformidad con el numeral 369 del Código Procesal Civil, estas escrituras son instrumentos públicos y, mientras no sean argüidos de falsos“ (...) hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado el mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones “ - Artículo 370 íbidem -. (lo resaltado no es del original). En este mismo orden, el numeral siguiente - 371 -, preceptúa, que el documento conferido ante Notario

“(…) hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para la prueba para la cual ha sido otorgado, sino aún de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relatan en él, en los términos simplemente enunciativos, con tal de que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal (…)”. En virtud de lo anterior, lo destacado en los documentos indicados, en criterio del Tribunal, da plena fe de las medidas de seguridad tomadas en la elaboración de las chapas contramarcadas para la promoción “Verano Neón” y que permite llegar al convencimiento, de que solo había una chapa ganadora - por cada color de vehículo -, con los correspondientes códigos de garantía para que la empresa, tuviera certeza de que la entrega de premios se hacía al verdadero ganador, situación que se reitera, sí fue debidamente informada a los consumidores.

V.- Que por otra parte, deben considerarse además, los sendos dictámenes periciales que constan en sede administrativa y judicial. Ambos son contestes acerca de la posibilidad de alterar la tintura de la letra, sobre todo, en lo referente al color celeste. El señor Orlando Bravo Trejos determinó - experticia avalada posteriormente por el experto designado por este Despacho -, que ni por exposición a luz solar o radiaciones ultravioleta se “(…) producen variaciones en la impresión ni en el color (…)”. Asimismo, que “(…) es factible modificar chapitas originalmente con la letra de color azul a letras celestes utilizando diferentes solventes accesibles a cualquier persona (...); cita además, como “(…) Un medio más burdo (...) conseguir chapitas sin impresión (o limpiar una usada) y directamente imprimir en ella la letra necesaria para completar una determinada palabra (...)”. Por otra parte, el licenciado Orlando Porras Mora en su experticia y como punto importante a destacar, llega a la conclusión - respecto a los casos de los denunciantes -, que ninguno presentó la chapa ganadora con la letra O. Al efecto manifiesta, que “(…) se tiraron miles de chapas con las letras N y E en color celeste, y solo 6 chapas con la letra O - la ganadora lanzada al mercado y las otras cinco en reserva - (...)”, y concluye, que las supuestas letras de color celeste si bien tienen el tipo, podrían haber sido fabricadas por otra empresa o partir de una decoloración por tratamiento químico del azul y no por degradación natural, y que él logró degradar el color azul a celeste; en otros términos, que las presentadas son falsificadas, ya que “(…) Las chapas que presentan las personas en disputa con la letra

O, no cumplen con las características de la serie de las seis chapas de la letra O, pues como perito técnico, las clasifico como chapas diferentes que no cumplen las características (...). En su dictamen, este experto establece, en relación con la denuncia de la señora Ana Lucía Castillo Soto, que las letras “N” y “E”, no tienen decoloración y en lo que atañe a la letra “O” color celeste expresa: “(...) Se observa en esta chapa diferencias con respecto a la chapa ganadora de la Cervecería, cuyas características se explican arriba en el punto No. 2. 1.- No tiene el número clave 2775. 2.- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica. 3.- El tamaño y forma de la letra es igual a las otras letras N y E que forma (sic) la palabra NEON, donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba, la letra O del punto No. 2, la chapa ganadora, esa letra debe ser de tamaño y forma diferente a la (sic) letras N y E, y no iguales como en este caso. 4.- Se puede mirar que la palabra PILSEN en la chapa, por la cara externa de la corona, experimentó un proceso de decoloración. (...) Sin embargo, llama la atención que las paredes cilíndricas externas de la chapa, su impresión también esta (sic) con una ligera decoloración (...) 5.- Finalmente, la letra O de color celeste, comparando con otros (sic) chapas de letras del mismo color, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más (sic) oscuro el color, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otra persona, ya que esto es un aspecto sensorial. También esta chapa tiene 4 puntos sin pintura sobre la letra O (...)”. En lo que se refiere al caso del señor Roberto Sancho Álvarez, indica el señor Porras Mora, que respecto a las letras N y E, que el color está sin daño o decoloración. En lo que se refiere a la letra celeste O, manifiesta lo siguiente: “(...) 1.- No tiene el número clave 2775. 2.- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica. 3.- El tamaño y forma de la letra O es igual a las otras letras N y E, que forma la palabra NEON, donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba letra O del punto No. 2, la chapa ganadora, esta letra debe ser de tamaño y forma diferente a la (sic) letras N y E, y no iguales como en este caso. 4.- Finalmente la letra O de color celeste, comparando con otros (sic) chapas de letras del mismo color, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más oscuro el color, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otra persona, ya

que esto es un aspecto sensorial. Pero en este caso la diferencia es notoria (...). Por último, en lo que atañe a la denuncia de la señora Rocío Salas Solano, el perito indica, que las letras celestes N y e, se muestran sin daño o decoloración. En lo que hace a la letra O, expone, que "(...) 1.- No tiene el número clave 2775. 2.- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica. 3.- El tamaño y forma de la letra O es igual a las otras letras N y E, que forma la palabra NEON, donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba letra O del punto No. 2, la chapa ganadora, esta letra debe ser de tamaño y forma diferente a las letras N y E, y no iguales como en este caso. 4.- Finalmente la letra O de color celeste, comparando con otros (sic) chapas de letras del mismo color, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más oscuro, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otra persona, ya que esto es un aspecto sensorial. Pero en este caso la diferencia es notoria (...)."

VI.- Que lo expuesto en acápites precedentes, hace llegar al convencimiento de los integrantes del Tribunal, que la empresa sí realizó su campaña publicitaria de conformidad con lo que manda la Ley de Defensa Efectiva y Promoción del Consumidor, cumpliendo de este modo, con la información veraz, clara y suficiente, por medio de la cual, se dio a conocer desde el inicio, que para la formación de la palabra "Neón", existían medidas de seguridad con características especiales no susceptibles de alteración, así como que se tomaron todas las previsiones indispensables y necesarias para resguardar las chapas que quedaron en custodia de funcionarios de la demandante, y que solamente se lanzó una "chapa ganadora", por cada color de vehículo ofrecido al consumidor. Obsérvese que tan cierto es lo apuntado, que cuando se interpusieron las denuncias, en la empresa tenían las restantes cinco chapitas, decomisadas posteriormente por la Comisión del Consumidor, por lo que da toda credibilidad a este órgano colegiado, que solamente se lanzó al mercado una. No significa lo anterior que se esté cuestionando la integridad de los denunciantes, pero todas las probanzas llevan a determinar, que las presentadas por ellos son evidentemente falsas y por ende, no podían hacerse acreedores al premio que ofreció la Cervecería Costa Rica. La Ley General de Administración Pública preceptúa en sus numerales Artículos 132 y 133, que todo acto administrativo debe tener un motivo

legítimo, y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto. Asimismo, que el contenido debe ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo. En este mismo orden, los actos que afecten derechos subjetivos de los particulares deben contar con un motivo legítimo y razonable y los combatidos en este proceso, en criterio del Tribunal, carecen totalmente de motivación. Ante las denuncias presentadas, la Comisión del Consumidor, sin ningún tipo de consideración legal ni de fondo, se limitó, en todas sus actuaciones, a tratar de hacer hincapié en la falta de información veraz, sin tomar en consideración, los elementos de prueba aportados en esa sede, fundamentales para la defensa de la denunciada y que consistían, en las escrituras públicas aportadas y el dictamen pericial del señor Orlando Bravo Trejos, Ph. D. Y por ello, los impugnados, devienen en nulos. Para reforzar lo expuesto, se permite transcribir lo resuelto por la Sala Constitucional en su sentencia número 454-91 de 15 horas del 27 de febrero de 1991, en la que se dispuso, que al carecer “ I.- (...) de la esencial motivación, requisito de su validez a la luz de lo que dispone el Artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública. La falta de proporcionalidad de ese acto, con el contenido del mismo, hace que en sí mismo se lesione el principio de igualdad y la libertad de comercio. Es decir, cualquier restricción a los derechos fundamentales, debe constar en forma inequívoca en un acto fundamentado, en el que se señalen las razones justificantes para adoptarlo. La falta de motivación, es un vicio del acto administrativo y si además atenta contra un derecho constitucional, así debe declararse a efecto de restituirlo, lo que es objeto de esta vía (...)”.

VII.- Que como corolario de lo expuesto, por unanimidad, debe procederse al rechazo de las defensas de falta de derecho - por las razones expuestas -, y la genérica de sine actione agit, en sus modalidades de falta de interés y falta de legitimatio ad causam activa y pasiva, al ser evidente el que se tiene para buscar el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional y estar presente, entre actora y demandado, la legitimación para buscar el diferendo del debate, al provenir del llamado a juicio los actos que lesionan los derechos de quien demanda.. Debe en consecuencia, declararse procedente la demanda en los términos que se dirá, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido así: que son nulas las resoluciones de la Comisión Nacional del Consumidor,

números 1794-98 de 9 horas 35 minutos; 1795-98 de 9 horas 40 minutos y 1796-98 de 9 horas 45 minutos, todas del 1° de abril de 1998; 1954-98 de 8 horas 30 minutos, 1955-98 de 8 horas 35 minutos y 1956-98 8 horas 40 minutos de 24 de junio de 1998; números 2024-98 de 8 horas 30 minutos; 2025-98 de 8 horas 35 minutos y 2026-98 de 8 horas 40 minutos del 5 de agosto de 1998.

VIII.-. Que resta en consecuencia pronunciarse sobre los daños y perjuicios que en forma abstracta, reclama Florida Ice And. Farm Co. Siempre se sostuvo, que tratándose de condenas de este tipo, en nuestro medio está prohibida una declaración en abstracto, según relación de los artículos 62 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, 156 y 290 del Código Procesal Civil. Se dijo siempre, que es deber de quien demanda, realizar una lista concreta y detallada de los daños y perjuicios pretendidos, así como el señalamiento de los medios probatorios que los comprueben. No obstante, la Sala Primera de la Corte, recientemente cambió de criterio. Así, en su sentencia número 797-F-00 de 16 horas 17 minutos del 25 de octubre del 2000, determinó“.

(...) VII.- (...) En términos generales, la prueba del daño no debe ser tan específica y concreta que por vía de ese rigor se dejen de lado hechos bajo los cuales puedan constituirse indicios muy claros de su existencia, como sucede en la especie. Parece obvio, por vía de ejemplo, que si en un momento dado se impidió un fletamiento de combustible, en principio autorizado en razón de un convenio previo, esto necesariamente implica de por sí un daño, pues se trata de una actividad comercial frustrada por la negativa arbitraria de la institución.

(...) Ciertamente no es posible, con los datos que obran en el expediente, cuantificar o especificar la entidad del daño, pero si hay elementos de juicio suficientes para tener por sentado que alguno se produjo y, entonces, dentro de esta inteligencia, el reclamo formulado por la recurrente debe estimarse. La posición del Tribunal, aunque respetable, acentúa demasiado lo procesal en demérito de una realidad que la lógica y el sentido común impone. Arguye este órgano que debió la actora concretar en su pretensión los daños y perjuicios, por tratarse de un reclamo de orden accesorio, más no atiende que en realidad esa petición es parte del ruego principal; véase que la actora requiere una indemnización por los daños ocasionados en razón de los hechos

irregulares y lesivos expuestos en su demanda. Desde luego es claro que los daños no son por ahora cuantificables e incluso algunos resultan muy cuestionables - así por ejemplo se pretende por concepto de transporte una suma superior a la que expresamente reconoció la empresa ... como pagada por el servicio. Igualmente se cobra como daño la totalidad del transporte cuando la actora sólo contaba con dos tanques cisterna y en consecuencia debía restar del costo el alquiler de los cabezales que ella debía pagar, y otros del mismo tener; pero, ciertamente, ello no impide admitir que hubo algunos que si tuvieron un cabal respaldo probatorio. En todo caso será en la ejecución de la sentencia que se liquiden y allí se determine su justo valor. Todo lo anterior lleva a dar paso a la censura por violación indirecta, al haber prueba, siquiera indiciaria, para admitir la existencia de algunos daños y perjuicios (...)" . Con fundamento en el fallo citado, por mayoría, se llega a la conclusión de que debe imponerse al Estado, el pago de los daños y perjuicios efectivamente causados, los que se demostrarán en la ejecución de la sentencia, dado que es factible suponer, que si la actora hizo efectiva la sanción de entregar a los denunciados tres vehículos más dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de testimoniar piezas al Ministerio Público, con ocasión de los actos que ahora se anulan, sin lugar a dudas se le causaron daños que deben ser indemnizados.-

IX. Que por la forma en que se resuelve este asunto y por unanimidad se estima imponer a la vencida el pago de ambas costas de esta acción. Artículos 59.2 y 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 221 del Código Procesal Civil.

POR TANTO:

Por unanimidad, se rechazan las defensas de falta de derecho y la genérica de sine actione agit, en sus modalidades de falta de interés y falta de legitimatio ad causam activa y pasiva. En consecuencia, se declara procedente la demanda en los términos que se dirá, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido así: que son nulas las resoluciones de la Comisión Nacional del Consumidor, números 1794-98 de 9 horas 35 minutos; 1795-98 de 9 horas 40 minutos y 1796-98 de 9 horas 45 minutos, todas del 1° de abril de 1998; 1954-98 de 8 horas 30 minutos, 1955-98 de 8 horas 35 minutos y 1956-98 8 horas 40 minutos de 24 de junio de 1998; números 2024-98 de 8

horas 30 minutos; 2025-98 de 8 horas 35 minutos y 2026-98 de 8 horas 40 minutos del 5 de agosto de 1998 y se condena al demandado, al pago de ambas costas de esta acción. Por mayoría, se impone al Estado el pago de los daños causados con ocasión de la efectiva entrega que se hubiere hecho de los vehículos, si así se demuestra en la etapa de ejecución de sentencia.

Análisis del caso:

En el anterior caso interviene la Comisión Nacional en Defensa del Consumidor, Unidad Técnica de Apoyo, Florida Ice and Farm y tres consumidores.

Se interponen tres demandas en la unidad técnica de la Comisión Nacional en Defensa del Consumidor contra la empresa Florida Ice and Farm.

Los cuales alegan que son ganadores del concurso que se llevó a cabo del día 29 de enero de 1997 al día 30 de abril del 1997. Que sus respectivos ganadores fueron publicados en el periódico la Nación y la Extra, el problema se da en que la empresa Florida Ice and Farm, solo sorteaba un carro y que terminado el concurso tres personas alegaban ser ganadoras.

De lo cual la Comisión Nacional en Defensa del Consumidor, resolvió por medio de un administrativo que había un irrespeto a las condiciones de la contratación y falta de información. Por lo resuelto anteriormente se obliga a la actora que en un término no mayor de diez días, se les integren, los vehículos a las tres personas.

En este proceso la parte actora nombra un perito con sede judicial el cual determina:

- El manejo normal de las chapas, no producen variaciones en la impresión ni en el color de las mismas.

- Es factible modificar chapas originalmente con letra de color azul a letras celestes, usando diferentes solventes accesibles a cualquier persona. El proceso se basa, en extraer parte del colorante azul de la impresión hasta que este luzca como celeste.
- Conseguir una chapa limpia y directamente imprimir la letra que haga falta para forma la palabra NEON.

El perito dictaminó con respecto a las chapas en custodia de la Comisión Nacional del Consumidor:

- Cinco de las seis chapas se encontraban en custodia de la Comisión Nacional del Consumidor, esto quiere decir que sólo una chapa con la letra O salió al mercado.
- .
- Las chapas presentaban un sello en el cual aparecía siete veces lo sig. Cervecería Costa Rica. También se especificó que la frase debería estar completa pero por lo angosto de la chapa era incompleta la frase.
- Que para ganarse el carro se tiene que formar la palabra NEON donde todas las letras son de color celeste de igual forma y tamaño. Excepto la letra O que tiene que tener las características descritas arriba.
- Que la letra O es diferente a las demás en cuanto a su forma y tamaño, la cual era mucho mayor.
- Existe una diferencia en el color.
- Además que la letra O tiene impreso 2775.

Por lo tanto se determinó, que cualquier otra chapa con la letra O era producto de una falsificación pues, la cervecería no contrato la manufactura.

Que ninguna palabra con la letra O puede ser ganadora, al menos que cumpla con las características anteriores.

El objeto de este proceso:

- Declarar nula la resolución de la Comisión Nacional del Consumidor. Ya que las chapas presentadas por los tres consumidores, presentaron las siguientes características:
- No tiene del número clave 2775.
- No tiene los renglones de la leyenda Cervecería Costa Rica.
- El tamaño y forma de la letra es igual a las otras letras N y E que forma la palabra NEON, donde, de acuerdo a lo dispuesto por la Cervecería Costa Rica y como se hace constar en la prueba esa letra debe ser de tamaño y forma diferente a la letras N y E, y no iguales como en este caso.
- Se puede mirar que la palabra PILSEN en la chapa, por la cara externa de la corona, experimentó un proceso de decoloración. Sin embargo, llama la atención que las paredes cilíndricas externas de la chapa, su impresión también esta con una ligera decoloración Finalmente, la letra O de color celeste, comparando con otros las chapas de letras del mismo color, se mira que el color celeste de la letra O, respecto a estos patrones tiene un matiz diferente, más oscuro el color, sin embargo, esta observación podría ser distinta en otro persona, ya que esto es un aspecto sensorial. También esta chapa tiene 4 puntos sin pintura sobre la letra O.

- Se encargará de conocer de oficio o por denuncia, y sancionar, cuando proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades, para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado. Según lo establece el Artículo 18.
- Verifica si se da un incumplimiento con respecto a las obligaciones del comerciante, en este caso en la información por los medios.

Conclusiones:

- Queda nula la resolución de la Comisión Nacional del Consumidor.
- Se determina que se realizó una campaña publicitaria de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa Efectiva y Promoción del Consumidor.
- Se determina que la información brindada en los medios es veraz, clara y suficiente.
- Que el estado debe pagar daños y perjuicios en caso de que los carros se hubiesen comprado.

3.7.3 Difusión de valores inapropiados para la sociedad

Es importante determinar que a través de la publicidad ilícita o ilegal, se puede observar una serie de aspectos negativos y perjudiciales sobre todo para la sociedad, en especial la familia, que trasciende lamentablemente a niveles de conducta y modificación cultural y educativa de la misma sociedad.

Para ello, se tiene que hablar de la ética en la publicidad y principalmente la ética de los comerciantes, que lógicamente su misión es captar más compradores para

vender sus productos y obtener con ello más y más ganancias, muchas veces sin importar los perjuicios que pudiera causar una publicidad aguerrida que conlleve la transmisión de mensajes inapropiados y lesivos.

Esta es otra forma de desviaciones publicitarias, que se observan en el medio guatemalteco y que como se ha venido señalando en el desarrollo de este trabajo, no se encuentra regulado en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Esto no sucede en otras legislaciones, tal como sucede con la legislación española, que ha ido cobrando gran interés en la unión europea es decir, que ha gozado de homogeneidad en relación a otros países de Europa para que se establezca en sus propias legislaciones aunque en algunas, se toma como base ésta.

El Artículo 3 de la Ley General de Publicidad, por ejemplo, señala como publicidad ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus Artículos 18 y 20, apartado 4. 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, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- b) La publicidad engañosa.
- c) La publicidad desleal.
- d) La publicidad subliminal.

- e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Es la Ley 34/1998 del 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad¹⁸

La publicidad, por su propia índole, es una actividad que atraviesa las fronteras. La ley no sólo ha seguido las directrices comunitarias en la materia, sino que ha procurado también inspirarse en las diversas soluciones vigentes en el espacio jurídico intereuropeo.

El contenido de la ley se distribuye en cuatro títulos. En los títulos I y II se establecen las disposiciones generales y las definiciones o tipos de publicidad ilícita. Se articulan asimismo, las diferentes modalidades de intervención administrativa en los casos de productos, bienes, actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas.

En el título III, constituido por normas de derecho privado, se establecen aquellas especialidades de los contratos publicitarios, que ha parecido interesante destacar sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil. Estas normas se caracterizan por su sobriedad. Se han recogido, no obstante, las principales figuras de contratos y de sujetos de la actividad publicitaria que la práctica del sector ha venido consagrando.

En el título IV se establecen las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina.

En este sentido, se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir las controversias derivadas de dicha publicidad ilícita en los términos de los Artículos 3º al 8º. Esta es una de las innovaciones que introduce esta ley, destacándose por una

¹⁸ Consulta Internet www.goesjurídica.com.html. Ley general de publicidad de España. Día de consulta: 28-2008

opción distinta a la contemplada en el Estatuto de la Publicidad de 1964. Este último contempla la figura de un órgano administrativo, "El Jurado Central de Publicidad", competente para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria. Por razones obvias, entre otras, las propias constitucionales derivadas de lo dispuesto en el Artículo 24.2 en donde se fija un principio de derecho al juez ordinario, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado, se ha optado por atribuir esa competencia a los Tribunales Ordinarios.

De conformidad con lo establecido en los Artículos 4 y siguientes de la Directiva 84/450 de la CEE sobre publicidad engañosa, se instituye en este título un procedimiento sumario, encaminado a obtener el cese de la publicidad ilícita. El proceso de cesación se articula con la máxima celeridad posible, sin merma de las garantías necesarias para el ejercicio de una actividad de tanta trascendencia económica y social como es la publicitaria. La tramitación se realiza conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 para los juicios de menor cuantía, con una serie de modificaciones, inspiradas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho a la Rectificación, y en las directrices comunitarias, y tendentes a adaptar la práctica judicial a las peculiaridades del fenómeno publicitario.

El Juez, atendidos todos los intereses implicados y, especialmente, el interés general, podrá acordar a cesación provisional o la prohibición de la publicidad ilícita, así como adoptar una serie de medidas encaminadas a corregir los efectos que la misma hubiera podido ocasionar.

Por último, en la Disposición Transitoria se establece que las normas que regulan, la publicidad de los productos a que se refiere el Artículo 8º conservarán su vigencia, hasta tanto no se proceda a su modificación para adaptarlas a lo dispuesto en la presente ley. La Disposición Derogatoria prevé, la derogación íntegra del Estatuto de la Publicidad de 1964 y de cuantas normas se opongan a lo establecido en la nueva ley.

3.7.4 El miedo, la violencia, la discriminación

Las consecuencias de las desviaciones publicitarias señaladas anteriormente, se traducen en muchos casos en miedo, violencia y discriminación. Esto claramente se evidencia en la sociedad de consumo a través de los mensajes publicitarios. La publicidad que resulta ofensiva o discriminatoria, es entonces, aquella que produce ofensa a las tradiciones y religiones. Un ejemplo de lo sucedido al respecto, es lo que señaló la "Associazione dei Siciliani en Uruguay" se quejaron a AUDAP en carta enviada el 29 de julio de 1994, por lo que denunciaban era una publicidad que ofendía a la comunidad italiana. La publicidad presentaba una escena donde un abuelo y un supuesto consejero, trataban al nieto de traidor por "trabajar" legalmente; más aún, le reprochan "no ir más a los cabarets" y haber olvidado, lo que el abuelo les había enseñado": mentir a la maestra", "no hacer nunca los mandados" y ahora "trabajar". Estas escenas que quieren emular la película "El Padrino" con un abuelo fumando en penumbras y un consejero con chaleco, que no disimula una porta pistola termina diciendo "el cento per cento". ¿Cuánto si gana? sugiriendo que el abuelo descubre una nueva fuente de ganancia.

Para la Asociación de los Sicilianos en el Uruguay esta publicidad ofende a la comunidad italiana. Más aún cuando es publicidad de la Dirección de Loterías y Quinielas que depende del Estado". En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su Artículo 13.5: "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". "Lamentablemente existe y es sumamente desagradable. Cualquier cosa que no salga de los cánones del 'casting' es censurable, es feo, es ironizado. Yo tengo miedo que mañana sea el negro, el judío, el homosexual, entonces estamos haciendo apologías fascistas, eso siempre me molestó mucho. Yo no creo que ni el creativo, ni el cliente, ni quien concibe la campaña sea fascista. Pero hay estigmas, que son difíciles de sacar en el momento de hacer publicidad. Yo creo que

muchas veces uno ni se da cuenta que muchos de los comerciales que uno ve en televisión, escucha en la radio o ve en los diarios tienen un germen de intolerancia... Cuando está hecho a propósito, el gordo, porque es gordo, el flaco porque es flaco, la fea porque es fea. Los estereotipos cuando son ofensivos, obviamente es un recurso censurable o cuestionable".

Las técnicas de persuasión, en la medida que son eficaces tienen el riesgo de manipulación de la libertad de los seres humanos. Este es un peligro. Pero no por eso, hay que pensar que la publicidad sea una actividad que no sea éticamente justificable, ya que tiene una decisiva función social: es imprescindible para el funcionamiento económico y es útil para la socialización.

La publicidad puede engañar directamente a los consumidores, induciéndoles a error y causándoles daño económico. El Código Internacional del Ejercicio de la Publicidad habla de: Artículo 2. Honestidad: los anuncios no deben ser producidos para abusar de la confianza del consumidor o para explotar su falta de experiencia o de conocimiento.

En ese sentido la omisión de datos esenciales, para un producto que una vez comprado el perjuicio causado es inevitable, etc. Un ejemplo de este tipo es la publicidad de medicamentos. El Código Chileno de Ética Publicitaria de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad afirma al respecto en su Artículo 10 que "Los avisos que se apoyen en argumentos médicos, de ingeniería u otra ciencia deberán ser defendibles ante los colegios profesionales respectivos".

Una publicidad (o campaña publicitaria), deja al consumidor con una impresión o creencia, diferente de la que normalmente sería de esperar que tuviera un consumidor razonablemente informado.

La Asociación Argentina de Agencias de Publicidad en su Código de Ética Profesional y Declaración de Principios dice, que está prohibido formular: 2.

Declaraciones falsas, exageraciones engañosas o distorsiones de la verdad. 4. Argumentaciones de carácter técnico o científico, que alteren el verdadero significado del asunto que se trata, o la distorsión del testimonio de alguna autoridad en la materia. 5. Testimonios que no reflejen la elección adoptada o la opinión expresada de buena fe por personas o entidades, después de haber experimentado adecuadamente los productos o servicios objetos de los testimonios.

3.8 Otros

A) La publicidad subliminal ¹⁹

La publicidad subliminal trata de enviar un mensaje subliminal, es decir, un estímulo que ha sido diseñado para programar la mente humana a través de la percepción no consciente.

La mente humana está dividida en dos niveles: conciencia y subconsciencia. El consciente está integrado por procesos mentales cuya presencia advertimos, por lo que es capaz de analizar, criticar, modificar, aceptar y/o rechazar las propuestas que recibe desde afuera. Sin embargo, la subconsciencia está formada por un conjunto dinámico de deseos, sentimientos e impulsos que no pertenecen al campo de nuestra percepción consciente.

La publicidad subliminal lo que busca, precisamente, es llegar a ese subconsciente para poder programarlo, a través de estímulos que apelan al sexo entre otras cosas, por el impacto emocional que estos provocan. También se utilizan complementos o estímulos, que no hacen referencia ni a la muerte ni a lo sexual, pero que responden a los intereses de quienes están manipulando con fines comerciales.

¹⁹ Carrasco, Isiar José y Álvarez García, Raquel. Publidocnet. **La publicidad subliminal**. Julio 2007. Consulta Internet. www.goesjuridica.com.html. Día de consulta: 28-6-2008

Lo que diferencia a la publicidad subliminal de la corriente es que el estímulo que transmiten no se ve, pues si el estímulo se ve, deja de ser subliminal y ahí ya sería publicidad que solicita al nivel consciente de la mente(a diferencia de la publicidad subliminal) por medio de lo sexual, corriente bastante común en la publicidad de hoy en día.

Por ejemplo, en esta imagen podemos encontrar que las líneas que simulan luces de neón, al juntar dos latas del refresco Pepsi, forman la palabra SEX. El hecho de que la palabra SEX se pueda leer en las latas de Pepsi, no implica que los consumidores vayan a salir corriendo a comprar el refresco, ni tampoco se debe pensar que Pepsi ha arriesgado su imagen a cambio de nada. La efectividad de la publicidad subliminal, ha sido un tema de discusión puesto que algunos estudios de la conducta humana aseguran que los estímulos ocultos dentro de la publicidad tienen muy poco o ningún efecto en los individuos y otros, en cambio, señalan esa práctica como inmoral, atrevida y peligrosa para la sociedad.

Es ya sabido que una de las fuerzas más poderosas para mover a las personas y a los grupos sociales es la satisfacción sexual. La publicidad ha estudiado la relación que existe entre el impulso sexual y el consumo y aplica sus conocimientos hacia el objetivo de producir ventas. Esta otra imagen es un claro ejemplo de ello.

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de que se regule en la ley de protección al consumidor y usuario, la prohibición y sanción de las desviaciones publicitarias

4.1 Análisis del trabajo de campo

4.1.1 Análisis de entrevistas y estadísticas de la dirección de atención y asistencia al consumidor y usuario

El trabajo de campo consistió en la realización de entrevistas ante la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuario, en donde también se recabaron algunas estadísticas, que de alguna manera tienen relación, con el tema en el presente trabajo de investigación, por lo que a continuación se presentan los resultados.

CUADRO No. 1

Cuadro Acumulativo de Recepción de quejas Enero-Junio 2008

Actividad	Sede Central	Sedes Regionales	Total de quejas	%
Comercios	1131	121	1252	48.93
Colegios	118	41	159	6.21
Escuelas	8	0	8	0.31
Servicio Telefónico	185	31	216	8.44
Telefonía Celular	129	13	142	5.55
Energía Eléctrica	86	126	212	8.28
Servicio Agua Potable	73	2	75	2.93
Servicios de Internet	55	4	59	2.31
Tarjetas de Crédito	85	8	93	3.63
Inmobiliarias	46	3	49	1.91
Combustibles	42	3	45	1.76
Transporte	46	0	46	1.80
Pan	75	0	75	2.93
Gas Propano	14	0	14	0.55
Otros	71	43	114	4.45
TOTAL	2164	395	2559	100

Fuente: Información de campo, DIACO, junio 2008

Como se observa en el cuadro anterior, las denuncias fueron en un mayor porcentaje en contra de los comercios, lo cual denota que existen abusos por parte de éstos hacia los consumidores o usuarios.

CUADRO No. 2

Preguntas a usuarios que acudían a la DIACO

Pregunta: ¿Cree usted que los consumidores o usuarios, se encuentran afectados por los abusos que cometen los proveedores de bienes o servicios?

Respuesta	Cantidad
Si	10
No sabe	01
No contestó	04
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

De conformidad con el cuadro anterior del total de entrevistados, diez manifestaron que es común que existan abusos, por parte de los proveedores de bienes o servicios en contra de los usuarios y consumidores, y que es por ello, que existe la institución de la DIACO para que les defienda de esos abusos, aplicando las sanciones que señala la ley.

CUADRO No. 3

Pregunta: ¿Cree usted que la sociedad guatemalteca, se encuentra afectada por la publicidad engañosa, que se genera por parte de las agencias de publicidad y los proveedores de bienes o servicios?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

Respecto al cuadro anterior es de hacer notar, que el total de los entrevistados manifestaron, que la publicidad engañosa les afecta y que esto es para captar más compradores y tiene eminentemente fines lucrativos y que solo favorecen, a los proveedores de bienes o servicios, es decir, quienes la provocan sin que exista una ley que los sancione drásticamente.

Dos de los entrevistados agregaron, que en virtud de que no existen delitos que cometan los proveedores de bienes o servicios, por ser el sector poderoso económicamente hablando y que domina al Congreso de la República en donde se hacen las leyes, es que no se cuenta con delitos, sino que únicamente sanciones administrativas y que por eso, siguen haciendo lo que ellos quieren porque nadie les dice nada.

CUADRO No. 4

Pregunta: ¿Considera que el Estado, ejerce un control eficiente de la publicidad de los productos y bienes, para que no se afecte a la sociedad consumidora?

Respuesta	Cantidad
Si	03
No	12
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

De conformidad con los resultados del cuadro anterior, el total de 12 de los entrevistados manifestaron, que no es eficiente la función del Estado en ejercer un control respecto a la publicidad. Por ello, existe afectación y denuncias de los comercios al respecto y en general de todos los que prestan servicios, incluso del Estado con los servicios públicos, sin que exista una sanción efectiva.

CUADRO No. 5

Pregunta: ¿Ha oído usted o sabe, que significa publicidad abusiva, subliminal, ilícita?

Respuesta	Cantidad
Si	12
No	03
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

De acuerdo a la respuesta anterior, es evidente que la mayoría de los entrevistados por lo menos, tienen nociones de lo que significa la publicidad abusiva, subliminal, ilícita. Entre ellos unos manifestaron, que es la engañosa, la que se debe prohibir y para eso debe estar el Estado, para controlar ese tipo de publicidad.

Otros indicaron que si tienen idea de lo que se trata, pero que no recuerdan de que en la legislación, se establezca claramente la prohibición acerca de las mismas. Por lo tanto es posible que exista impunidad, respecto a este tipo de acciones por parte de las agencias de publicidad y en acuerdo con los proveedores de bienes o servicios.

CUADRO No. 6

Pregunta: ¿Sabe lo que significa en las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios, las desviaciones publicitarias?

Respuesta	Cantidad
Si	02
No	13
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

Es evidente de que con la respuesta anterior, la mayoría de los entrevistados desconocen el término desviaciones publicitarias. Sin embargo, dos de los entrevistados manifestaron tener una idea, porque saben a que se refiere la publicidad. Por lo tanto cuando se habla de desviación, es no cumplir con los parámetros normales en los procedimientos al respecto. Dentro de los parámetros normales, unos mencionaron que se podría referir a por ejemplo, lo que sucede con la publicidad engañosa, que no cumple con los requisitos de veracidad en dar a conocer el producto, etc.

CUADRO No. 7

Pregunta: ¿Considera que en la actualidad, se debe regular la publicidad, por cuanto mucha de ella es ofensiva, denigrante, incitadora a creer en valores inapropiados, etc.?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

El total de los entrevistados manifestaron que era conveniente, de que se regulara la publicidad a través de un reglamento o una ley, pero que eso se tiene que hacer, con la voluntad política que tengan los señores del Congreso de la República y que eso está muy difícil, tomando en cuenta que el poder económico, fue quien los puso en ese puesto. Por lo tanto, no pueden hacer nada que les afecte a ellos. Ante esa situación, la población consumidora o bien usuaria, siempre se ha encontrado y se encontrará a merced de los proveedores de bienes o servicios, y en materia de publicidad no sería la excepción.

CUADRO No. 8

Pregunta: ¿Sabe usted si en la ley se regula lo relativo a las limitaciones de la publicidad en las relaciones de consumo, especialmente las desviaciones publicitarias?

Respuesta	Cantidad
Si	02
No	13
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

Del total de los entrevistados trece personas ignoran, si en la ley se regula lo relativo a las limitaciones de la publicidad y el control que el Estado debe tener al respecto.

CUADRO No. 9

Pregunta: ¿Conoce usted sus derechos en materia de publicidad e información?

Respuesta	Cantidad
Si	03
No	12
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

De conformidad con el cuadro anterior, es evidente que la mayoría de los entrevistados, no conocen sus derechos en materia de información y publicidad, pero esto se debe a la falta de interés del Estado, de propiciar los mecanismos necesarios tendientes a dar a conocer estos derechos.

CUADRO No. 10

Pregunta: ¿Considera que se deben regular en el marco normativo, las relaciones de consumo, la publicidad, sus limitaciones y sancionar las desviaciones publicitarias?

Respuesta	Cantidad
Si	12
No	00
No contestó	03
Total	15

Fuente: Investigación de campo, junio 2008

De conformidad con el cuadro anterior, doce personas manifestaron que sí debiera regularse, lo relativo a la publicidad y todo lo que implica perjuicio a los consumidores o usuarios, como por ejemplo, lo relativo a la publicidad engañosa, abusiva, subliminal, comparativa, etc., que existe y que muchos de los miembros de la sociedad en general desconocen, y que de hecho puede ser que se suscite pero no se denuncia. Así también varios expresaron, que esto es una clara violación a los derechos de los consumidores o usuarios y que por lo tanto, deben ser sancionados pero penalmente, sólo así se podrá contribuir a disminuir, los índices de denuncias por abusos que se cometen a diario, en contra de los consumidores o usuarios por parte de los proveedores de bienes o servicios, y que las limitaciones que tiene esta institución (refiriéndose a la DIACO) ocasionan que muchos de estos abusos queden impunes.

4.2 Bases para una propuesta de reforma a la ley de protección al consumidor y usuario

De conformidad con el análisis bibliográfico, documental y de campo, resulta evidente que en la legislación guatemalteca, no se encuentra regulado absolutamente nada, respecto a las desviaciones publicitarias que se producen y que lesionan, los

derechos a la información y publicidad de los consumidores o usuarios, derivado de las prácticas ya señaladas anteriormente.

Es por ello que se hace necesario, que se establezca en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, lo que corresponde a los derechos a la publicidad e información por parte de los consumidores o usuarios, los aspectos básicos referente a las desviaciones publicitarias que deben ser prohibidas, y que de preferencia se cree, un reglamento relacionado con la publicidad ilícita. Para la creación del reglamento y el establecimiento de sus bases, se tendrán que tomar en cuenta los aspectos siguientes:

- a) Debe ser inspirado en la necesidad de que exista un código de conducta y de ética profesional, entre las agencias de publicidad y los comerciantes.
- b) En este cuerpo normativo se deben establecer, una serie de criterios morales para todos, los que intervienen directa o indirectamente en la comercialización publicitaria y que debieran, estar sujetos a las normas de ética que se plasmarían en el proyecto de ley.
- c) Se debe establecer, en que consiste la publicidad ilícita o engañosa, de la cual se derivan otras.

Es publicidad ilícita:

- i. La publicidad que atente, contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.
- ii. La publicidad engañosa.
- iii. La publicidad desleal.

- iv. La publicidad subliminal; publicidad abusiva. Es 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.

Es publicidad desleal:

- i. La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.
- ii. La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.
- iii. La publicidad comparativa, cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado. Será publicidad subliminal, la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida. La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros, sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas, de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por

sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa.

d) Es deber fundamental:

- i. Poner la capacitación profesional y el instrumento de la publicidad, al servicio de las más elevadas causas sociales y materiales para el ejercicio de la libertad, del bienestar de la sociedad guatemalteca y de los derechos humanos.
- ii. Observar una línea de conducta correcta y leal, en todas las relaciones con anunciantes, medios proveedores y su personal.
- iii. Divulgar solamente los acontecimientos verídicos o las cualidades o testimonios comprobados.
- iv. Atestiguar las procedencias exactas y anunciar o hacer anunciar, los verdaderos precios y condiciones de pago.
- v. Elaborar los materiales de propaganda, sin alteraciones gráficas o literarias de los pormenores del producto, servicio, idea o mercadería.
- vi. Negar las comisiones o cualquier compensación, a personas relacionadas directa o indirectamente con el anunciante.
- vii. Comprobar los gastos efectuados por cuenta del anunciante.
- viii. Esforzarse por obtener en beneficio del anunciante, las mejores condiciones de eficiencia y economía para su propaganda.
- ix. Hacer primar en el manejo de la publicidad, los intereses del anunciante cuando de ello no surja el perjuicio público.

- x. Representar ante las autoridades competentes, contra los actos que infrinjan las disposiciones de este reglamento.

- e) Se deben regular como prohibiciones:
 - i. Publicar textos e ilustraciones que atenten contra el orden público, la moral, la lealtad o las buenas costumbres.
 - ii. Divulgar informaciones confidenciales, relativas a negocios o planes del anunciante.
 - iii. Reproducir temas publicitarios, slogans, axiomas, marcas, músicas, ilustraciones, libretos o argumentos para radio, prensa, televisión o cine, etc., salvo consentimiento previo de sus autores o propietarios.
 - iv. Difamar a la competencia o desprestigiar sus méritos técnicos.
 - v. Atribuir defectos o fallas a mercaderías, productos o servicios de la competencia.
 - vi. Contratar propaganda en condiciones antieconómicas o que signifiquen una competencia desleal.
 - vii. Utilizar presión económica con ánimo de influir en los medios, alterando el tratamiento de decisiones o condiciones especiales para la propaganda.

- f) Se debe regular como norma general, que todo mensaje publicitario debe ser:
 - i. Verídico: Cualquier información sobre un bien o servicio, debe coincidir con la naturaleza real del mismo, evitando mensajes que por acción u omisión, engañan al consumidor, le induzcan a error o simplemente no permitan tener una

concepción clara en su justo valor de lo que se le está ofreciendo. Esta norma no impide el uso del humor, de la fantasía o la exageración cuando sean evidentes.

- ii. Verificable: El consumidor, usuario y público en general, deben tener la posibilidad de solicitar la comprobación de la veracidad de las informaciones contenidas en un mensaje publicitario.
- iii. Honesto y respetuoso: Debe serlo respecto de la dignidad humana y de los valores sociales y nacionales, con especial consideración a la familia. Evitará, asimismo, mostrar como valiosas conductas groseras, antisociales, criminales o atemorizadoras. Puede ser atemorizador cuando su fin sea, prevenir una conducta antisocial, criminal o atentatoria contra la salud o la vida del consumidor, usuario o público en general.
- iv. No discriminatorio: Deberá ser contrario, a cualquier tipo de discriminación o menosprecio hacia persona alguna por cualquier motivo.
- v. Correcto en el idioma.
- vi. Lícito: Debe respetar el ordenamiento legal vigente.
- vii. Reconocible. El público debe poder distinguir, un mensaje publicitario con toda claridad.
- viii. Leal en la competencia comercial. Al promover las características de un producto y/o servicio, o difundir la imagen de éstos o de una situación determinada, no deberá hacer referencia específica a bienes, servicios y/o instituciones ajenas a fin de desacreditarlos o denigrarlos. No deberán tampoco presentar manifestaciones que creen confusión con bienes, servicios o instituciones ajenas.

- ix. Propio del anunciador. No debe copiar todo o en parte manifestaciones publicitarias de otros anunciadores.
- x. Honorables. No presentará la figura humana, en especial la de la mujer y los niños en situaciones indecorosas, deshonestas, inmorales o de dudosa moralidad. Tampoco los presentará sobre todo a los niños, en circunstancias peligrosas o potencialmente peligrosas.
- xi. Considerado. No inducirá a los niños, a juzgar a sus mayores en la medida en que éstos cumplan o no, con las sugerencias de un mensaje publicitario.
- g) Se debe regular también, que en los mensajes publicitarios no podrán:
 - i. Presentar productos peligrosos o tóxicos como si no lo fueran, o como si esta circunstancia fuera secundaria o irrelevante.
 - ii. Utilizar datos estadísticos o conocimientos científicos en forma fragmentada, fuera de su contexto o como si tuvieran la calidad de verdades absolutas.
 - iii. Utilizar el testimonio de supuestos profesionales.
 - iv. Hacer referencias parciales, inexactas, incompletas y/o engañosas sobre el precio de los bienes o servicios ofertados.
- h) Así también que los mensajes publicitarios no deberán:
 - i. Difundir el consumo de bebidas de alto contenido alcohólico y del tabaco, utilizando menores de edad.

- ii. Insinuar, implícita o expresamente, la violación de normas sobre conducción de vehículos, seguridad en colegios, institutos, universidades, en el trabajo, deporte o en la vida diaria.
- iii. Omitir información sobre usos de productos o utilización de servicios cuando esta omisión pueda conducir a perjuicios contra la salud o vida de consumidores o usuarios.
- iv. Estimular, directa o indirectamente, la contaminación del aire, las aguas, las áreas verdes y del medio ambiente en general y la extinción de la fauna o la flora. Tampoco deberán estimular, la producción de ruidos en locales públicos o privados.
- i) Se debe prohibir, la publicidad de tabacos y la de bebidas con alcohol a ciertas horas, no como sucede en la actualidad. Estas medidas en atención a la protección de la salud y seguridad de las personas

CONCLUSIONES

1. El derecho de consumo es una disciplina jurídica autónoma, constituido por un conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regula precisamente las vicisitudes surgidas de la relación de consumo, con intervención directa del Estado en protección preferente al consumidor o usuario.
2. En materia de la relación de consumo, la ley más importante en el caso de la sociedad guatemalteca es la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, la cual establece los derechos y obligaciones de consumidores y usuarios, y proveedores de bienes o servicios, y el funcionamiento de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuario.
3. Dentro de los principales derechos que tiene el consumidor o usuario, está el de la información y la publicidad, sin embargo en el ámbito de la publicidad, se producen en las relaciones de consumo, conductas ilícitas de los proveedores de bienes o servicios y las agencias de publicidad al realizar desviaciones publicitarias.
4. Las desviaciones publicitarias son aquellos mecanismos inadecuados, que utilizan las agencias de publicidad, de acuerdo con los proveedores de bienes o servicios, para ofrecer sus bienes o servicios a través de la publicidad abusiva, engañosa, subliminal, tendenciosa, denigrante o ilícita, y que repercute en la transmisión de valores inadecuados a la sociedad, cambios en la cultura, educación, etc.
5. Existe el principio de libertad en la publicidad, pero debido a los mecanismos inadecuados de aplicación, ésta debe regularse en la ley de la materia para evitar que el consumidor o usuario sea defraudado en la adquisición de los bienes y servicios que requiera.

RECOMENDACIONES

1. En las relaciones de consumo, que el Estado a través del organismo correspondiente, propicie los cambios legislativos tendientes a mejorar los marcos normativos, para que en la sociedad no exista una anarquía y ello, perjudique a la mayoría de la población que es la consumidora.
2. El Estado debe publicitar los derechos que tienen los consumidores o usuarios, a fin de evitar que los proveedores de bienes o servicios, realicen actos indebidos como las desviaciones publicitarias señaladas en este trabajo; por ello el Estado, tiene la obligación de realizar campañas de divulgación nacional al respecto.
3. La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuario, debe fortalecer su intervención y velar por el cumplimiento de los derechos del consumidor o usuario.
4. Se hace necesario que sin demora, la iniciativa de ley para crear la Procuraduría de la Defensa de los Derechos del Consumidor o Usuario que se encuentra en el Congreso de la República sea aprobada por el legislativo, y al entrar en vigencia quizás pueda mejorarse o fortalecerse la intervención estatal, para evitar los abusos de los proveedores de bienes o servicios, en contra de la sociedad consumidora.
5. De lo analizado en el presente trabajo de investigación, se hace necesario en virtud de que aún no se encuentra vigente, la ley que regulará la Procuraduría de Defensa de los Derechos de los Consumidores o Usuarios, que en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, se establezca también un reglamento derivado de los derechos de publicidad e información, que conlleve todo lo relativo a la publicidad, sus límites y alcances, de conformidad con lo propuesto en este trabajo y tomando en cuenta las bases sentadas al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Lasarte. **Compilaciones sobre protección de los consumidores.** Editorial Colex. Madrid España 2002

ARRIGHI, Jean M. **Comercio internacional y protección del consumidor, en defensa de los consumidores de productos y servicios.** Editorial La Rocca. Bs. As. 1994. Págs. 369

BENJAMÍN, Antonio. **Derecho del consumidor.** Editorial La Rocca. Bs. As. 91 páginas 1994

BERCOVITZ, R. **Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores.** Editorial Tecnos. Madrid, España 1987

BOTANA GARCÍA, G., y M. Ruiz Muñoz. **Curso sobre protección jurídica de los consumidores.** Editorial Mc Graw Hill. Madrid, España. 1999

BOURGOIGNIE, Thierry. **El derecho comunitario del consumo.** Experiencias y perspectivas de Europa. (s.e) 1993

BRIEBA, Rodolfo Jorge, **Derecho de consumo necesario.** Editorial La ley. Madrid, España. 2007

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Editorial Heliasta S.L.R. Buenos Aires, Argentina 1993

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. **Derecho privado europeo.** Editorial Colex. Madrid España 2003

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. **El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato.** Editorial Thomson-Arazandi. Cizur mayor. Madrid, España. 2007

CARRASCO PERERA, A. **El derecho de consumo en España presente y futuro. Instituto nacional de consumo.** Madrid, España. 2002 (s.e.)

DE PINA VARA, Rafael. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Editorial Porrúa 33ª edición. México 2004

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Madrid España, 21 edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. 2001.

DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. **La protección de los consumidores en el mercado interior europeo**. Editorial Comares. Granada 2003

GARCÍA PELAYO y GROSS, Ramón. **Diccionario básico Larousse**. Cía. Editorial Ultra, S.A. México D.F. 2001

GUILLÉN CARAMARÉS, J. **El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración**. Editorial Civitas. Madrid, España 2002

HAMMER, Michael y James Champú. **Reingeniería**. Grupo Editorial Norma. Colombia, 54 páginas. 1994.

HERNÁNDEZ G. José Ignacio. **Observaciones al proyecto de ley antimonopolio y la competencia desleal**. Editorial Conapri. Madrid, España. 2006

MARÍN LÓPEZ, J.J. y M.J. Marín López. **Código sobre consumo y comercio**. Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur menor. Madrid, España. 2004

MOSSET ITURRASPE, Jorge y Ricardo Lorenzetti. **Defensa del consumidor**. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 1994

ORDUÑA MORENO, F.J. **Contratación y consumo**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España 1998

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1981

PIRIS, Cristian Ricardo. **Evolución de los derechos del consumidor.** Universidad nacional de Nordeste. Edición de Comunicaciones científicas y tecnológicas. 2000

PORTO MACEDO, Junior Ronaldo. **La globalización, la regulación y el derecho del consumidor.** (f.e) (s.e) 2004

REYES LÓPEZ, María José. **Derecho privado de consumo.** Editorial Tirant Lo Blanch 2do. Volumen. 2000 páginas. 2005

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano.** Editorial Antigua librería Prado. México. D.F. 1980

STIGLITZ, Gabriel y Rubén Stiglitz. **Derecho y defensa de los consumidores.** Editorial La Rocca. Bs. As. 1994

WEBER, Max. **El consumo compulsivo. Ética protestante y el espíritu del capitalismo.** 9ª. Edición. Premia editora. La red de Jonás. Bilbao, España 1991

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley número 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto ley número 107, 1964.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Congreso de la República. Decreto número 6-2003.

Legislación extranjera en materia de defensa de los Derechos de los Consumidores.

