

Universidad de Costa Rica

Escuela de Ciencias Sociales

Facultad de Derecho

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO

Tema:

**“Fundamentos normativos para la protección del
consumidor frente a la publicidad engañosa en
el iter negocial”**

Estudiante:

Olga Marissa Piedra Zamora

A64399

Dedicatoria

A Dios todopoderoso, a quien dedico y agradezco por cada día, cada esfuerzo y cada logro:

Ni una sola letra hubiera sido escrita sin su intervención; a mis padres, Jorge y Olga y a mi

familia, por su incondicional amor y constante apoyo; a Javier Delgado,

por trascender toda expectativa y realmente

dar la milla extra por mí.

Agradecimientos

A mis profesores, lectores y Director;
A don Cristian Calderón por su genuina amistad y valioso apoyo.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	8
TÍTULO I. La Relación entre el Consumidor y la Publicidad	22
CAPÍTULO I. La Relación de Consumo.....	22
Sección I. El Vínculo entre Comerciante y Consumidor	22
Sección II. La Publicidad y la Relación de Consumo.....	29
CAPÍTULO II. El Surgimiento del Engaño en la Relación de Consumo mediante la Publicidad	52
Sección I. El Error en la Relación de Consumo.....	52
Sección II .El Engaño en la Relación de Consumo	68
TÍTULO II. Fundamentos Normativos de la Publicidad ante el Consumidor dentro del Iter Negocial.....	86
CAPÍTULO I. Definición de la Publicidad Engañosa	86
Sección I. Publicidad Engañosa.....	87
Sección II. Principios de la Publicidad No-Engañosa	127
CAPÍTULO II. La Publicidad Engañosa en el Iter Negocial y sus Consecuencias.....	137
Sección I. Publicidad Engañosa dentro las Tratativas Preliminares al Contrato de Consumo	137
Sección II. Publicidad Engañosa dentro como Oferta dentro del Contrato de Consumo ..	157
CONCLUSIÓN	162
BIBLIOGRAFÍA.....	165
ANEXOS.....	174

Resumen.

1. Justificación

La presente investigación encuentra su justificación en el contexto de la sociedad de consumo, donde como ciudadanos nos exponemos ante la actividad publicitaria constantemente, a diario y a través de todos los medios; por ello es que resulta no solo pertinente sino necesario realizar una investigación a nivel jurídico sobre el impacto de los mensajes publicitarios en los consumidores y especialmente en torno a sus decisiones de consumo.

Para ello es menester crear y plasmar el concepto de publicidad que mantiene la ciencia jurídica a fin de abordar posteriormente el tema de la publicidad ilícita y finalmente llegar hasta la publicidad engañosa.

Lo anterior con el propósito de lograr la protección especial que no solo la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor pretende abarcar sino la protección que deviene del mismo artículo 46 de la Constitución Política de nuestro país, por el cual se establece explícitamente el derecho de los consumidores y usuarios “de recibir información adecuada y veraz”, suponiendo una serie de implicaciones que a la fecha no han sido abordadas desde la presente óptica.

En un mundo donde las relaciones interpersonales se enfrían y donde el comercio electrónico oferta a través de la Internet, ¿cómo sino mediante la publicidad puede el comerciante comunicarse con propósitos comerciales con su consumidor? Y de ser la mayoría de las comunicaciones de esta manera, ¿cómo entonces se ha de garantizar la protección especial al consumidor de recibir información adecuada y veraz?

Debe tomarse en cuenta la función activa del Estado y su preocupación por entender y afrontar la realidad que se produce a diario no solo en los centros comerciales sino desde nuestros computadores, donde tanto usuarios como consumidores se ven defraudadas nuestras expectativas a causa del engaño, muchas veces intencionado del comerciante, lesionados nuestros intereses económicos y violentados nuestros valiosos derechos constitucionales.

De allí que la publicidad engañosa merezca especial atención y que surja la necesidad de preguntarse ¿cómo y por qué se produce?, ¿cómo puede el consumidor facilitar su identificación? ¿Es la publicidad la encarnación del deber de información de los comerciantes hacia los consumidores y de ser así, cuál es el tipo de responsabilidad que enfrentan los comerciantes ante la producción de publicidad engañosa? Y finalmente ¿Cómo se puede proteger a nivel normativo al consumidor de la publicidad engañosa?

2. Hipótesis.

La publicidad en la práctica dentro sus funciones contempla el deber de información de los comerciantes hacia los consumidores, por lo cual los comerciantes son titulares de responsabilidad civil desde el inicio de la relación de consumo por causa de la emisión de publicidad engañosa; de esta forma al definirse con mayor claridad el concepto de publicidad engañosa y los posibles panoramas de responsabilidad achacable al productor, se protegen los derechos del consumidor de manera preventiva.

3. Objetivo General:

Definir a partir de los fundamentos normativos existentes, la protección del consumidor ante la publicidad engañosa desde el inicio de la relación de consumo.

4. Metodología

Método analítico.

Es el método por el cual se distinguen y separan las partes del problema a fin de llegar a conocer sus principios y elementos, se pretende la observación del objeto en estudio para distinguir, separar y estudiar sus partes para luego unir sus elementos y extraer nuevos aportes con la ayuda de los criterios doctrinales, jurisprudenciales y de derecho comparado.

5. Conclusión

A partir de una definición más precisa de la publicidad engañosa, relacionándola entre las funciones de la publicidad con el derecho y deber constitucional de Información veraz y oportuna, es que debe de interpretarse a favor del consumidor la existencia de responsabilidad civil con ocasión al engaño, incluso antes de la decisión de consumo.

Ficha bibliográfica

Piedra Zamora, Olga Marissa, "Fundamentos normativos para la protección del consumidor frente la publicidad engañosa en el iter negocial". Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2012.

Director (a): Carlos Manuel Estrada Navas.

Palabras claves: publicidad, naturaleza jurídica de la publicidad, publicidad ilícita, el error, el engaño, dolus bonus, la relación de consumo, deber de información, libertad de empresa, derechos del consumidor, concepto de consumidor, competencia desleal, principios publicidad, principio precautorio en materia de derecho del consumidor, tipos de publicidad engañosa, iter negocial, la relación subjetiva de la confianza, las tratativas preliminares, responsabilidad civil, responsabilidad objetiva, culpa in contrahendo, protección preventiva al consumidor.

*Barnum, director de circo, formula una teoría de la publicidad en su autobiografía:
"Usted puede anunciar un artículo de baja calidad e inducir a mucha gente a comprarlo
a la vez, pero poco a poco lo irán denunciando como impostor".*

- Phineas Taylor Barnum

INTRODUCCIÓN

La publicidad es un elemento integrante del comercio y su presencia, en la vida cotidiana tanto de los comerciantes como de los consumidores, data desde la era preindustrial. Es simultáneamente una herramienta en la promoción de bienes y servicios por parte de los comerciantes y un instrumento facilitador en la toma de decisiones por parte de los consumidores.

La publicidad, bajo dogmas de confianza y buena fe en los negocios, es producida y utilizada por los anunciantes y recibida como cierta, por parte de la audiencia, lo cual desencadena un sin número de consecuencias tanto a nivel del comerciante y consumidor, como para el mercado en su conjunto.

Por ello, la publicidad ha sido objeto de regulación, puesto que forma parte de la relación de consumo entre el comerciante y el consumidor; relación que se materializa a través del contrato de consumo.

La publicidad integra un alto porcentaje del total de información que el comerciante transmite hacia el consumidor. Por tanto, la publicidad es revestida de un carácter no solo comercial, sino también informativo hacia la parte débil de la relación de consumo a través del Deber de Información.

Por ello, es objetivo general de la presente, definir a partir de los fundamentos normativos existentes en nuestro país, la protección del consumidor ante la publicidad engañosa, desde el inicio del Iter Negocial, es decir, desde la fase de las tratativas preliminares.

Para ello será utilizado el método analítico de investigación, el cual tiene como misión distinguir y separar entre las partes del objeto de estudio, que en nuestro caso es la publicidad engañosa; con el propósito inicial de lograr una definición clara y más objetiva que pueda facilitar su identificación no solo por parte de los consumidores sino también por los juzgadores. A través de este método se separan también las funciones de la publicidad a fin de atribuirle el deber de información y por tanto, llegar a conocer sus principios y elementos, hasta las últimas consecuencias de su violación para el consumidor dentro de la fase inicial del Iter Negocial con la ayuda de los criterios doctrinales, jurisprudenciales y de derecho comparado.

Para ello en el primer título como desarrollo de objetivo específico se analizará la relación del consumidor con la publicidad, siendo importante en este acercamiento

inicial, definir en el primer capítulo a las partes dentro de la relación de consumo, es decir, al comerciante y al consumidor.

En el segundo capítulo se relacionarán ambas partes con la publicidad y se analizará el surgimiento de la patología del engaño en la relación de consumo, gracias a la publicidad, a fin de lograr tanto una mayor comprensión del concepto de publicidad engañosa como de las secuelas de la publicidad en el consumidor. Por ello se intentará esclarecer el motivo del surgimiento del error en el consumidor ante la publicidad; sea por causa propia del consumidor o por la intención dolosa del comerciante de generar el engaño.

Lo anterior permitirá llegar a definir jurídicamente y con mayor exactitud el concepto de Publicidad Engañosa y su naturaleza como objetivo específico en el capítulo primero del segundo título; ya que, pese a su enorme importancia, existe una falta de profundización y aplicación desde su definición, dejándose al arbitrio los casos de aplicación práctica y los parámetros para facilitar su identificación. Por lo que hasta este nivel introductorio es interés de la presente preguntarse ¿Qué es la publicidad engañosa? ¿Por qué se le considera engañosa? ¿Qué efectos produce en el consumidor? y ¿Cómo es posible facilitar su identificación?

En esta segunda parte de la investigación, una vez analizada la problemática y los antecedentes del eje de la presente, es que en el segundo capítulo de este segundo título, mediante un análisis de las fases de formación del contrato de consumo desde

las tratativas preliminares hasta la oferta, se pretenderá la protección de manera efectiva y preventiva al consumidor con base en nuestro actual ordenamiento jurídico.

En este sentido también como objetivo se encuentra el análisis del papel de la publicidad desde la formación del consentimiento, como elemento esencial en los contratos, desde la óptica de los consumidores, dando importancia a la existencia de publicidad engañosa, ya que, si bien parte de las funciones de la publicidad es crear deseos; es interés de la presente determinar ¿qué sucede con las necesidades generadas en los consumidores bajo fundamentos engañosos? Y por tanto ¿cuáles daños es el consumidor susceptible de padecer por su causa?

Con motivo a lo supra explicado, es que la presente investigación considera que la Publicidad Engañosa debe conllevar un especial estudio y precisión dentro de la gama de posibilidades de la Publicidad Ilícita, resaltándose la importancia de que exista certeza y análisis en cuanto al estudio de la publicidad ilícita engañosa en la formación de un acto jurídico , ya que, sin un contexto claro ¿qué protección y/o conocimiento posee el consumidor ante la exposición a publicidad engañosa cuando nos encontramos en las puertas de la sociedad de la información y la tecnología donde surgen nuevas técnicas de publicidad?

En definitiva es un panorama ante el cual el consumidor no se encuentra preparado. Por ello es interés de la presente investigación resolver ¿Cómo pueden los comerciantes y consumidores facilitar la identificación de la Publicidad engañosa?

¿Cómo el Estado la regula y cuáles son sus fundamentos? ¿Cuáles son los efectos y consecuencias de la Publicidad Engañosa?

Como hipótesis de la presente investigación se partirá de que la publicidad en la práctica dentro sus funciones contempla el deber de información de los comerciantes hacia los consumidores, por lo cual los comerciantes son titulares de responsabilidad civil desde el inicio de la relación de consumo por causa de la emisión de publicidad engañosa; de esta forma al definirse con mayor claridad el concepto de publicidad engañosa y los posibles panoramas de responsabilidad achacable al comerciante, se protege de manera preventiva los derechos del consumidor dentro de la fase de las tratativas preliminares hasta la decisión de consumo.

Para efectos de la presente investigación, debe diferenciarse entre el concepto de “publicidad” como cualidad de hacer público y la publicidad como medio de divulgación de anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios y otros. Jurídicamente, tal como lo señala LÓPEZ GARCÍA, la diferencia entre ambas es relevante: la primera acepción de publicidad es producto de un deber, en cambio la segunda acepción de publicidad supone el ejercicio de un derecho¹.

Tampoco se entenderá publicidad como propaganda, en el sentido de que pretende buscar transmitir al público una particular interpretación de la realidad o un conjunto de

¹López García, Mabel (2004): La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico. Editado por eumed.net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>

ideas determinado cuya finalidad es meramente ideológica²; sino que al referirse a publicidad en esta investigación, deberá entenderse como la transmisión al público de mensajes sobre referencias tales como las características o atributos propios de una marca, producto, o servicio.

Jurídicamente también existe una diferencia relevante entre ambas y es que como la publicidad tiene una finalidad meramente comercial, a diferencia de la propaganda, tiene límites mucho más estrictos dentro su campo de libertad puesto que supone la potencial creación de un acto jurídico que reviste una especial significación para nuestro ordenamiento jurídico como constitutiva de una “oferta” de consumo³.

También debe diferenciarse entre la publicidad comercial de la publicidad institucional, ya que, esta se da cuando el Estado o un ente público o asociación pública, llevan a cabo una campaña de publicidad para fomentar conductas que van a beneficiar a la colectividad sin perseguir fomentar la contratación.

Así mismo debe diferenciarse entre la publicidad dirigida al producto que tiende a fomentar la contratación y la que no (publicidad no orientada al producto). Se incluirá solo la publicidad que se lleva a cabo en el ámbito comercial, industrial, artesanal o liberal. Por ello no se hace exclusiva referencia a las normas civiles, comerciales sino también a las normas de protección del consumidor.

² Delgado Zegarra, Jaime y Cáceres Valle, Crisólogo. “Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial”, Instituto de Derecho del Consumidor de Perú, Primera Edición, Lima 1993, pág. 21.

³ Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.

En sentido técnico, la publicidad “*es una comunicación estructurada y compuesta, no personalizada, de la información que generalmente pagan patrocinadores identificados, que es de índole persuasiva, que se refiere a productos (bienes, servicios e ideas) y que se difunde a través de distintos medios*”⁴.

En un sentido más jurídico, la publicidad, tal y como la define la Directiva Europea 450/84/CEE modificada a su vez por la Directiva 1997/55/CE es “*toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes muebles, los derechos y las obligaciones*”⁵.

Se ve entonces que en resumen la Publicidad es parte del ámbito de la Comunicación, delimitada al tipo de comunicación estructurada que se lleva a cabo en el área comercial; siempre y cuando su finalidad sea la de la promoción. Se excluye a partir de dicha definición, los negocios jurídicos que se enmarquen dentro del ámbito civil.

Este concepto establecido por la Unión Europea, a opinión de la presente, representa el modelo a seguir a fin de definir la Publicidad para efectos de esta investigación y destaca como palabras clave la Comunicación, su ámbito comercial y la Promoción como su finalidad. No obstante, tal como se aclarará posteriormente, se entenderá

⁴ Arens, William F. “Publicidad”. Séptima Edición. Editorial McGraw Hill. México. Pág. 6.

⁵ Directiva 450/84/CEE y Directiva 1997/88/CE y artículo 2º de la Ley General de Publicidad de España.

también como consumidor al destinatario final, según el artículo segundo de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Y es que si bien la publicidad es delimitada como un tipo de comunicación unilateral enviada por los anunciantes, esta es compleja en cuanto a los elementos que la componen, sea el arte, la economía, la tecnología, la política, los cambios sociales y sobre todo el comercio; dentro los cuales cabe resaltar el mensaje publicitario como la esencia de la publicidad, cual es el núcleo de la información que un oferente desea transmitir a su público⁶.

Debe recordarse además, que la publicidad en su ejercicio no es estática, sino que cambia conforme muda la sociedad y sus parámetros y valores, pero manteniendo su esencia y su deseo que es el atraer la atención del receptor del mensaje, siendo la persuasión un elemento común a todo mensaje publicitario⁷.

ZAVALA RODRÍGUEZ refiriéndose a la publicidad, señala que “es indudablemente una forma casi insustituible para conquistar y mantener la clientela”⁸ siendo por tanto la publicidad parte integrante del comercio⁹.

⁶En cuanto a los papeles de los sujetos involucrados en la emisión y recepción del mensaje publicitario, cabe recordar que la comunicación humana se encuentra sistematizada a través del lenguaje, el cual nos permite realizar la transferencia de mensajes e información desde un emisor a través de un canal en forma de código, hacia un receptor dentro de un determinado contexto.

⁷López García. Opus cit. (2004)

⁸Zavala Rodríguez Carlos Juan. “La Publicidad Comercial: Su Régimen Legal”. Editorial DePalma Buenos Aires 1947. (Prefacio).

⁹ “Una ciudad no puede autoabastecerse por sí misma en cuanto a sus necesidades básicas de bienes, dependiendo del comercio con otros puntos que ofrezcan lo que ésta necesita. Así pues, donde exista una ciudad, deberá existir comercio y, por lo tanto, la necesidad de llamar la atención aunque esta se

De esta forma se ve que la publicidad se integra de diversos componentes que no necesariamente perseguirán la contratación, pero que en la práctica componen la comunicación publicitaria como un todo.¹⁰

En misma inteligencia debe enfatizarse además, de la función comercial de la publicidad, su función social y económica como parte de una realidad en los comerciantes y consumidores, a quienes marca las pautas de comportamiento, consumo y de vida, desde la antigua Grecia donde en términos generales la publicidad se vinculaba con la transmisión oral de informaciones que se deseaban dar a conocer, fueran edictos, noticias de interés general, entre otros; y hasta la fundación de la publicidad como un instrumento que sirve para informar e influenciar sobre la actividad mercatoria.

Por ello se afirma que si bien la publicidad es un fenómeno comunicativo complejo que afecta a diversos campos de la actividad humana, también toca al derecho, en cuanto

realice de la forma más rudimentaria. Además, cuando las ciudades son muy grandes, los propios artesanos corren en riesgo de pasar inadvertidos, ya que no es suficiente la calidad de sus trabajos, sino que necesitan algún tipo de reclamo para que sus clientes acudan a ellos". "Por otro lado, como hecho más cercano al cartel puede reseñarse, por ejemplo, las inscripciones sumerias y egipcias que hacen los escribas y mercaderes, así como los emblemas en relieve que se hallan en Mesopotamia, lugar de nacimiento de las primeras civilizaciones.". www.lahistoriadelapublicidad.com

¹⁰ "(...) Los remedios establecidos por el ordenamiento jurídico frente a la publicidad ilícita tiene una aplicación más concreta y precisa si se refiere al objeto de la comunicación publicitaria, mediante la utilización del concepto jurídico de mensaje publicitario, para determinar el contenido ilícito y su imputación a cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso comunicativo publicitario". SANTAELLA LÓPEZ, M.: "El nuevo derecho de la publicidad", p.104.

influyen aspectos tanto del Derecho Fundamental a la Información como del Derecho Mercantil¹¹.

De hecho es tal la utilidad social de la publicidad, que esta no solo es la que ha permitido el desarrollo del periodismo, la radio y otros instrumentos de cultura y educación pública¹², sino que tal y como se menciona anteriormente, la publicidad es el medio por el cual los consumidores se basan para efectuar decisiones de consumo razonadas y asentadas en sus verdaderas necesidades y posibilidades económicas.

En cuanto a la importancia de la publicidad como modo de comunicación, esta tiene una gran repercusión social por el amplio poder de difusión que ha alcanzado y por la manipulación casi siempre implícita del mensaje publicitario; factores ambos que han determinado que sea la publicidad uno de los conceptos que se han convertido en símbolo del movimiento de defensa del consumidor¹³, ya que, la publicidad no tiene porqué perjudicar al consumidor sino más bien convertirse en su aliado.

Por estas dos razones se afirma, que la publicidad es el principal medio de información precontractual (tal y como se menciona al inicio) al menos desde el punto de vista del número de personas a quienes llega. Y es que gracias a la difusión de la publicidad por los medios de comunicación masiva, es que existe una estrecha relación con el orden

¹¹López García. *Ibíd.* (2004)

¹²De hecho el periodismo moderno se basa en la contribución de la publicidad comercial y ése, aunque a veces ha sido criticado, es el sistema más conveniente, ya que si no fuera por la publicidad los periódicos no podrían ofrecer al público por una "teja" el enorme material de noticias, literatura, datos y cifras económicas. - Zavala Rodríguez Carlos Juan. "La Publicidad Comercial: Su Régimen Legal". Editorial DePalma Buenos Aires 1947. p.19.

¹³López García. *Ibíd.* (2004)

público, ya que, la publicidad, tal como señala el autor ZAVALA RODRÍGUEZ, “es educadora, de gran valor social, pues enseña al pueblo hábitos de higiene, “confort”, previsión, etc. (...) y sugiere necesidades que antes nadie imaginó, pero que analizadas en su esencia, benefician a la higiene o la salud colectiva.”¹⁴

Esta cualidad de orden público en nuestro país se encuentra en el artículo 72 de la Ley 7472 por la cual se le otorga la imperatividad a su aplicación, al regular el uso de la publicidad, debido a la protección especial que establece hacia el consumidor como parte débil en la relación de consumo.

Por su poder de difusión y persuasión y por su carácter informador, es que se afirma que la publicidad constituye una de las materias más íntimamente ligadas al interés público. De allí que autores como BAUDRILLARD consideren a los derechos del consumidor como “*la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo*”¹⁵.

Por ello, una eficaz regulación de la publicidad promueve la conducción de negocios con sanas políticas empresariales que a su vez promuevan la confianza de los consumidores en las empresas, marcas y/o en sus productos. Por lo anterior se afirma que la publicidad lícita es un incentivo para el sector empresarial de conducir sus

¹⁴ Como por ejemplo las campañas publicitarias sobre pastas dentales, que promueven su uso después de cada comida; y otros productos higiénicos o financieros que aconsejan sobre los hábitos de ahorro de los consumidores.

¹⁵ Baudrillard, Jean. “A sociedade de consumo”, traducción de Artur Morao, pág. 28. Lisboa, 1981.

negocios en forma responsable de cara a los consumidores¹⁶, lo cual trae consigo un beneficio para ambas partes así como para el mercado.

Y es que la importancia de la publicidad resulta evidente no solo por su enorme influencia en el comercio sino también por las grandes sumas de dinero que en ella se mueven, generando así toda una industria: La Industria Publicitaria.

Se ve entonces que la publicidad no solo es utilizada en pro del comercio y como industria per se, sino que favorece la estrecha relación entre el consumo y la producción. Lo cual nos lleva a traer a colación al Mercado como tercer elemento a tomar en cuenta a la hora de abordar el tema regulatorio de la Publicidad Engañosa.

La protección del incorrecto uso que algunos hacen de la publicidad, no solo se protege a nivel individualizado, sino que también se le consagra en su faceta plurindividual o de incidencia colectiva a fin de obtener un adecuado nivel de protección ante la continua y masiva exposición del público frente a la publicidad¹⁷.

En este sentido la sentencia emitida por el Juzgado Segundo de la Municipalidad de la Plata de Uruguay, explica que *“los derechos de los consumidores, como la salud, la seguridad, la información, la dignidad y los intereses económicos, son derechos de los*

¹⁶ Manual de Buenas Prácticas de Protección al Consumidor. Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Dirección de Apoyo al Consumidor. Programa COMPAL. Actividad 2.1.

¹⁷ Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.

consumidores y usuarios protegidos independientemente de su afectación particularizada y concreta, configurándose como derechos en “expectativa constante” o de tutela permanente, cuya simple amenaza de afectación merece la inmediata respuesta del sistema protector”; en nuestro caso, del Estado costarricense.

De lo anterior es posible extraer la necesidad de una protección constante y preventiva hacia la audiencia entendida como el conjunto de usuarios, consumidores y potenciales consumidores; desde la perspectiva de protección al consumidor, pero también debe incluirse la protección estatal del Mercado en su conjunto incluida la participación activa de la industria y de los comerciantes, puesto que en buena teoría es su relación lo que la regulación de la publicidad engañosa debe proteger¹⁸.

De esta manera la presente investigación tiene como trasfondo el análisis y la construcción dogmática de la protección jurídica de los consumidores, usuarios y comerciantes frente a la publicidad que se da en el comercio, así como la promoción de sanas prácticas publicitarias para los comerciantes y una propuesta interpretativa para el Estado costarricense.

Así mismo, cabe explicar que si bien la presente se encuentra orientada a una legislación específica como la costarricense, se ha nutrido de la doctrina general y de la legislación y jurisprudencia del derecho comparado. Lo anterior con el propósito de

¹⁸ Desde la perspectiva del economista Gregory Mankiw, autor del libro "Principios de Economía", un mercado es "un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto, y los vendedores, la oferta". Mankiw, Gregory. "Principios de Economía" Tercera Edición, Mc Graw Hill, Pág. 41.

contrastar el abordaje del tema de la Publicidad Engañosa en otros países en relación con nuestra actual legislación, a fin de que los interesantes resultados que se arrojen pretenciosamente puedan en un futuro ser adoptados en nuestro país, o al menos puedan ser tomados en consideración para los fallos en favor del mercado.

TÍTULO I. La Relación entre el Consumidor y la Publicidad

CAPÍTULO I. La Relación de consumo

El presente capítulo versará sobre la importancia de la identificación de las partes dentro de la relación de consumo y la publicidad como ligamen entre el comerciante y el consumidor. Por ello en este primer nivel se pretenderá definir al comerciante como emisor del mensaje publicitario y al consumidor como su receptor.

Por ello se analizarán también los derechos del consumidor que se podrían ver afectados ante la publicidad incompleta, omisa o falsa; así como la limitación que surge y existe con respecto a los derechos reconocidos del comerciante

Sección I. El Vínculo entre Comerciante y Consumidor

1. Definición de Comerciante

Si bien la presente investigación no tiene como objetivo resolver la discusión sobre la definición del comerciante acorde con nuestro actual ordenamiento jurídico, debido a la dualidad de definiciones establecidas en el Código de Comercio y en la Ley 7472, si es

de interés nuestro para efectos de identificar al emisor de la publicidad (y potencial emisor de publicidad engañosa) establecer el concepto del comerciante con el propósito de conocer los sujetos de aplicación de los efectos de la Ley 7472 en nuestro país.

En este sentido, tal y como nos lo aclara la autora Espinoza Blanco, debe de comprenderse que la definición del artículo 5 del Código de Comercio es la definición general¹⁹, mientras que la definición de comerciante establecida en el artículo 2 de la ley 7472 es la definición especial²⁰ y por tanto aplicable para los efectos de las regulaciones de competencia y consumidor.

De conformidad con los principios generales del derecho, siendo la ley 7472 una ley especial sobre ley general, gracias al artículo 2 de la ley 7472 se amplía el ámbito de aplicación de las regulaciones en materia de publicidad engañosa hacia las personas públicas y las “entidades de hecho” que realicen actividades publicitarias²¹.

¹⁹ Artículo 5º Código de Comercio.- Son comerciantes:

a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual; b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada; c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen; d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y e) Las disposiciones de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país.

²⁰ Artículo 2º Ley No. 7472: Comerciante o proveedor:

Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal. Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos.

²¹ Espinoza, Ana Lucía. “Introducción al Derecho Comercial, Tema No. 4: El Comerciante” 2012. www.derechocomercial-cr.com

De esta forma una vez definido el comerciante como potencial sujeto de aplicación de los efectos de la Ley 7472 bajo estudio, es que puede reconocerle como el emisor del mensaje publicitario.

En este sentido la Ley General de Publicidad de España define al anunciante, como la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad²². Por tanto, para efectos de la presente investigación, se entenderá por anunciante y emisor del mensaje publicitario al comerciante definido por la ley 7472 que bajo los parámetros de la ley General de Publicidad de España, realice actividades publicitarias.

2. Definición de consumidor

La Ley General de Publicidad de España, Ley 34/1988 del 11 de noviembre define al sujeto Pasivo o Destinatario, como los individuos a quienes se dirige el mensaje publicitario o hacia quienes se encuentran a su alcance²³.

Y siendo el objeto de estudio de la presente, la publicidad que produce engaño en los consumidores, se entenderá como consumidor a *“Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, **recibe información o propuestas** para ello. También se*

²² Artículo 8 de la Ley General de Publicidad de España, Ley 34/1988 del 11 de noviembre.

²³ Artículo 2 de la Ley General de Publicidad de España, Ley 34/1988 del 11 de noviembre.

considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.”²⁴ (El resaltado no corresponde al original).

Se ve entonces que se considera consumidor no solo a las personas físicas o jurídicas de hecho o de derecho, que se sitúen como destinatarios finales y que efectivamente disfruten o utilicen los bienes o servicios; sino que también para efectos de la presente cabe resaltar que se considera a consumidor a las personas físicas o jurídicas de hecho o de derecho, que reciban información o propuestas para la adquisición, disfrute o uso de bienes o servicios sin que efectivamente hayan realizado el consumo²⁵.

Se evidencia que la definición de consumidor para nuestro ordenamiento jurídico es bastante amplia, abarcando la definición del destinatario de la publicidad a todos los consumidores.

Lo anterior reviste de enorme importancia para los efectos, ya que, si bien la publicidad asume la existencia de una audiencia, esta no se dirige a individuos, sino a grupos de personas. En esta inteligencia se podría decir que el sujeto pasivo de la comunicación

²⁴ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. No. 7472, de la República de Costa Rica. Artículo 2, párrafo segundo.

²⁵ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su resolución No. 168-F-S1-2010, también ha señalado como consumidor al destinatario final de bienes y servicios, quien no requiere ser el propietario registral de un bien dañado producto de una relación de consumo para poder reclamar la indemnización correspondiente. Lleva razón el voto de la Sala por cuanto el consumidor puede adquirir un bien o servicio para uso personal o para el uso ajeno, por lo que en este sentido tampoco puede delimitarse la definición de consumidor.

o el receptor de la publicidad es indefinido. Por tanto, la publicidad es impersonal y masiva²⁶.

Y en este sentido el ex presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en su discurso ante el Congreso en el día 15 de marzo del año 1962, no se equivoca al pronunciar la frase “consumidores somos todos”²⁷, queriendo enfatizar la exposición masiva frente a la cual se exponen las personas a diario.

El Código de Autorregulación Publicitaria de nuestro país señala que para definir el destinatario de un mensaje, debe tomarse en cuenta al público meta y al público que se encuentra en mayores probabilidades de estar expuesto²⁸. Es decir, se contempla también al usuario como potencial consumidor y por tanto como sujeto de protección.

Además, con el propósito de brindar adecuada protección del destinatario, debe de determinarse la relación producto de la publicidad entre el comerciante y el consumidor y el lugar que la publicidad ocupa en la formación de un acto o un acto jurídico, ya que, dependiendo de la tesis que la doctrina o el ordenamiento jurídico de un país adopte, así será determinado el momento en el cual deberá recaer la protección al consumidor.

²⁶ Arens. Opus cit. Pág. 7.

²⁷ Moya Huélamo, Marcos. Secretario General y Responsable del Gabinete Técnico de Arcco Facua Rioja “Todos somos consumidores”. La Rioja. <http://www.larioja.com/20090315/opinion/todos-somos-consumidores-20090315.html>. 15 de marzo de 2009.

²⁸ Código de Autorregulación Publicitaria de Costa Rica, emitido por el Instituto Nacional de la Publicidad del 1 de Enero de 2010. Artículo 2.

Precisamente, este es uno de los aspectos que la presente investigación pretende esclarecer en nuestro ordenamiento jurídico, para así entonces reconocer el momento de la transacción comercial en la cual se ha de proteger al consumidor; ya que, de adoptarse que la publicidad no es parte de la relación contractual entre comerciante y consumidor, se protegerá exclusivamente a partir de la consumación del acto de consumo, pues se considera que no todo destinatario del mensaje publicitario sea consumidor ni que todo consumidor se haya visto influenciando previamente por la publicidad.

Si bien esta posición acepta que el acto comunicativo va encaminado a la consecución de una reacción específica del público (sea la compra y adquisición de bienes y servicios); el papel del público del mensaje publicitario no puede considerarse estrictamente desde el punto de vista de un receptor de información, puesto que los mensajes informativos y publicitarios presentan finalidades dispares. Y por lo anterior, dicha tesis considera que se es consumidor en el momento en que la información mueve a actuar de una determinada manera comercial²⁹.

Sin embargo, conforme con los lineamientos establecidos por la rama del derecho del consumidor y su naturaleza; en relación con la publicidad engañosa no podría afirmarse que la protección al consumidor inicia desde que nace la relación contractual y de consumo con el comerciante, toda vez que es interés del Estado la protección de

²⁹ López García. Ibíd.(2004)

carácter preventivo del consumidor, a fin de evitar el daño y no luego de padecido el daño³⁰.

Por ello, la protección debe dirigirse tanto a usuarios y consumidores como destinatarios del mensaje publicitario; además, considera la presente que aprovechándose de la amplia definición que nos otorga la Ley 7472 sobre “consumidor” aunado a los criterios jurisprudenciales de nuestros tribunales, es que debe considerarse como destinatario de la publicidad al Consumidor.

De allí que una eficiente regulación en protección al consumidor, pretenda ser preventiva; pues no solo evita que el consumidor efectivamente sufra el daño, sino que promociona una competencia leal y evita una serie de daños que posteriormente serán analizados a la luz de la publicidad engañosa y sobre los cuales no se tiene profundidad suficiente aún.

³⁰ La Ley 7472 en su artículo 32 sobre los Derechos de los Consumidores, inciso e), confirma la postura de la presente investigación, toda vez que señala que es un derecho fundamental e irrenunciable del consumidor, “e) *La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.*” Vemos que de conformidad con el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “protección” proviene del latín *protectio*, el cual a su vez significa “amparar”, cuyo origen del latín significa “prevenir”.

Sección II. La Publicidad y la Relación de Consumo

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

1. El Comerciante y la publicidad: una relación de aliados

Los comerciantes y productores frecuentemente se sirven de distintas herramientas de comunicación con el propósito de iniciar y conservar el contacto con sus clientes y sus prospectos³¹.

Dicha comunicación permite a los comerciantes ser conocidos dentro del mercado. Esta información transmitida constituye los primeros acercamientos del comerciante hacia el consumidor, por lo que tal y como se ampliará posteriormente, la información es el inicio de la relación de consumo³².

³¹ Arens. *Ibíd.* Pág. 6.

³² La relación de consumo es aquella conducta que implica un conocimiento mínimo sobre el objeto de consumo, un vínculo subjetivo, económico, jurídico y social entre los consumidores, proveedores y el productos o servicio materia de transacción comercial y el ánimo de querer o no consumir. Ver más: Benito Villanueva Haro. "La problemática jurídica de la relación de consumo. [http:// ofdnews .com](http://ofdnews.com) 29 de Enero de 2010.

Por ello, las empresas, con el objeto de darse a conocer e incentivar la compra, utilizan y patrocinan la herramienta de la publicidad.

Se ve entonces que la publicidad forma parte de las actividades comerciales y en este sentido FINKELHOR lo explica mejor al afirmar que “El derecho de llevar a cabo un negocio o comercio lícito entraña el derecho de llamar al público, por medio de la publicidad, para que lo patrocine (...) La publicidad es tan parte del negocio como el edificio, las maquinarias y las materias primas”³³. En este sentido desde la óptica del comerciante, la publicidad es una de las actividades más visibles y hasta representativas de las empresas.

Dicha herramienta no solo les es práctica y efectiva, sino que también les representa una mejor inversión que la de un vendedor debido a la enorme masa de consumidores a la que es expuesta o exhibida. La publicidad ahora sustituye a los pregoneros, a los vendedores y a los “polacos” representándole al comerciante una disminución tanto de riesgos, como de costos.

De allí que el comerciante frecuentemente deje de lado la promoción directa y la reemplace por técnicas que si bien son eficaces, producen un alejamiento en el contacto personal entre consumidor y comerciante, por lo que la tarea de comunicar la información es dejada en manos de la publicidad.

³³Finkelhor Francis. “Legal Phases of advertising”. New York, 1938, p.4

Por ello se afirma que la publicidad es una aliada de los comerciantes, ya que, esta no solo se ajusta a sus necesidades y valores comerciales en cada época y en cada lugar, sino que también es el medio por el cual transmiten la información de la compañía, producto o servicio de una forma más práctica y cómoda³⁴.

Es aquí donde la importancia de la publicidad aparece en escenario, puesto que la publicidad en el comercio ha sido reconocida históricamente y su desarrollo en una economía de mercado es particularmente considerable, pero no es sino gracias a ella, que su titular transmite la información pertinente hacia los consumidores y a su vez, obtiene una situación de privilegio en un sector del mercado³⁵.

³⁴ *“Hace miles de años el hombre se dedicaba a la caza, la ganadería, la agricultura, y artesanía. Para hacer productos usaba herramientas manuales muy primitivas. Su actividad se centraba principalmente en satisfacer las necesidades básicas de la supervivencia (...). La distribución se limitaba a la distancia que podían recorrer los vendedores y la “publicidad” a la fuerza con que gritaban. Puesto que los bienes no se producían en grandes cantidades, no se necesitaba la publicidad para estimular las compras masivas. (...) A medida que el mercado iba creciendo y se tornaba más complejo, aumentaba también la demanda de productos y lentamente fue advirtiéndose la necesidad de la publicidad. Al principio, los comerciantes colgaban anuncios enfrente de sus tiendas para que los transeúntes supieran de los productos que ofrecían. La mayor parte de la población no sabía leer, así que los emblemas contenían símbolos como una bota para anunciar una zapatería. (...) A principios de la década de 1700, la población mundial se calculaba en cerca de millones de habitantes, y algunas ciudades eran lo bastante grandes para soportar volúmenes mayores de publicidad. (...) A mediados de 1700 comenzó la Revolución Industrial (...) El uso de las máquinas en la producción masiva de bienes de calidad uniforme permitió a las compañías elevar la productividad. (...) La emigración del campo vino a intensificar el desarrollo de los mercados y el crecimiento de la publicidad. Ahora los productos necesitaban que el consumo masivo absorbiera los altos niveles de fabricación de bienes. (...) Durante la era de la industrialización (...) los fabricantes se concentraron en la producción. La carga del marketing recaía fundamentalmente en los mayoristas (...) Se servían de la publicidad principalmente como vehículo de información”. Ver más: Arens, William F. “Publicidad”. Editorial MacGraw-Hill Interamericana. Séptima Edición, México.*

³⁵ Kors Jorge, y Salís, Elis. “El Derecho de las Marcas entre el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumo”. Argentina. pág. 141.

No obstante, por el uso que algunos comerciantes han dado a la publicidad, esta desde su nacimiento ha tenido que luchar con problemas de veracidad y ética especialmente sobre el carácter de la información que se proporciona a los consumidores³⁶.

Por ello en nuestro país, gracias al artículo 46 constitucional se establece el derecho de los consumidores y usuarios de recibir información adecuada y veraz por parte de los comerciantes, lo cual condiciona el uso de la publicidad y le sujeta a determinados patrones y criterios de objetividad y sobre todo de veracidad; lo anterior con el objetivo de lograr una pacífica y sana relación de consumo.

De esta manera en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra sociedad de consumo, la publicidad se convierte en la materialización del Deber de Información emitida por parte de los comerciantes; publicidad que se puede materializar a través de anuncios televisivos hasta publicidad en línea en el comercio electrónico.

El Deber de Información también se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Ley 7472 de nuestro país, en sus incisos c) y d) donde se establece el derecho de acceso a una información veraz y oportuna sobre los diferentes bienes y servicios, como derecho de los consumidores; y en el artículo 34 donde se establece el Deber de Información

³⁶ *“El aumento del volumen ocasionó un cambio en la estrategia publicitaria. Samuel Johnson, famoso personaje de la literatura inglesa, observó en 1758 que los anuncios eran entonces tan numerosos, que “se abusaba mucho de ellos”, y que se había vuelto necesario aptar la atención con una promesa desmesurada. Así nacieron las afirmaciones exageradas en la publicidad.”* Ver más: Arens, William F. “Publicidad”. Editorial MacGraw-Hill Interamericana. Séptima Edición, México. p. 26.

como obligación del comerciante, de informar suficientemente al consumidor sobre los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo³⁷.

De esta manera resulta evidente que el comerciante debe de realizar la actividad publicitaria hacia el consumidor en cumplimiento con el Deber de Información; entendiéndose al consumidor como destinatario del mensaje publicitario, ya que, tal y como se explicó anteriormente, el término de “consumidor” no se limita a aquellos individuos que efectivamente concretizan un acto jurídico con el comerciante, sino que la norma también incluye a quienes reciben información o propuestas para ello.³⁸

Sin embargo, ¿Cuál es el límite que deberían tener los comerciantes con respecto al tipo y forma de comunicación transmitida al público?

Los límites a la publicidad pueden ser de distinta índole, sean debido a los valores sociales, como por ejemplo, el uso de la mujer en la publicidad, hasta a niveles de urbanismo y estética; sin embargo, para efectos del presente se analizará únicamente la perspectiva de la información dentro de la relación de consumo.

De esta forma cabe exponer que el derecho que posibilita al comerciante a transmitir el mensaje publicitario se remonta en nuestro ordenamiento jurídico al Derecho de

³⁷ Resolución No. 748-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las ocho horas cincuenta minutos del diecisiete de junio de dos mil diez.

³⁸ “(...) resulta propio a la noción de consumidor, la de ser, el destinatario final de los bienes o servicios, sea que los adquiera realmente o sea sólo un posible o potencial consumidor”. Resolución No. 748-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las ocho horas cincuenta minutos del diecisiete de junio de dos mil diez.

Libertad de Empresa consagrado en el artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica³⁹ y al derecho de Libertad de Expresión contenido en el artículo 29 de la norma en mención.

El Código de Autorregulación de Costa Rica, le explica a partir de la Libertad de Expresión Comercial, la cual es definida en el artículo 3 del código en rito como el *“derecho que se deriva de la libertad de expresión y de la libertad de comercio (...) y que se puede resumir como el derecho que tienen los individuos o empresas de anunciar”*.

Dicha libertad, tal y como lo afirma el autor y profesor de esta Universidad don Diego Salto, *“es un principio constitucionalmente tutelado que nos faculta a ejercer la actividad económica que libremente elijamos. Y es la empresa, amparada a su libertad contractual, quien regulará sus actividades privadas en razón de sus propios intereses”*⁴⁰.

De allí que exista interés de las empresas, en principio, de actuar conforme a sus propios intereses y que dichos intereses a su vez en tesis de principio, estén en

³⁹ ARTICULO 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica de tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

⁴⁰ Salto, Diego. “Libertad de Empresa”. Artículo publicado en el diario El Financiero. www.hacienda.go.cr/.../Libertad%20de%20empresa.

armonía con procurar sanas relaciones de mercado⁴¹. No obstante, esto no siempre sucede así, la publicidad desde su nacimiento (tal como se menciona anteriormente) ha tenido que luchar con problemas de veracidad y ética⁴².

Por lo tanto, si bien la publicidad, gracias a los avances técnicos y al desarrollo económico, es el instrumento típico de unión entre la empresa y el mercado⁴³, el Estado está facultado para imponer restricciones al derecho de Libertad de Empresa.

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

De modo que la libertad de expresión se encuentra limitada en su desarrollo, especialmente para impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa, límite que

⁴¹ El mercado es producto del engranaje de un conjunto de intereses que el Estado debe de preocuparse en regular y proteger, sin entorpecer la actividad económica.

⁴² *“El aumento del volumen ocasionó un cambio en la estrategia publicitaria. Samuel Johnson, famoso personaje de la literatura inglesa, observó en 1758 que los anuncios eran entonces tan numerosos, que “se abusaba mucho de ellos”, y que se había vuelto necesario aptar la atención con una promesa desmesurada. Así nacieron las afirmaciones exageradas en la publicidad.”* Ver más: Arens, William F. “Publicidad”. Editorial MacGraw-Hill Interamericana. Séptima Edición, México. p. 26.

⁴³ Gorrotxategi, Mirem. “Publicidad y Libertad de Expresión: Algunas Reflexiones tras la Sentencia del caso Benetton en Alemania”.

no debe de obstruir el ejercicio del derecho sino que ha de ordenar su aplicación concreta⁴⁴.

Así lo ha explicado nuestra la Sala Constitucional en su sentencia N° 1195-91 de las dieciséis horas quince minutos del veinticinco de junio de 1991 al establecer la necesidad de una armonía entre la libertad de empresa y las limitaciones estatales afirmando *“El artículo 46 de la Constitución Política (...) consagra el principio de libertad empresarial. (...) En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. (...)*⁴⁵

⁴⁴López García. *Ibíd.* (2004)

⁴⁵ Ver más: Sentencia #1635- 90 de las 17:00 horas de 14 de noviembre de 1990 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Se ve entonces que la Libertad de comercio no es absoluta sino que admite restricciones por parte del Estado, siempre y cuando dichas limitaciones no excedan los límites de razonabilidad y proporcionalidad descritos en el artículo 28 constitucional.

Por ello si bien el comerciante está facultado a ejercer su derecho de libertad de empresa, este gozará de plena libertad en el ejercicio de su derecho en cuanto no viole otros derechos reconocidos. De esta forma una limitación congruente frente a la publicidad engañosa, evita la existencia de conflicto entre el mensaje comunicativo y otros valores de mayor peso, donde el derecho a la libertad de expresión comercial tiene que ceder.

De allí que la razón de regulación de la publicidad engañosa se base en la protección al libre mercado, de modo que la publicidad no atente en ningún caso contra los derechos del consumidor ni contra los derechos del comerciante.

La publicidad se crea en el ejercicio de la libertad de expresión y en el de la libertad de mercado, por lo que si hay abuso debe de limitarse estas libertades; y definitivamente no puede existir competencia desleal ni publicidad engañosa, ya que, si se cae en ello, el Estado debe de regularlo.

2. El consumidor y la publicidad: protección a la decisión de consumo

Tal y como se dejó entrever anteriormente, la publicidad no solo contribuye a la venta de productos y a la promoción de servicios, sino que también es influyente en la decisión de consumo de un individuo, ya que, es el medio por el cual la información es transmitida por el comerciante sobre los bienes o servicios ofertados; información que le será determinante a su público para llevar a cabo una decisión de consumo.

Dicha decisión de consumo, es un aspecto muy influyente en la economía y en la sociedad, ya que, la esencia de la existencia de un mercado radica en la disposición de compradores y vendedores de efectuar una transacción financiera⁴⁶.

Por ello, es interés del Estado proteger las relaciones de consumo, pero también el Estado debe velar por la protección de los derechos del consumidor que se pueden ver violentados a causa de la relación de consumo.

Para determinar dichas situaciones, debe primero analizarse cuáles son los derechos del consumidor que pueden verse en riesgo a causa de la relación de consumo.

⁴⁶ Arens. *Ibíd.* Pág. 50

En este sentido se tomarán como base las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección al Consumidor. Dichas directivas establecen como necesidades legítimas de los consumidores:

- a. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;*
- b. La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;*
- c. El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;*
- d. La educación del consumidor; incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor;*
- e. La posibilidad de compensación efectiva al consumidor;*
- f. La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten;*
- g. La promoción de modalidades sostenibles de consumo⁴⁷.*

Para efectos de la presente, se analizarán el 1) Derecho del consumidor frente a los Riesgos para su salud y seguridad, el 2) Derecho del Consumidor de protección de sus intereses económicos y el 3) Derecho del Consumidor al Acceso a una Información adecuada.

⁴⁷ Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor Ampliación de Las Directrices para la Protección del Consumidor de Manera que incluyan Directrices sobre Modalidades de Consumo Sostenible. (Ampliadas en 1999).

El derecho del consumidor de protegerse ante riesgos que atenten a su seguridad y salud, se encuentra consagrado en nuestro país en el artículo 32 inciso a) de la Ley 7472, el cual establece una protección especial al consumidor cuando este vea puesto en riesgo su salud y seguridad⁴⁸. En estos casos se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva, a fin de evitar que por problemas probatorios prácticamente insalvables, las víctimas pudieran quedar desamparadas.

El consumidor puede poner en riesgo su salud y seguridad en distintas ocasiones producto de la relación de consumo; sin embargo, es de interés para la presente analizar los casos en que la puesta en riesgo se debe a la información.

En esta inteligencia, el consumidor puede poner en riesgo la seguridad y la salud del consumidor cuando mediante la información recibida por el comerciante falte a la veracidad que reza el inciso c) del artículo 32 de la ley referida; es decir, cuando de la información publicitaria se pueda extraer información errónea sobre el concepto del producto, su funcionalidad y sus características; o cuando dicha información sea insuficiente o falsa.⁴⁹

⁴⁸ Cabe mencionar que al referirse a riesgo a la salud y a la seguridad, si bien el término “Riesgo” puede denotar una probabilidad, o un factor que aumenta la probabilidad de un resultado adverso, una consecuencia, adversidad o una amenaza potencial, para los efectos deberá entenderse como la probabilidad de un resultado sanitario adverso, o un factor que aumenta esa probabilidad. Ver más: “Definición y Evaluación de los Riesgos para la Salud”. Informe sobre la Salud en el Mundo 2002. p. 3.

⁴⁹ El Ministerio de Salud de Perú, prohibió el uso de publicidad que se difunde mediante letras pequeñas.

Este derecho resulta especialmente importante de destacar en el área de la publicidad de medicamentos, productos médicos, cosméticos y productos de uso doméstico, precisamente por la íntima relación del producto con la salud del consumidor.

En Costa Rica el artículo 260 de la Ley General de Salud de nuestro país, prohíbe toda propaganda o publicidad engañosa o ambigua que pueda ser perjudicial para la salud de las personas, o que pueda inducir a error al público en asuntos relativos a su conservación o recuperación.

Además, estima como especialmente engañosa y perjudicial, la propaganda hecha por cualquier medio de comunicación sobre:

- a. *La curación de enfermedades mediante tratamientos secretos, rituales, infalibles, de plazo cierto o de panaceas para el objeto.*
- b. *La calidad, potencia o eficacia curativa de los medicamentos o la calidad nutritiva de alimentos de uso común o médico, sin la debida autorización o en disconformidad a la autorización obtenida o aduciendo encuestas o informes de autoridades o de centros de investigación falsos.*
- c. *La capacidad o potencia de cosméticos o de sistemas de operaciones especiales para modificar o mantener la apariencia física de las personas, sin la debida autorización o en disconformidad a la autorización obtenida.*

d. El ofrecimiento de servicios profesionales en ciencias de la salud por personas sin título para hacerlo, o no autorizadas debidamente para ejercer tales profesiones, especialidades u oficios.

Así mismo el artículo 47 del Reglamento de Inscripción, Control, Importación y Publicidad de Medicamentos N° 28466-S de nuestro país admite la publicidad mediante cualquier medio siempre y cuando se expongan sus usos, indicaciones y características⁵⁰.

En estos casos lo que se desea proteger es la salud del consumidor con ocasión a adquisiciones de productos o servicios introducidos en el mercado por el comerciante que le pueden producir un daño; y es precisamente por ello que la publicidad está llamada a cumplir una labor no solo persuasiva sino también informativa de los bienes ofertados⁵¹.

⁵⁰ Reglamento de Inscripción, Control, Importación y Publicidad de Medicamentos N° 28466-S. Artículo 47.—*Se permite la propaganda y promoción por cualquier medio publicitario de cosméticos medicados que no tengan restricciones, donde se exponga los usos, indicaciones y características.* Artículo 46.—*La publicidad o promoción al público de medicamentos declarados de venta libre no requiere de autorización previa por parte del Ministerio de Salud y estará sujeta a la fiscalización a posteriori. La propaganda o promoción de los demás medicamentos estará sujeta a la aprobación previa del Ministerio de Salud.* Resulta visible del artículo 46 que no se está cumpliendo con el carácter preventivo del derecho del consumidor, por cuanto la publicidad de medicamentos de venta libre no requiere de ningún tipo de autorización previa, lo cual da paso a la existencia de abusos en productos farmacéuticos. De hecho en Argentina, se han detectado como infractores a la veracidad en la publicidad, los siguientes medicamentos: Aspirineta, Ibupirac (Pfizer), Anaflex, Desenfriol, Aleve, Actron, Refrianex, Cefalex Dexibuprofeno, Stomacine (Omeprazol), BagoHepat y Bronquisedan. Estos son algunos de los productos medicinales publicitados en venta libre que no poseen advertencia de los efectos adversos al público destinatario del mensaje. Ver más: <http://www.latinhub.com.au/internacionales/secciones/iberoamerica/3540-argentina-publicidad-enganosa-de-medicamentos-daninos.html>

⁵¹ “El derecho a una información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente juega un papel de gran importancia en la protección de la salud y la seguridad de los consumidores”. Andorno, Luis O.

En este sentido una regulación preventiva, responsabiliza a la publicidad por los riesgos susceptibles que podrían sucederle a los consumidores por el uso de los bienes, ya que, la publicidad pone en conocimiento previo de los consumidores y usuarios las instrucciones o indicaciones adecuadas para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles y faltar a este deber, es a criterio de la presente afirmar que se incurriría en un riesgo para la salud o seguridad del consumidor.⁵²

De esta manera tal y como se supra menciona, se producirá responsabilidad objetiva hacia el comerciante cuando el consumidor resulte perjudicado en razón de la comunicación de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre el bien o el servicio, o su uso⁵³.

“Responsabilidad por daño a la Salud o a la Seguridad del Consumidor”. [http:// www. Taringa .net /posts/ apuntes-y-monografias/7388141/ Doctrina---Responsabilidad-por-Danos-al-Consumidor.html](http://www.Taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7388141/Doctrina---Responsabilidad-por-Danos-al-Consumidor.html)

⁵² Real Decreto Legislativo de España 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Artículos 8, 11, 12, y 13.

⁵³ *“Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente”*. Resolución No. 001308-F-S1-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas veinte minutos del diecisiete de diciembre de dos mil nueve. Así mismo *“(…) la publicidad engañosa (…) importa una violación al deber que pesa sobre los proveedores de cosas y de servicios de informar adecuadamente acerca de los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de tales bienes o servicios. De esta manera, en caso de ocasionarse daños a la salud o la seguridad de los consumidores o usuarios, por tal violación, surgirá el correspondiente deber de resarcir a los damnificados”* Ver más: López Cabana, Roberto M. (dir.) - Alterini, Atilio A. (dir.), “La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)”, LexisNexis - Abeledo-Perrot).

Tal es el reciente caso de la compañía farmacéutica Smith Glaxo quien al ser declarada culpable de promover los medicamentos Wellbutin, Paxil y Avandia para usos no aprobados y de no develar información importante de seguridad, se le impuso la multa civil y penal total de \$3.000 millones, la cual según artículo publicado en la Nación se trata de la penalización más grande que jamás haya pagado una compañía farmacéutica⁵⁴. En esta ocasión la falta de información por una inadecuada publicidad que efectivamente indujo al engaño y a la falsedad a una masa de consumidores, incidió de forma perjudicial no solo en la voluntad del consumidor al momento de elegir el producto sino que permitió la puesta en riesgo de su salud, lo cual es un claro ejemplo de la inaplicación del principio precautorio y de las importantes implicaciones que conlleva la violación al deber de información en la publicidad , ya que, es gracias a una información veraz, adecuada y oportuna, que se protegen los derechos del

⁵⁴ En mayor análisis la farmacéutica GSK se vio envuelta en la promoción ilegal de medicamentos al no revelar información relacionada con la seguridad de los fármacos y al emitir declaraciones engañosas no solo sobre el precio de los productos sino también sobre la eficacia de los medicamentos. Se le considera de esta manera un fraude a la salud. El medicamento denominado “Paxil” fue comercializado falsamente por GSK como un antidepresivo para niños, cuando en realidad nunca fue aprobado como tal por las autoridades sanitarias ni se demostró su efectividad según pruebas realizadas por el Departamento de Justicia estadounidense. El segundo medicamento es el Avandia, un antidiabético vendido por la farmacéutica sin alertar sobre el riesgo de efectos secundarios como riesgos cardiovasculares, y el tercero es el Wellbutrin, un fármaco aprobado para tratar la depresión severa, pero que la empresa lo publicitó como un medicamento para “estar más delgado o tener más relaciones sexuales”. De esta forma resulta evidente no solo el uso de la publicidad engañosa desde su óptica omisiva (tanto por la empresa como por los médicos que la recetaron) sino también del poder sancionador del gobierno estadounidense en su lucha contra el fraude a la salud haciéndole ver a las empresas farmacéuticas que no se encuentran por encima de la ley. Ver más: “Mayor Acuerdo de Industria Farmacéutica: GlaxoSmithKline acepta multa de \$3.000 millones”. Artículo publicado en el periódico La Nación, sección Economía, el lunes 9 de julio del 2012. <http://www.nacion.com/2012-07-05/Economia/glaxosmithkline-acepta-multa-de---3-000-millones.aspx> y “GlaxoSmithKline pagará multa récord por fraude histórico en EE.U.U”. Artículo publicado en el periódico La Nación, Sección Economía, el lunes 9 de julio de 2012 07:57p.m. <http://www.nacion.com/2012-07-02/Economia/GlaxoSmithKline-pagara-multa-record-por-fraude-historico-en-EE--UU.aspx>

consumidor y se le posibilita optar con mayor libertad por el producto que mejor muestre sus cualidades o condiciones⁵⁵.

Siguiendo con el segundo derecho del consumidor, sobre la Promoción y Protección de los Intereses Económicos de los Consumidores, este se refiere a la tutela de los legítimos intereses de los consumidores en sus relaciones de consumo.

Al referirse a las relaciones de consumo, debe entenderse estas como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Y no debe confundirse con el término del contrato de consumo, ya que, la diferencia de la relación de consumo con el contrato de consumo, es que el contrato de consumo se concretiza con la aceptación de la oferta; mientras que la relación de consumo engloba tanto a las tratativas como a la oferta de la contratación de consumo⁵⁶.

La relación de consumo puede derivar en un contrato de consumo; sin embargo, la protección a los derechos del consumidor, en especial a los intereses económicos del mismo, puede analizarse desde los tres momentos diferentes en que se lleva a cabo el proceso de contratación:

⁵⁵ Resolución No. 2006-017747 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas con treinta y siete minutos del once de diciembre de dos mil seis.

⁵⁶ Rinesi, Antonio Juan y Rey, Nélida. "La Relación de Consumo en la Ley 26.361 y en la Constitución Nacional". <http://www.Protectora.org.ar/wp-content/2010/junio%202010/La%20Relaci%C3%B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional.pdf>

- 1 Fase previa. Se constituye por las actividades de promoción que realizan los comerciantes y empresarios para conseguir que sus productos o servicios sean adquiridos por los consumidores y usuarios.
- 2 Fase de realización misma de los contratos. Es el momento de conclusión o perfeccionamiento de los contratos. Es cuando surge el contrato de consumo.
- 3 Fase posterior a la realización del contrato.⁵⁷

Para efectos de la presente, es la fase previa la que interesa analizar ante la publicidad que produce un engaño en sus consumidores y por tanto un daño a sus intereses económicos.

La definición de “intereses económicos” es un concepto amplio de difícil definición; sin embargo, pueden entenderse como el derecho de los consumidores de tener la posibilidad de contratar en condiciones equitativas con el comerciante, así como de ejercer libertad de elección en los productos y servicios ofertados que más se adecuen a sus intereses.

De esta forma, dichos intereses se tutelan gracias al principio de veracidad de la actividad publicitaria, que es el requisito fundamental para asegurar una libertad de elección en los productos y servicios por parte de los consumidores; elección que para nuestros efectos se traduce en la decisión de consumo.

⁵⁷ Camacho Quesada, Maribel Patricia. “La Tasa de Interés Variable. Constitucionalidad y Derechos del Consumidor”. Trabajo final de graduación para optar por el título de M.Sc. en Derecho Económico de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica.

En línea a lo anterior, los autores MASSAGUER Y PALAU afirman que la publicidad en el consumidor tiene una relevante repercusión debido a las técnicas de venta que ejercen los comerciantes para atraer la atención de los consumidores.

Señalan que dichas técnicas deben regularse, ya que, pueden alterar el proceso racional de toma de decisiones del consumidor mediante inducción a error o mediante sometimiento a presión psicológica, influencia abusiva, o a circunstancias que interfieran u obstaculicen la reflexión y la decisión de compra.

Por ello, no debe perderse de vista que si bien la publicidad es una herramienta de promoción de ventas para el comerciante, para el consumidor es su fiel aliada en quien muchas veces se basa y confía para realizar una decisión de consumo.

La publicidad y la información que transmite, no solo es útil y necesaria sino también indispensable para el consumidor en el sentido de que la publicidad orienta al consumidor y facilita la toma de decisiones , ya que, el consumidor si no tuviera los avisos, las vidrieras, o los anuncios, necesitaría de mucho mayor tiempo para realizar sus compras⁵⁸.

Finalmente, la publicidad es un estímulo cuando cumple con sanos hábitos sobre la transmisión y comunicación de la información , ya que, no solo facilitaría la toma de decisión del consumidor, sino que al estimularse la competencia bajo prácticas leales,

⁵⁸Zavala Rodríguez. Opus cit. p. 18.

la publicidad buscaría mantener bajos precios, constituyendo nuevamente otro estímulo para el consumidor.⁵⁹

De esta forma la publicidad es un elemento clave en el mercado pues alienta a las compañías a crear nuevas marcas y mejorar las viejas. El derecho a la publicidad favorece la existencia de más proveedores, ofreciendo así más opciones al público, protegiéndose de esta forma el derecho de los consumidores de protección a sus intereses económicos⁶⁰.

Esto nos lleva al tercer derecho del consumidor ante la publicidad, que es el Derecho de Acceso a la Información. Este es uno de los derechos básicos que competen al consumidor, ya que, le resulta especialmente útil en las fases de contratación⁶¹.

⁵⁹ “La publicidad es un elemento del sistema de distribución masiva que permite a muchos fabricantes dedicarse a la producción masiva, la cual a su vez disminuye el costo unitario de los bienes. Esos ahorros se transmiten luego a los consumidores por medio de precios más bajos. En esta forma indirecta la publicidad contribuye a reducir los precios”. Arens, William F. “Publicidad”. Séptima Edición. Editorial McGraw Hill. México. p. 47.

⁶⁰ Arens. *Ibíd.* p. 48. Ver más: Camacho Quesada, Maribel Patricia. “La Tasa de Interés Variable. Constitucionalidad y Derechos del Consumidor”. Trabajo final de graduación para optar por el título de M.Sc. en Derecho Económico de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica: “Puesto que los recursos económicos con que cuenta el consumidos son escasos, es indispensable para él contar con la suficiente y verás información para tomar las decisiones, pero eso no es suficiente”.

⁶¹ “Al respecto han sostenido Gabriel A. Stiglitz y Rubén S. Stiglitz, en su mencionada obra sobre la materia, que dicho derecho bien puede ser planteado en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores. El mismo versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente, de las características de los productos y servicios comercializados. Del cumplimiento de los deberes de información, depende la posibilidad concreta del consumidor, de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses económicos.” Ver más: Simón Hocsman, Heriberto. La Publicidad Engañosa - Daños al Consumidor. 2008. <http://www.justiniano.com/doctrina/lapublicidadenganosa.htm>

Apartándonos de las ventas motivadas por impulsos, no racionales y esporádicas de los consumidores; la información es el elemento crucial para la toma de una decisión racional de consumo. En este sentido el derecho a la información ha sido conceptualizado como un subprincipio del ordenamiento jurídico, que cobra vital importancia en la contratación al punto tal que se afirma que ha venido a convertirse en una nota característica del objeto de los contratos⁶².

Por ello, es de interés del comerciante llevar a cabo la actividad publicitaria, no solo para dar a conocer su producto y sus características, sino también para destacar sus ventajas ante la oferta de competidores.

Sin embargo, el fundamento del deber de información se encuentra en la desigualdad de conocimientos que los contratantes presentan en una relación de consumo⁶³. Lo anterior debido a que es el proveedor quien tiene la información del objeto del contrato, mientras que el consumidor, usuario o destinatario final del producto o servicio, adquiere los productos o utiliza los servicios siendo ajeno a ellos, desconociendo el ámbito del negocio, el objeto del contrato a nivel técnico y en general mantiene una mínima información; por ello carece de poder de negociación real.⁶⁴

⁶² Vázquez Ferreyra, Roberto A. y Romera, Oscar E., Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240, Depalma, 1.994. p. 22.

⁶³ Vázquez Ferreyra, Roberto y Romera, Oscar Eduardo, Los principios informantes en la ley de defensa al consumidor, en: "Derechos del Consumidor" (STIGLITZ, Gabriel A, - director-), Juris, 1.994, t. IV., p. 103.

⁶⁴ Arana, María del Carmen. "Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva". Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho Económico Internacional en la misma Universidad. aplicaciones.indecopi.gob.pe/.../MariaDelCarmenArana.pdf

La finalidad que persigue este deber de información a favor del consumidor es permitir que el consentimiento que presta al contrato por un producto o servicio haya sido formado con reflexión, para así también evitar toda clase de riesgos que podrían derivar de una utilización inadecuada del producto.⁶⁵

Y si bien el comerciante se encuentra en el libre ejercicio del derecho de anunciarse, también es responsable por la falta de información veraz y adecuada que brinde a su audiencia, por lo que es también de su interés conocer cómo brindar esta información, ya que, la publicidad si bien no produce que un producto publicitado sea mejor que uno no publicitado, en definitiva cuando le es bien utilizada, puede aumentar el valor de un producto en la mente del consumidor.⁶⁶

Se ve entonces que el derecho al acceso a la información en los consumidores puede identificarse con la posibilidad de estos de conocer el producto, sus características y funcionalidades a fin de motivar una decisión racional de consumo y procurar de esta manera la satisfacción de su compra, en protección de sus intereses económicos.

Arens afirma que en general, la mejor manera de atender los intereses de la sociedad, es lograr que las personas tomen sus propias decisiones y que funcionen como un

⁶⁵ Molina Sandoval, Carlos A. "Defensa del Consumidor: el derecho a la información en el Mercosur". Marzo, 2003. p. 4. http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/28

⁶⁶ Arens. *Ibíd.* p. 45

agente libre. A esto responde el principio económico fundamental sobre la Libertad de Mercado⁶⁷.

De esta forma, la publicidad estimula la competencia (muchos compradores y vendedores), favorece una economía sana y sirve para crear consumidores financieramente sanos que estén mejor informados, que sean más conocedores y exigentes⁶⁸.

⁶⁷ Arens. *Ibíd.* p. 45. Ver más: Voto No. 1441-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: *“El sistema de la libertad se basa en la libertad de los consumidores para escoger los bienes que han de satisfacer sus necesidades. Esta libertad asegura que cada individuo realizará el consumo óptimo, de acuerdo con sus posibilidades, ya que tendrá pleno campo para disponer libremente de los medios a su alcance, con el fin de obtener sus metas. Además, la libertad del consumidor implica que éste obtendrá los bienes y servicios que necesita y desea de manos de los productores que él escoja. De esta manera los consumidores llevan las riendas de la economía.”*

⁶⁸ Es derecho también del consumidor exigir calidad al comerciante por los bienes o servicios adquiridos. Ver más: Arens, William F. “Publicidad”. Séptima Edición. Editorial McGraw Hill. México. p. 49

CAPÍTULO II. El surgimiento del engaño en la relación de consumo mediante la publicidad

Una vez situado el papel de la publicidad en el derecho, debe de analizarse concretamente el caso de la Publicidad Engañosa en cuanto a su definición y para ello en el presente se intentará definir su carácter engañoso. ¿Por qué es engañoso la publicidad?

Por ello, en el presente capítulo, se analizarán las causas del engaño en la publicidad y se tratará de entender la causa del error, sea cuya procedencia provenga del comerciante o del consumidor.

Posteriormente, una vez analizado el error a profundidad se realizará una recopilación y clasificación de los tipos de publicidad engañosa con el propósito de facilitar su identificación y finalmente como aporte de la presente se definirán los principios rectores de la publicidad a fin de que esta no incurra en el engaño.

Sección I. El error en la relación de consumo

La presente sección se dedica al análisis del error y sus causas, con el propósito de lograr una precisa y adecuada regulación hacia la publicidad engañosa. Lo anterior con

el propósito de entender porqué se dice que los consumidores se equivocan al momento de realizar una decisión de consumo y en qué consiste dicho error.

Tal como lo define Pérez Vargas, “El error es el falso o equívoco conocimiento, o el desconocimiento total de una cosa, es un estado de la mente en que la representación de un objeto es impedida, o sustituida por otra falsa”⁶⁹.

El error puede definirse según el momento en que se produce dentro de la relación de consumo. Existirá error cuando en la fase preliminar a la formación de un contrato, el consumidor se vea motivado a realizar acciones tendientes a la ejecución del contrato, pero que al momento previo de realizar la decisión de consumo, se percata del error y desiste. O bien, el error puede surgir igualmente en la fase preliminar a la formación de un contrato, pero que se mantiene hasta después de ejecutado el contrato.

Se ve entonces que el error consiste en la evaluación que resulta en una experiencia negativa previa o posterior a la decisión de consumo, motivado por una falsa representación de la realidad.

Ahora bien, dicho error puede ser producto de una inexperta técnica publicitaria o de la intención de engañar (la cual se estudiará en la sección siguiente), o bien puede resultar de una mala comprensión del mensaje publicitario por parte del destinatario, tal y como se aclarará a continuación:

⁶⁹ Pérez, Víctor. “Derecho Privado”, tercera edición. Costa Rica. 1994. p. 392; citando a SAVIGNY.

1. La información dentro del mensaje publicitario

El consumidor, en principio, en la relación de consumo se basa en la información del producto o servicio, a fin de ver satisfecho su deseo⁷⁰. Precisamente es este el fundamento del derecho a una información veraz, es la posibilidad de que el consumidor pueda contar con información suficiente para la formación del consentimiento ante un eventual acto jurídico,

La información es uno de los pilares fundamentales en los que descansa toda relación de consumo saludable , ya que, solo garantizando una debida observancia del cumplimiento de este deber, el consumidor estará en posición de contar con los datos necesarios para poder evaluar de acuerdo con su natural aptitud, el costo de oportunidad que conlleva la adquisición de un determinado producto o la contratación también de uno u otro servicio, sin dudar sobre si la adquisición fue adecuada o no y garantizándose de esta forma la debida protección de sus intereses económicos⁷¹.

De esta manera la información a través de la publicidad ejerce notoria influencia sobre la formación del consentimiento en el consumidor y su inducción a error mediante

⁷⁰ El consumidor, como parte débil dentro de la relación de consumo, no tiene cómo saber las cualidades verdaderas del producto ofertado, no tiene forma de hacer tangible el producto o servicio sino dentro las expectativas mentales que éste se crea con la ayuda de la publicidad.

⁷¹ Cit. Sentencia N° 51893 - Arcos Dorados S.A. S/ Ley 22.802 – CNPE Sala A – 09 de agosto de 2004 en Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.

información falsa o retaceada, la cual puede generar inclusive responsabilidad precontractual del comerciante por daños al interés negativo del consumidor⁷².

La publicidad, gracias a su influencia, conduce a la masa de compradores, quien por sí sola no se encuentra preparada para elegir ante la amplia gama de ofertas y productos; sin embargo, a pesar de lo anterior, tal como lo afirma ZAVALA RODRÍGUEZ, es posible que el cliente “se equivoque” y no sepa comprar lo mejor⁷³.

No obstante, cabe señalar que históricamente se ha considerado que la publicidad es un instrumento de los comerciantes que pretende el incremento de las ventas mediante la promoción de los bienes y/o servicios de sus patrocinadores.

Por ello, la publicidad tratará de dar a conocer sus productos ofertados de la mejor manera posible hacia la audiencia⁷⁴.

De allí que el anunciante al emitir un mensaje lo realice con la ayuda de dos elementos claros que configuran el objeto de la publicidad: el elemento objetivo, con el que se hace referencia a la información que se quiere dar a conocer (información comprobable, que sin faltar a la verdad tiene un determinado carácter persuasivo) y el elemento subjetivo con el que se hace referencia a la voluntad del emisor de dar a conocer una marca, producto o empresa (el cual supone una incitación al receptor del

⁷² Monti, José Luis, La teoría del negocio jurídico. Vicisitudes y permanencia, LL del 16/5/1.997.

⁷³ Zavala Rodríguez. Ibíd.1947.

⁷⁴ “En este sentido cabe recordar que la publicidad tiene diversas funciones como la de ser persuasiva, ser promotora de bienes o servicios, y lograr la identificación de su patrocinador”. Arens, William F. “Publicidad”. Editorial MacGraw-Hill Interamericana. Séptima Edición, México. p. 7

mensaje para que compre, por lo cual hace uso de técnicas artísticas, lingüísticas y psicológicas que dotan a la publicidad del carácter de obra o creación artística)⁷⁵.

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

De esta forma la publicidad transmite no solo el elemento objetivo que es la información producto del deber de información del comerciante, sino también su elemento subjetivo persuasivo.

De allí que una parte de la doctrina sea del parecer que las expresiones “triviales” y de carácter general a través de las cuales se ensalza de forma general el producto o servicio, tal como lo afirma García Sais, se excluyan del principio de veracidad pues desde su perspectiva no contienen carácter informativo comprobable y son percibidas por el consumidor medio como una forma de llamar la atención”.

Desde esta óptica no se consideran dichas expresiones como idóneas para inducir a error, ni tampoco inducen a error los denominados “juicios estimativos” o “apreciaciones subjetivas” del anunciante que contienen juicios estéticos como por ejemplo “el automóvil más bello del mundo”, o las expresiones publicitarias de gusto personal, como por ejemplo, “la mejor cerveza”.

⁷⁵López García. *Ibíd.* (2004)

Bajo esta perspectiva dichas afirmaciones no inducen a error, puesto que carecen de una base objetiva comprobable; contrario de lo que sucede con 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 y el medio de difusión empleado.

Sin embargo, ¿por qué no ha de conferírsele valor a este tipo de afirmaciones? ¿Si un individuo medio tiene en mente por ejemplo, la compra del mejor carro del mundo y encuentra uno que se autodenomina de esa forma, se considerará publicidad engañosa?

Tal y como se expuso anteriormente, el mensaje publicitario en la práctica es la conjugación tanto del elemento objetivo como del subjetivo, por lo que se torna muy dificultoso para el consumidor diferenciar entre ambos; y si el criterio para el cumplimiento del deber de información veraz es que la información transmitida sea comprobable, en la práctica también resulta poco práctico para el consumidor reconocer la información de carácter comprobable. Es decir, lo cierto es que el consumidor únicamente conoce la información que el mismo comerciante le transmite mediante la misma publicidad.

En la práctica, al momento en que el consumidor se expone y recibe el mensaje publicitario, no tiene forma alguna de conocer la realidad que pueda ser susceptible de verificación ni ha de ser esta su función al ser receptor de la misma, por lo que la tesis

que excluye el elemento subjetivo de la publicidad engañosa debido a la falta de su carácter probatorio, debe ser desechada. Y al contrario, ha sido utilizada por el comerciante como portillo por el cual se entre deja ver el engaño⁷⁶.

De esta manera, es criterio de la presente considerar que todo el mensaje publicitario sea sometido al examen de veracidad de la información y de buena fe en los comerciantes, en aras de una sana relación de consumo.

No obstante, existen situaciones particulares en las que tal y como lo afirma el refrán: “El derecho no protege a los tontos”, haciendo referencia tanto a los ingenuos como a los negligentes; mas ¿cómo es posible que los comerciantes puedan diferenciar entre unos y otros a fin de no incurrir en publicidad engañosa? ¿Debe la protección dejar de lado a “los tontos”? ¿Cuándo inicia el “riesgo al consumo”?

En los países anglosajones se encuentra la doctrina del caveat emptor (es decir, que “el consumidor sea consciente”) que en la formación e interpretación de los contratos, postulaba como algo lógico y natural que el empresario trataría de obtener ventajas del consumidor y si este no utilizaba el sentido común para evitarlo entonces no debía quejarse⁷⁷.

⁷⁶ En repetidas ocasiones, los comerciantes actuando de buena fe, se han visto obligados a introducir una nota aclaratoria en sus anuncios explicando los fines ilustrativos de la imagen o el recurso visual utilizado.

⁷⁷ Piris, Cristian Ricardo. “Evolución de los Derechos del Consumidor”: Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Ciencias Económicas - UNNE. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2000. www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf

Es decir, se afirma que debe existir una conciencia del consumidor de entender que la publicidad es aliada de los comerciantes y por tanto deben de tener recelo a la hora de aceptar como ciertas sus afirmaciones sobre los bienes y servicios ofertados. Bajo esta tesis, es el consumidor quien debe utilizar su lógica y raciocinio para poder diferenciar entre la información “real” de la fantasiosa (de existir).

No obstante, ¿cómo se determina la presunción de que el consumidor es consciente de que la publicidad no es del todo cierta o confiable? ¿Cómo se mide al consumidor a fin de que este no incurra en error?

Los tribunales alemanes y españoles afirman que para determinar el sentido y efecto de un anuncio, no deben emplearse exclusivamente criterios gramaticales o filológicos, sino que debe considerarse que el anuncio induce a error cuando la mayoría de los consumidores entienden la alegación en sentido distinto al gramatical. De esta forma el anuncio se imputa tal y como lo interpreta el público destinatario, acudiendo al criterio del consumidor medio.⁷⁸

Se ve entonces que la confusión se hace aún más profunda por cuanto se afirma que el error ya no se encuentra dentro la esfera de lo controlable, dentro de la publicidad (siempre y cuando no se pase al engaño o dolo) por parte del comerciante o anunciante, sino que queda a criterio del “consumidor medio” lo que pueda calificarse como engañoso.

⁷⁸ “Efectos de la Publicidad Engañosa sobre la Validez de los Contratos Celebrados con Consumidores”. García Sais, Fernando. México.

Dicha tesis debe ser descartada por un lado, ya que, no solo genera confusión al comerciante sino también le genera incerteza e inseguridad jurídica, puesto que sus manifestaciones comerciales estarán condicionadas al examen de error de la “mayoría”; y por otro, se deja de lado la percepción (que puede ser correcta o incorrecta) del resto de la población, es decir, de la minoría (si es que es posible constatar fácticamente estos hechos).

Por tanto, ¿cómo reconocer los parámetros criterio del consumidor medio a fin de que a posteriori a una empresa o anunciante no le sea achacada publicidad engañosa?

La jurisprudencia canadiense se cuestiona sobre el impacto de la publicidad en el consumidor medio y en la sentencia *Richard v. Time Inc. and Time Consumer Marketing Inc* se establece un “Examen de Impresión General” (“*General Impression Test*”) el cual consta de cuatro aspectos a ser tomados en consideración:

- (a) El examen de primera impresión (el cual consiste en la impresión general de un individuo luego de la lectura de la publicidad).
- (b) Análisis del contexto entero de la publicidad (se incluye la forma en que el texto se exhibe al consumidor, por ejemplo, en cuanto a su tamaño, posición, etc).
- (c) La perspectiva del consumidor ordinario apresurado (significa que para evaluar la impresión general de un anuncio debe realizarse a través de la perspectiva de

un comprador ordinario apresurado, no particularmente experto en detectar falsedades o mensajes entre líneas dentro de los anuncios comerciales.

(d) No puede asumirse que el consumidor promedio tenga determinado nivel de inteligencia o prudencia.

Dicha tesis considera que para efectos de determinar la causa del error, debe de realizarse un examen mediante el cual se considera a los consumidores como no sofisticados y vulnerables, por lo que el examen de la impresión general se basa en la reacción de un consumidor no sofisticado cuyo nivel de conocimiento o diligencia no pueden ser asumidos⁷⁹.

En este sentido lleva razón la jurisprudencia canadiense puesto que al asumirse determinados rasgos o características del consumidor, se puede estar haciendo caso omiso no solo de la realidad sino también de la porción de la población que no cumple con dichas expectativas.

En igual inteligencia, la Cámara Federal de la República de Argentina ha establecido que “Para juzgar la mayor o menor posibilidad de confusión no se puede tomar como término de comparación, según lo observa POUILLET, el grado de atención del

⁷⁹ El caso trata sobre un individuo quien recibe una carta personalmente dirigida a él donde se indica que había ganado un premio de dinero en efectivo significativo; premio que para poder ser entregado exigía la condición de que el individuo se suscribiera a una revista. Si bien posteriormente sí llegó su revista, su premio no lo hizo. Por ello el individuo llama a la compañía de la revista donde se le informa que él no había ganado ningún premio, y se le aclara que la carta dirigida a su nombre era tan solo una invitación a suscribirse a la revista. Supreme Court of Canada Decision. Richard v. Time Inc. and Time Consumer Marketing Inc. (February 28, 2012).

consumidor o comprador inteligente o ignorante y muy por el contrario debe tomarse el grado de atención del comprador suficientemente cuidadoso de sus intereses. (...)”⁸⁰

De esta forma, se afirma que no debe de tomarse en cuenta ni la inteligencia ni la ignorancia del consumidor, sino únicamente su grado de atención y el cuidado que presta a sus intereses. No obstante ¿cómo se consideraría que el consumidor es atento y cuida de sus intereses?

En la práctica y para fines normativos, es criterio de la presente considerar que el consumidor cuida sus intereses a partir de la recepción y aceptación como cierta de la información brindada por el mismo comerciante⁸¹, sea mediante el contacto personal de venta con el comerciante o mediante el uso de la publicidad, sin diferenciar entre el elemento objetivo ni el subjetivo. Precisamente por ello también es que a fin de que la información transmitida sea veraz y precisa, muchas veces se señala con asterisco el carácter ilustrativo de las imágenes de las cuales se sirve la publicidad para llamar la atención, tal y como se menciona anteriormente.

Otro sector de la doctrina se aparta de estos criterios y de los elementos dentro del mensaje publicitario y señala que en términos generales se ha aceptado la legalidad de la llamada “exageración publicitaria”, toda vez que las exageraciones se realizan de

⁸⁰ Cámara Federal de Argentina. Cap., 23 de setiembre de 1927, “J.A.”, t. 26, p. 948; 9 de setiembre de 1936, “J.A.”, T. 55, P. 798; 11 de setiembre de 1936, “J.A.”. t. 55, p. 804 citado por Zavala Rodríguez Carlos Juan “Publicidad Comercial: Su Régimen Comercial”. p. 275.

⁸¹ “Una vez que reconocen la necesidad o el deseo, los consumidores **buscan información** sobre las diversas alternativas disponibles para satisfacerlos”. Ver más: “Una Visión General del Marketing”. Cap. 6, p.193.

forma evidente y se afirma que no se necesita mucho criterio para que no se incurra en el engaño.

Fundamentan que la exageración publicitaria no tiene ningún efecto ilícito pues su finalidad consiste solo en llamar la atención; es decir, que para nuestros efectos, se encuentran dentro del ámbito del elemento subjetivo de la publicidad⁸².

Sin embargo, ¿por qué habría de hacerse una excepción a la veracidad de la información al admitirse como lícita la exageración publicitaria? Es decir, ¿por qué se considera que el elemento subjetivo necesariamente debe faltar a la verdad para que sea persuasiva la publicidad?

Para la legislación comunitaria de la Unión Europea no se admite la exageración en el sector financiero ni en el del ahorro porque está en juego el patrimonio de las personas⁸³, por lo que se recalca la función y el sentido social de la publicidad y también se enfatizan los verdaderos efectos de la exageración en el consumidor a causa de la publicidad.

Por tanto, ¿por qué comúnmente se considera la exageración como lícita? El Diccionario de la Real Academia Española define la exageración como “*1. f. Acción y*

⁸² España Arrieta, Omar. “La Normativa de la Publicidad en la Unión Europea”. Artículo publicado en Revista Protocolo el 21 de Agosto de 2009, Sección Comercio y Negocios. <http://www.protocolo.com.mx/comercio-y-negocios/la-normativa-de-la-publicidad-en-la-ue/>

⁸³ España Arrieta. Opus cit. 2009.

efecto de exagerar.2.f. Concepto, hecho o cosa que traspasa los límites de lo justo, verdadero o razonable”.

De esta forma la exageración también está traspasando la veracidad y precisión de la información comunicada a través de la publicidad, haciendo al consumidor caer en un error. Y desde la perspectiva del comerciante, la exageración al no ser comprobable, no le resta ni le suma. Ni siquiera le posiciona en el mercado frente al resto de los competidores.

Al contrario, cuando un comerciante incurre en frases exageradas e infundadas tales como “el mejor”, a menos que no tenga un reconocimiento o un premio que le respalde, es porque el comerciante no tiene nada mejor que decir. Y por ello no se le resta al proceso creativo publicitario, sino que las mismas exageraciones son dañinas hasta para el mismo comerciante y para la competencia leal⁸⁴.

Sin embargo, ¿qué sucede en los casos en los cuales el comerciante objetivamente cumple con los requisitos de veracidad de la información y aún así el consumidor cae en el error?

⁸⁴ En este sentido el artículo 17 inciso c) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece que se consideran prohibidos los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobado, cuando “c) Se utilicen medios que inciten a suponer la existencia de premios o galardones concedidos al bien o servicio, pero con base en alguna información falsa o que para promover la venta **generen expectativas exageradas** en comparación con lo exiguo del beneficio”. (el resaltado no corresponde al original).

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

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

Y son estas situaciones las que no deben de caer dentro del ámbito de la publicidad engañosa, sino que responden a la percepción personal del consumidor y las expectativas que él mismo en su mente creó siempre y cuando el comerciante hubiere cumplido a cabalidad con el deber de información⁸⁵.

Como ejemplo de lo anterior, el voto 188-12 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor ante la denuncia interpuesta por un consumidor en contra de la Federación Costarricense de Fútbol por supuesto incumplimiento de contrato, falta de información y publicidad engañosa, declara con lugar la acción debido a que la Comisión considera

⁸⁵ La percepción es la “*forma personalizada de sentir, interpretar, y comprender varios estímulos*”. Ver más: Arens, William F. “Publicidad”. Editorial MacGraw-Hill Interamericana. Séptima Edición, México. p. 130.

como parte del Deber de Información, la obligación del comerciante de desmentir declaraciones hechas por terceras partes sobre su oferta⁸⁶.

A criterio de la presente, el párrafo final del artículo 34 de nuestra ley 7472 es claro y explícito al establecer que “Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, **vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato**” (el resaltado no corresponde al original). De esta forma la publicidad vincula al comerciante que la transmitió, por lo que es responsable de dicha información y no sobre las declaraciones que terceras partes realicen entorno al bien o servicio ofertado por dicho comerciante.

Por tanto, no se puede inferir que del deber de información veraz y oportuna, el comerciante tenga la obligación de rectificar afirmaciones hechas fuera y aparte de sus comunicados. Al parecer de la presente, la Comisión se extralimitó en realizar dichas afirmaciones y consecuentemente imponer una sanción.

Es parecer de la presente que el deber de información del comerciante vincule únicamente al comerciante que transmite dicha información y que no se le achaque responsabilidad por no desmentir hechos falsos emitidos por terceras partes.

⁸⁶ “(...) la accionada tenía el conocimiento y el poder en la relación contractual que nos ocupa, por cuanto conocían el contrato, y lo que se estaba publicando en los diarios de circulación nacional, esto la pone evidentemente en una posición de ventaja, en comparación a los consumidores que únicamente se informaban y compraban las entradas creyendo por la información suministrada que Messi, Di María, Higuaín, Tévez, Macherano y demás estelares de Argentina iban a jugar.” Ver más: Comisión Nacional del Consumidor. Voto 138-12 de las diecisiete horas treinta minutos del dieciséis de febrero del dos mil doce.

Tal y como se explica una y otra vez, parte de las funciones de la publicidad es la de identificar a su patrocinador, ello con el interés de evitar que la información conduzca a un engaño no solo entre la gama de comerciantes, sino también con respecto a las distintas “ofertas” transmitidas por la publicidad a la que se expone a diario el consumidor; de lo contrario ¿cómo respondería el consumidor ante la publicidad? o ¿Ante quién reclamaría en caso de un daño?

La identificación del comerciante en la publicidad permite al consumidor conocer la fuente de las afirmaciones a fin de proteger sus intereses económicos informándose adecuadamente sobre el comerciante; y permite a su vez al comerciante librarse de posterior responsabilidad por las afirmaciones que otras organizaciones o partes puedan hacer sobre su producto/servicio ofertado.

En este sentido, es parecer de la presente considerar errónea la apreciación de la Comisión del Consumidor al declarar con lugar la acción contra la Federación de Fútbol, puesto que de una apreciación superficial de los hechos se puede desprender con facilidad que el error en el que cayeron muchos consumidores no se debió en este caso al “comerciante” sino a las propias expectativas generadas dentro del accionante quien asumió la participación de los jugadores “estrellas” en el encuentro ante la selección nacional clase A de Costa Rica , ya que, tal y como se desprende de los hechos, el accionante adquiere sus boletos incluso antes de que se hiciera pública la formación e integración de los equipos.

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

Sección II .El engaño en la relación de consumo

1. El Engaño

El Engaño es definido en el artículo 216 del Código Penal de nuestro país, como la acción engañosa, la simulación de hechos falsos, la deformación de hechos verdaderos o el ocultamiento de hechos verdaderos.

De esta manera resulta evidente que pese a que el engaño tiene diferentes manifestaciones, mantiene su intención que es la de conducir al error y para ello se vale de distintas técnicas que se establecerán en las secciones siguientes. Por ahora el

presente párrafo se centrará en determinar si hay engaño en la publicidad, qué es y por qué se produce.

El engaño es el comportamiento positivo (explícito o concluyente) u omisivo (cuando existe la obligación de decir la verdad), por el cual el autor causa un error en el ofendido, error que produce un acto dispositivo y un perjuicio⁸⁷.

Ahora bien, en la relación de consumo entre comerciante y consumidor, dentro la comunicación que el comerciante transmite hacia el consumidor de forma previa a la contratación de un bien o servicio, también puede surgir el engaño como una patología.

Al respecto la doctrina entiende que para que pueda desencadenarse dicho engaño, es preciso en primer lugar, que el mensaje publicitario pueda valorarse en términos de veracidad, es decir, de una correcta valoración de la realidad⁸⁸.

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

⁸⁷ Castillo González, Francisco. "El Delito de Estafa". Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 2001. p. 84.

⁸⁸ Resulta importante aclarar que no solo debe valorarse el mensaje publicitario en términos de veracidad, sino también en términos de claridad, oportunidad, y plenitud del mensaje publicitario, ya que el engaño también puede surgir no solo de la acción sino también de la omisión o del ocultamiento de hechos.

De esta forma un mensaje publicitario apegado a la veracidad no producirá engaño, ni conducirá, en tesis de principio, a un consumidor al error, puesto que la representación que el comerciante ha inculcado al consumidor no es otra que la real.

De modo que, a contrario sensu, se considerará a un mensaje publicitario engañoso, como todo aquel que crease una representación falsa sobre el bien o servicio ofertado, faltando a la verdad de sus afirmaciones a través de la publicidad.

En este sentido: tanto la falta total de información como la información otorgada de forma parcial, contradictoria o engañosa, son variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar cierto servicio y por tanto constituyen también un engaño. En este caso nos referimos al engaño por omisión, por el cual el comerciante debe actuar conforme con el Deber de Información (es decir, que se encuentra sujeto a una obligación de decir la verdad); y al engaño por acción, que es cuando la información transmitida es contradictoria o engañosa y también se viola el deber de información (por cuanto la información de acuerdo con la Ley 7472, debe ser veraz y oportuna).

Sin embargo, ¿qué motiva el engaño por parte del comerciante? ¿Es el engaño una consecuencia de la inexperticia del comerciante o es simplemente su intención engañar?

El comerciante por inexperticia puede caer en este mal uso de la publicidad debido a la ignorancia en el tema o a una mala asesoría de comunicación e imagen. También el comerciante puede incurrir en publicidad engañosa cuando sus productos o servicios ofertados han padecido una baja en su calidad, lo cual resulta en un engaño para el consumidor al no recibir el producto/servicio anunciado⁸⁹.

Sin embargo, tal y como lo señala ARENS, los anunciantes comúnmente usan la publicidad engañosa o exagerada para mejorar la imagen de sus productos y así destacar verdades acerca de los propios productos, puesto que piensan que los consumidores creen tal publicidad.

De esta forma los comerciantes parten de la presunción de que los consumidores aceptan como verídica la publicidad y se ayudan de ello para extralimitarse en sus afirmaciones. Se ve entonces el interés y la motivación del comerciante de utilizar la publicidad engañosa.

En este sentido dicha motivación e interés, pueden equipararse al dolo bueno o “dolos bonus” comercial, que se refieren a la exageración en la publicidad que frecuentemente es considerada legal puesto que se excluye la intención de engañar⁹⁰.

⁸⁹ Esto sucede cuando posterior a la decisión de consumo o al momento de aceptación de la oferta, cuando el producto/servicio no se ajusta a las expectativas creadas por la publicidad. Por ejemplo, cuando al recibir un producto, éste no se parece al del anuncio ya que es más pequeño de lo que aparece, o carece de elementos que sí aparecen en el anuncio; siempre en perjuicio del consumidor.

⁹⁰ De acuerdo con García Saís, Fernando en su artículo denominado “Publicidad Engañosa” afirma que “El dolo bueno en la publicidad se manifiesta cuando el comerciante introduce declaraciones subjetivas (en textos, diálogos, sonidos, imágenes, etc.) sin afán de engañar a nadie, y con la intención de ensalzar el bien o servicio.”

GARCÍA SAIS considera que la llamada “exageración publicitaria” es una habitual técnica en el mundo publicitario y no debe considerarse dentro los supuestos de la publicidad engañosa sino que encuadra dentro del “dolus bonus” o dolo bueno⁹¹.

Al respecto, sobre el dolo bueno, el profesor KAUNE ARTEAGA afirma que “son las alabanzas y exageraciones sobre las bondades y cualidades de las cosas, con el objeto de animar a una persona a realizar sobre ellas un determinado negocio jurídico. Este dolo es tolerado debido principalmente a su falta de reprobabilidad. El legislador lo admite con cierta indulgencia, porque considera que todas las personas deben observar un mínimo de diligencia, para no ser engañados por tales exageraciones; además, afirma que resultaría peligroso permitir la anulabilidad de los contratos por estas conductas, ya que, ello atentaría a la seguridad de las transacciones. Sin embargo, el dolus bonus puede dar lugar a la anulabilidad del negocio si el que ejerce dicha conducta es por ejemplo un perito, que por sus conocimientos profundos en una determinada materia está obligado a ser veraz”⁹².

De esta forma, pese a que se aceptan las alabanzas y exageraciones sobre las cosas con el ánimo de motivar a un sujeto hacia un acto jurídico; la misma definición equipara el dolus bonus al dolus malus al permitir la anulabilidad del acto jurídico cuando la exageración es realizada por quien se encuentre obligado a la verdad.

⁹¹ “Efectos de la Publicidad Engañosa sobre la Validez de los Contratos Celebrados con Consumidores”. García Sais, Fernando. México.

⁹² Kaune Arteaga, Walter. “Curso de Derecho Civil de los Contratos” Tomo I. Bolivia, 1992. <http://es.scribd.com/doc/52785167/60/B-EL-DOLO-CONCEPTO>.

Por tanto, si el comerciante “*conoce todas las características de los bienes que vende (...) y tiene el deber de informarlos a sus clientes*”⁹³, ¿cómo no se consideraría la exageración dentro de la publicidad engañosa, si el comerciante está obligado a cumplir por disposición legal con el Deber de Información Veraz?

A criterio de la exponente, al referirse sobre la exageración publicitaria, en primer lugar, muchas veces se confunde entre la intención de engañar (el engaño) y la producción del error en el consumidor (el error)⁹⁴. Segundo, se afirma que se considera legal el dolo bueno puesto que “no induce a error según la percepción del consumidor medio”⁹⁵

⁹³ Voto 283-07 de la Comisión Nacional del Consumidor, de las diecisiete horas veinticinco minutos del dos de julio del dos mil siete.

⁹⁴ Si bien tanto el error como el engaño son vicios del consentimiento producto de una falsa apreciación de la realidad, y ambas son causales de anulabilidad de los contratos; cabe destacar las siguientes diferencias: 1. en el error existe una falsa apreciación de la realidad en forma espontánea, mientras que en el dolo existe un engaño perpetrado por una de las partes y en algunos casos por un tercero que provoca un error en la otra parte contratante; 2. la estimación del error se hace in abstracto en tanto que la apreciación del dolo es inconcreto; y 3. El errans por su propia apreciación falsa de la realidad, no puede exigir una indemnización de daños y perjuicios, en cambio, como en el dolo, la víctima es inducida a cometer error, el autor de tal conducta debe indemnizar daños y perjuicios. Ver más: Kaune Arteaga, Walter. “Curso de Derecho Civil de los Contratos” Tomo I. Bolivia, 1992. <http://es.scribd.com/doc/52785167/60/B-EL-DOLO-CONCEPTO>.

⁹⁵ Sobre el término de “consumidor medio”, cabe señalar que en nuestro país no existe una definición de dicho término en materia de derecho del consumidor. Lo anterior ya que dicha definición no se encuentra ni en la Ley 7472 en el artículo segundo, ni en su reglamento en la sección de definiciones; no obstante la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor ha utilizado este término para referirse al consumidor medio como parámetro de entendimiento, de lo razonable, de quien no tiene conocimientos técnicos o grado de experticia. Ver más: Voto 283 de las diecisiete horas veinticinco minutos del do de julio del dos mil siete; Sin embargo en el Voto 398-02 la Comisión Nacional del Consumidor afirma en su considerando quinto, que el ordinal 31 inciso b) de la Ley 7472 tutela como obligación del comerciante que la información sea clara, veraz, suficiente y previa a la decisión de consumo. Y señala además que la información verse sobre aspectos esenciales de la contratación, lo cual al parecer de la presente es una extralimitación puesto que la ley se refiere a aquellos elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo, y posteriormente señala aspectos necesarios de la información, pero sin excluir los primeros, y aún así al final señala el inciso “*así como cualquier otro dato determinante*”, por lo que no se pueden tomar sólo los elementos esenciales del contrato para considerar el cumplimiento de la

nuevamente haciéndose referencia a la presunción del mínimo de diligencia que debe tener un individuo, creando una discriminación negativa en cuanto al ámbito de protección conferido por el ordenamiento.

Por tanto, aceptar la exageración como lícita por encontrarse dentro del *dolus bonus*, significaría llevar a cabo un “examen de veracidad”, el cual comprende un proceso de identificación y segmentación del grupo destinatario de la publicidad elaborado mediante una serie de estudios con respecto de las opiniones, aficiones y comportamientos humanos mediante sondeos de opinión y finalmente llegar a la conformación del criterio del consumidor medio. Es decir, que a través de dichos esfuerzos se pretendería determinar con rotunda precisión al destinatario de la publicidad y sus características para posteriormente indagar si existe inducción al error⁹⁶.

Al respecto, es criterio de la presente afirmar primero, que el esfuerzo y costo que lleva dicho estudio no es razonable costearlo ni para el Estado, ni para el comerciante, ya que, se le estaría imponiendo una carga administrativa que finalmente llevaría al desuso de la publicidad y no es esta tampoco la intención de una regulación⁹⁷. Segundo, que aún así llevados a cabo dichos esfuerzos, existe la posibilidad de que

obligación de información del comerciante, y mucho menos hacer referencia a éstos como los “*aspectos que realmente influyan en la decisión del consumidor medio*”.

⁹⁶ Ver más: Fernando García Saís, “Derecho de los Consumidores a la Información: una aproximación a la publicidad engañosa en México”. Editorial Porrúa-IITAM, México, 2007.

⁹⁷ Además, considera la presente, que dicho autor está dejando de lado que la misma publicidad es confeccionada para un determinado mercado meta, por lo cual, por ejemplo un anuncio de software de computadora no llamará la atención de un niño, por lo que el niño no se sentirá engañado si dicho anuncio es engañoso, ya que ni siquiera determinará el anuncio. Por tanto, la presente considera que no tiene sentido la segmentación del mercado a fin de determinar el engaño.

finalmente la publicidad induzca al error. De hecho se hace la excepción de la licitud de la publicidad exagerada para ciertos destinatarios como los niños, ancianos y enfermos, separando del tratamiento de la publicidad que se realiza para adultos. Para la presente es esto un absurdo, ya que, no tiene sentido diferenciar entre unos y otros, pues la misma exageración también si es efectiva con los niños, ancianos y enfermos, no se excluye que esta también sea efectiva hacia los adultos. De hecho también se considera, tal y como lo vimos anteriormente, que no es aceptable la exageración en determinadas áreas como la financiera o de la salud, por cuanto se crean falsas expectativas en el consumidor y se posibilita la existencia de un riesgo hacia sus intereses económicos. Y tercero, considerar al consumidor medio como único sujeto de tutela por parte del ordenamiento sería una discriminación negativa, contraria al principio de igualdad, donde se favorecería la protección de unos y no de todos.

Pareciera que se olvida que el concepto de publicidad engañosa (tal y como se definirá en la sección siguiente), no solo abarca la producción efectiva del error sino también la susceptibilidad de producirlo⁹⁸; es decir, no solo se castiga el error efectivo sino también la susceptibilidad o la posibilidad de inducir al error, por lo que basta con la potencialidad del hecho para encontrarse en un supuesto de publicidad engañosa⁹⁹.

⁹⁸ Precisamente así se encuentra regulado en nuestra legislación en la Ley 7472, artículo 37 sobre la oferta, la promoción y la publicidad, al establecer que 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”. (el resaltado no corresponde al original).

⁹⁹ España Arrieta. *Ibíd.* 2009.

Por tanto, si el comerciante, quien tiene la obligación de verdad, mediante la publicidad atribuye características superiores a las reales deformando los hechos verdaderos, podría estar exponiéndose dolosamente a la comisión de un engaño evidente hacia los consumidores.

Sin embargo, tal y como lo afirma el autor ZAVALA RODRÍGUEZ, cabe resaltar que “Es lícito, en principio y corriente que el comerciante alabe en exceso su mercadería y los méritos de su producto”. Es decir, el anunciante no está obligado a adoptar una posición neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria, por lo que a criterio de la presente, es a esto a lo que hace referencia el *dolus bonus*, a la parcialidad en las comunicaciones debido al interés que motiva al comerciante a patrocinar la publicidad, que a su vez es parte del comercio, pero sí está obligado el comerciante a **evitar** las manifestaciones, indicaciones o alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo de inducción a error, como resultado de informaciones anteriormente emitidas (...)¹⁰⁰, donde sin lugar a dudas también se incluye la exageración.

En este mismo sentido, recalca Salvat que “si esas maniobras llegaran hasta formular afirmaciones difíciles de comprobar, que después resultaran falsas, o hasta ocultar hechos que solo mas tarde han podido descubrirse, se trataría entonces de un verdadero dolo”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Zavala Rodríguez. *Ibíd.* 1947.

¹⁰¹ Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General.* p. 978.

Por tanto, debido al carácter persuasivo del mensaje publicitario que imposibilita la emisión de información objetiva, es que se impone el cumplimiento del principio de veracidad, el cual se ve satisfecho cuando no existe discordancias entre el mensaje publicitario y la oferta propiamente dicha en la que se han de cumplir los requisitos mínimos de información objetiva.

De esta forma, las afirmaciones temerarias, la exposición o simulación de hechos falsos, las acciones engañosas, la deformación de hechos verdaderos o el ocultamiento de ellos, puede colocar la conducta del anunciador en los supuestos del dolo malo.

2. El Dolo

PÉREZ VARGAS define el dolo como “toda maquinación o fraude para engañar a una persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un acto jurídico que no hubiese hecho, o hubiera hecho distinto, de no existir el dolo. Comprende todo artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por ello, se sirve de maniobras fraudulentas, afirmaciones falaces, para provocar error en una persona y determinarla a ejecutar un acto”¹⁰².

¹⁰² Pérez Vargas. *Ibíd.* 1994. p. 267.

Resulta de la anterior definición, la identificación del engaño sobre un individuo con la intención de que realice determinado acto jurídico con la ayuda de un conjunto de actuaciones fraudulentas para provocar el error.

Precisamente la existencia de dichas actuaciones, que son el conjunto de artificios, maquinaciones y reticencias de las que se vale una de las partes o un tercero, para arrancar el consentimiento de la otra parte contratante, hacen que producto del dolo surja un error provocado, inducido por la otra parte contratante o por un tercero¹⁰³.

El actuar con dolo supone que el agente tiene conocimiento de que comete el hecho en las condiciones en que se encuentra tipificado por la ley, pero más que lo anterior, es preciso que el agente quiera realizar el hecho en esas condiciones¹⁰⁴. Es decir, es preciso que el agente actúe sin buena fe, por lo que se excluye la actividad publicitaria producto de la impericia del comerciante.

En este sentido el doctor KAUNE ARTEAGA, afirma que para que el error provocado constituya dolo, debe llenar los siguientes requisitos:1). Una de las partes contratantes (...) debe actuar a sabiendas, con mala fe, para arrancar el consentimiento de la otra; la simple imprudencia no constituye dolo. Y 2). el dolo debe ser reprehensible, es decir que la conducta que provoca el error debe tener cierto grado de intensidad que la haga reprochable, que merezca una estimación valorativa de carácter negativo¹⁰⁵.

¹⁰³ Kaune Arteaga. Opus cit. 1992.

¹⁰⁴ Virgilio Balbuena, Pedro. "El Plagio como Ilícito Penal". [http:// www. Ventanalegal .com / revista _ ventanalegal / plagio_ilicito.htm](http://www.Ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm)

¹⁰⁵ Kaune Arteaga. Ibíd. 1992.

De esta forma el dolo malo en la publicidad engañosa puede definirse como el uso de artificios, maquinaciones y otras hazañas para obtener el consentimiento del consumidor, a sabiendas de una actuación de mala fe por parte del comerciante. Es la intención del comerciante de producir un engaño suficiente para inducir al consumidor a celebrar un contrato donde por definición no hay buena fe¹⁰⁶.

Para POTHIER, la buena fe en los negocios trasciende la lógica legal y civil y le confunde con la moral. Para POTHIER los anunciantes deben de ser lo más sinceros y exactos posible, ya que, de forma contraria cualquier intento o disimulación es considerado como obra de mala fe¹⁰⁷.

No es la intención que la publicidad patrocinada por los comerciantes se convierta en un medio oficial del consumidor, pero sí que el comerciante no se extralimite en el ejercicio de su derecho. Es decir, la publicidad puede mantener su carácter persuasivo, pero sin descuidar la posibilidad de un daño hacia el consumidor.

¹⁰⁶ "(...) los elementos engaño, fraude, falacia, como tipificadores del dolo son por si mismo opuestos a la buena fe "fides bona contraria est fraude et dolo".

¹⁰⁷ "En el fuero interno, debe mirarse como contrario a la buena fe todo aquello que se separa, aunque sea poco, de la sinceridad más exacta y más escrupulosa; la sola disimulación sobre lo que concierne a la cosa que hace el objeto del negocio y que la parte con quien se contrato tenía interés en saber, es contraria a esta buena fe; ya que nos es pedido amar a nuestro prójimo tanto como a nosotros mismos, no nos puede estar permitido ocultarle nada de aquello que nosotros mismos hubiéramos querido que se nos ocultara, si hubiésemos estado en su lugar". Pothier, Ouvres, edición Bugnet, tomo 2º nº 30, pág. 19.

Precisamente es dicha posibilidad de daño la que se pretende evitar con la publicidad engañosa, donde el comerciante mediante la acción engañosa logra el beneficio patrimonial y es donde se muestra más evidente el dolo malo.

En este sentido el artículo 31 de nuestro código penal señala que “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible”.

A fin de definir el dolo en la publicidad engañosa por parte del comerciante, es que puede analizarse el delito de estafa debido a la semejanza de sus elementos constitutivos: Acción Engañosa, Error, Acto dispositivo, Perjuicio y Relación Causal; por lo que el dolo en la publicidad engañosa, tal y como lo afirma Castillo en el delito de la estafa, puede ser dolo directo o dolo eventual, dependiendo del caso concreto.

Lo anterior debido al aspecto cognoscitivo del dolo, que es que el autor se represente que está engañando sobre un hecho, por lo tanto, induce a error o lo mantiene en él; error que a su vez hace que el engañado realice un acto dispositivo, el cual le causa un perjuicio inmediato en el patrimonio del engañado¹⁰⁸.

Así, existe dolo no solo cuando mediante la acción engañosa se procura un beneficio patrimonial; sino también cuando el comerciante debiendo evitar que el consumidor

¹⁰⁸ Castillo González .Ibíd. 2001. p.211.

realice interpretaciones erradas, mantiene al consumidor en engaño y finalmente obtiene el beneficio patrimonial deseado¹⁰⁹.

En este sentido el voto 359-02 de las trece horas y cincuenta minutos del quince de julio del año dos mil dos, de la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor, afirma *“la empresa es la que conoce todas las características de los bienes que vende, tiene el deber de informarlos a sus clientes para evitar que se den interpretaciones erradas, como la analizada supra, en consecuencia la empresa incumplió en brindarle una información adecuada, como la analizada supra, en consecuencia, la empresa incumplió en brindarle una información adecuada al consumidor, lo que permitió que se realizara una contratación viciada, infringiéndose de esta manera el artículo 31 inciso a) de la Ley 7472”*.

Este caso resulta ejemplar para explicar el dolo en la publicidad engañosa, ya que, la empresa estando obligada a otorgar elementos suficientes de información al consumidor, mantiene al consumidor en el error generado a partir de sus anuncios y se procura para sí el beneficio patrimonial obtenido a causa de dicho error.

En relación con lo anterior, por ello se afirma que los comerciantes deben de fundamentar razonablemente las afirmaciones hechas dentro del contexto publicitario,

¹⁰⁹ El beneficio patrimonial es definido como lo contrario al perjuicio patrimonial y éste se produce cuando del hecho surge un mejoramiento de la situación económica del autor, por lo que cuando el autor logra el beneficio patrimonial, se produce una pérdida correspondiente en el patrimonio de la víctima. El beneficio patrimonial no es solo el aumento patrimonial, sino también limpiar el patrimonio de las desventajas y gravámenes. Ver más: Castillo González, Francisco. “El Delito de Estafa”. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 2001. p.220.

a fin de que estas se adecúen a las verdades acerca del producto” no con afirmaciones de hechos ajenos al producto¹¹⁰ , ya que, si un comerciante actúa con dolo en el engaño, no solo se podría ver expuesto a una sanción por publicidad engañosa sino también a una sanción penal.

De esta forma es importante también para el consumidor reconocer el dolo en el engaño, a fin de identificar cuándo la publicidad engañosa pasa a ser un delito y cuándo y cómo reconocer el dolo, pues la forma en que el dolo puede ser identificado es cuando producto de la publicidad engañosa se materializa el contrato de consumo.

Precisamente con la intención de evitar las afirmaciones falsas en la publicidad, en países como España, Alemania, Francia, Estados Unidos y Canadá, el estudio de los casos de publicidad engañosa no culmina con la sola declaración de si existió o no inducción al error o engaño, sino que además, el Estado persigue penalmente al empresario defraudador y busca que pague la indemnización civil que corresponda a los consumidores por los daños causados por el incumplimiento de promesas publicitarias¹¹¹.

En nuestro país a nivel penal, existe el delito de estafa de consumidor, el cual en materia del consumidor es el más especializado de los delitos mencionados en el artículo 63 de la Ley 7472.

¹¹⁰ Arens, William F. p. 50

¹¹¹ Efectos de la Publicidad Engañosa sobre la Validez de los Contratos Celebrados con Consumidores”. García Sais, Fernando. México.

Entre los delitos en perjuicio al consumidor es el único que describe el tipo penal de la siguiente manera: “... a quien debiendo entregar un bien o prestar un servicio, ofrecido públicamente en los términos de los artículos 31, 34 y 38, de esta Ley, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de un engaño o cualquier otra acción manipuladora”.

Los artículos 31, 34 y 38 hay que entenderlos como los artículos 34, 37 y 41, así, quien pretenda por medio de engaños o manipulaciones justificar el incumplimiento de sus obligaciones de comerciante pactadas (artículo 34); o justificar el incumplimiento de lo externado en la oferta, promoción o publicidad (artículo 37); o justificar el incumplimiento de las promociones y ofertas especiales pactadas (artículo 41) a la hora de entregar un bien o prestar un servicio, es un estafador del consumidor. Lastimosamente, en ocasiones este artículo se pasa por alto, tal y como se manifestó en resolución 544, sentencia 226-F-99 del Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea al señalar:

“También la decisión impugnada contiene un yerro de fundamentación jurídica, como bien lo señala la representante del Ministerio Público, porque los jueces ignoran la posible aplicación del artículo 60 de la Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor (El artículo 80 de la Ley 8343 de 27 de diciembre de 2002, Ley de Contingencia Fiscal, lo pasó del 60 al 63). Como bien lo apunta la Licda. Fernández, el imputado no entregó el bien conforme a lo pactado, empleando maniobras engañosas con el propósito de incumplir las obligaciones asumidas frente a la ofendida.

(...) El tipo penal recién citado, sanciona al sujeto activo que utilice cualquier acción engañosa o manipuladora con el fin de incumplir lo pactado. (...) se criminalizan las acciones engañosas del sujeto activo que pretendan justificar el incumplimiento de lo pactado...”

Resulta evidente de esta manera que lo que se sanciona es el empleo del engaño a fin de lograr el incumplimiento de las obligaciones asumidas frente al consumidor. Es la intención del comerciante de incumplir con lo pactado mediante el engaño.

Por tanto, para que se consume el delito de estafa del consumidor, debe de haberse consumado el contrato de consumo. Y esto conllevaría a un análisis sobre su correspondiente indemnización.

En relación con el plano resarcitorio, ante la intención engañosa en la publicidad, Monsalve Cavallero afirma que cuando una de las partes dentro de las negociaciones se percata de actos fraudulentos como ocultar o falsear información, sí existe lugar para la indemnización¹¹².

El mismo autor señala que también habría lugar a una obligación resarcitoria si hubiese lugar el daño, para quien frustró sus expectativas frente a la concreción del contrato sin importar si se actuó con dolo o con negligencia. De tal forma que si la parte en este

¹¹² Monsalve Caballero, Vladimir. “La Buena Fe como fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. Revista de Derecho N°. 30 de la Universidad del Norte, Colombia, Barranquilla, 2008.

caso, oculta o por el contrario entrega una información que no corresponde a la verdad, la víctima se encuentra en todo el derecho de solicitar una reparación del daño.¹¹³

Por lo anterior, es que el análisis del dolo en la publicidad engañosa resulta de vital importancia , ya que, entonces no solo daría pie para una persecución y sanción penal, sino también para una indemnización al consumidor frente la publicidad tal y como se estudiará en el segundo título.

¹¹³ Monsalve Caballero. Opus cit. 2008.

TÍTULO II. Fundamentos Normativos de la Publicidad ante el Consumidor dentro del Iter Negocial

CAPÍTULO I. Definición de la publicidad engañosa

Una vez definido el entorno en el cual se desarrolla la publicidad engañosa, las partes involucradas en la emisión y recepción del mensaje publicitario y las causas del error; es que en el presente capítulo se elaborará una definición de la Publicidad Engañosa con base en las conclusiones y hallazgos encontrados en las anteriores secciones.

Así mismo, se elaborará una clasificación de los tipos de publicidad que producen error a fin de facilitar una identificación objetiva y clara de la publicidad engañosa.

Igualmente, en el presente se pretende crear una lista de principios rectores de la publicidad veraz a fin de que se evite la elaboración de publicidad engañosa por parte de los comerciantes, desde una perspectiva preventiva, propia del derecho del consumidor.

Sección I. Publicidad Engañosa

1. Definición y naturaleza jurídica de la publicidad engañosa

La publicidad, para el derecho, tal y como se ha venido definiendo, es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial con el fin de promover la contratación de bienes o servicios por parte de los consumidores.

Se le puede caracterizar como una comunicación unilateral compleja estructurada dentro del área comercial, cuya finalidad es la promoción dirigida a un público indeterminado. La publicidad es dinámica, es parte del comercio, pero también al ser masiva está íntimamente relacionada con el orden público.

Es ejercida y recibida como un derecho, por lo que tiene límites más estrictos por las consecuencias que puede acarrear. En este sentido, la doctrina ha aceptado como cierto, que un consumidor informado y consciente de las características del producto y las condiciones de la operación comercial, tendrá la posibilidad de efectuar elecciones de consumo sustentadas en sus necesidades reales, por lo que podrá adquirir productos y servicios verdaderamente útiles y adecuados a sus expectativas y

posibilidades económicas y evitando que ellos le generen algún menoscabo a sus derechos¹¹⁴.

En apoyo a esta postura de nuestro ordenamiento, las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor” de 1985 ampliadas en 1999 mediante UNCTAD/DITC/CLP/Misc.21, establecen dentro la directriz referida a la “Promoción y Protección de los Intereses Económicos de los Consumidores – Directriz B”, la exhortación a que las políticas de los gobiernos garanticen “(...) *la comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que pueda perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado*”¹¹⁵ y que impidan “(...) *la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la prestación de servicios*”¹¹⁶.

Dicha Directiva señala que debe existir un trato justo para con los consumidores y por tanto los comerciantes y oferentes deben de cumplir y satisfacer los requisitos jurídicos. Como parte de lo anterior, se encuentra la obligación y el deber de información necesaria así como la adopción de medidas para asegurar la exactitud de dicha información¹¹⁷.

¹¹⁴ Expte. DC 805 del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor S/ Actuación de Oficio – CTI PCS S.A., sentencia emitida por el Juez Dante Daniel Rusconi del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado Segundo – Justicia de Faltas, de la Municipalidad de la Plata. República Oriental del Uruguay.

¹¹⁵ Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985 (ampliada en 1999), Directriz B, punto N° 15.

¹¹⁶ Directrices... Opus Cit.

¹¹⁷ Directrices... Ibid.

Dicho carácter informativo es el resultado no solo de la intención persuasiva de la publicidad sino también del deber de información del comerciante con el consumidor. Sin embargo, la anterior afirmación ha sido cuestionada por la doctrina, en el sentido de analizar si los comerciantes se encuentran realmente obligados al deber de información veraz.

Un sector afirma que la publicidad como modo de comunicación forma parte del *ius communicationis* situándose en un campo fronterizo al Derecho de la Información, ya que, la publicidad no solo contiene elementos meramente informativos, sino que la publicidad está constituida por un mensaje de hechos al que se incorpora la persuasión y la opinión, siendo esto mismo lo que configura la naturaleza de la publicidad y lo que condiciona los principios jurídicos aplicables¹¹⁸.

Otra opinión doctrinal señala que no debe confundirse entre el Deber de Información y la Publicidad, ya que, suponen conceptos diferentes pese a que ambas se desarrollan en el período precontractual y ambas transmiten conocimientos que han de ser útiles para el adquirente. Se dice que la publicidad promociona el bien o servicio , pero que no se encuentra dirigida directamente a transmitir el conocimiento necesario para la prestación del consentimiento; por tanto no precisa de informar de forma completa

¹¹⁸López García. *Ibíd.* (2004)

puesto que su finalidad es la promoción de la contratación, que es distinto a informar para la decisión de la contratación¹¹⁹.

Analizadas ambas perspectivas en las que se sitúa a la publicidad fuera del Deber de Información, primero cabe recordar que debido a las relaciones comerciales modernas tal y como se analizó anteriormente, la publicidad sustituye en gran manera la comunicación “tradicional” del comerciante con su cliente (venta personal y contacto directo). De esta forma, si bien el comerciante no se encuentra obligado a transmitir una comunicación “imparcial”, sí se encuentra en la obligación de transmitir los elementos informativos necesarios y suficientes para que el consumidor pueda tomar una decisión con criterio.

Segundo, que si bien la publicidad contiene elementos informativos y elementos no informativos, tal y como se estudió anteriormente, ambos elementos son recibidos por el consumidor de forma conjunta, siendo difícil para el consumidor poder diferenciar entre los elementos objetivos y los subjetivos debido a la composición misma del mensaje lo cual depende de cada caso concreto; por tanto si ambos elementos transmiten conocimientos, estos a su vez pueden estar dirigidos hacia la contratación por lo que es deber del comerciante transmitirlos de forma veraz y oportuna.

¹¹⁹ Este sector de la doctrina afirma que el deber de información no es una obligación a cumplir en la publicidad sino un complemento a la misma que se realiza posteriormente a la misma y cuya finalidad es la de evitar el consentimiento erróneo por parte del consumidor que se ve directamente afectado por la publicidad. De modo que si el consumidor ha sido debida y completamente informado no cabe la posibilidad de que pueda tener unas expectativas frustradas, aunque tendrá que demostrarlo el vendedor. Molina Sandoval, Carlos A. “Defensa del Consumidor: el derecho a la información en el Mercosur”. Marzo, 2003. pág. 4. http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/28

Tercero, cabe destacar que para el derecho (tal y como se definió anteriormente) la publicidad es toda información del comerciante transmitida al consumidor con fines de promoción, es decir, con miras a promover la contratación de los bienes o servicios ofertados por los comerciantes. Por tanto, se trata necesariamente de información positiva. De esta forma es verdadero que no toda la publicidad es la totalidad de la información hacia el consumidor, pero sí una parte que es la información “positiva” por lo que esta se sujeta al deber de información tanto como la información negativa que no promociona la contratación, que también puede incidir en la decisión de consumo del consumidor (información que para nuestros efectos no será objeto de estudio pues se aparta del objeto de análisis de la presente).

La naturaleza jurídica del deber de información, en el ámbito de las obligaciones contractuales, se encuadra como un deber (u obligación) accesorio. Más concretamente y utilizando la terminología de MORELLO, deberes de conducta que surgen del contrato aunque las partes no lo hayan pactado expresamente y que han sido denominados por la doctrina como “deberes accesorios de conducta”¹²⁰.

Tal y como lo afirma GHERSI, los más importantes son: a) la obligación de conservación o seguridad; b) la obligación de veracidad; y c) la obligación de información, la cual asume gran importancia en la etapa precontractual y se proyecta a lo largo de toda la vida del contrato¹²¹.

¹²⁰ GHERSI, Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores cit., p. 77.

¹²¹ GHERSI. Opus cit. p. 77.

De esta forma el deber de información se encuentra presente en la formación del contrato como un deber; y en el caso de la publicidad como un derecho limitado por un deber.

No obstante si la publicidad promueve la contratación y esta puede ser engañosa por acción o por omisión; ¿qué elementos debe la publicidad necesariamente informar?

La respuesta acertada es: Depende. La publicidad debe de analizarse según la etapa de formación contractual en la que se produce. Si se habla de las tratativas preliminares, el tipo de publicidad que el comerciante debe transmitir hacia el consumidor, es la información esencial que corresponde a cada bien o servicio ofertado, que el consumidor debe de saber a fin de realizar su decisión de consumo, sin caer en una omisión o en una acción engañosa (tal y como se analizó anteriormente) y sin que exista un *numerus clausus*¹²², pero si la publicidad se produce dentro de la etapa de la Oferta, esta deberá de cumplir con los requisitos mínimos establecidos para la constitución de una oferta, los cuales se analizarán en el capítulo siguiente.

Por el momento, una vez definida la definición y rol de la publicidad para el derecho, existen situaciones en las cuales se incurre en publicidad ilícita.

¹²² El anunciante está obligado, debido al deber de información, a manifestar todas las circunstancias que conforme al juicio del consumidor pueda afectar decisivamente en la voluntad de contratar del consumidor, por lo que si la publicidad afecta la decisión de consumo (y de hecho lo hace de forma efectiva) también se encuentra sujeta al deber de información. Ver más: López García, Mabel (2004): La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico. Editado por eumed.net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>

Al respecto se considerará publicidad ilícita, a toda actividad publicitaria que se encuentre en oposición a nuestro ordenamiento jurídico, que atente contra los principios generales y básicos de la sociedad, sea cuando ataca la moral y las buenas costumbres y/o cuando infringe el principio de igualdad y no discriminación explotando la confianza de los receptores del mensaje.

De esta forma se pueden distinguir diferentes tipos de Publicidad Ilícita, como la publicidad engañosa, desleal, subliminal y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Sin embargo, para nuestros efectos, nos centraremos únicamente en la publicidad engañosa y en la problemática jurídica de la protección al consumidor, la cual, tal y como lo concretiza Piri, *“se centra en la noción de la libertad contractual, que data del Código de Napoleón, porque en este ámbito el Estado interviene en el juego de la contratación no con el objeto de resguardar un interés público, sino privado”*.¹²³

Se ve entonces un cambio en la mentalidad del Estado de intervenir ahora en el ámbito privado y a favor de la parte débil. Es aquí donde surge la motivación de una regulación, en materia comercial, a fin de equilibrar la relación entre Comerciante y Consumidor, la cual determina que el marco jurídico se incline a favor de la parte débil, es decir, en pro de los consumidores y de los usuarios. Y es por ello que se establecen

¹²³ Piri. Opus cit.2000.

limitaciones y se establecen disposiciones protectoras en el ámbito de la publicidad, como parte del comercio, dando como resultado el nacimiento de la publicidad ilícita.

De allí que el Deber de Información sea impuesto a la publicidad, pues tiene como intención balancear el grado de información existente entre las partes, debido a la falta de conocimiento del consumidor de los productos o servicios a ser adquiridos. Por ello el comerciante no solo patrocina la publicidad para promover la contratación, sino que también debe procurar el cumplimiento del deber de información supra explicado.

De allí que se modifique la naturaleza jurídica de la publicidad comercial, ya que, no solo es comunicacional y económica tal y como lo afirma la autora ESPINOZA BLANCO¹²⁴ sino que según la legislación de nuestro país, esta cumple también con una función social e informativa, ya que, debe ser promotora de ventas, pero además, debe de satisfacer la obligación de información impuesta por Ley 7472.

De allí que en términos generales, las reglamentaciones conexas hacia la publicidad engañosa, tengan como propósito la promoción de la salud, la seguridad, la moral y el bienestar general de la comunidad; por lo que a nuestra definición inicial de Publicidad establecida por la Directiva Europea, el Estado le añade una Función Social.

¹²⁴ “(...) la utilización de la publicidad comercial es parte del contenido de la libertad de empresa e, igualmente, es una forma de ejercicio del derecho de libre expresión”. Ver más: Espinoza Blanco, Ana Lucía. Introducción al Derecho Comercial. Clase No. 6: La Competencia y el Consumidor. Anexo “La Publicidad Comparativa”. www.derechocomercial-cr.com

Como ejemplo de lo anterior se encuentra la Publicidad que afecta a la Salud Pública y que pretende mediante engaños abusarse de la credulidad de los enfermos a fin de obtener un beneficio económico patrimonial. Por ello en países como Argentina, se reprime con prisión, el curanderismo y los anuncios y promesas que aseguran la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles¹²⁵.

Por ello, todas estas formas de engaño, son reprimidas gracias a la función social que es impuesta por el Estado en protección de un bien superior que es la protección al consumidor.

En este sentido en nuestro país, Se ve la función social de la publicidad en el artículo 37 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor señala "(...) No pueden omitirse tales informaciones si de ello puede derivarse daño o

¹²⁵ Código Penal de Argentina de 1984 Ley 11.179, artículo 208: "Art. 208.- Será reprimido con prisión de quince días a un año: 1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito; 2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles; 3º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo." (Nota: texto conforme leyes N° 11.221, de fe de erratas y N° 23.077) Zavala citando a Rodolfo Moreno en su obra "El Código Penal y sus antecedentes", explica que al anunciarse o prometerse la curación segura se explota la credibilidad de los pacientes y realizan un acto vituperable. Precisamente un profesional que se estime y que comprenda los riesgos de su profesión, y que actúe de buena fe, jamás incurriría en aseveraciones de resultados cuando su obligación es de medios. "Lo que se pretende con esta regulación es combatir el charlatanismo profesional, el curanderismo industrial y la propaganda deshonesto hecha a base de engaños". Lo que en este caso la norma pretende evitar es que los consumidores lleguen a la automedicación instigados por un anuncio creyendo que comprarán la curación de determinada enfermedad.

peligro para la salud o seguridad del **consumidor** (...)"¹²⁶ (el resaltado no corresponde al original). Se ve entonces la imposición estatal a la publicidad de un sentido social y no solo comercial, por la que se pretende una información limpia, clara y veraz y se reprime una información engañosa.

En igual inteligencia el artículo 3 del Código de Autorregulación de Costa Rica, en su párrafo segundo, refiriéndose a la actividad publicitaria, señala que “esta libertad debe ser ejercida con **responsabilidad**, absteniéndose de realizar **acciones que sean engañosas** con los consumidores, desleales con los competidores y prohibidas por las leyes”. (El resaltado no corresponde al original).

Por tanto si la publicidad tiene como objeto la transmisión del objeto publicitario desde el anunciante (a nombre propio o a en representación como en el caso de las agencias de publicidad y medios de publicidad) hasta el destinatario y este mensaje comprende la información con la cual se pretende influir en el receptor para que tenga un determinado comportamiento, aplicando unas técnicas específicas, ya sean sobre el subconsciente o sobre la racionalidad; dichas técnicas deben de realizarse conforme con la ley y el deber de información veraz y oportuna; de lo contrario se trata de publicidad engañosa.

De esta forma se puede definir la publicidad engañosa como la publicidad ilícita transmitida por los comerciantes que incumplen con el deber de información veraz y

¹²⁶ Ley 7472 de la República de Costa Rica de 1995 - Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, artículo n° 37.

oportuna o que incurrir en un engaño doloso con la intención de procurarse un beneficio económico; publicidad que a su vez induce o conduce a un error por parte del consumidor.

Dicho error (potencial o efectivo) de la publicidad debe de ser recalcado, ya que, es este, junto con el engaño o la violación al deber de información, configuran los elementos de la publicidad engañosa. Es decir, no debe considerarse únicamente al error como elemento configurador de la publicidad engañosa, ya que, primero el error puede ser producto del consumidor y segundo, si se tomara en cuenta únicamente al error, la definición de publicidad engañosa se dejaría tan amplia que podría llegar a convertirse en un concepto inaplicable y en desuso (tal como en muchas ocasiones sucede en nuestro país debido a una imprecisión conceptual de la publicidad engañosa); sino que es el engaño (de acción u omisión) junto con el error (efectivo o potencial) quienes definen a la publicidad engañosa.

2. Tipos de Publicidad Engañosa

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

tipo de acción engañosa, sin que necesariamente sean las siguientes, categorías mutuamente excluyentes ni un numerus clausus.

2.1. Publicidad engañosa por acción

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

2.1.1. Falsa representación

Este tipo de publicidad engañosa se refiere a los casos en los cuales a través de la comunicación publicitaria se realizan afirmaciones que no corresponden a la realidad. Es cuando lo ofertado es distinto a lo verdadero, sea por causa de una violación al deber de cuidado o por una intención dolosa.

De todas formas existirá la falsa representación cuando se generan falsas expectativas sobre el consumidor, quien espera adquirir el producto “del anuncio”.

Es la publicidad que anuncia algo distinto al bien o servicio que en realidad vende, sea por sus características, tamaño, precio o patrocinador. Es el caso en el que antes, al momento, o después de realizar la decisión de consumo, el consumidor ve defraudada

sus expectativas debido a una falta de correlación con lo ofertado. La falsa afirmación, falsa representación es la existencia de inexactitud entre los datos contenidos en la publicidad y la realidad¹²⁷.

Un ejemplo de lo anterior es en materia de vivienda y construcción, donde parece ser usual que la información contenida en los folletos publicitarios no corresponda con la realidad; o los casos de comida rápida donde el tamaño de los productos varían al momento de su entrega, o cuando la presentación de los productos no corresponde a la calidad de lo expuesto en la vitrina.

Sin embargo, la falsa representación también puede ser producto del uso de la exageración en la publicidad, ya que, las afirmaciones hechas por el comerciante trascienden la realidad, generando una incongruencia entre lo ofertado y lo verdadero. De esta forma la utilización en el mensaje de la promesa excesiva, en la que el anunciante realiza una suma de varias promesas publicitarias que serían razonables aisladamente, pero que son inalcanzables en su conjunto, resultan en engañosas no solo por la discordancia entre lo ofrecido y lo recibido, sino también por la afirmación de promesas falsas, lo cual se podría analizar también desde la sub categoría de publicidad falsa o la deformación de hechos verdaderos.

¹²⁷ Como ejemplo de lo anterior se encuentra el caso de Cervecería de Costa Rica, donde la Comisión Nacional del Consumidor condena a la empresa por concepto de publicidad engañosa, debido a la utilización incorrecta del término "light" en el producto Imperial Light, según caso 1.039-06 al pago de una multa por un monto de ¢2.497.000⁰⁰.

Como ejemplo de lo anterior se encuentra la realización de promesas que luego no se cumplen, intencionadamente o no; por ejemplo, la promesa de "entrega en 30 minutos a domicilio" que no es cumplida por el proveedor bajo el argumento de que "existe sobredemanda del producto" o que "hubo congestionamiento vehicular"¹²⁸.

En este acápite se incluyen también las exageraciones acerca de los beneficios del producto; por ejemplo, aquellos mensajes de ciertos productos que supuestamente curan o previenen un sin número de enfermedades de forma efectiva, o, aquellos productos que tratan la obesidad sin necesidad de dieta o ejercicios¹²⁹. Esta publicidad, tal y como se menciona anteriormente, es considerada especialmente engañosa por parte de la Ley General de Salud de nuestro país.

De todas formas nos encontraremos ante la existencia de publicidad por falsa representación, cuando lo ofertado no se adecua a lo verdadero y por tanto se defraudan las expectativas y deseos del consumidor al no obtener lo que se anunciaba¹³⁰. Esta sub categoría difiere de la publicidad falsa, debido a que no se ofertan productos o servicios o características falsas, sino que se produce cuando no existe una correlación entre lo ofertado y lo entregado.

¹²⁸ Thompson, Ivan. [www. Promonegocios.net](http://www.Promonegocios.net) "La Publicidad Engañosa" .Artículo Publicado en Marzo 2007. Fuente de internet consultada el 26 de setiembre de 2010 a las 22:53.

¹²⁹ Thompson. Opus cit. 2010.

¹³⁰ Un ejemplo actual es la oferta de helados en la cadena de comida rápida Pollos Campero donde se anuncia un helado "capuccino, capuccino con maní, o capuccino con arroz tostado", mientras que ninguna de las tres opciones realmente contiene café ni ninguna de sus modalidades.

2.1.2. Información ambigua, poco clara o confusa

Es el contrario al deber de informar de forma clara, sin la utilización de expresiones ambiguas, desconocidas, o con una pluralidad de significados que pueden desencadenar el engaño. Es la violación al deber de información veraz y oportuna.

La publicidad confusa tiene como esencia la falta de claridad en la información que transmite, dejando un sentimiento de duda en el consumidor sobre los bienes o servicios a ser adquiridos, sin llegar a ser información incompleta.

Por ello este tipo de publicidad engañosa se vale de expresiones ambiguas, expresiones con varios significados, o expresiones que comúnmente entendidas por los destinatarios del mensaje no corresponden con la realidad, por lo que existe probabilidad de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponde con la realidad¹³¹.

Sin embargo, la claridad de la información también tiene que ver con su efectiva recepción y entendimiento, por lo que también se considera información confusa, aquella que no sea proporcionada en el idioma castellano¹³²; o bien es el caso en el que un comerciante se compromete a proporcionar un servicio posventa con los que el comerciante se haya comunicado con anterioridad a una transacción en un idioma que

¹³¹ Thompson. *Ibíd.* 2010.

¹³² Como ejemplo de lo anterior se encuentra el caso de Tiendas Aliss, donde la Comisión Nacional del Consumidor condena a la empresa por concepto de Etiquetado incorrecto al no poner las advertencias de los juguetes en idioma español, según el caso 1.684-06, al pago de una multa por el monto de \$1.248.500⁰⁰

no sea idioma oficial del Estado en que esté instalado el comerciante y que tal servicio se encuentre luego disponible únicamente en otro idioma, sin haber advertido claramente de ello al consumidor antes de que este se comprometa a realizar la transacción.

La claridad de la información también tiene que ver con la facilidad de identificar sobre qué trata un producto o servicio, quién es su patrocinador, cuál es su naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas o funcionalidad¹³³.

En este sentido, cuando no es explícito el patrocinador del bien o servicio ofertado, el engaño surge cuando el consumidor atribuye determinado producto a un comerciante que no es el verdadero. De esta forma el consumidor puede confundir que un bien o servicio corresponden a una determinada compañía o marca, sin que esto sea cierto; pero también el consumidor puede confundir que los bienes o servicios provengan de un órgano o institución estatal. Lo anterior puede surgir debido a la imitación de la apariencia de comerciantes de ser órganos o instituciones estatales, o cuando se suscita a engaño hacia los consumidores a través de los anuncios “confundibles con

¹³³ Como ejemplo de lo anterior se encuentra el caso de la empresa Pepsico de Argentina, quien fue condenada al pago de una multa debido a que la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, consideró que el rótulo de la marca y la publicidad de la gaseosa H2O! Seven-Up, era engañosa, puesto que podía inducir al error en los consumidores, ya que es la fórmula química del agua la que se exhibe mientras que la bebida es una gaseosa. Ver más: Melina, Alonso. “La Publicidad Engañosa en los Medios de Comunicación Masivos. Universidad de Morón. Medios de Comunicación II”. www.bibliomaster.com/pdf/286.pdf

las publicaciones de reparticiones públicas, o con objetivos o finalidades de esa índole”¹³⁴.

En Alemania igualmente existe la preocupación de impedir la confusión por medio de la publicidad con entes de carácter públicos y de allí que el “*Werberat*” haya emitido diferentes resoluciones tendientes a limitar la “apariencia oficial” propia de los entes públicos. En igual sentido, en Estados Unidos de América con el caso *Federal Trade Commission v/ Army and Navy Trading Co.*, se puso en evidencia la confusión que se generaba de que si el nombre comercial se encontraba de alguna forma ligado al ejército y a la marina, o de que si la mercadería que la empresa vendía era de igual calidad de la que se utiliza en el ejército y en la marina. En dicho momento el Tribunal concluye que no existen precisiones adicionales que puedan incorporarse a los anuncios a fin de evitar la confusión que indudablemente se producía al usarse dicha razón social¹³⁵.

Igual confusión sucede con la emisión de piezas o material publicitario, de aspecto semejante a la moneda nacional o a los valores nacionales, sean billetes o monedas. De allí que el Reglamento del Sistema de Pagos del Banco Central de Costa Rica en su artículo 22 establezca que “*El Numerario o su representación no podrá ser usado con fines publicitarios sin previa autorización expresa del BCCR, según los criterios técnicos que sobre el particular establezca. Asimismo, se prohíbe la reproducción parcial o total, de billetes o monedas, con fines publicitarios o de promoción que*

¹³⁴ Zavala Rodríguez. *Ibíd.* 1947. p. 265.

¹³⁵ Finkelhor. *Opus cit.* F. 1938. p174.

*puedan inducir a falsificación o **timo** a la población”* (el resaltado no corresponde al original) ¹³⁶.

De igual manera, debido a la falta de claridad en el mensaje publicitario, un consumidor podrá confundirse con el origen geográfico de un determinado producto, atribuyéndole características falsas que no le corresponden. De allí que a nivel internacional exista normativa destinada a restringir o limitar el empleo de la palabra o nombre del país por parte de entes comerciales o culturales privados sin que exista una real conexión con el comerciante o con el producto al que se pretende ligar. En nuestro país, esto se encuentra regulado mediante el artículo 72 de la Ley de Marcas 7978 sobre el uso de la publicidad¹³⁷

La publicidad confusa también se puede dar mediante la mención de “premios”, cuando frecuentemente se otorgan premios con suma liberalidad a todos los participantes o

¹³⁶ En España conforme a lo establecido en la Circular Monetaria del Banco de España 1/1995, del 28 de febrero, sobre utilización publicitaria de billetes o monedas o de sus reproducciones, el Banco de España ha dispuesto tres normas a fin de evitar el engaño en cuanto a la reproducción del numerario y su utilización con fines publicitarios, sean reproducciones totales o parciales de billetes o monedas que tengan o hayan tenido curso legal en España. Ver más: Circular Monetaria del Banco de España 1/1995, de 28 de febrero, sobre utilización publicitaria de billetes o monedas o de sus reproducciones “1. ° *El tamaño de la reproducción habrá de ser notablemente superior o inferior al del original. Se considerará cumplido este requisito cuando las dimensiones de la reproducción sean superiores al doble o inferiores a la mitad de las correspondientes al billete o moneda original.* 2. ° *Sobre un mismo soporte se podrá reproducir el anverso o el reverso, pero nunca ambos.* 3. ° *En el caso de moneda metálica, el soporte físico de la reproducción no podrá ser de metal, aleaciones o cualquier material rígido o semirrígido.* 4. ° *La publicidad no podrá consistir en la adhesión o impresión de textos o imágenes, por cualquier medio, en billetes o monedas originales”.*

¹³⁷ ARTÍCULO 72 de la Ley de Marcas 7978 de la República de Costa Rica.- Utilización en la publicidad. *No podrá usarse, en la publicidad ni en la documentación comercial relativa a la venta, exposición u oferta de productos o servicios, una indicación susceptible de causar error o confusión sobre la procedencia geográfica de los productos, por no ser originarios del lugar designado por la indicación geográfica, o bien, aun cuando se indique el origen verdadero del producto o servicio pero igualmente genere confusión en el público (...).*

que se adopten terminologías confusas, sin saber el verdadero o real reconocimiento del logro. Un ejemplo de lo anterior son los casos en los que se otorgan medallas de oro y diploma de honor, Primer Gran Premio, o Primer Premio, entre otros. Al respecto países a nivel internacional han hecho esfuerzos tendientes a regular y fiscalizar dichas exposiciones y ferias, al punto de que se confiere al Estado la potestad de autorizar las reuniones si estas eran justificadas por su importancia política y cultural¹³⁸. Así mismo Argentina posee legislación tendiente a regular respectivamente la publicidad en cuanto las menciones o “logros” en la mercadería¹³⁹. Más allá, regulaciones como las existentes en Francia con la Ley francesa del 30 de abril de 1886 establecen penas a los agentes o individuos que se atribuyan públicamente recompensas sin derecho o de forma fraudulenta.

Así mismo, una variante de lo anterior, sucede cuando un anunciador logra que se le premie un solo artículo y aplica ese premio a otros productos; lo cual no es legítimo puesto que se viola el principio de exactitud y el principio de buena fe¹⁴⁰.

Otra modalidad dentro la categoría de publicidad engañosa por información confusa, sucede cuando se aluda a otra marca sin ser un accesorio o pieza independiente,

¹³⁸ Ley del 2 de septiembre de 1933 de Alemania por la que se crea la Oficina Central Encargada del control de la publicidad denominada “Werberat der Deutschen Wirtschaft”.

¹³⁹ Ley N° 3975 Ley de Marcas de la República de Argentina, artículo 48 “*serán castigados con multa de \$20 a \$500 m/n. y arresto de 1 mes a 1 año... 7) Todos aquellos que con intención fraudulenta pongan o hagan poner en la marca de una mercadería o producto una enunciación, o cualquier otra designación falsa con relación a medallas, diplomas, menciones, recompensas, o distinciones honoríficas discernidas en exposiciones o concursos*”.

¹⁴⁰ Cabe señalar que al quebrantarse el principio de buena fe, tal y como se expuso anteriormente, es un indicio a la existencia de la intención engañosa y por tanto del dolo.

cuando no se indique el destino o no se sigan las prácticas leales del comercio.¹⁴¹ En esta materia se incluye la publicidad confusionista, la cual equivale a la publicidad desleal y surge del uso de signos idénticos o semejantes e induce a error (además, de infringir derechos sobre marcas, también constituye un acto de competencia desleal)¹⁴² y la publicidad adhesiva, como el tipo de comunicación que trata de establecer equivalencias con marcas conocidas y se aprovecha de la reputación ajena.¹⁴³

Se ve entonces que si la contratación es inducida mediante la difusión de caracteres o calidades que no sean verificables o el anunciante no está en condiciones de probar con exactitud, esa publicidad es engañosa por inducir a confusión o error¹⁴⁴.

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

Este tipo de publicidad engañosa se da cuando el anunciante hace creer al consumidor, a partir de hechos verdaderos, representaciones falsas.

Como ejemplo de lo anterior puede suceder cuando el comerciante juega a engañar al consumidor con los mismos requisitos oficiales de aprobación de un producto o servicio, que son absolutamente necesarios para el etiquetado y emisión del producto,

¹⁴¹ Hermosa, Ana García. "El Futuro Delito de la Publicidad Engañosa en la Legislación Española". Primer Magister Universitario de Propiedad Industrial, Marcas, Patentes y Diseño Industrial. Alicante, 17 de mayo de 1995.

¹⁴² Hermosa. Opus cit. 17 de mayo de 1995.

¹⁴³ Hermosa. Ibíd. 17 de mayo de 1995.

¹⁴⁴ Gastaldi, Nerina C. "Nota a Fallo de "Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" "El deber de información en el Derecho del Consumidor". Noviembre del 2011 - AÑO IV - Nº 14. Argentina. <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema27.html>

pero los realiza de forma tal que parezcan excepcionales; mientras que en la realidad no se trata más que de un trámite corriente e indispensable y nada glamuroso, establecido en algún decreto o reglamento o ley.

Este tipo de publicidad se aprovecha de la desinformación del consumidor para generar el error. Otro ejemplo es el uso de términos como “liviano” o “light” en productos que por su naturaleza no tienen una composición rica en grasa.

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

2.1.4. Comportamiento concluyente.

Se da en la utilización de expresiones que siendo veraces conducen a extraer conclusiones que no se corresponden con la realidad. Es cuando el comerciante si bien no manifiesta el hecho contrario a la verdad, dicho hecho resulta de las circunstancias en que se desenvuelve su comportamiento.

Puede darse por ejemplo cuando un comerciante profesional se disfraza de consumidor a fin de hacer creer al consumidor un entorno distinto al verdadero¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Un ejemplo de lo anterior, fue el caso en que un consumidor decidió comprar un vehículo de segunda mano a un particular según el anuncio en los clasificados, creyendo que iba a conseguir un precio mejor

Se dice también que este tipo de publicidad engañosa, es publicidad falaz puesto que es aquella que induce a error, aunque las afirmaciones contenidas en ella sean verdaderas.¹⁴⁶

Este tipo de publicidad engañosa se vale de distintos medios para generar el engaño sin ser explícita y aparentando ser verdadera.

De allí que como sub categoría pueda incluirse dentro de este tipo, la publicidad que utiliza información disimulada o encubierta.

Como ejemplo frecuente de lo anterior se encuentra la utilización de la letra pequeña, ilegible o diminuta en los anuncios, con la intención o no, que el destinatario las perciba¹⁴⁷. Al respecto se afirma que la “letra pequeña” es un recurso publicitario frecuente que consiste en la utilización de un mensaje captatorio o llamativo que atrae de modo especial la atención de los destinatarios, en un mensaje que luego resulta matizado en caracteres tipográficos menos destacados o en imágenes menos llamativas. Estos mensajes recogidos en “letra pequeña” se considerarán engañosos cuando no presenten un carácter secundario, sino que maticen o modifiquen de forma

de un particular que de un vendedor profesional. El vendedor actuó como si fuera su propio vehículo el que estaba vendiendo; sin embargo más tarde descubre que el vendedor poseía un negocio profesional de importación y exportación de automóviles. Ver más: PCD Prácticas Comerciales Desleales: Una iniciativa europea en apoyo de los consumidores. http://www.isitfair.eu/blacklist15_es.html

¹⁴⁶ Hermosa. *Ibíd.* 17 de mayo de 1995.

¹⁴⁷ Thompson. *Ibíd.* Ivan. Marzo 2007. Fuente de internet consultada el 26 de setiembre de 2010 a las 22:53.

sustancial el mensaje principal que se pretende destacar, o cuando no puedan ser captados por el destinatario.

La letra pequeña en relación con las ofertas sobre el precio, Zavala considera engañosa la colocación de precios con tamaño grande y a la par los decimales en minúsculas¹⁴⁸, puesto que hace creer al consumidor que se encuentra ante un determinado precio, el cual cambia cuando el consumidor se acerca al anuncio, es decir que al momento de realizar la decisión de consumo, el precio exhibido era solo parte del total.

Por tanto cuando las letras grandes hacen referencia con la letra pequeña o al asterisco donde se exponen las restricciones, se trata de publicidad engañosa puesto que el consumidor se concentra en lo más esencial del comunicado y es la parte del anuncio que prevalece en la mente del consumidor y que genera posteriormente la decisión de compra.

La publicidad encubierta también puede darse cuando el público no es consciente de que lo que presencia constituye una actividad publicitaria dándole la impresión de que se encuentra ante un mensaje difundido por un tercero imparcial ajeno al anunciante¹⁴⁹.

En esta publicidad se produce un engaño a los destinatarios, pero no sobre el contenido del mensaje sino sobre el modo o la forma de presentar la misma, o bien en

¹⁴⁸ Zavala. *Ibíd.* p. 429.

¹⁴⁹ Hermosa. *Ibíd.* Alicante, 17 de mayo de 1995.

su naturaleza, porque el destinatario al no reconocer la publicidad como tal le otorga una mayor credibilidad, por ejemplo, cuando el mensaje publicitario se presenta bajo la forma de mensaje informativo o noticiero, artístico o creativo¹⁵⁰. Esta forma de publicidad se encuentra en sentido opuesto al principio de Autenticidad, tal y como se expondrá en la sección siguiente.

Al respecto el autor Omar España Arrieta en su ensayo “La normativa de la Publicidad en la Unión Europea” pone como ejemplo cuando un conductor de un programa de TV aparece vistiendo ropa de determinada marca durante su espacio televisivo, desde luego el conductor tiene la libertad de usar la ropa que le resulte más agradable, cómoda o le dé mejor imagen, pero la publicidad engañosa se demuestra si este ha usado dicha marca de ropa en contraprestación a un pago. Y dicho autor se pregunta “¿O entonces por qué cree el lector que los agradecimientos a las empresas publicitadas de forma engañosa aparecen disfrazados al final del programa durante los “créditos”?”. España Arrieta explica que en realidad estos créditos deberían aparecer al principio y si el televidente está consciente de que el conductor publicitará una marca de ropa, entonces será su propia decisión ver o no dicho programa y no, como ocurre casi siempre, verse inducido por la publicidad y luego poner la advertencia o el aviso al final¹⁵¹.

A este tipo de publicidad encubierta también se le denomina “Product Placement” o Publireportajes y puede manifestarse también cuando se inserta una marca en medio

¹⁵⁰ Thompson. *Ibíd.* Marzo 2007. Fuente de internet consultada el 26 de setiembre de 2010.

¹⁵¹ España Arrieta. *Ibíd.* 21 de agosto de 2009.

de un concurso, entrevista, partido de fútbol, programa o artículo. Se produce cuando se recurre a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, tras haber pagado el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes o sonidos claramente identificables para el consumidor.

2.1.5. Publicidad Falsa

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

Es cuando los comerciantes proclaman falsamente que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones. Generalmente este tipo de publicidad engañosa es fácil de identificar puesto que hace alusión a espacios temporales rígidos (por ejemplo, “resultados visibles en dos semanas”, “tres días”, entre otros) en los cuales se demuestra su efectividad.

Dicha publicidad engañosa también se da cuando mediante la publicidad se realizan promesas excesivas, las cuales no se cumplen. Un ámbito en el cual se produce mucho este tipo de publicidad, es el campo de la belleza, de los cosméticos o de los medicamentos que prometen cambios con la pérdida de peso.

La publicidad falsa también puede tratar sobre falsas atribuciones, tales como afirmar falsamente que se poseen códigos de conducta sin que sea cierto. O cuando se afirma que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o de otro tipo, cuando en la realidad no es verdad.

Lo mismo sucede cuando se exhiben sellos de confianza o de calidad o un premio o distintivo equivalente sin haber obtenido la pertinente autorización. En estos casos la publicidad falsea sobre distinciones y méritos inexistentes, engañando al consumidor sobre la calidad de lo adquirido; mas también provoca competencia desleal, pues puede perjudicar al verdadero titular del premio, a quien se le priva de sacar provecho y beneficio de su triunfo.

También es publicidad falsa cuando se afirma que un comerciante (incluidas sus prácticas comerciales) o un producto ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado cuando este no sea el caso, o cuando se hace dicha afirmación sin cumplir con las condiciones de aprobación, aceptación o autorización.

Así mismo se considera dentro la categoría de publicidad falsa, la publicidad que afirma en una práctica comercial que se ofrece un concurso o premio de promoción sin conceder los premios descritos ni otro razonablemente equivalente al consumidor; y al contrario cuando el consumidor pretende recoger su premio, se les propone que compren sus productos. El engaño se produce cuando el consumidor motiva su compra

debido a la posibilidad de obtener un premio y se configura cuando el anunciador se niega a entregar al beneficiario el premio.

El engaño no solo es crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, o ganará, o lo hará si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente; sino también motivar al consumidor a emprender una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente que está sometida a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o realizar un gasto.

Igualmente puede darse el caso en que mediante la publicidad se trate de realizar ventas disfrazadas de productos o servicios no solicitados. Sucede cuando se exige el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor¹⁵².

Este tipo de acciones fraudulentas son cada vez más comunes, especialmente en materia de comercio electrónico, donde aparecen solicitudes indeseadas de acceso a sitios Web mediante una falsa alusión a un premio. De allí que pueda afirmarse que este tipo de publicidad falsa sea propia de la intención de engañar del comerciante y por tanto sea una conducta potencialmente delictiva.

¹⁵² PCD Prácticas Comerciales Desleales: Una iniciativa europea en apoyo de los consumidores. http://www.isitfair.eu/blacklist15_es.html

También se considera engañosa la publicidad que describe un producto como “gratis”, “regalo”, “sin gastos” o cualquier otra fórmula equivalente si el consumidor finalmente tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del costo inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de este. Este tipo de anuncios generalmente vienen acompañados de la letra pequeña donde se explica que la condición gratuita se aplica únicamente si el consumidor realiza una adquisición, ya sea de los bienes o servicios de la misma empresa.

Así mismo son afirmaciones falsas, cuando un comerciante exhibe términos como “liquidación, oferta, promoción, saldo y rebajas” cuando su motivación no sea real pese a que para el consumidor implique una baja en los precios, ya que, esto puede repercutir en ellos posteriormente debido a las particularidades de cada una de estas figuras que otorgan derechos diferentes a la hora de adquirir los artículos¹⁵³.

Al respecto, la autora Izquierdo explica que tanto las rebajas como las ofertas o promociones, los saldos y las liquidaciones, tienen en común que son actividades de Promoción de Ventas. En España, la Ley 7/1996 del 15 de enero - Ley de Ordenación del Comercio Minorista establece que cada uno de estos conceptos solo podrá ser usado para anunciar las ventas que se ajusten al correspondiente concepto legal¹⁵⁴.

¹⁵³ Izquierdo, Elena V. “Liquidaciones, promociones, saldos y rebajas: Similitudes y Diferencias”. 25 de julio de 2010. Fundación Eroski. http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/sociedad-y-consumo/2010/07/25/194543.php

¹⁵⁴ Ley 7/1996 del 15 de enero – Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España. “*Artículo 18. Concepto. 1. Tendrán la consideración de actividades de promoción de ventas, las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y*

Por ello prohíbe la venta de productos como rebajas o saldos cuando en realidad se trata de una liquidación y viceversa.

En relación con la oferta, se incluyen las comúnmente denominadas “liquidaciones y rebajas de precios”, donde se promocionan los productos bajo el sentido de la existencia de una promoción especial con motivo a una fecha especial, aniversario, o inclusive quiebra; sin embargo, se han utilizado estas formas de mercadeo para hacer incurrir al consumidor en engaño y fraude al discriminar arbitrariamente cuáles productos tienen o no oferta. Además, deberá figurar con claridad en cada uno de ellos, el precio anterior junto con el precio reducido, salvo en el supuesto de que se trate de artículos puestos a la venta por primera vez¹⁵⁵.

Lo mismo sucede con las liquidaciones, ya que, si no se usan conforme a los principios de buena fe, son otra forma de alterar el juego de la oferta y la demanda anunciando liquidaciones de mercaderías o rebajas de precios de forma engañosa. El artículo 30 de

las ofertas de venta directa. 2. Las denominaciones antes señaladas únicamente podrán emplearse para anunciar las ventas que se ajusten a la regulación respectivamente establecida en la presente Ley, quedando expresamente prohibida la utilización de las citadas denominaciones u otras similares para anunciar ventas que no respondan al correspondiente concepto legal. 3. Añadido por Ley 29/2009, de 30 de diciembre. La utilización de las denominaciones antes señaladas que no se ajuste a la regulación respectivamente establecida para cada una de las actividades de promoción de ventas en esta Ley, se reputará desleal cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.”

¹⁵⁵ Ley 7/1996 del 15 de enero – Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España. Artículo 20. “Artículo 20. Constancia de la reducción de precios. 1. Siempre que se oferten artículos con reducción de precio, deberá figurar con claridad, en cada uno de ellos, el precio anterior junto con el precio reducido, salvo en el supuesto de que se trate de artículos puestos a la venta por primera vez. Se entenderá por precio anterior, el que hubiese sido aplicado sobre productos idénticos durante un período continuado de al menos treinta días, en el curso de los seis meses precedentes. 2. No obstante lo señalado en el apartado precedente, cuando se trate de una reducción porcentual de un conjunto de artículos, bastará con el anuncio genérico de la misma sin necesidad de que conste individualmente en cada artículo ofertado”.

la Ley 7/1996 de España, define la Venta en Liquidación como la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos que, anunciada con esta denominación u otra equivalente, tiene lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o es llevada a cabo por el comerciante o por el adquirente por cualquier título del negocio de aquel en alguno de los siguientes casos:

a) *Cesación total o parcial de la actividad de comercio. En el supuesto de cese parcial tendrá que indicarse la clase de mercancías objeto de liquidación.* b) *Cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio.* c) *Cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo.* d) *Cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial*¹⁵⁶.

Por ello se afirma que es engañosa la publicidad que afirme que un comerciante está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo, debido al ardid comercial que se realiza con la intención de generar más ventas haciéndole creer al consumidor una extinción o agotamiento de los productos de los cuales es cliente.

En relación con las Ventas de Promoción, la ley española sobre la Ordenación del Comercio Minorista, establece como categoría residual, aquellas ventas que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables que las habituales, con el propósito de potenciar la venta de determinados productos o el crecimiento o desarrollo de un comercio. Igualmente en su artículo 27 se establece la importancia de que los productos en promoción no podrán estar deteriorados o ser de peor calidad que los productos que vayan a ser objeto de futura oferta ordinaria a precio normal. En estos

¹⁵⁶ Artículo 30 Ley 7/1996 sobre la Ordenación del Comercio Minorista de España.

casos el engaño surge al anunciarse artículos con tara como si se trataran de una oferta normal.

El artículo 28 de la Ley 7/1996 modificado por el artículo 28 Ley 1/2010 de España, define la Venta de Saldos como la venta de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia del mismo, sin que un producto tenga esta consideración por el solo hecho de ser un excedente de producción o de temporada. Se señala además, que cuando la venta de saldos trate sobre artículos deteriorados o defectuosos, deberá hacerse contar dicha circunstancia de forma precisa y ostensible, de conformidad con el Deber de Información.

Otra forma de publicidad engañosa falsa frecuentemente es la Publicidad Verde Engañosa o “Greenwashing”. Este tipo de publicidad se refiere a la conducta de mal aconsejar al consumidor sobre las prácticas ambientales de la compañía o sobre los beneficios ambientales del producto o servicio.

El Greenwashing tiene entre su finalidad engañar al consumidor sobre el carácter de sus productos y utiliza técnicas ilegítimas a la luz de la Publicidad Engañosa tales como ocultar el precio, o realizar afirmaciones no comprobables o que no encuentran respaldo por autoridad independiente encargada¹⁵⁷. Entre sus características también se encuentra la Ambigüedad al afirmarse sin fundamento que un producto es “natural” o “bueno para el medio ambiente”. Así mismo este tipo de publicidad muchas veces

¹⁵⁷ TerraChoice “The Sins of Greenwashing”. <http://sinsofgreenwashing.org/>

hace uso de etiquetas falsas exhibidas por los fabricantes con la intención de aparentar la certificación independiente de las bondades del producto. Sin embargo, frecuentemente estos sellos no responden a un certificado sino que son confeccionados por la misma empresa, haciendo creer al consumidor que el producto es certificado por las políticas medioambientales¹⁵⁸. Un ejemplo de lo anterior es el uso del logotipo de WWF World Wildlife Fund (Fondo Mundial para la Naturaleza), el cual lleva al consumidor a pensar que el producto cumple con las políticas de dicha Organización No Gubernamental; sin embargo, el sello no implica que el producto sea confeccionado con criterios ecológicos sino que significa que la empresa ha donado una suma de dinero a la organización.

Otra característica de este tipo de publicidad, son las afirmaciones irrelevantes, que enfatizadas por el productor hacen caer en error al consumidor por su ignorancia. Un ejemplo de lo anterior es cuando se enfatiza que el producto es libre de CFC, lo cual es irrelevante puesto que es una sustancia prohibida.

Se afirma también que otra característica del Greenwashing es cuando se realizan afirmaciones para distraer la atención de los efectos dañinos del producto, por ejemplo, el cultivo ecológico de tabaco, lo cual lleva al consumidor a pensar que si bien los productos “orgánicos” son buenos, un cigarrillo “orgánico” realmente no lo es y sigue siendo dañino. Así mismo se comete Greenwashing cuando con vaguedad se afirma que un producto no es tóxico, pero sin ofrecer mayores especificaciones, como por

¹⁵⁸ Un sello confiable debe traer detalles de la empresa certificadora o al menos su sitio web a fin de que el consumidor pueda buscar las pruebas pertinentes. Ver más: TerraChoice “The Sins of Greenwashing”. <http://sinsofgreenwashing.org/>

ejemplo, si es tóxico para humanos o para animales y bajo qué dosis, ya que, muchas sustancias son potencialmente tóxicas dependiendo de su dosis. Es importante para el comerciante transmitir guías para el consumidor como los detalles de la concentración o dosis de los ingredientes, la definición de “No tóxico” y la referencia a un estándar particular.

La Organización “Terra Choice” expone un sin número de estadísticas de publicidad que anuncian productos que se hacen pasar por “ecológicos” y afirman que en el año 2010 más del 95% de los productos que se proclaman como verdes, pecaban con al menos alguna de las características mencionadas anteriormente¹⁵⁹.

2.2. Publicidad Engañosa por Omisión

Tal y como se ha venido exponiendo en la presente investigación, en este apartado es de vital importancia recordar que el consumidor es la parte débil dentro la relación de consumo, debido a la falta de información sobre determinado producto o servicio.

Además, de la forma en que se transmite la información, el error se puede desencadenar por la omisión de datos fundamentales en la información que puedan influir en la decisión del consumidor, por ejemplo, en cuanto a la peligrosidad, el precio

¹⁵⁹ TerraChoice “The Sins of Greenwashing: Home and Family Edition”. 2010 <http://sinsofgreenwashing.org/>

completo, las condiciones jurídicas¹⁶⁰ y en general sobre aquellos datos sobre los cuales en nuestro país el Reglamento de la ley 7472 hace referencia¹⁶¹.

La publicidad engañosa por omisión es aquella que silencia características del bien, producto o servicio indispensables para que el consumidor pueda contar con la información apropiada para decidir, ya que, ante su ausencia, la decisión del consumidor estará viciada por la inexactitud del mensaje publicitario. Este tipo de publicidad no dice algo que de informarlo al consumidor haría que este decidiera por no adquirir el bien, producto o servicio objeto de la publicidad.

La publicidad engañosa por omisión puede clasificarse de la siguiente forma:

2.2.1. Falta de información total o parcial

¹⁶⁰ Thompson. *Ibíd.* Marzo 2007. Fuente de internet consultada el 26 de setiembre de 2010 a las 22:53.

¹⁶¹ Reforma Integral al Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, N° 36234-MEIC. Artículo 2. *Publicidad engañosa: Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión; puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor, especialmente sobre:* a) *El origen geográfico, comercial o de otra índole del bien ofrecido.* b) *El lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada.* c) *Los componentes o integrantes del bien ofrecido o el porcentaje en que concurren.* d) *Los beneficios o implicaciones del uso del bien o contratación del servicio.* e) *Las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como: dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otra que sea juzgada razonable e indispensable en una contratación relativa a esos bienes o servicios.* f) *La fecha de elaboración o de vida útil del bien, cuando estos datos se indiquen.* g) *El alcance, duración, condiciones, responsables o bien, el procedimiento para hacer efectiva la garantía que se ofrezca.* h) *Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, avales, premios, trofeos o diplomas.* i) *Precio del bien o servicio ofrecido, formas de pago y costo del crédito.*

La Publicidad Engañosa por omisión consiste en silenciar datos o características fundamentales de los bienes o servicios publicitados de forma que al silenciarse dichos datos la omisión implique un engaño y se induzca a error; esto puede suceder de forma total o parcialmente¹⁶².

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

Un ejemplo de lo anterior es cuando la actividad publicitaria omite exhibir el precio final de los productos sin incluir el impuesto de ventas en el menú con la intención de que el destinatario vea un precio más atractivo, o menor al de la competencia¹⁶³.

Lo mismo sucede cuando el panfleto de información que entrega la empresa no contiene información nutricional fidedigna¹⁶⁴, por ello se dice que es incompleta, pues no se muestran las fuentes de donde fue tomada la información.

Existe falta de información parcial también cuando en las ofertas no se menciona el precio anterior del producto en “rebaja”. El engaño surge cuando al no informarse sobre el precio anterior del producto, el consumidor carece de información adecuada que le

¹⁶² Hermosa. *Ibíd.* 1995.

¹⁶³ Como ejemplo de lo anterior, se encuentran los expedientes 1.344-05 en el cual la Comisión Nacional del Consumidor condena al Restaurante Soluciones Asiáticas a una multa de 1.080.500 colones por no poner precio final de los productos con impuestos en el menú. Igual caso sucede en el expediente 1.346-05 en el que se condena por igual motivo y monto al Restaurante Goyi.

¹⁶⁴ Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el caso de Restaurantes Subway, el cual fue condenado por Publicidad Engañosa según el expediente 204-06 por la Comisión Nacional del Consumidor.

permita ejercer su derecho a la libre escogencia. Esto crea confusión al no establecer el precio anterior del producto que se dice que está en oferta, pues la publicidad está dirigida a toda la población y no solo a quienes son clientes regulares de la empresa y tienen noción del precio del producto afectado¹⁶⁵.

2.2.2. Frases Omisas.

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

También se puede dar el caso de establecimientos comerciales donde se haga confundir al consumidor sobre el precio verdadero del producto. Este es el caso en el cual “todos los productos están siempre en oferta”. Esto es falso, ya que, si un producto

¹⁶⁵ Un ejemplo actual de lo anterior, sucede en las góndolas de la cadena de supermercados Walmart, toda vez que se utiliza la práctica de ocultar el precio anterior de los productos al pegarle el nuevo precio “ofertado” encima. En este caso el engaño y la decepción del consumidor se produce cuando al remover la etiqueta de la oferta se deja al descubierto que la rebaja oscila de 1 a 3 colones.

siempre está en oferta, significa que la oferta es inexistente, pues no es excepcional ni temporal (tal y como se estudió anteriormente sobre la definición de oferta)¹⁶⁶.

Mensajes publicitarios que incluyen cláusulas del tipo "oferta válida hasta fin de existencias" u "oferta válida salvo error tipográfico" utilizados con la intención de evitar la obligación de cumplir con lo anunciado, suponen una limitación de la oferta, poco clara y confusa para el consumidor, que queda totalmente sometido a la interpretación unilateral del vendedor o fabricante vulnerándose la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor¹⁶⁷.

Al no establecerse de forma objetiva el correspondiente límite de la oferta, el contenido de la promoción es conocida únicamente por el fabricante, vulnerándose la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor y por ello la incorporación de dicha mención en un mensaje publicitario debe considerarse como engañoso, además, de un supuesto de condición general que deviene nula de pleno derecho¹⁶⁸.

En este sentido el Tribunal Contencioso Administrativo afirma que *"(...) la decisión que motivó al cliente a acudir al centro de comida del Mall Real Cariari y no al restaurante, lo fue la **publicidad omisa que lo afectó en sus intereses** al no poder obtener la*

¹⁶⁶ En esta práctica engañosa, Walmart una vez más nos resulta como ejemplo gracias a su programa "Precios Bajos todos los días". Ver más: "Walmart ajustará su publicidad tras regaño del MEIC". Elizondo Lucci, Caterina. La Nación Digital, sección Economía. 21/07/2011. <http://www.nacion.com/2011-07-21/Economia/walmart-ajustara-su-publicidad-tras-regano-del-meic.aspx>

¹⁶⁷ Thompson. *Ibíd.* Marzo 2007. Fuente de internet consultada el 26 de setiembre de 2010 a las 22:53.

¹⁶⁸ López García. *Ibíd.* (2004)

*promoción anunciada y que lo llevó a trasladarse por error a un centro comercial donde no lo aprovecharía, al **no tener la información veraz, adecuada e idónea, que lo frustró en sus pretensiones.** Por las razones dadas, no son de recibo las afirmaciones de la empresa actora, al indicar que la frase "**aplica restricciones**" es suficiente para que el consumidor esté informado de que la promoción no es incondicional y que debe informarse de tales restricciones antes de consumir, debido a que no es posible trasladar la carga de informarse al contribuyente, sino que el comerciante y productor deben procurarle toda la información y elementos esenciales que requerirá para disfrutar de un bien o servicio y las condiciones para hacerlo, todo ello al tenor de los ordinales supracitados y máxime que se trata de un derecho fundamental irrenunciable"¹⁶⁹.*

De esta forma la publicidad omisiva genera no solo un error sino también un daño debido a la falta de información completa, ya que, se considera que el comerciante debe ser más explícito y comunicativo al momento de establecer limitaciones a determinada actividad promocional de forma previa. Este tipo de publicidad omisiva no debe de subestimarse, pues en ocasiones las omisiones pueden resultar tanto o más engañosas que las afirmaciones falsas¹⁷⁰.

2.2.3. Publicidad no oportuna

¹⁶⁹ Resolución N° 16-2010-S-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, II Circuito Judicial. San José, de las catorce horas del veintiséis de febrero del año dos mil diez.-

¹⁷⁰ Voto No. 400-02 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las trece horas y cinco minutos del seis de agosto del año dos mil dos.

Se incurre en publicidad engañosa omisiva también cuando no se brinda de manera oportuna la información al consumidor, es decir, de forma previa, por lo que el consumidor realiza la decisión de consumo con base en la información que hasta ese momento tiene a su alcance.

Es el caso en el cual el comerciante revela la información verdadera al consumidor posterior a la decisión de consumo. Por ejemplo, cuando el vendedor de computadoras no advierte a su cliente que las computadoras son alteradas o reconstruidas con piezas dañadas de segunda. O cuando en la oferta, rebaja o venta de saldos no se especifica los motivos por los cuales se está realizando una baja en el precio original, ya que, puede deberse a motivos que puedan incidir en la decisión de consumo del cliente, sea que se trata de ropa de segunda o de artículos con algún defecto.

En este sentido la Comisión Nacional del Consumidor afirma que “Es claro que el derecho de información al consumidor se resguarda solo si este se encuentra en la posibilidad de conocer con anterioridad, a tomar la decisión de consumo, de los elementos relevantes o determinantes sobre el bien en cuestión (...)”¹⁷¹.

Cabe recordar que para el consumidor lo que le es informado es la realidad y que debido al desbalance en la posesión de la información, el consumidor desconoce si

¹⁷¹ Voto No. 0539-00 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las dieciocho horas y cuarenta minutos del nueve de octubre del dos mil.

existe otra información que le deba de ser brindada a fin de asesorarle correctamente en su decisión de consumo.

En este sentido el Voto 400-02 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, señala en lo que interesa “(...) el artículo 31 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece como obligaciones del comerciante... la de informar en forma clara, veraz y suficiente al consumidor, sobre todos los elementos que inciden en su decisión de consumo (...) puesto que el artículo citado establece claramente como derecho del consumidor, el que se le brinde previamente toda la información necesaria para realizar el acto de consumo y el comerciante que no lo hace incumple con dicha obligación y por tanto se hace acreedor de una sanción (...)”¹⁷²

De esta forma si el comerciante no cumple con el deber de información al momento previo a la decisión de consumo, incurre en publicidad engañosa, pues se toma como si no le hubiera informado del todo. Precisamente es el carácter previo lo que permite la formación de un consentimiento informado, libre y razonado por parte del consumidor, por lo que si esto se incumple en el momento oportuno, se incurre en publicidad engañosa por omisión.

¹⁷² Voto No. 400-02 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las trece horas y cinco minutos del seis de agosto del año dos mil dos.

Sección II. Principios de la Publicidad No-Engañosa

El esquema del contenido ideal del mensaje publicitario se basa en la idoneidad y exactitud de la información proporcionada a los consumidores sin caer en acciones engañosas ni en omisión. Por ello los siguientes principios pretenden exponer de forma objetiva los parámetros que dicha comunicación debe de seguir a fin de cumplir con el Deber y Derecho Fundamental de Información.

De esta forma, a partir de la presente investigación, se pueden extraer los siguientes principios:

Principio de Buena Fe. La Buena Fe es el fundamento de muchos de los derechos del consumidor. “La publicidad, como todos los negocios humanos, debe estar inspirada en la buena fe, en la verdad y en la moral”¹⁷³. De allí que la reglamentación publicitaria deba construirse con base en tratar de asegurar la buena fe en los negocios y la transparencia en las relaciones de consumo. La buena fe también se manifiesta en el deber de información, ya que, se ha afirmado en doctrina que a falta de información fidedigna y fiel de las verdaderas condiciones de la oferta, es símbolo de falta de buena fe negocial. En el Código de Autorregulación Publicitaria de nuestro país y el de México, a este principio se le denomina también Principio de Honradez y se propugna la publicidad realizada con rectitud e integridad, empleando siempre información y

¹⁷³ Zavala Rodríguez. *Ibíd.* 1947. (Prefacio)

documentación adecuada. Cabe destacar que la buena fe opera desde la etapa previa a la celebración del contrato, desde las tratativas precontractuales hasta su ejecución¹⁷⁴.

Principio de Exactitud. Consiste en relacionar los atributos de manera específica al producto sin que se falsee solo en parte la verdad. Establece que la publicidad debe ser fiel expresión de la verdad y ser suficiente en cuanto a que ha de brindar todos los datos para que la información pueda ser eficaz. La publicidad debe ser ilustrativa de la verdad, por lo que su contenido puede ilustrar la verdad mediante el uso de las distintas figuras literarias, sonidos e imágenes de las que se aprovecha esta rama, más siempre y cuando sean expresión de la verdad. De esta forma este principio reconoce que la publicidad puede demostrar las funciones y usos del producto a través de otros recursos audio-visuales siempre y cuando se cumpla con el principio de identificación del comerciante y del producto.

Principio de Eficacia. Este principio sostenido por Navarro Munuera establece el carácter instrumental de la información, en cuanto ha de ser útil para el mejor aprovechamiento de la cosa o servicio y para la salud y seguridad de consumidores y usuarios¹⁷⁵. Se refiere a la utilidad de la información hacia el consumidor, que no solo le permite una racional toma de decisión de consumo sino también que favorece el máximo aprovechamiento del bien o servicio adquirido.

¹⁷⁴ Molina Sandoval. Opus cit. Marzo, 2003. pág. 4. http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/28

¹⁷⁵ MUNUERA NAVARRO en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO y SALAS HERNÁNDEZ (coord.) Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, cit. por FARINA, Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94 cit., p. 98.

Principio de Veracidad. El principio de veracidad, en virtud del cual todas las afirmaciones contenidas en la publicidad tienen que ser siempre veraces, tiene una función fundamental en Derecho del consumo dado la repercusión que tiene la publicidad en la información precontractual. La veracidad es el eje sobre el que gira la información. Sin embargo, *“la verdad en términos absolutos, aristotélicos o como categoría metafísica, no existe, es imposible de aprehender. Es por ello que la verdad en la información debe entenderse entonces como la adecuación aceptable entre lo sucedido y lo transmitido”*¹⁷⁶. La información necesita que haya una correlación entre los hechos acaecidos y el mensaje. Tal como lo indica la Cámara de Comercio Internacional en el Código de Prácticas leales en materia de Publicidad, la publicidad no debe contener exageraciones o engaños al consumidor, debe de mantenerse lo más fiel a la realidad que sea posible, por lo que no debe de utilizarse técnicas que oculten la verdad ni sean manifiestamente falsas.

En este sentido la publicidad comercial siendo un acto preparatorio o desencadenante de la voluntad contractual del consumidor, debe respetar el requisito de veracidad, en su sentido más lato y comprensivo de los atributos legales de certeza, objetividad, detalle, eficacia y suficiencia; no solo sobre las características esenciales de los bienes

¹⁷⁶ Agüero, Vanina L. "El derecho a la información en el nuevo régimen de la ley 26361", en "La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por la ley 26361", obra colectiva coordinada por Ariel Ariza, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 60; citado por Gastaldi, Nerina C. "Nota a Fallo de "Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" "El deber de información en el Derecho del Consumidor". Noviembre del 2011 - AÑO IV - Nº 14. Argentina. <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema27.html>

publicitados como sobre las modalidades, condiciones y limitaciones de la operación comercial¹⁷⁷.

Este principio se contempla específicamente en el artículo 11 del Código de Autorregulación Publicitaria de Costa Rica. Se refiere a la libertad de expresar, a través de la publicidad, las características o bondades debidamente acreditadas con que cuentan los bienes, servicios o conceptos, omitiendo cualquier expresión que contemple verdades parciales. Las descripciones o imágenes relativas a hechos verificables, deben estar sujetas a comprobación fehaciente y con bases científicas en el momento que se requiera. Debe tenerse especial cuidado en la publicidad dirigida a los niños y jóvenes, evitando aprovecharse de su credulidad o falta de experiencia.

Principio de Legalidad. El principio de legalidad hace referencia a la necesidad de que el mensaje publicitario no sea contrario a ninguna norma del ordenamiento jurídico¹⁷⁸. Conforme con el Código de Autorregulación Publicitaria de México, se trata del apego de la publicidad a las normas jurídicas vigentes. En nuestro país este artículo se encuentra específicamente regulado en el Código de Autorregulación Publicitaria en el artículo 4, el cual establece que “la publicidad deberá cumplir con las leyes, decretos, reglamentos y demás normas que le sean aplicables”.

¹⁷⁷ Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.

¹⁷⁸López García. Ibíd. (2004)

Principio de Autenticidad. El principio de autenticidad alude a la exigencia de que la publicidad se presenta como tal, es decir, sea claramente reconocible y se diferencie del resto de la información¹⁷⁹. De acuerdo con este principio, la Ley general de publicidad prohíbe la publicidad que es engañosa en su presentación o la publicidad encubierta, donde el consumidor no sabe que se está enfrentando a un mensaje de índole comercial.

El deber de identificación del mensaje publicitario ha sido siempre una medida preventiva a tener en cuenta, dado que la publicidad encubierta supone un riesgo para el consumidor que puede resultar engañado al atribuir al “anuncio” un carácter distinto al comercial.

Principio de Libre Competencia. El principio de libre competencia implica la relación de la publicidad con las leyes del mercado, particularmente con las leyes de libre competencia y prohibición de la publicidad desleal. Este principio se vincula directamente con la protección de los consumidores por la relación existente entre la publicidad desleal y engañosa¹⁸⁰. Es decir, que podrá ser engañosa la publicidad que resulte como consecuencia de actos de competencia desleal.

Principio de Adecuacidad. Es que debe existir una coherencia entre lo que se desea ofertar y promocionar y los medios por los cuales se puede realizar. Este tipo de publicidad lo que desea evitar es la publicidad confusa mediante los distintos lenguajes,

¹⁷⁹López García. *Ibíd.* (2004)

¹⁸⁰López García. *Ibíd.* (2004)

sonidos e imágenes a las que la publicidad puede hacer uso, cuando de ellos se infiera un mensaje distinto al real. Con este principio se evitan también los casos de publicidad de comportamiento concluyente, donde se crea una situación ajena a la verdadera.

Principio de Confiabilidad. Este principio hace referencia a la función social de la publicidad, por cuanto conoce que el público confía y cree en ella. De esta forma la publicidad no tendrá éxito sino en la medida que imponga confianza al público. Se trata, en consecuencia, de eliminar todas las prácticas que provoquen el riesgo de hacer perder esa confianza y por tanto, se trata de un principio beneficioso tanto a comerciantes como a consumidores.

Principio de Solidaridad. Este principio establecido por la Cámara de Comercio Internacional establece que la publicidad que involucra distintos profesionales, no puede desenvolverse sino cuando todos aquellos que intervienen se sientan solidarios. Esto quiere decir que no es posible la existencia de práctica alguna que provoque el riesgo de hacer perder la confianza que tiene el consumidor con la publicidad, ya que, esto afecta directamente a toda la Industria. Significa que no debe permitirse ningún aviso de naturaleza tal, que pueda desacreditar en el espíritu de la audiencia, a la publicidad en su totalidad. De allí que existan también esfuerzos auto regulatorios de la misma industria, pues la publicidad engañosa les perjudica a todos en su conjunto.

Principio de In dubio Pro Consumidor. Este principio supone la existencia de una clara orientación protectora hacia los consumidores y usuarios, que es reflejo de la

regla de hermenéutica jurídica “favor debilis”.¹⁸¹ Se basa en diferenciar entre los actos jurídicos celebrados con consumidores regulados como actos jurídicos civiles por la legislación civil; y las relaciones proveedor-consumidor que se encuentran especialmente reguladas por la Ley 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor¹⁸². La obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. Esa desigualdad de conocimientos entre los contratantes puede venir determinada en función de las circunstancias. Es decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar al otro siempre que esté al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente, como sucede en la mayoría de casos de los consumidores. En este sentido otras legislaciones como la uruguaya han trascendido hasta el punto de establecer un In Dubio Pro consumidor sobre la veracidad y exactitud de la publicidad¹⁸³.

Principio de Lealtad. Este principio propugna la manera en que debe llevarse a cabo la publicidad , ya que, a falta de este, el daño producido y aceptado tanto a consumidores como a competidores, pasaría a ser fuente de responsabilidad contractual o extracontractual. Esto se logra recurriendo al engaño y a técnicas manipuladoras. Establece que el competidor no utilice el engaño, deslealmente, para atraer a consumidores. Este principio se encuentra ligado con el interés general del

¹⁸¹ Galdós, Jorge Mario. “El Principio Favor Debilis en Materia Contractual”, publicación “Derecho del Consumidor” N° 8 de Gabriel Stiglitz, Director. Editorial Juris, Rosario 1997, pág. 38 y siguientes.

¹⁸² “Efectos de la Publicidad Engañosa sobre la Validez de los Contratos Celebrados con Consumidores”: García Sais, Fernando.

¹⁸³ Ley 17250 Ley de Defensa del Consumidor de la República Oriental del Uruguay. “*Artículo 26.- La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante*”.

Estado de que el mercado funcione, ya que, el mercado funciona si hay lealtad entre empresarios y consumidores, en aras de sanas relaciones comerciales.

Principio de Responsabilidad Social. Este principio se encuentra contemplado en el artículo octavo del Código de Autorregulación Publicitaria de Costa Rica. Se refiere a la función social de la publicidad debido a su relación con el orden público, por lo que prohíbe el uso de publicidad que promueva cualquier forma de discriminación, condone o incite la violencia, promueva conductas ilegales, se aproveche de la superstición de las personas para promover las ventas o haga énfasis en forma despreciativa sobre las diferencias económicas de las personas.

Principio de Decencia. Este principio se encuentra ligado al principio de responsabilidad social. Se encuentra positivizado en el artículo 5 del Código de Autorregulación Publicitaria de Costa Rica y establece que las personas que intervienen en el quehacer publicitario actúen participando en respeto de los valores morales y sociales de la comunidad, junto con las obligaciones entre los individuos y la sociedad. Este principio pese a que se encuentra positivizado, apela a la ética publicitaria.

Principio de Enriquecimiento por Causa Justa. Este principio establece que no podrá ser aceptado todo aquel anuncio que produzca un enriquecimiento sin causa¹⁸⁴. Dicho enriquecimiento puede producirse cuando con mala fe se incurre en publicidad

¹⁸⁴ Cámara Federal, Cap., 26 de febrero de 1937, "J.A.", t. 57, p. 348, citado por Zavala Rodríguez Carlos Juan. "La Publicidad Comercial: Su Régimen Legal". Editorial DePalma Buenos Aires 1947, p. 277.

engañoso y se conquista la clientela de la marca a la cual se copió. Lo anterior posee especial relevancia cuando se entiende que dicha clientela representa una propiedad, tal como lo explica la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina “*esa clientela es justamente una propiedad, es decir un bien susceptible de valor, que en este caso, según las pruebas dadas, es obra de más de 20 años de explotación comercial. Su utilización por otra persona es pues un enriquecimiento sin causa y un acto jurídico contrario a las buenas costumbres (art. 953, C.C.); Malitiis hominum non est indulgendum, era un principio del derecho romano*”¹⁸⁵. La razón de ser de este principio es evitar la confusión, a fin de que no se dé un aprovechamiento indebido de la clientela y un sacrificio del titular competidor. Puede producirse también como consecuencia del uso del engaño en la publicidad, cuando el comerciante mantiene engaña o mantiene en el error al consumidor con el propósito de sacar un beneficio patrimonial, el cual se traduce en un aumento en las ventas.

Supremacía del Principio Precautorio. Este principio se adecua al carácter preventivo propio del derecho del consumidor y abarca en su mayoría la aplicación de los anteriores principios. Corresponde a la máxima que establece que no se debe esperar hasta tener evidencia de una relación causa-efecto entre una determinada actividad y el daño, para actuar precautoriamente¹⁸⁶. Si bien este principio inicialmente operó en el ámbito del medio ambiente, también se ha extendido al ámbito de la salud, debido a los riesgos que involucran las actividades humanas, por lo que estas deben

¹⁸⁵ Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sociedad Auxiliar Fabril, Agrícola y Comercial S.A. c/ Couzier y Cía expuesta por Kors, Jorge y Salís, Elis en su ensayo “El derecho de las marcas entre el derecho de la competencia y el derecho del consumo”.

¹⁸⁶ Resolución No. 2006-017747 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas con treinta y siete minutos del once de diciembre de dos mil seis.

proceder de forma más cuidadosa, bajo un enfoque precautorio. Lo mismo sucede en el campo de los derechos del consumidor, por lo cual al incluir en la conjugación al artículo 46 constitucional se protege de igual manera precautoria la existencia de un daño sobre la salud, la seguridad y los intereses económicos del consumidor.¹⁸⁷

De esta forma, el comerciante al cumplir con la aplicación de los principios supra mencionados en la fase de diseño y producción de la publicidad, debe tomar en consideración la máxima de que a mayor anticipación de la protección, menor es la posibilidad de que los consumidores sufran lesiones, logrando así una protección preventiva al consumidor tal y como es objetivo de la presente investigación.

¹⁸⁷ “La operatividad del principio precautorio en este ámbito es muy simple y significa que cuando una actividad produce o provoca amenazas o probabilidades de daño serio e irreversible a la salud humana, deben adoptarse las medidas precautorias aunque los efectos causales no se encuentren científicamente establecidos. Desde esa perspectiva, los sujetos de Derecho privado y los poderes públicos que propongan y estimen que el uso de un medicamento o sustancia no es nociva para la salud deben demostrar o acreditar que no habrá daño a la salud antes de su uso, con lo cual se produce una inversión en la carga probatoria de la lesión. (...) el principio precautorio tiene una incidencia más profunda y rigurosa en el ámbito de la salud humana, puesto que, la protección de ésta no puede estar subordinada a consideraciones de orden económico”. Ver más: Resolución No. 2006-017747 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas con treinta y siete minutos del once de diciembre de dos mil seis.

CAPÍTULO II. La Publicidad Engañosa en el iter negocial y sus consecuencias

Una vez precisado el concepto de “publicidad engañosa”, se analizará la función y ubicación de la publicidad en las fases iniciales de la contratación bajo la perspectiva de la publicidad engañosa a fin de determinar el momento de protección al consumidor ante este tipo de publicidad con base en la producción del error, el cual a su vez puede producir o no un daño en el consumidor.

De esta forma este capítulo comprende dos secciones, donde en la primera se estudiará la publicidad dentro de la fase preliminar de las tratativas y en la segunda, la publicidad dentro la oferta contractual; ya que, la publicidad como actividad dentro del ámbito comercial, puede provocar tanto consecuencias dentro del orden contractual como extracontractual, tal y como en el presente se pretende demostrar.

Sección I. Publicidad Engañosa dentro las Tratativas Preliminares al Contrato de Consumo

Al momento de formación de un contrato, desde su inicio hasta posterior a la ejecución, existen distintas obligaciones que surgen no solo por el acuerdo de voluntades sino también por el tipo de acto jurídico que ha de ser realizado y la protección que el ordenamiento jurídico le otorga.

De allí que para el análisis de cada momento desde la formación hasta la conclusión del contrato, a nivel doctrinal se divide el Iter Negocial en fases. No obstante a las distintas clasificaciones que existen en esta materia, se utilizará la clasificación que realiza la doctrina tradicional en cuanto distingue tres fases o momentos principales en la vida del contrato que son: la generación, la perfección y la consumación.

Por ello, en la presente sección, se analizará la publicidad y el vínculo jurídico existente en relación con el comerciante dentro la fase inicial de la contratación. Así mismo se determinará el error en esta fase precontractual, a fin de determinar si este causa un daño que sea sujeto de indemnización.

1. Las Tratativas Preliminares

La fase de generación, interna o de gestación comprende los tratos preliminares o el proceso interno de formación, en el que las partes realizan ciertos actos encaminados a la conclusión de un contrato y van acercando sus posiciones, pero aún no existe relación contractual, pues no se ha emitido un consentimiento sobre un objeto; sin embargo, pese a que no se ha materializado el contrato, tal y como se supra explicó, debido a la protección que el ordenamiento jurídico otorga a estos actos, es que nacen deberes accesorios que las partes deben de cumplir.

Por ello desde el inicio y durante los tratos preliminares la buena fe impone comportamientos positivos o negativos y obligaciones a las partes, como el **deber de información**, el secreto y la conservación (...) ¹⁸⁸.

Es en esta fase donde se realiza una serie de actos preparatorios de los cuales brotará el consentimiento contractual ¹⁸⁹, el cual es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico, por el cual se pretende que este sea libre, informado y sin vicios ¹⁹⁰. Lo cual supone que el consentimiento, en tesis de principio debe ser creado con todos los fundamentos informativos con la finalidad de que se cuente con la información necesaria para determinar si se adquiere o no un determinado bien.

De allí que exista una estrecha relación del proceso de formación del consentimiento con el deber de información en la relación de consumo. Lo anterior debido a que la finalidad del deber de Información es evitar cualquier distorsión en la voluntad que

¹⁸⁸ En la legislación española, propiamente el código de comercio, el maestro ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 917. Identificó con acierto la existencia de unos deberes precontractuales, en el art. 95. Señala como obligaciones de los agentes comerciales proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes. (número 2) Guardar secreto en todo lo que concierne a las negociaciones que hicieren y no revelar los nombres de las personas que se las encarguen. (número 3) Se impone, por tanto, el deber de comunicar sin reticencias y de guardar secreto mientras se prepara el negocio encargado. Ver más: Monsalve Cavallero, Vladimir. “La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares”. Trabajo de graduación para la obtención del título de Doctorado en Nuevas Tendencias del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. España. 2008. p. 146.

¹⁸⁹ Aguilera Guerra, Vladimir. “El Negocio Jurídico”. Colección de Monografías Hispalen, 5ta edición, Guatemala, 2006.p. 280. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/>

¹⁹⁰ “El Consentimiento es la particular modalidad que la voluntad toma en los negocios bilaterales, fundamentalmente contratos. Sigue siendo elemento sustancial del negocio, al cual da preponderancia nuestro derecho civil, y nuestra jurisprudencia”. Pérez, Víctor. “Derecho Privado”, tercera edición. Costa Rica. 1994. Pág. 241. “Para que haya acuerdo o contrato, la voluntad expresada de los contratantes debe de haber sido formada libremente (...) y exenta de vicios”. Baudrit Carrillo, Diego. “Derecho Civil IV, Volumen I. Teoría General del Contrato”. 1era reimpresión, 3era Edición, Editorial Juricentro. p. 26.

pueda viciar al consentimiento, lo cual es el fundamento de la existencia de la imposición de una obligación de suministrar información cierta, objetiva, veraz, detallada, previa, eficaz y suficiente durante las tres etapas del iter negocial, con principal énfasis en la etapa precontractual.

Precisamente, es esta etapa precontractual la que estará bajo análisis a la luz de la publicidad engañosa, puesto que tal y como se analizó anteriormente, gracias a la sociedad moderna de consumo, la publicidad se ha vuelto un medio por el cual el comerciante transmite hasta el 100% de la información a través de la publicidad, siendo por tanto acreedora del cumplimiento del deber de información.

De esta manera en el proceso de formación de los contratos de consumo, puede analizarse la función de la publicidad desde una etapa precontractual, donde existe la obligación de suministrar datos que permitan al consumidor celebrar reflexivamente un contrato. Es allí donde se protege al consumidor, pero más específicamente la formación de su consentimiento.

La formación del contrato no es entonces consecuencia de un solo acto, sino de una serie de actos, en los cuales pueden intervenir no solo las mismas partes, sino también otras personas que las auxilian o que coadyuvan con ellas a la consecución o logro de la finalidad perseguida (mediadores, asesores, etcétera)¹⁹¹.

¹⁹¹ Aguilera Guerra, Vladimir. "El Negocio Jurídico". Colección de Monografías Hispalen, 5ta edición, Guatemala, 2006.p. 283. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/>

Sin embargo, los problemas sobre el momento de perfección del contrato surgen cuando, además, de una separación de tiempo entre la oferta y la aceptación, hay un alejamiento físico entre los contratantes que hace prácticamente imposible el conocimiento simultáneo del instante en que las declaraciones de voluntad se unen¹⁹².

De allí que sea importante aclarar que el contrato de consumo puede ser de formación instantánea, o de formación sucesiva o progresiva¹⁹³. Y en ambos debe mediar el deber de información; sin embargo, es el segundo caso el que puede encontrar mayores problemas a la luz de la publicidad.

Dicha problemática surge en el quebrantamiento de la relación de consumo y en los alcances de la responsabilidad derivada de la afectación de uno o varios derechos del consumidor por el incumplimiento del empresario o proveedor en su obligación de suministrar los datos que permitan al consumidor celebrar reflexivamente su decisión de compra, ya que, tal y como lo explica DIEZ-PICAZO, dentro las maneras de formación sucesiva del contrato, se encuentran los tratos preliminares¹⁹⁴.

Los tratos precontractuales o las tratativas preliminares, son las conversaciones previas a la formación del contrato (llamados también tractatus) y se conocen como “todos aquellos contactos que se producen entre las partes preparatorios de la celebración de

¹⁹² Aguilera Guerra. Opus cit. 2006. p. 284. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/>

¹⁹³ La clasificación de la formación del contrato, se diferencia sobre la base de la existencia o no, de un intervalo jurídicamente relevante entre la oferta y la aceptación. Por tanto será de formación simultánea cuando la aceptación sea inmediata, o sucesiva cuando se realice en un tiempo razonable luego de realizada la oferta. Ver más: Rogel Vide, Carlos. “Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño. Ediciones Universidad de Salamanca. p. 575

¹⁹⁴ Aguilera Guerra. Ibíd. 2006. p. 285. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/>

un futuro contrato, que tienen un contenido muy variado, pues pueden consistir en simples conversaciones, en remisión de escritos, en estudios técnicos (...).”

De esta forma, los tratos preliminares son el conjunto de actos llevados a cabo con el propósito de elaborar, discutir o concertar los elementos de un futuro contrato. Las tratativas pueden tener diferentes manifestaciones, sea por medio de conversaciones o por escrito (cartas, faxes, correos electrónicos, proyectos y borradores), siempre que no alcance un acuerdo global definitivo¹⁹⁵.

Por tanto, si bien de las tratativas preliminares no nace una relación jurídica, ni se vincula hacia la contratación; no puede considerarse tampoco que estas no tengan relevancia para la formación de un potencial contrato, ya que, sirven para conocer la voluntad y oferta contractual o para apreciar los posibles vicios de la misma¹⁹⁶.

Inclusive es posible afirmar que tienen importancia aún en el caso en que no llegue a formalizarse el contrato, dado que pueden producir un régimen de responsabilidad precontractual, tal y como se analizará posteriormente.

Lo anterior debido a que el inicio de la relación de consumo se encuentra en la información, en el conocimiento mínimo sobre un objeto de consumo, que produce un vínculo de carácter subjetivo, económico, jurídico y social entre los consumidores,

¹⁹⁵ Aguilera Guerra. *Ibíd.* 2006. p. 285. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/>

¹⁹⁶ Aguilera Guerra. *Ibíd.* 2006 .p. 285./

proveedores y el producto o servicio materia de la transacción comercial y el ánimo de querer o no consumir¹⁹⁷.

En este sentido el autor Lorenzetti, afirma que la relación de consumo puede abarcar la etapa precontractual, englobando las tratativas encaminadas a la contratación de consumo, por lo que se incluyen las tratativas y las ofertas y estas últimas pueden ser dirigidas a sujetos determinados o indeterminados, como ocurre en el caso de la oferta a través de los medios publicitarios.¹⁹⁸

Dicho vínculo que nace de la información, si bien en esta fase no crea una obligación contractual entre las partes, sí nace una relación subjetiva de confianza análoga a la contractual, que es la materialización de la obligación del deber de comunicación, explicación y conservación (que a su vez surgen debido al deber de información que nace de la protección del consentimiento y de la buena fe entre las partes) mencionado al inicio del presente¹⁹⁹.

De allí que el deber de información se encuentre íntimamente relacionado con la relación de confianza, puesto que tal y como lo expresa MONSALVE CABALLERO, “Es

¹⁹⁷ Benito Villanueva Haro. “La problemática jurídica de la relación de consumo. [http:// ofdnews .com](http://ofdnews.com) 29 de Enero de 2010.

¹⁹⁸ Lorenzetti Ricardo Luis: “La relación de consumo”, pág.94. citado por Antonio Juan Rinessi y Rosa Nélide Rey de Rinessi en su obra “La Relación de Consumo en la Ley 26.361 y en la Constitución Nacional”. [http: // www. Protectora .org .ar / wp-content /2010 /junio% 202010/ La % 2 0 Relaci % C 3 %B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n %20Nacional.pdf](http://www.Protectora.org.ar/wp-content/2010/junio%202010/La%20Relaci%C3%B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional.pdf)

¹⁹⁹ Enneccerus. (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, pág.229); citado por Casafont Romero, Pablo. “Ensayos de Derecho Contractual”. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.

innegable que cuando alguien informa a otro puede estar creando en este la creencia de que lo que se dice se ajusta a la realidad, a la verdad, seguridad que uno tiene en sí mismo, pero también en otro (ahí está la confianza).”²⁰⁰

En la misma línea, se encuentra el profesor DE ÁNGEL YAGUEZ quien sostiene que el hecho de informar da confianza y si se hace indebidamente, se afecta la preparación del contrato, puesto que el ser informado genera en el otro, seguridad²⁰¹.

De esta manera, tal y como se afirmó anteriormente, si bien no puede surgir responsabilidad a nivel contractual, debido al rompimiento de la relación de confianza, es que puede resultar un régimen indemnizatorio a nivel precontractual.

2. El Daño Precontractual

La relación subjetiva de confianza es el vínculo por el cual el receptor de la información puede iniciar la aptitud o disposición moral de obligarse. Es decir, que de la recepción de la información puede desarrollarse la voluntad en el individuo de determinar una aptitud o disposición moral hacia algo, sea negativa a la contratación o positiva.

De ser positiva, el consumidor realizará actos tendientes a la aceptación, por lo que nacerán motivos que justificarán su actuar, conducidos por la información recibida y

²⁰⁰ Monsalve Caballero. *Ibíd.* 2008.

²⁰¹ Monsalve Caballero. *Ibíd.* 2008.

deseada. De esta forma el consumidor realizará obras tendientes a la contratación, mediante una manifestación de voluntad externa.

Dicha manifestación, dentro la relación de consumo puede ser de distintas formas, dependiendo del caso. Por ejemplo, la disposición del consumidor de dirigirse a un local comercial determinado, o de pre-seleccionar entre otras ofertas anteriormente recibidas.

Así la iniciativa del sujeto no solo se queda en la esfera de ejecución interna, sino que se dirige a la realización de medios prácticos para cumplir su deseo.

De esta forma, si la relación de consumo se mantiene en iguales condiciones, se puede llegar a la materialización del contrato de consumo; o bien, la relación de consumo puede verse fracasada por distintos motivos, entre los cuales (para nuestros efectos) se encuentra la violación al deber de información. Es aquí donde surge la patología en la relación de consumo.

En materia resarcitoria, IHERING viene a diferenciar dos intereses que le asisten al comprador defraudado, un denominado interés de mantenimiento, que se conoce como *el interés positivo*, el cual le daría derecho al comprador a obtener todo el dinero equivalente en el caso de haberse celebrado el negocio, partiendo por tanto de la validez del contrato. Y el caso del *interés negativo*, o el interés a la no conclusión del contrato; en cuyo evento, la indemnización pretende reponer, en términos económicos,

las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiando en su validez y en esta última contingencia, se fundamentaría la acción en la nulidad del mismo.²⁰²

Por tanto, al quebrantarse la relación de confianza, puede surgir responsabilidad por los gastos o perjuicios que puedan producirse en la preparación del contrato cuando podía razonablemente esperarse la conclusión del contrato; lo anterior producto del “cambio” en las condiciones de la oferta por parte del comerciante “sin motivo justificado”. Por tanto, dicha parte se encuentra obligada a responder por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido²⁰³.

Lo anterior se afirma como forma de encontrar una solución justa para el individuo, quien confiado en las declaraciones emitidas por el comerciante, hubiera incurrido en gastos. Por tanto el daño resarcible es el interés negativo, es el menoscabo que el individuo no hubiera sufrido si hubiese sabido que el contrato no se concretaría.

Se trata del “daño al bolsillo”, el cual es un daño de carácter patrimonial que padece el individuo consumidor al ver insatisfecha su necesidad y por tanto haber incurrido en un

²⁰² Monsalve Cavallero. *Ibíd.* Trabajo de graduación para la obtención del título de Doctorado en Nuevas Tendencias del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. España. 2008. p. 13.

²⁰³ Castán (Derecho Civil Español, Común y Foral. Teoría General del Contrato, Tomo III, pág. 437) citado por: Casafont Romero, Pablo. “Ensayos de Derecho Contractual”. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.

gasto innecesario que no cumple con sus expectativas debido a la incongruencia entre lo ofertado y lo verdadero, es decir, debido a la falta de información veraz y oportuna.

La regla general en esta materia, asumida por la doctrina, sería la reparación del interés negativo (o daño emergente), es decir, los gastos generados por el comportamiento, que es perfectamente aplicable al supuesto de ruptura injustificada de los tratos, cuya responsabilidad no alcanza a los beneficios que hubiera generado el contrato no celebrado, ni a las ganancias (interés positivo o lucro cesante) dejadas de obtener por otra propuesta contractual no concluida, sino solo a los desembolsos que se hubieran hecho con ocasión del contrato frustrado, como podrían ser estudios encargados, gastos de viajes, etcétera²⁰⁴.

Este daño puede ocurrir antes o después de la decisión de consumo. En este sentido, la Directiva 2006/114/CE del Parlamento europeo considera que la publicidad, lleve o no, a la celebración de un contrato, afecta a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes.

²⁰⁴ Aguilera Guerra. *Ibid.* Vladimir. 2006. p. 298. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/P-292>. “Se presenta, además, la culpa *in contrahendo* si un sujeto, sin tener verdaderas intenciones de llevar a cabo un contrato, propone a otro realizar un negocio, de tal manera que éste realiza desembolsos para la preparación del futuro acuerdo, dada la apariencia de seriedad del proponente. Cuando el primer sujeto se aparta de las tratativas, los gastos hechos por el segundo se pierden definitivamente. Allí hay culpa y daño, que por los principios de la responsabilidad civil extracontractual, fundamentan la indemnización que deben cubrirse a la víctima”. Ver más: Baudrit Carrillo, Diego. “Derecho Civil IV. Volumen I Teoría General del Contrato”. 1era reimpresión de la Tercera Edición. Editorial Juricentro. p. 57 – 59.

Por tanto, existe la posibilidad del consumidor de exigir la reparación del daño a dicho interés negativo por falsa representación inducida por la información engañosa²⁰⁵.

Sustentando lo anterior, Molina Sandoval citando a Rudolf Von Ihering destaca que *“La información ejerce notoria influencia sobre el consentimiento y la inducción a error a través de la información falsa o retaceada puede generar la responsabilidad precontractual de empresario, por daños al interés negativo del consumidor”*²⁰⁶.

Otro daño a causa de una mala información, es el daño causado a la salud y seguridad del consumidor, lo cual se refiere a un daño material en cuanto a la integridad física del consumidor; riesgo que puede también analizarse desde la fase de las tratativas preliminares, toda vez que el artículo versa no solo sobre un daño efectivo, sino también sobre la puesta en riesgo. De esta manera la responsabilidad objetiva surge no solo con la materialización del daño sino también por su riesgo²⁰⁷.

En este sentido el Tribunal Contencioso Administrativo al tenor de los artículos 34 incisos b y c) de la Ley de rito y ordinal 43 de su Reglamento, afirma en su Resolución N° 16-2010-S-VIII que *“para configurarse la conducta violatoria de infracción al derecho de información del consumidor, de publicidad engañosa y generarse*

²⁰⁵ Molina Sandoval. *Ibíd.* Marzo, 2003. pág. 4. http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/28

²⁰⁶ Molina Sandoval. *Ibíd.* 2003.

²⁰⁷ *“De la circunstancia del comienzo de los actos preparatorios de un contrato deriva una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a observar la diligencia exigible del tráfico, imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación. Esta responsabilidad es totalmente independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato. No requiere la violación dolosa del deber de diligencia, sino que basta la mera negligencia”* (el resaltado no corresponde al original). Ver más: Enneccerus (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, pág.229) citado por Casafont Romero, Pablo. “Ensayos de Derecho Contractual”. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.

*responsabilidad, se requiere según el ordinal 35 de la supracitada Ley y el numeral 42 de su Reglamento, que el productor, proveedor y el comerciante **causen un perjuicio** al consumidor por informaciones inadecuadas o insuficientes del bien o servicio brindado, **sin que se requiera que haya un daño o peligro para la salud o seguridad del consumidor**, el cual se tomaría como un criterio de valoración (ordinal 29 de la ley citada), , pero no de condición necesaria para su configuración. Perjuicio que sin duda aconteció en este caso, al probarse que se erogó una suma mayor por el producto comprado que el ofertado y se le generó error, frustración, engaño y confusión al señor Fonseca Fallas.²⁰⁸*

De esta forma no se habla siquiera de la producción de un daño efectivo, sino de un perjuicio; perjuicio que si bien queda a criterio de valoración del juzgador, abre el panorama hacia los consumidores de verse resarcidos, al desmentirse que para la aplicación de un régimen de responsabilidad, deba existir un daño con todas las formalidades que ello implica.

De esta resolución puede extraerse también el daño moral, al producirse al accionante un error, frustración, engaño y confusión. De esta manera, el rompimiento unilateral de la relación de consumo a causa del engaño en la información, puede causar como tercer daño la pérdida de confianza hacia los comerciantes; daño que se produce con la simple infracción del comerciante con sus obligaciones.

²⁰⁸ Resolución N° 16-2010-S-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, II Circuito Judicial. San José, de las catorce horas del veintiséis de febrero del año dos mil diez.-

Puede considerársele como un daño moral subjetivo, puesto que lesiona un derecho extrapatrimonial del consumidor suponiendo una perturbación injusta para el individuo en sus condiciones anímicas²⁰⁹.

Por ello, en este daño, la carga de la prueba ha de recaer en el comerciante pues es él quien posee todos los medios para demostrar lo contrario y además, porque el daño moral subjetivo es “in re ipsa” lo cual significa que es el propio hecho generador el que hace surgir este tipo de vejamen y las pruebas se recolectan a través de las “presunciones de hombre”, las cuales son inferidas de los indicios.²¹⁰

Y es que la publicidad engañosa no solo afecta a los comerciantes, sino que las mismas técnicas desleales ocasionan perjuicios a los profesionales de la publicidad, a los industriales y a los comerciantes y más aún, amenazan la confianza del público²¹¹.

²⁰⁹ El daño moral subjetivo, “se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. El agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.)” Ver más: Sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Esta resolución fue retomada en la número 151 de las 15 horas 20 minutos del 14 de febrero de 2001, número 360 de las 11 horas 10 minutos del 3 de mayo de 2002, número 622 de las 15 horas 40 minutos del 14 de agosto de 2002, número 555 de las 14 horas 40 minutos del 4 de agosto de 2005, número 590 de las 14 horas 30 minutos del 17 de agosto de 2005, número 970 de las 15 horas del 15 de diciembre de 2005, número 766 de las 14 horas 10 minutos del 11 de octubre de 2006, número 827 de las 8 horas del 31 de octubre de 2006, número 983 de las 8 horas 15 minutos del 19 de diciembre de 2006, número 64 de las 9 horas 25 minutos del 2 de febrero de 2007, número 845 de las 10 horas 5 minutos del 23 de noviembre de 2007.

²¹⁰ Preinfalk Lavagni, Ivonne. Letrada de la Sala Primera. “El Daño Moral en la Jurisprudencia de la Sala Primera”. <http://www.poder-judicial.go.cr:81/salaprimera/images/Temas%20jurisprudenciales/Trabajo%20sobre%20da%C3%B1o%20moral.pdf>

²¹¹ Zavala Rodríguez. *Ibíd.* p. 424.

El autor Simón Hocsman sobre la confianza del público, explica que *“generar confianza implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro, es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo..... , pero en esta etapa de hipercompetitividad la publicidad suele traspasar los límites que marca la ética , ya que, con el fin de promover el máximo consumo, el mensaje publicitario es desnaturalizado, ocultándose información, acudiéndose al engaño y apelando a herramientas y técnicas subliminales que manipulan al consumidor modelando sus hábitos con la finalidad de lograr la colocación del "objeto publicitado”*²¹².

Resulta evidente por tanto que las informaciones suministradas por los proveedores, vendedores, o las contenidas en los mensajes publicitarios “crean en el receptor legítimas expectativas porque ha creído en la veracidad de esa información y compromete y vincula a quien lo emite en esa misma medida. Por tanto, la omisión o tergiversación de datos relevantes implica la ruptura del valor confiabilidad, defrauda la expectativa de que la prestación se cumplirá del modo prometido o sugerido, de igual manera en que lo hace una publicidad engañosa, deficiente, incompleta o ambigua”²¹³.

Se ve entonces que el daño hacia el consumidor no se limita exclusivamente al daño patrimonial o económico debido a una compra que le genera insatisfacción o frustración

²¹² Simón Hocsman, Heriberto. La Publicidad Engañosa - Daños al Consumidor. 2008. <http://www.justiniano.com/doctrina/lapublicidadengañosa.htm>

²¹³ Simón Hocsman. Opus cit. 2008.

de sus expectativas como consumidor²¹⁴; sino que también debe de incluirse la desconfianza hacia la publicidad y los comerciantes, generando un perjuicio a las relaciones de consumo que integran el mercado. Por ello se habla también de la existencia de un daño hacia el Mercado²¹⁵.

3. La Culpa in Contrahendo

Tal como se menciona al inicio del presente, en la etapa meramente inicial de los tratos preliminares previos a la oferta, es opinión dominante que de ella no nacen obligaciones. Se dice que en esa fase rige plenamente el principio de libertad que informa la celebración del contrato, la autodecisión, negándosele a los actos que en ella se desarrollan un valor jurídico, lo cual entraña que el apartarse cualquiera de los interesados de tales negociaciones preliminares, no predetermina responsabilidad.

Sin embargo, no debe resolverse con excesivo radicalismo la cuestión al punto de excluir todo género de responsabilidad o de consecuencias jurídicas en la dicha etapa inicial del contrato, anterior a la oferta, que llevaría a prescindir de otro aspecto que da

²¹⁴ *“En el caso de producirse la frustración de las expectativas de los consumidores, a causa de la publicidad engañosa “... el consumidor goza de una acción de cumplimiento del contrato, o puede rescindirlo con derecho a restitución de lo pagado con más los daños y perjuicios. Esta solución constituye una reparación in natura por los daños causados al consumidor engañado (...).”* Ver más: Simón Hocsman, Heriberto. La Publicidad Engañosa - Daños al Consumidor. 2008. <http://www.justiniano.com/doctrina/lapublicidadenganosa.htm>

²¹⁵ Tanto el comerciante como el consumidor pueden ser sujeto de daño en la relación de consumo, sea de carácter material o moral, siempre y cuando éste resulte de la lesión a un interés lícito digno de tutela. Pérez, Víctor. “Derecho Privado”, tercera edición. Costa Rica. 1994. Pág. 392.

fundamentación a una responsabilidad específica, pues la doctrina moderna se orienta en sentido de admitir una responsabilidad, no de tipo contractual como es obvio, sino de naturaleza extracontractual por culpa in contrahendo.²¹⁶

Y siendo la relación de la publicidad con el consumidor de origen extracontractual, se habla de responsabilidad precontractual para hacer referencia a aquella que puede surgir de un comportamiento en la formación del contrato, cuando no se actúa con buena fe, corrección, confianza o con la lealtad debida, ocasionando con su conducta un daño injustificado al otro contratante²¹⁷.

Por ello se afirma la existencia de la culpa in contrahendo, la cual se puede producir en distintos escenarios, mediante la ocultación de datos, causando un vicio en el consentimiento, o cuando se tenga una finalidad distinta a la de contratar, o exista un pacto verbal y no se cumpla con el requisito formal establecido por la ley como esencial, entre otros²¹⁸.

²¹⁶ Casafont Romero, Pablo. "Ensayos de Derecho Contractual". Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.

²¹⁷ *"El derecho de separarse de las tratativas, (...) tiene que ejercitarse de manera que no dañe a otros. Si las conversaciones preliminares se rompen inopinadamente por uno de los interesados, de manera abusiva, podría estarse ante el caso de una conducta antijurídica que si provoca daños, obliga a su autor a indemnizar al perjudicado. La indemnización se produciría en virtud de la responsabilidad civil extracontractual del sujeto que rompió abusivamente las conversaciones. Por tratarse de una situación presentada durante la etapa preliminar a la formación de un contrato, se denomina esta responsabilidad culpa in contrahendo. (Debe notarse que no se trata del pacto de contrahendo que se mencionó antes, sino de una situación diferente, en la que no hay, en forma alguna, acuerdo que ligue a los sujetos)".* Ver más: Baudrit Carrillo, Diego. "Derecho Civil IV. Volumen I Teoría General del Contrato". 1era reimpresión de la Tercera Edición. Editorial Juricentro. p. 57 – 59.

²¹⁸ Aguilera Guerra. Ibíd. 2006. p. 298. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/P-287>

Sin embargo, el deber de informar constituye una obligación legalmente impuesta al proveedor y su violación constituye un incumplimiento, que como tal, genera consecuencias jurídicas en el campo de la responsabilidad²¹⁹.

Conforme a esta idea, GASTALDI afirma que el sistema protectorio de usuarios y consumidores coloca en cabeza del proveedor el deber de informar y ante su inobservancia el ordenamiento jurídico otorga al perjudicado distintos remedios, entre los cuales se encuentra la posibilidad de demandar la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, o bien solicitar indemnización por daños y perjuicios²²⁰.

En nuestro país se posibilita lo anterior a partir de la interpretación del artículo 1045 del Código Civil, que establece que “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los **perjuicios**” (El resaltado no corresponde al original).

²¹⁹ Gastaldi, Nerina C. “Nota a Fallo de “Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” “El deber de información en el Derecho del Consumidor”. Noviembre del 2011 - AÑO IV - N° 14. Argentina. [http:// www. Forodeabogados .org .ar / edici3n 14 / tema 27.html](http://www.Forodeabogados.org.ar/edici3n14/tema27.html)

²²⁰ Lovece, ob. cit., pág. 479. Cabe señalar que ya en el año 1991, esto es mucho antes de la sanción del régimen de defensa del consumidor, la doctrina admitía que la publicidad engañosa, por acción u omisión y la abusiva, puede generar, por aplicación de las reglas sobre vicios del consentimiento, la nulidad por error y en su caso, la reparación del perjuicio causado (Conclusión B-VIII de la Comisión N° 4 del 2° Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires, 1991; citado por Noemí L. Nicolau en “El consumidor frente a la publicidad comercial engañosa. Análisis jurídico del mensaje publicitario” en ED 146-983. Ver más: Gastaldi, Nerina C. “Nota a Fallo de “Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” “El deber de información en el Derecho del Consumidor”. Noviembre del 2011 - AÑO IV - N° 14. Argentina. [http:// www. Forodeabogados .org .ar / edici3n 14 / tema 27.html](http://www.Forodeabogados.org.ar/edici3n14/tema27.html)

Por lo que de conformidad con CASAFONT ROMERO se sienta un principio general de responsabilidad por “culpa aquiliana”, por lo que si los elementos que configuran esa responsabilidad se dan con respecto a un acto o declaración de voluntad en las negociaciones preliminares o fase inicial de un contrato, aún antes de que se haya producido la oferta en firma – sean la culpa y el daño – no habría motivo para negarla , ya que, por lo demás importaría la violación de aquel deber de observancia de la buena fe, de que se hace referencia en la legislación italiana²²¹.

Esta tesis es apoyada por la doctrina moderna, al sostenerse que la ausencia o defectos en la información, al igual que la violación de la obligación legal de seguridad, el trato indigno, las prácticas abusivas, etc., da lugar a "nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva"; se trata de una generación de "daños autónomos y propios del derecho del consumo" y la ausencia de información es el incumplimiento de la obligación legal de informar, que constituye un supuesto de responsabilidad objetiva, que habilita incluso a una indemnización autónoma por daño moral²²², tal y como se señaló anteriormente²²³.

²²¹ *“En el Código Civil italiano vigente, bueno es al añadir, resulta virtualmente admitida la responsabilidad precontractual en las aludidas negociaciones preliminares, al establecer el artículo 1337 que “Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”, de donde se sigue que al imponer la ley a las partes un deber de observancia de la buena fe en la conducta que despliegan en las negociaciones o tratos preliminares y formación del contrato, sea antes de la conclusión del mismo, la transgresión de ese deber que entraña una falta, culpa o negligencia, apareja la consiguiente responsabilidad que dicho texto legal autoriza”.* Ver más: Casafont Romero, Pablo. “Ensayos de Derecho Contractual”. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.

²²² Sin embargo, la doctrina no es pacífica en tal sentido, puesto que algunos autores sostienen que previamente debe calificarse el deber de informar, como una obligación de medios o como de resultado, y en función de ello, el factor de atribución será subjetivo en las primeras y objetivo cuando se entienda que se trata de una obligación de resultado. Pero en definitiva, la posibilidad de reparación ante el incumplimiento del deber de información está pacíficamente aceptada en orden actual. De lo que,

De tal suerte, así como lo señala Aguilera Guerra, no cabe duda que el comportamiento desleal, contrario a la buena fe en la formación del contrato, repercute de forma negativa en el mismo.

De esta manera en tesis de principio, los tratos preliminares no vinculan a contratar, puesto que los sujetos intervinientes pueden desistir de ello con base en la autonomía de voluntad. Sin embargo, solo cuando dicha conducta es desleal o contraria a la buena fe, cabría plantearse la delimitación de sus posibles consecuencias jurídicas, que en ningún caso pueden consistir en la celebración de tal contrato, o en la asunción de obligaciones que del mismo se derivarían, sino en una indemnización²²⁴.

cuando un consumidor o usuario haya visto resentido su derecho a recibir real conocimiento de aquello que adquirió o que se está ofreciendo en el mercado, podrá recurrir a los estrados judiciales en miras a una reparación por el perjuicio irrogado. Ver más: Gastaldi, Nerina C. "Nota a Fallo de "Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" "El deber de información en el Derecho del Consumidor". Noviembre del 2011 - AÑO IV - Nº 14. Argentina. [http:// www. Forodeabogados .org .ar / edición 14 / tema 27.html](http://www.Forodeabogados.org.ar/edición%2014/tema%2027.html)

²²³ Para que se presente la culpa in contrahendo deben darse los elementos básicos de la responsabilidad civil extracontractual: la culpa y el daño, en una relación de causalidad. Hay daño cuando se produce una disminución en el patrimonio de un sujeto (daño material) o cuando se afecta su reputación, sus creencias o sus afectos (daño moral). Los tribunales costarricenses rechazaban sistemáticamente la indemnización del daño moral en situaciones patrimoniales, pero a partir del reconocimiento legislativo del derecho de ser indemnizado por violación de la personalidad, el daño moral no está más en discusión. Ver más: Baudrit Carrillo, Diego. "Derecho Civil IV. Volumen I Teoría General del Contrato". 1era reimpresión de la Tercera Edición. Editorial Juricentro. p. 57 – 59.

²²⁴ Aguilera Guerra, Vladimir. "El Negocio Jurídico". Colección de Monografías Hispalen, 5ta edición, Guatemala, 2006.p. 298. Ver más: [http://es.scribd.com/doc/52643630/51/P. 291](http://es.scribd.com/doc/52643630/51/P.291). "*Si un sujeto rompe las tratativas preliminares y causa un daño al sujeto con el que sostenía esas conversaciones, se reúnen las condiciones de aplicación de la teoría de la responsabilidad civil. El perjudicado tiene la carga de probar los dos elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual: el daño sufrido por él y la imputabilidad de ese daño a la conducta culposa (eventualmente dolosa) del que lo provocó. (Esa es una de las diferencias que hay con respecto a la responsabilidad civil contractual, como se verá: entre contratantes, en términos generales, hay una presunción de imputabilidad de los daños causados por incumplimiento contractual).*" Ver más: Baudrit Carrillo, Diego. "Derecho Civil IV. Volumen I Teoría General del Contrato". 1era reimpresión de la Tercera Edición. Editorial Juricentro. p. 57 – 59.

Sección II. Publicidad Engañosa dentro como Oferta dentro del Contrato de Consumo

Siguiendo con la clasificación del Iter Negocial que realiza la doctrina tradicional, a continuación se analizará la publicidad dentro la llamada “fase de perfección”, la cual viene determinada por el cruce o encuentro de las voluntades de las partes y por tanto, en tesis de principio, constituirá el nacimiento del contrato a la vida jurídica²²⁵.

Al respecto cabe aclarar que la oferta civil es una manifestación unilateral de voluntad, emitida por un sujeto de derecho, dirigida a otro en que le propone la conclusión de un contrato. Consiste en una declaración precisa y completa de una voluntad contractual seria, sobre la cual no puede haber, en principio retractaciones o arrepentimientos²²⁶.

Tal y como lo afirma DÍEZ-PICAZO la característica fundamental de la oferta consiste en que si la aceptación recae, el oferente quedará contractualmente vinculado, al igual que el aceptante y el contrato perfecto, sin necesidad de ningún otro acto o requisito²²⁷. Por eso es preciso valorar, si dados los términos de comunicación dentro la publicidad se encuentra en ella los datos suficientes para considerarla como declaración de voluntad contractual.

²²⁵ Aguilera Guerra. *Ibíd.* 2006.p. 298. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/P.281>

²²⁶ Baudrit Carillo, Diego. “Derecho Civil IV. Volumen I: Teoría General del Contrato”. Tercera edición, San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 2000. p. 45-50.

²²⁷ Aguilera Guerra. *Ibíd.* 2006.p. 298. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/P. 294>

En este sentido, la doctrina establece requisitos necesarios para que pueda hablarse en rigor de oferta de contrato, en el sentido de que debe ser completa, emitida de forma seria con la intención de obligarse, que sea inequívoca y recepticia, en el sentido de que la oferta es una declaración de voluntad dirigida a uno o más destinatarios y que desplegará sus pertinentes efectos jurídicos en el momento que sea conocido por ellos²²⁸.

Por tanto, por este punto la doctrina ha desistido de considerar la publicidad como una Oferta debido a que 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. Se afirma que dicha 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, 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, por lo que el contenido del mensaje publicitario se sitúa siempre en una fase precontractual²²⁹.

Sin embargo, si la publicidad (tal y como se ha venido afirmando en este proyecto) es acreedora del deber de información, sí puede considerársele como una “Oferta de Consumo”, por la cual el comerciante se obliga y el consumidor se obliga al aceptarla. Es decir, no precisa de una segunda aceptación como sí sucede dentro de las tratativas, sino que al momento de aceptarla se materializa el contrato de consumo.

²²⁸ Aguilera Guerra. *Ibíd.* 2006 .p. 296.

²²⁹ López García. *Ibíd.* (2004)

Precisamente por ello es que el artículo 34 sobre las obligaciones del comerciante establecidas en la Ley 7472 afirma que la publicidad es parte integrante del contrato²³⁰ y es vinculante.

Negar lo anterior, sería dejar en desprotección al consumidor, puesto que si la publicidad cumple una función fundamental en la formación del consentimiento contractual por su carácter informativo, a través del cual se conocen determinadas características del producto o servicio que se ofrece y esta no es constitutiva de una oferta; ¿cómo podría el consumidor diferenciar cuándo se encuentra ante publicidad y cuándo ante una verdadera oferta de contrato?

Resultaría además, impráctico para el comerciante diferenciar entre la alusión “falsa o poco seria” de la publicidad y entre la “información objetiva” de la oferta, es decir, si el comerciante en tesis de principio realiza publicidad no engañosa, entonces no debiera existir problema en aceptar la publicidad como oferta de consumo.

Inclusive 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. Es decir, de no aceptarse lo anterior, se le estaría imponiendo al comerciante la obligación de realizar una notoria diferenciación entre lo que se

²³⁰ “Toda información, **publicidad** u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato”. Ver más: Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

considera publicidad y lo que se considera realmente oferta, lo cual se arreglaría si tan solo el comerciante cumpliera con el deber de información aquí propuesto, que es lo que en realidad sucede en la práctica.

Por ello una publicidad que no falte a los principios de publicidad no engañosa, tendrá la calificación de oferta pues contendrá la intención de contratar y recogerá los elementos esenciales del futuro contrato. De este modo, a pesar de que en un primer momento se identifique el mensaje como publicitario, será oferta y tendrá las consecuencias jurídicas de esta, si contiene los elementos citados.

Además, cada oferta deberá de adecuarse al tipo de contrato que se desea ejecutar, sea consensual o real, ajustándose a las necesidades de cada caso²³¹ y se diferenciará la Oferta Contractual de la publicidad en fase de tratativa, cuando esta sea completa e incluya todos los elementos relativos al acuerdo²³².

Por último, para finalizar la importancia de este apartado y deber, Alterini y López Cabana, citando a Clark enfatizan lo anterior al afirmar que **“en los hechos, la**

²³¹ “Si la oferta se refiere a un contrato solemne, por regla general se exige que en ella se observe la formalidad o solemnidad. En contratos reales la oferta tiene que manifestarse en la manera en que debe formarse el contrato: presentando materialmente el bien referente al acuerdo al sujeto que va a recibirlo en préstamo, depósito o donación manual.” Ver más: Baudrit Carillo, Diego. “Derecho Civil IV. Volumen I: Teoría General del Contrato”. Tercera edición, San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 2000. p. 45-50.

²³² “La oferta debe tener tal contenido para que la manifestación sea afirmativa e incondicional de su destinatario sea suficiente para se forme el contrato. Si una proposición no es precisa y completa, no tiene valor de oferta contractual. Es decir, que si la proposición requiere que sea más elaborada, que le agreguen otros elementos para poder concluirse el contrato, no puede considerarse oferta de contrato. Se trataría de una tratativa, que es una proposición para entrar en conversaciones con miras a un futuro acuerdo, pero no tiene validez ni la eficacia de una oferta”. Ver más: Baudrit Carillo, Diego. “Derecho Civil IV. Volumen I: Teoría General del Contrato”. Tercera edición, San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, 2000. p. 45-50.

publicidad es el producto, porque la gente lo adquiere tal como lo percibe mediante la publicidad”.

De esta forma siendo la publicidad constitutiva de una oferta, la falta de este deber de información tornará defectuoso al producto o servicio, con todas las consecuencias que ello trae aparejada sobre todo desde el punto de vista de la responsabilidad civil contractual. Es decir, siendo que el vínculo existente entre el comerciante y el consumidor, es de orden contractual desde la aceptación de la oferta, en este caso, de la oferta de consumo, es que puede hablarse de un régimen de responsabilidad contractual objetiva, gracias al artículo 35 de la Ley 7472 de nuestro país.

CONCLUSIÓN

La publicidad es un elemento esencial en las relaciones modernas de consumo, toda vez que ha venido sustituyendo las tradicionales modalidades de ventas. Es un instrumento de promoción de ventas para el comerciante y a su vez un facilitador de decisiones para el consumidor, gracias al vínculo subjetivo de confianza creado entre las partes a través de la información.

La justificación del Deber de Información en materia de la contratación es la protección del consentimiento a fin de que el consumidor tome una decisión de consumo razonada en protección de sus intereses económicos.

Por tanto, la primera limitación a la publicidad como derecho nace precisamente del deber de información, por lo cual se modifica la naturaleza jurídica de la publicidad siendo ahora no solo de carácter comercial sino también social.

Sin embargo, cuando la publicidad no se adecua o transgrede el Deber de Información, puede producir un error en el consumidor, el cual surge en la relación de consumo como una patología. Dicho error puede ser de causa externa cuando nace del engaño, capaz de desencadenar consecuencias hasta de índole penal o de causa interna cuando el consumidor se crea expectativas mentales distintas a las realmente ofertadas por el comerciante.

A partir de dicha distinción se logra no solo definir la publicidad engañosa, sino también lograr la distinción entre el delito de publicidad engañosa, ya que, el error junto con el engaño o la violación al deber de información, configuran los elementos de la publicidad engañosa y le definen como la publicidad ilícita transmitida por los comerciantes que incumplen con el deber de información veraz y oportuna de forma culposa o dolosa y que conduce o induce al error.

Partiendo de lo anterior resulta posible identificar las formas de publicidad engañosa y consecuentemente la aplicación de los principios de publicidad no-engañosa que pretenden solucionar la generación del error, con la finalidad de que tanto el comerciante como el aplicador del derecho puedan comprender el tema de una forma más tangible y objetiva a fin de aplicar las consecuencias de la publicidad engañosa desde el inicio del Iter Negocial.

La publicidad puede ubicarse en la fase pre contractual mediante la forma de las tratativas; o puede ubicarse como Oferta de Consumo cuando se adecuan a los requisitos constitutivos de una oferta, en cumplimiento con el deber de información.

Por tanto cuando el error se produce en la formación inicial del consentimiento gracias a la información recibida, se incurre en publicidad engañosa; mas cuando se produce en la oferta y con intención dolosa, se incurre en el delito de publicidad engañosa.

La misma diferenciación se realiza en materia indemnizatoria al momento de aplicar los criterios de responsabilidad al comerciante que incurre en publicidad engañosa, ya que, según la fase en que se ubique la publicidad, dependerán también las correspondientes consecuencias.

En el caso de que la publicidad engañosa se ubique en la fase de tratativas preliminares, por la aplicación de la teoría civil extracontractual de responsabilidad, de conformidad con el vínculo subjetivo de confianza análogo al contractual que surge a causa de la emisión unilateral de información con miras a la contratación, es que el consumidor puede ver reparado la lesión a sus derechos traducidos en daño moral y/o patrimonial; y cuando la publicidad engañosa se ubique dentro de la oferta por el artículo 34 de la ley 7472, por incumplimiento contractual, el consumidor podrá tener la opción sea de solicitar la indemnización o solicitar el cumplimiento de la oferta en los términos ofrecidos.

En consecuencia, al otorgar a los comerciantes y a los aplicadores del derecho (a) una definición jurídicamente determinable de publicidad engañosa que evite lesiones culposas, (b) un conjunto de herramientas y principios que les facilita su identificación con el ánimo de prevenir el error, de aplicar la correspondiente sanción, o de servir como fundamento doctrinal (c) una ubicación de la publicidad engañosa dentro las fases iniciales del Iter Negocial y por tanto proveer una interpretación que conlleva a sanciones (incluso a nivel penal) o responsabilidades correspondientes, con la intención de que los comerciantes se muestren más cuidadosos al momento de elaborar y transmitir publicidad; es que se logra el objetivo de proveer de protección al consumidor siguiendo la naturaleza y el carácter preventivo propio de la rama del derecho del consumidor.

Todo lo anterior con la intención de dejar en claro que la publicidad engañosa es dañina no solo para el comerciante y para el consumidor, sino también para el mercado, ya que, la publicidad favorece la relación entre el consumo y la producción; relación que a su vez es de interés del Estado proteger a fin de promover el comercio y por tanto la economía de un país.

De esta forma, si bien sí existen elementos suficientes como para poder interpretar y aplicar la regulación de la publicidad engañosa en su fase preventiva, del estudio jurisprudencial de la publicidad engañosa, se desprende que falta mayor conocimiento, criterio y entendimiento por parte de los aplicadores del derecho; problemática que se evidencia en los votos de la Comisión al utilizar inclusive parámetros y estudios que no existen en nuestro país. Deriva entonces la presente investigación en una proyección en este contexto de aportar profundidad a un tema que nace del mismo artículo 46 constitucional y al cual se le ha restado de importancia a nivel práctico.

BIBLIOGRAFÍA

I. Legislación

- Nacional
 - Constitución Política de la República de Costa Rica de 1914.
 - Código Civil de la República de Costa Rica, Ley 63 del 28 de Setiembre de 1887.
 - Código de Comercio de la República de Costa Rica, Ley 3284 del 30 de Abril de 1964.
 - Código de Autorregulación Publicitaria de Costa Rica, emitido por el Instituto Nacional de la Publicidad del 1 de enero de 2010.
 - Ley 7472 de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica.
 - Ley de Marcas 7978 de la República de Costa Rica.
 - Reglamento de Inscripción, Control, Importación y Publicidad de Medicamentos N° 28466-S de Costa Rica.

- Internacional
 - Circular Monetaria del Banco de España 1/1995, de 28 de febrero, sobre utilización publicitaria de billetes o monedas o de sus reproducciones.
 - Código Penal de Argentina de 1984 Ley 11.179.
 - Directiva 1997/88/CE de la Comisión Europea.
 - Directiva 450/84/CEE de la Comisión Europea.
 - Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985 (ampliada en 1999), Directriz B, punto N° 15, 16 y 22.
 - Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor Ampliación de Las Directrices para la Protección del Consumidor de Manera que incluyan Directrices sobre Modalidades de Consumo Sostenible. (Ampliadas en 1999).
 - Ley 17250 Ley de Defensa del Consumidor de la República Oriental del Uruguay.
 - Ley 34/1988 del 11 de noviembre, Ley General de Publicidad de España.
 - Ley 7/1996 del 15 de enero – Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España.
 - Ley del 2 de septiembre de 1933 de Alemania por la que se crea la Oficina Central Encargada del control de la publicidad denominada “Werberat der Deutschen Wirtschaft”.
 - Ley N° 3975 Ley de Marcas de la República de Argentina.

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

II. Doctrina

- Arens, William F. "Publicidad". Séptima Edición. Editorial McGraw Hill. México. Pág. 6.
- Baudrillard, Jean. "A sociedade de consumo", traducción de Artur Morao, pág. 28. Lisboa, 1981.
- Baudrit Carrillo, Diego. "Derecho Civil IV, Volumen I. Teoría General del Contrato". 1era reimpresión, 3era Edición, Editorial Juricentro. p. 26.
- Casafont Romero, Pablo. "Ensayos de Derecho Contractual". Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.
- Castillo González, Francisco. "El Delito de Estafa". Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 2001. p. 84.
- Charles W. Lamb/Joseph F. Hair/Carl McDaniel. "Una Visión General del Marketing". Cap. 6, p.193.
- Delgado Zegarra, Jaime y Cáceres Valle, Crisologo. "Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial", Instituto de Derecho del Consumidor de Perú, Primera Edición, Lima 1993, pág. 21.
- Enneccerus. (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, pág.229); citado por Casafont Romero, Pablo. "Ensayos de Derecho Contractual". Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 2001, Pág. 205-207.
- Finkelhor Francis. "Legal Phases of advertising". New York, 1938, p.4
- Finkelhor, F. "Legal Phases of advertising". New York, 1938. Op. cit., p174.
- Galdós, Jorge Mario. "El Principio Favor Debilis en Materia Contractual", publicación "Derecho del Consumidor" N° 8 de Gabriel Stiglitz, Director. Editorial Juris, Rosario 1997, pág. 38 y siguientes.
- García Saís, Fernando. "Derecho de los Consumidores a la Información: una aproximación a la publicidad engañosa en México". Editorial Porrúa-IITAM, México, 2007.
- Jorge Kors, Jorge y Saís, Elis. "El Derecho de las Marcas entre el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumo". Argentina. pág. 141.
- López Cabana, Roberto M. (dir.) - Alterini, Atilio A. (dir.), "La Responsabilidad" (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)", 1era Edición, 1995.
- Mankiw, Gregory. "Principios de Economía" Tercera Edición, Mc Graw Hill, Pág. 41.

- Monsalve Caballero, Vladimir. "La Buena Fe como fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción". Revista de Derecho N°. 30 de la Universidad del Norte, Colombia, Barranquilla, 2008.
- MUNUERA NAVARRO en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO y SALAS HERNÁNDEZ (coord.) Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, cit. por FARINA, Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94 cit., p. 98.
- Pérez, Víctor. "Derecho Privado", tercera edición. Costa Rica. 1994. p. 392; citando a SAVIGNY.
- Pothier, Ouvres, edición Bugnet, tomo 2° n° 30, pag. 19.
- Rogel Vide, Carlos. "Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño. Ediciones Universidad de Salamanca. p. 575
- Vázquez Ferreyra, Roberto A. y Romera, Oscar E. "Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240", Depalma, 1.994. p. 22.
- Vázquez Ferreyra, Roberto y Romera, Oscar Eduardo. "Los principios informantes en la ley de defensa al consumidor, en: "Derechos del Consumidor" (STIGLITZ, Gabriel A, - director-), Juris, 1.994, t. IV., p. 103.
- Zavala RODRÍGUEZ Carlos Juan. "La Publicidad Comercial: Su Régimen Legal". Editorial DePalma Buenos Aires 1947. (Prefacio).

III. Artículos Publicados en Internet

- "Argentina: publicidad engañosa de medicamentos dañinos". Martes, 05 de julio de 2011 07:52 [http:// www.latinhub. com .au / internacionales/ secciones / iberoamerica/ 3540-argentina-publicidad-enganosa-de-medicamentos-daninos.html](http://www.latinhub.com.au/internacionales/secciones/iberoamerica/3540-argentina-publicidad-enganosa-de-medicamentos-daninos.html)
- "Definición y Evaluación de los Riesgos para la Salud". Informe sobre la Salud en el Mundo 2002. p. 3. www.portalesmedicos.com/.../Algunas-consideraciones-sobre-las-con...
- Agüero, Vanina L. "El derecho a la información en el nuevo régimen de la ley 26361", en "La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por la ley 26361", obra colectiva coordinada por Ariel Ariza, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 60; citado por Gastaldi, Nerina C. "Nota a Fallo de "Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" "El deber de información en el Derecho del Consumidor". noviembre del 2011 - AÑO IV - N° 14. Argentina. <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema27.html>

- Aguilera Guerra, Vladimir. "El Negocio Jurídico". Colección de Monografías Hispalen, 5ta edición, Guatemala, 2006.p. 280. Ver más: <http://es.scribd.com/doc/52643630/51/>
- Andorno, Luis O. "Responsabilidad por daño a la Salud o a la Seguridad del Consumidor". [http:// www. Taringa .net /posts/ apuntes-y-monografias/7388141/ Doctrina---Responsabilidad-por-Danos-al-Consumidor.html](http://www.Taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7388141/Doctrina---Responsabilidad-por-Danos-al-Consumidor.html)
- Arana, María del Carmen. "Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva". Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho Económico Internacional en la misma Universidad. aplicaciones.indecopi.gob.pe/.../MariaDelCarmenArana.pdf
- Benito Villanueva Haro. "La problemática jurídica de la relación de consumo. [http:// ofdnews .com](http://ofdnews.com) 29 de enero de 2010.
- Benito Villanueva Haro. "La problemática jurídica de la relación de consumo. [http:// ofdnews .com](http://ofdnews.com) 29 de enero de 2010.
- Elizondo Lucci, Caterina. La Nación Digital, sección Economía. 21/07/2011. <http://www.nacion.com/2011-07-21/Economia/walmart-ajustara-su-publicidad-tras-regano-del-meic.aspx>
- España Arrieta, Omar. "La Normativa de la Publicidad en la Unión Europea". Artículo publicado en Revista Protocolo el 21 de agosto de 2009, Sección Comercio y Negocios. <http://www.protocolo.com.mx/comercio-y-negocios/la-normativa-de-la-publicidad-en-la-ue/>
- España Arrieta, Omar. "La Normativa de la Publicidad en la Unión Europea". Artículo publicado en Revista Protocolo el 21 de agosto de 2009, Sección Comercio y Negocios. <http://www.protocolo.com.mx/comercio-y-negocios/la-normativa-de-la-publicidad-en-la-ue/>
- Espinoza Blanco, Ana Lucía. http://www.derechocomercial-cr.com/i_introduccion/consumidor
- Espinoza Blanco, Ana Lucía. Introducción al Derecho Comercial. Clase No. 6: La Competencia y el Consumidor. Anexo "La Publicidad Comparativa". www.derechocomercial-cr.com
- Espinoza Blanco, Ana Lucía. Introducción al Derecho Comercial. Clase No. 6: La Competencia y el Consumidor. Anexo "La Publicidad Comparativa". www.derechocomercial-cr.com
- Gastaldi, Nerina C. "Nota a Fallo de "Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" "El deber de información en el Derecho del Consumidor". noviembre del 2011 - AÑO IV - Nº 14. Argentina. <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema27.html>
- Gastaldi, Nerina C. "Nota a Fallo de "Tejerina, Eduardo Raúl c/ Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" "El deber de información

- en el Derecho del Consumidor". noviembre del 2011 - AÑO IV - N° 14. Argentina. <http://www.Forodeabogados.org.ar/edici3n/14/tema/27.html>
- Gorrotxategi, Mirem. "Publicidad y Libertad de Expresi3n: Algunas Reflexiones tras la Sentencia del caso Benetton en Alemania". www.maecei.es/pdf/n5/.../publicidad_y_libertad_de_expresion.pdf
 - Izquierdo, Elena V. "Liquidaciones, promociones, saldos y rebajas: Similitudes y Diferencias". 25 de julio de 2010. Fundaci3n Eroski. http://www.consumer.es/Web/es/economia_domestica/sociedad-y-consumo/2010/07/25/194543.php
 - Kaune Arteaga, Walter. "Curso de Derecho Civil de los Contratos" Tomo I. Bolivia, 1992. <http://es.scribd.com/doc/52785167/60/B-EL-DOLO-CONCEPTO>.
 - L3pez Garc3a, Mabel (2004): La publicidad y el derecho a la informaci3n en el comercio electr3nico. Editado por eumed.net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>
 - Lorenzetti Ricardo Luis: "La relaci3n de consumo", p3g.94. citado por Antonio Juan Rinesi y Rosa N3lida Rey de Rinesi en su obra "La Relaci3n de Consumo en la Ley 26.361 y en la Constituci3n Nacional". <http://www.Protectora.org.ar/wp-content/2010/junio%202010/La%20Relaci%C3%B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional.pdf>
 - Manual de Buenas Pr3cticas de Protecci3n al Consumidor. Ministerio de Econom3a, Industria y Comercio. Direcci3n de Apoyo al Consumidor. Programa COMPAL. Actividad 2.1.
 - Melina, Alonso. "La Publicidad Enga3osa en los Medios de Comunicaci3n Masivos. Universidad de Mor3n. Medios de Comunicaci3n II". www.bibliomaster.com/pdf/286.pdf
 - Molina Sandoval, Carlos A. "Defensa del Consumidor: el derecho a la informaci3n en el Mercosur". marzo, 2003. p. 4. http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/28
 - Molina Sandoval, Carlos A. "Defensa del Consumidor: el derecho a la informaci3n en el Mercosur". marzo, 2003. p3g. 4. http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/28
 - Moya Hu3lamo, Marcos. Secretario General y Responsable del Gabinete T3cnico de Arcco Facua Rioja "Todos somos consumidores". La Rioja. <http://www.larioja.com/20090315/opinion/todos-somos-consumidores-20090315.html>. 15 de marzo de 2009.
 - PCD Pr3cticas Comerciales Desleales: Una iniciativa europea en apoyo de los consumidores. http://www.isitfair.eu/blacklist15_es.html

- Piris, Cristian Ricardo. “Evolución de los Derechos del Consumidor”: Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Ciencias Económicas - UNNE. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2000. www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf
- Piris, Cristian Ricardo. “Evolución de los Derechos del Consumidor”: Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Ciencias Económicas - UNNE. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2000. www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf
- Piris, Cristian Ricardo. “Evolución de los Derechos del Consumidor”: Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Ciencias Económicas - UNNE. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2000. www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf
- Preinfalk Lavagni, Ivonne. Letrada de la Sala Primera. “El Daño Moral en la Jurisprudencia de la Sala Primera”. <http://www.poder-judicial.go.cr:81/salaprimera/images/Temas%20jurisprudenciales/Trabajo%20sobre%20da%C3%B1o%20moral.pdf>
- Rinesi, Antonio Juan y Rey, Nélica. “La Relación de Consumo en la Ley 26.361 y en la Constitución Nacional”. <http://www.Protectora.org.ar/wp-content/2010/junio%202010/La%20Relaci%C3%B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional.pdf>
- Salto, Diego. “Libertad de Empresa”. Artículo publicado en el diario El Financiero. www.hacienda.go.cr/.../Libertad%20de%20empresa.
- SANTAELLA LÓPEZ, M.:”El nuevo derecho de la publicidad”, p.104.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sociedad Auxiliar Fabril, Agrícola y Comercial S.A. c/ Couzier y Cía expuesta por Kors, Jorge y Salís, Elis en su ensayo “El derecho de las marcas entre el derecho de la competencia y el derecho del consumo”. www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/40/44-12.pdf
- Simón Hocsman, Heriberto. La Publicidad Engañosa - Daños al Consumidor. 2008. <http://www.justiniano.com/doctrina/lapublicidadenganosa.htm>
- TerraChoice “The Sins of Greenwashing”. <http://sinsofgreenwashing.org/>
- Thompson Ivan, Promonegocios.net “La Publicidad Engañosa” .Artículo Publicado en marzo 2007. Fuente de Internet consultada el 26 de setiembre de 2010 a las 22:53.
- Thompson, Ivan. www.Promonegocios.net “La Publicidad Engañosa” .Artículo Publicado en marzo 2007. Fuente de Internet consultada el 26 de setiembre de 2010 a las 22:53.

- Virgilio Balbuena, Pedro. "El Plagio como Ilícito Penal". [http:// www. Ventanalegal .com / revista _ ventanalegal / plagio_ilicito.htm](http://www.Ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm)
- www.lahistoriadelapublicidad.com

IV. Jurisprudencia

- Nacional
- Voto No. 1441-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Cervecería de Costa Rica, donde la Comisión Nacional del Consumidor condena a la empresa por concepto de publicidad engañosa, debido a la utilización incorrecta del término "light" en el producto Imperial Light, según caso 1.039-06 al pago de una multa por un monto de ¢2.497.000⁰⁰.
- Tiendas Aliss, donde la Comisión Nacional del Consumidor condena a la empresa por concepto de Etiquetado incorrecto al no poner las advertencias de los juguetes en idioma español, según el caso 1.684-06, al pago de una multa por el monto de ¢1.248.500⁰⁰
- Restaurantes Subway, el cual fue condenado por Publicidad Engañosa según el expediente 204-06 por la Comisión Nacional del Consumidor.
- Voto No. 0539-00 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las dieciocho horas y cuarenta minutos del nueve de octubre del dos mil.
- Sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Resolución retomada en la número 151 de las 15 horas 20 minutos del 14 de febrero de 2001, número 360 de las 11 horas 10 minutos del 3 de mayo de 2002, número 622 de las 15 horas 40 minutos del 14 de agosto de 2002, número 555 de las 14 horas 40 minutos del 4 de agosto de 2005, número 590 de las 14 horas 30 minutos del 17 de agosto de 2005, número 970 de las 15 horas del 15 de diciembre de 2005, número 766 de las 14 horas 10 minutos del 11 de octubre de 2006, número 827 de las 8 horas del 31 de octubre de 2006, número 983 de las 8 horas 15 minutos del 19 de diciembre de 2006, número 64 de las 9 horas 25 minutos del 2 de febrero de 2007, número 845 de las 10 horas 5 minutos del 23 de noviembre de 2007).
- Resolución No. 925 del Tribunal Primero Civil de las nueve horas del veinticuatro de agosto del año dos mil cinco.
- Voto 138-12 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las diecisiete horas treinta minutos del dieciséis de febrero del dos mil doce.
- Voto 283-07 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las diecisiete horas veinticinco minutos del dos de julio del dos mil siete.

- Voto No. 400-02 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las trece horas y cinco minutos del seis de agosto del año dos mil dos.
 - Voto No. 400-02 emitido por la Comisión Nacional del Consumidor, de las trece horas y cinco minutos del seis de agosto del año dos mil dos.
 - Resolución No. 001308-F-S1-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas veinte minutos del diecisiete de diciembre de dos mil nueve.
 - Resolución No. 748-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las ocho horas cincuenta minutos del diecisiete de junio de dos mil diez.
 - Resolución N° 16-2010-S-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, II Circuito Judicial. San José, de las catorce horas del veintiséis de febrero del año dos mil diez.-
 - Resolución N° 16-2010-S-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, II Circuito Judicial. San José, de las catorce horas del veintiséis de febrero del año dos mil diez.-
 - Expedientes 1.344-05 en el cual la Comisión Nacional del Consumidor condena al Restaurante Soluciones Asiáticas a una multa de 1.080.500 colones por no poner precio final de los productos con impuestos en el menú. Igual caso sucede en el expediente 1.346-05 en el que se condena por igual motivo y monto al Restaurante Goyi.
 - Sentencia #1635- 90 de las 17:00 horas de 14 de noviembre de 1990 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Internacional
 - Expte. DC 805 del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor S/ Actuación de Oficio – CTI PCS S.A., sentencia emitida por el Juez Dante Daniel Rusconi del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado Segundo – Justicia de Faltas, de la Municipalidad de la Plata. República Oriental del Uruguay.
 - Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.
 - Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.
 - Sentencia N° 51893 - Arcos Dorados S.A. S/ Ley 22.802 – CNPE Sala A – 09 de agosto de 2004 en Sentencia del expediente. DC N° 204 Telefónica Unión (TCP S.A.) S/Imputación - Medida Cautelar. 2005, emitida por Dante Daniel

Rusconi. Juez del Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor, Juzgado N° 2 – Justicia de Faltas de la Municipalidad de la Plata, Uruguay.

- Supreme Court of Canada Decision. Richard v. Time Inc. and Time Consumer Marketing Inc. (February 28, 2012).

V. Trabajos de Investigación Universitarios, Revistas y otros

- Camacho Quesada, Maribel Patricia. “La Tasa de Interés Variable. Constitucionalidad y Derechos del Consumidor”. Trabajo final de graduación para optar por el título de M.Sc. en Derecho Económico de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica.
- Fundamentos para la Protección del Consumidor frente a la Publicidad Engañosa. La autonomía de la voluntad en los derechos del consumidor”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Verónica Echeverri.
- Hermosa, Ana García. “El Futuro Delito de la Publicidad Engañosa en la Legislación Española”. Primer Magister Universitario de Propiedad Industrial, Marcas, Patentes y Diseño Industrial. Alicante, 17 de mayo de 1995.
- Monsalve Caballero, Vladimir. “La Buena Fe como fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción”. Revista de Derecho N°. 30 de la Universidad del Norte, Colombia, Barranquilla, 2008.
- Monsalve Cavallero, Vladimir. “La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares”. Trabajo de graduación para la obtención del título de Doctorado en Nuevas Tendencias del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. España. 2008. p. 146.

ANEXOS

Anexo 1. Ejemplos recientes ilustrativos de Publicidad Engañosa

1. GlaxoSmithKline



“Gigantesca Multa”

Publicación: 04 jul 2012

El antidiabético Avandia fue retirado del mercado en 2010 porque “sus beneficios no superan a sus riesgos”

Avandia fue retirada del mercado europeo en 2010 por el riesgo de infartos y problemas del corazón. La gigante farmacéutica

GlaxoSmithKline, pagará una multa de US\$3.000 millones por lo que ha sido calificado en EUA como el mayor fraude de salud en la historia de ese país.

La empresa está acusada de promover dos populares medicamentos antidepresivos para usos no aprobados y de no haber presentado datos sobre la seguridad de uno de los fármacos para diabetes más vendidos, según anunció la Administración de Alimentos y Fármacos de ese país.

El caso se refiere principalmente a tres fármacos: dos antidepresivos, Paxil (paroxetina), Wellbutrin (bupropión) y un medicamento para diabetes Avandia (rosiglitazona).

La farmacéutica admitió haber promovido inapropiadamente los dos antidepresivos para usos no aprobados por la FDA, incluido el tratamiento de depresión en menores de 18 años y otros trastornos como obesidad, ansiedad y adicción.

El vice fiscal general de EUA, James Cole, afirmó que esta resolución era “sin precedentes tanto en proporciones como en alcance”. GSK también admitió no haber presentado a la FDA datos sobre la seguridad del antidiabético Avandia que indicaban que este podía causar problemas cardíacos.

Desde que fue lanzada al mercado en 2000 el medicamento fue muy controvertido e incluía advertencias para pacientes con insuficiencia cardíaca, posteriormente las

advertencias se incrementaron e incluyeron otros problemas potenciales del corazón, cada vez más expertos presentaron evidencia a las autoridades reguladoras sobre el alto número de infartos en pacientes que tomaban el fármaco.

En 2010, antes de ser retirada del mercado en Europa, se calculaba que unos dos millones de personas tomaban Avandia en el mundo. Poco antes de que el fármaco fuera suspendido, el Dr. Yoon Loke de la Universidad de East Anglia en Inglaterra, declaró que sus análisis mostraban que Avandia duplicaba el riesgo de infarto, independientemente de si el paciente era considerado de alto riesgo o no al tomar el medicamento.

Uno de los críticos más feroces de Avandia es el dr. Steve Nissen, cardiólogo de la Clínica Cleveland, quien publicó un estudio en New England Journal of Medicine que mostró una asociación entre el ampliamente utilizado antidiabético y un incremento de 43% en el riesgo de infartos.

Ahora, GSK aceptó los cargos de haber retenido datos sobre la seguridad del medicamento y de haber presentado afirmaciones no comprobadas sobre Avandia, todo esto ha tenido un alto costo humano.

GSK también fue hallada culpable de sobornos para vender sus productos, los vendedores sobornaron a médicos para que recetaran los productos de GSK utilizando todas las formas imaginables de entretenimiento de alto nivel, desde vacaciones en Hawái y el pago de millones de dólares a médicos para participar en conferencias, hasta entradas para conciertos de Madonna, expresó la fiscal estadounidense Carmen Ortiz.

Como parte de la resolución, GSK acordó someterse a vigilancia de funcionarios del gobierno estadounidense durante cinco años y deberá pagar la multa de US\$3.000 millones.

Fuente: <http://cuidatusaludcondiane.com/gigantesca-multa-de-glaxosmithkline/>

2. Almacén el Punto Poderoso

Noticias del día

*Sábado 17 de septiembre de 2011, Costa Rica
De local comercial de San José*



“Los ánimos de los clientes se caldearon al encontrar las restricciones de las ofertas.”

*Carlos González.
MEIC analiza posible publicidad engañosa
Angie López Arias*

angie.lopez@aldia.co.cr

El almacén josefino “El Punto Poderoso”, donde ayer cientos de clientes armaron un zafarrancho por sentirse burlados, pudo incurrir en publicidad engañosa.

El departamento de Políticas y Análisis de Consumo (Ministerio de Economía) determinó que las pautas publicitarias de ese local son omisas, faltas de claridad y por tanto, engañosas.

Por esa razón, la instancia denunció al establecimiento ante la Comisión Nacional del Consumidor, que le dará trámite la próxima semana, confirmó Cynthia Zapata, directora de la Oficina de Apoyo al Consumidor del MEIC.

El almacén publicó el miércoles un anuncio en el periódico La Teja en el que ofrecía productos como arroz y azúcar a ¢100 la bolsa y combos de tres bolsas de frijoles, tres botellas de aceite, entre otros, también a ¢100 cada uno.

En la pieza publicitaria indicaron que había restricciones, cantidades hasta agotar existencias y “ver reglamento en punto de venta el viernes 16 de setiembre”.

Ante ello, cientos de personas acudieron desde la madrugada al establecimiento para aprovechar las supuestas ofertas. Sin embargo, ayer el negocio publicó un nuevo

anuncio indicando que los productos se podían adquirir al precio consignado, pero por la compra mínima de ¢20 mil.

Esa situación causó el enojo de los consumidores, muchos de los cuales viajaron desde zonas alejadas del país. Algunos golpearon las cortinas metálicas del local e hicieron que la Fuerza Pública enviara unos 20 agentes.

Ricardo Guerra, uno de los encargados del negocio y quien emitió pocas y cortas palabras, dijo a varios noticieros televisivos que la publicidad está a derecho.

Zapata indicó que los anuncios deben especificar con claridad si hay inventario limitado de productos, la cantidad y si el cliente debe hacer compras con montos mínimos para que, de esta manera, el consumidor tome una decisión correcta.

“Esto se debe informar al consumidor de modo tal que pueda tomar una decisión de consumo previa a la compra”, agregó.

Erick Ulate, presidente de la Asociación de Consumidores de Costa Rica, dijo que el 27 de setiembre de 2010 presentaron una denuncia contra ese local por los mismos problemas en la publicidad; volverán a denunciar.

Fuente: http://www.aldia.cr/ad_ee/2011/septiembre/17/noticias-del-dia2914485.html